**Содержание**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Введение | | 3 |
| Глава 1. | Долевое участие в строительстве жилья | 6 |
|  | 1.1. Понятие долевого участия в строительстве жилья | 6 |
|  | * 1. 1.2. Сравнительная характеристика договора долевого участия в строительстве с другими гражданско-правовыми договорами | 34 |
| Глава 2. | Уступка права требования передачи объекта долевого строительства участником другому лицу | 48 |
| Глава 3. | Проблемы и пути решения долевого участия в жилищном строительстве | 53 |
|  | 3.1 Правовые проблемы долевого участия в жилищном строительстве | 53 |
|  | 3.2 Пути решения проблем долевого участия в жилищном строительстве | 58 |
| Заключение |  | 72 |
| Библиография | | 74 |

Приложение

**Введение**

Долевое участие в строительстве жилья (с заключением соответствующего договора) является одним из способов улучшения жилищных условий граждан. В последнее время этот способ приобретает все большую популярность. Сложность правового регулирования возникающих при этом отношений состоит в том, что данный договор относится к категории непоименованных. По этой причине он квалифицируется либо как договор подряда, либо как договор об инвестиционной деятельности, либо как договор простого товарищества, либо как договор купли-продажи. В любом случае гражданин, вкладывающий свои деньги, должен выступать как равный контрагент. На практике же гражданин является слабой, не защищенной экономически и юридически стороной договора. Для защиты его интересов представляется важным определить, подпадает ли договор долевого участия в строительстве жилья под действие Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 "О защите прав потребителей"[1.10]. В связи с этим необходимо определить, какие правовые нормы будут регулировать отношения сторон по договору долевого участия.

В России долгое время существовала потребность принятия специального федерального закона, который бы регламентировал отношения, связанные с долевым строительством. В правовом регулировании нуждались процессы привлечения средств физических и юридических лиц для финансирования строительства объектов недвижимости и принятия застройщиком обязательств передать определенные помещения или иную часть возведенного объекта недвижимости в собственность инвесторов. В связи с пробелом в праве судам при разрешении споров приходилось применять нормы Гражданского кодекса РФ [1.2., 1.3.](далее - ГК РФ) о договоре простого товарищества, строительного подряда и иных договоров, а также общие положения об обязательствах. Однако на практике это приводило к невозможности защиты прав участников долевого строительства надлежащим образом.

В настоящее время отсутствуют серьезные исследования, посвященные вопросам правовых рисков, связанных с договором инвестирования, и защитой прав физического лица, заключившего данный договор.

Все вышесказанное определяет актуальность исследования.

Практическая значимость работы состоит в том, что в ней рассмотрен механизм защиты прав физического лица в инвестиционных отношениях. Проанализирован договор инвестирования в жилищное строительство, особое внимание уделено самому проблемному вопросу инвестиционных отношений - процессу передачи объекта строительства, а также выявлены правовые риски по договору инвестирования в жилищном строительстве и пути их минимизации. Все это предоставляет возможность гражданину, желающему улучшить свои жилищные условия путем инвестирования в жилищное строительство, использовать данную работу в качестве практического пособия.

Целью работы является изучение и анализ долевого участия в жилищном строительстве. Для достижения цели были поставлены следующие задачи:

1. Изучить понятие долевого участия в строительстве жилья;

2. Дать сравнительную характеристику договора долевого участия в строительстве с другими гражданско-правовыми договорами;

3. Рассмотреть уступку права требования передачи объекта долевого строительства участником другому лицу;

4. Определить правовые проблемы долевого участия в жилищном строительстве;

5. Обозначить пути решения проблем долевого участия в жилищном строительстве.

Объектом исследования является система гражданско-правовых отношений, возникающих при долевом участии в жилищном строительстве.

Предметом исследования являются нормы российского гражданского и иного законодательства, регламентирующие порядок долевого участия в жилищном строительстве, а также судебная практика их применения.

Теоретической базой исследования стали Конституция РФ, Федеральный закон от 30.12.2004 № 214-ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации", а так же труды В.В. Витрянского, М.И. Брагинского, И.А.Бланк, Е.В. Козловой, Ю.А. Свирина, К.И. Скловского, Л.А. Новоселовой, Е.А. Суханова, В.П. Грибанова, Т.И. Илларионовой, Л.Л. Чеговадзе, В.Т. Смирнова, Ю.К. Толстого и др., а так же Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 2008 г. № 7 "О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей" // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 1.

**Глава 1. Долевое участие в строительстве жилья**

* 1. **Понятие долевого участия в строительстве жилья**

Договор о долевом участие в строительстве представляет собой соглашение, согласно которому одно лицо (дольщик) обязуется внести определенный имущественный взнос, за что по окончании строительства здания получает обусловленное договором количество жилой или нежилой площади.

Договор долевого участия в строительстве определяет экономическую цель правоотношения, выражающуюся в создании и получении в собственность объекта недвижимости.

Строительство жилья на долевых началах, то есть когда оно осуществляется за счет двух и более граждан, практикуется давно. Отношения между участниками жилищного строительства (как правило многоквартирных жилых домов) оформляются договорами. В соответствии с ГК РФ, договором признается соглашения двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

Передача гражданам прав путем уступки требования по договорам, которые заключены юридическими лицами и (или) индивидуальными предпринимателями и связаны с инвестиционной деятельностью по строительству (созданию) многоквартирных домов, и, после исполнения которых у граждан возникает право собственности на жилое помещение в строящемся (создаваемом) многоквартирном доме, не допускается (ст. 1ч. 3 ФЗ «Об участии в долевом строительстве») (далее – Закон).

Закон, регламентирует отношения между застройщиком и участником долевого строительства. Если же застройщик осуществляет строительство не своими силами, а с привлечением подрядчика, эти отношения будут регламентироваться нормами главы 37 ГК РФ. Текст закона свидетельствует, что законодатель рассматривает договор долевого строительства, как новый самостоятельный вид гражданско-правового договора. Закон закрепил не только наименования договора, но и дал его определение. Тем не менее, очевидно, что возникает необходимость в классификации этого договора, то есть отнесения его к одной из групп договоров: по передаче имущества, по выполнению работ или по указанию услуг.

Закон об участии в долевом строительстве является специальным законом по отношению к ГК РФ. Таким образом, пишет О.Ю. Скворцов «в случае необходимости регулирования отношений между застройщиками и участниками долевого строительства, неурегулированных настоящим законом, субсидиарному применению подлежат нормы ГК РФ - общие положения, нормы об обязательствах и сделках, нормы договорного права». В то же время, считает он, «применение Закона об участии в долевом строительстве обязательно натолкнется на неизбежность оценки возможности применения к отношениям между застройщиками и участниками долевого участия в строительстве норм особенной части ГК РФ - норм о строительном подряде, норм о совместной деятельности (простом товариществе) и пр.». [2.29]

В связи с этим следует обратить внимание на разные точки зрения правовой квалификации правоотношений в строительстве. Часто эти правоотношения отождествляли с простым товариществом. А.А. Шлямов полагает это неприемлемым, т. к. квалифицированными признаками договора простого товарищества является соединение вкладов, и совместная деятельность для достижения общей цели. Главные из них – формирование общего имущества, установлении порядка ведения общих дел товарищества, распределении прибыли, расходов и убытков, порядке прекращения простого товарищества. Дольщики же не связаны между собой денежными обязательствами, кроме того, цели участия дольщиков и застройщиков разные». [2.34.]

Важное значение для анализа правоотношений имеет обобщение практики рассмотрения судами общей юрисдикции дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов проведенное Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ. В нем признана правильной практика судов, которые при разрешении споров между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов, исходили из содержания договора, его условий, прав и обязанностей сторон, а так же целей, которыми руководствовались граждане, заключая договоры на приобретение жилья (улучшения жилищных условий, удовлетворение своих личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности и извлечением прибыли) и, применяли к указанным правоотношениям Закон РФ от 7.02.1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» [1.10.]

Законом № 214 – ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" не установлено что его действие, распространяется на отношения, связанные с привлечением денежных средств участников долевого строительства для строительных объектов недвижимости, разрешение на строительство которых получены до вступления в силу, то есть до 1 апреля 2005 года. Таким образом: если разрешение на строительство получено застройщиком до 1 апреля 2005 года, то правоотношения по долевому строительству с привлечением денежных средств от участников долевого строительства не подпадают под действие Закона № 214-ФЗ.

Объектом долевого строительства является жилое или нежилое помещение, подлежащее передаче участнику долевого строительства после получения разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости и входящие в состав указанного многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости.

При этом к иным объектам недвижимости в соответствии с Законом № 214 ФЗ относятся гаражи, объекты здравоохранения, торговли, культуры и иные объекты недвижимости, за исключением объектов производственного назначения.

Согласно Постановлению Правительства Российской Федерации от 21 апреля 2006 г. № 233 «О требованиях к размеру собственных денежных средств застройщика, порядке расчета размера этих средств, а также нормативах оценки финансовой устойчивости застройщика» [1.13.] с 2007 г. строительные компании должны вкладывать в новостройку собственные средства в размере не менее семи процентов от суммы, полученной от соинвесторов.

Можно выделить следующие констуитивные признаки обязательств, устанавливаемых договором участия в долевом строительстве:

« - одна сторона по договору (застройщик) выполняет работу с целью удовлетворения тех или иных индивидуальных запросов и требований другой стороны;

- застройщик обязуется выполнить определенную работу, результатом которой является создание новой вещи - многоквартирного дома или иного объекта недвижимости;

- вещь, созданная по этому договору, принадлежит на праве собственности застройщику до момента принятия выполненной работы;

- застройщик самостоятелен в выборе средств и способов достижения обусловленного договором результата;

- застройщик обязуется выполнять работу за свой риск, хотя он выполняет работу не только своим иждивением, но за счет привлечения денежных средств граждан и юридических лиц». [2.17]

В соответствии с постановлением Правительства от 21 апреля 2006 г. № 233 "О нормативах оценки финансовой устойчивости деятельности застройщика" застройщик обязан соблюдать так называемые «нормативы оценки финансовой устойчивости» ее деятельности. Первый норматив -обеспеченность обязательств (соотношение суммы активов застройщика и объема его обязательств по договорам долевого участия). Второй - целевое использование средств. Третий - безубыточность (он показывает, какое время из последних трех лет компания работала без убытков).

Предметом регулирования Закона являются следующие отношения:

- привлечение денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости на основании договора участия в долевом строительстве;

- порядок возникновения у участников долевого строительства права собственности на объекты долевого строительства. Таким образом, следует отметить, что Закон установил строго целевой характер использования привлеченных денежных средств. Запрещено направлять средства дольщиков на другие проекты.

Согласно ст. 18 Закона, застройщик использует средства, уплачиваемые участниками долевого строительства по договору исключительно для строительства (создания) им многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости в соответствии с проектной документацией. В ст. 3 Закона указано, что застройщик вправе привлекать денежные средства участников долевого строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иных объектов недвижимости только после получения в установленном порядке разрешения на строительство, выдача которых относится компетенции органов местного самоуправления, опубликования, размещения и (или) представление проектной декларации в соответствии с настоящим Федеральным Законом и государственной регистрации застройщиком прав на собственность, на земельный участок, предоставленный для строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иных объектов недвижимости, в состав которых будут входить объекты долевого строительства или договора аренды такого земельного участка. [1.6.]

Запрещено соинвестирование, т.е. один проект может реализовать только один инвестор, и квартиры физическим лицам продаются только от него напрямую. Это правило должно оградить покупателей от риска двойных продаж, что ранее было распространенным явлением.

Сторонами договора долевого участия в строительстве являются: застройщик и участник долевого строительства. Согласно определению, приведенному в Законе, застройщик - юридическое лицо независимо от его организационно-правовой формы или индивидуальный предприниматель, имеющие в собственности или на праве аренды земельный участок, и привлекающие денежные средства участников долевого строительства в соответствии с Законом для строительства (создания) на этом земельном участке многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости, за исключением объектов производственного назначения, на основании полученного разрешения на строительство. Таким образом, в качестве застройщика имеет право выступать только юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, имеющий: в собственности или на праве аренды земельный участок, разрешение на строительство, а так же опубликовавший и разместивший проектную декларацию, которая должна быть опубликована и (или) размещена в информационных сетях общего пользования (в том числе в системе Интернет) не позднее, чем за 14 дней до дня заключения договора с первым участником долевого строительства, если застройщик осуществляет строительство с использованием производства и размещения рекламы. Декларация представляется в следующие органы:

- в орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на имущество и сделок с ним;

- в орган, уполномоченный Федеральным органом исполнительной власти (указан в ч.1 ст. 23 Федерального Закона). Закон не предусматривает необходимость застройщику иметь лицензию на осуществление соответствующей деятельности. В то же время Положение «о лицензировании деятельности по строительству зданий и сооружений» предусматривает лицензирование деятельности заказчика-застройщика. Ж.А. Морозова объясняет данную коллизию разнородностью применяемых терминов. Разрешение на строительство объекта недвижимости не может использоваться третьим лицом, поскольку выдается непосредственному лицу (застройщику), указанному в разрешении.

Хранение оригиналов проектной декларации осуществляется застройщиком. Декларация содержит сведения о застройщике и проекте строительства. Информация о застройщике должна содержать данные:

- о наименовании, месте нахождении;

- о государственной регистрации застройщика;

- об учредителях (участниках) застройщика;

- о проектах строительства многоквартирных домов и(или) иных объектов недвижимости, в которых принимал застройщик в течение трех лет, предшествующих опубликованию проектной декларации;

- в виде лицензируемой деятельности, по мере лицензии, срока ее действия, органе выдавшем ее;

- о величине собственных денежных средств, финансовом результате текущего года, размере кредитной задолженности на день опубликования проектной декларации.

Помимо приобретения жилых помещений на «вторичном» рынке жилищно-накопительный кооператив (далее – ЖНК) так же может участвовать в долевом строительстве многоквартирных жилых домов. Однако, приобретая жилое помещение либо участвуя в строительстве с целью получения в собственность жилого помещения в строящемся доме, ЖНК действует в интересах конкретного члена кооператива. Согласно ст. 27 Закона о накопительных кооперативах обязанность кооператива возникает:

а) после внесения членом кооператива части паевого взноса, определенной в соответствии с выбранной им формой участия в деятельности кооператива, при условии соблюдения сроков и периодичности внесения платежей;

б) в порядке очередности;

в) при наличии требований члена кооператива к приобретаемому жилому помещению, указанных в заявлении. При этом ЖНК заключает договор участия в долевом строительстве от своего имени, и после окончания строительства приобретает право собственности на переданное ему по договору жилое помещение.

ЖНК осуществляет передачу жилья члену кооператива в пользование:

- после регистрации права собственности ЖНК на приобретенное жилое помещение;

- на основании решения, принятого уставом ЖНК.

Наименование жилищного накопительного кооператива должно содержать слова «Жилищный накопительный кооператив».

Юридические лица, не отвечающие требованиям закона, не вправе использовать слова «Жилищно - накопительный кооператив».

Договор долевого участия в строительстве являются предметом консенсуального договора, который считается заключенным с момента достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям договора. Соответственно после его подписания стороны вправе требовать его надлежащего исполнения. Договор является двухсторонним, у каждой из сторон есть права и обязанности, и возмездным.

Перед заключением договора потенциальный участник долевого строительства вправе потребовать у застройщика для ознакомления следующие документы:

1) учредительные документы застройщика;

2) свидетельства о государственной регистрации застройщика;

3) свидетельство о постановке на учет в налоговом органе;

4) отчетность о финансово-хозяйственной деятельности застройщика по установленным нормам;

5) утвержденные годовые отчеты, бухгалтерские балансы, счета прибыли, и убытков за последние три года;

6) аудиторское заключение за последний год осуществления застройщиком предпринимательской деятельности;

7) разрешение на строительство;

8) технико-экономическое обоснование проекта строительства многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости;

9) заключение государственной экспертизы проектной документации, если проведение такой экспертизы установлено Федеральным законом.

10) проектную документацию, включающую в себя все внесенные в нее изменения;

11) документы, подтверждающие права застройщика на земельный участок.

Ст. 13 ФЗ № 214-ФЗ от 30 декабря 2004 г. "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" теперь обозначена как «Обеспечение исполнения обязательств по договору залогом». В ней указано:

1. В обеспечение исполнения обязательств застройщика (залогодателя) по договору с момента государственной регистрации договора у участников долевого строительства (залогодержателей) считаются находящимися в залоге предоставленный для строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, в составе которых будут находиться объекты долевого строительства, земельный участок, принадлежащий застройщику на праве собственности, или право аренды на указанный участок и строящиеся (создаваемые) на этом земельном участке многоквартирный дом и (или) иной объект недвижимости.

2. При государственной регистрации права собственности застройщика на объект незавершенного строительства такой объект незавершенного строительства считается находящимся в залоге у участников долевого строительства с момента государственной регистрации права собственности застройщика на такой объект.

3. При государственной регистрации права собственности застройщика на жилые и (или) нежилые помещения, входящие в состав многоквартирного дома и(или) иного объекта недвижимости, строительство (создание) которых осуществлялось с привлечением денежных средств участников долевого строительства, указанные помещения считаются находящимися в залоге у участников долевого строительства с момента государственной регистрации права собственности застройщика на такие помещения.

После заключения застройщиком договора с первым участником долевого строительства имущество, указанное в ч .1-3 ФЗ № 214 от 30 декабря 2004 г. "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации", не может передаваться в залог без согласия участников долевого строительства, за исключением случая передачи в залог банку в обеспечение возврата кредита, предоставленного банком застройщику на строительство (создание) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, в состав которых входят объекты долевого строительства, при условии получения от банка согласия на удовлетворение своих требований за счет заложенного имущества и согласия на прекращение права залога на объекты долевого строительства после подписания сторонами передаточного акта.

Если до заключения застройщиком договора с первым участником долевого строительства имущество, указанное в ч. 1-3 ФЗ № 214 от 30 декабря 2004 г. "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации", было передано в залог в качестве обеспечения иных обязательств застройщика, привлечение денежных средств участников долевого строительства допускается в случае обеспечения застройщиком исполнения своих обязательств по договору поручительства или:

1. залогодержателем имущества, указанного в ч.1-3 ст. 13 ФЗ, является банк;

2. от указанного в ст. 13 ФЗ залогодержателя, получено согласие на удовлетворение своих требований за счет заложенного имущества, а также согласие на прекращение права залога.

Анализ части 6 ст. 13 Закона "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" свидетельствует, что Закон позволяет застройщику заключать договоры участия в долевом строительстве только при условии, что первым залогодержателем соответствующего имущества является банк. В связи с этим Ж.А. Морозова отмечает, что «если застройщик до заключения договора с первым участником долевого строительства заложил имущество не банку, а иному лицу, то застройщик не имеет права заключать договоры участия в долевом строительстве, так как в ч. 6 ст. 13 Закона законодатель использовал термин «банк», следовательно на кредитные организации, не являющиеся банками, данное положение не распространяется. При применении ч. 6 ст. 13 Закона следует учитывать, что таких банков залогодержателей может быть несколько».[2.24.]

Застройщик по договору участия в долевом строительстве выступает как заказчик по договору строительного подряда. Но в соответствии с правилами ст. 742 ГК РФ «договором строительного подряда может быть предусмотрена обязанность стороны, на которой лежит риск случайной гибели или случайного повреждения объекта строительства, материала, оборудования и другого имущества, используемых при строительстве, либо ответственность за причинение при осуществлении строительства вреда другим лицам, застраховать соответствующие риски». При этом «сторона, на которую возлагается обязанность по страхованию, должна предоставлять другой стороне доказательства заключения ею договора страхования на условиях, предусмотренных договором строительного подряда, включая данные о страховщике, размере страховой суммы и застрахованных рисков».[2.24.] Действующий (вернее бездействующий) Закон об участии в долевом строительстве должен содержать сведения о возможных финансовых и прочих рисках при осуществлении проекта строительства и мерах по добровольному страхованию застройщиком таких рисков [2.25.]. В то же время анализ положений Закона о долевом строительстве выявляет многочисленные вопросы, как процессуальные, так и материально-правовые. В большинстве своем они связаны с отсутствием баланса интересов участников долевого строительства.

Это повлечет удорожание строительства. Дольщик в любой момент может вытащить деньги из долевого строительства. Закон предусматривает массу оснований для одностороннего отказа от исполнения договора. Например, вместо предусмотренного проектом фитнес-центра, на первом этаже дома оказывается продуктовый магазин. Это достаточный повод для того, чтобы дольщик расторгнул договор. Предоставленные дольщику возможности одностороннего отказа от исполнения договора долевого участия станет, пожалуй, самой первой проблемой для застройщиков. Ведь односторонний отказ от исполнения договора производится без обращения в суд, и договор будет считаться расторгнутым с момента получения застройщиком уведомления от дольщика, так как застройщик будет вынужден постфактум доказывать в суде отсутствие нарушений, послуживших основанием для расторжения договора. Гарантии для дольщиков - это лишние издержки для строителя. По мнению участников рынка, себестоимость строительства выросла на 5 - 10 %.

Ж.А. Морозова констатирует, что в Законе «регулирование отношений достаточно поверхностно, и отмечается недостаточностью. Очевидно, что и эти достаточно узкие нормы Закона нуждаются, как минимум, в корректировке, а, как представляется, и в переработке».[2.24.]

Существенными условиями договора о долевом строительстве являются:

1) Предмет договора долевого участия в строительстве, которым следует признать ту часть (долю) строящегося объекта недвижимого имущества, которое подлежит передаче участнику долевого строительства (квартира, комната, помещение). Для того, что бы индивидуально определить предмет договора необходимо указывать:

- предварительный номер квартиры: этаж, на котором она расположена, и ее положение в осях (справа или слева от лестничной клетки);

- количество комнат, уровней квартиры;

- общую проектную площадь квартиры, в том числе полезную, наличие площадь балконов, мансард, кладовок и т.п., площадь иных помещений подчиненные квартире (гаражей, подвалов, и чердаков), помещений и оборудования, которое станет общей собственностью всех жильцов дома.

В Законе устанавливаются лишь общие требования к определению предмета договора участия в долевом строительстве. Так, согласно п. 4 ст.4 предмет договора определяется путем указания на подлежащий передаче конкретный объект долевого строительства в соответствии с проектной документацией застройщика после получения или разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости.

Участники рынка привыкли привлекать дольщиков уже на стадии котлована. Теперь строители будут вынуждены финансировать из собственных средств первый этап каждого проекта и начинать продажи, когда объект достигнет высокой степени готовности, или привлекать банковские кредиты. Но банки и так весьма неохотно финансируют строительные компании. (Строительство не случайно считается рискованной сферой для инвестирования).

В то же время, исполнение обязательств застройщика может обеспечиваться поручительством банка. Договор поручительства заключается до государственной регистрации договора и должен предусматривать:

1. Солидарную ответственность поручителя перед участником долевого строительства;

2. Переход прав по договору поручительства к новому участнику долевого строительства в случае уступки прав требований по договору;

3. Срок действия поручительства, который должен быть не менее чем на шесть месяцев больше предусмотренного договором срока передачи объекта долевого строительства его участнику;

4. Согласие поручителя на возможные изменения обязательств по договору, в том числе на изменения, влекущие за собой увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя;

5. Обязательство поручителя об уведомлении участника долевого строительства в случае досрочного прекращения поручительства в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 151 ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации". В случае прекращения поручительства до истечения предусмотренного договором срока, поручитель и застройщик обязаны уведомить участника долевого строительства не менее, чем за один месяц и в течение пятнадцати дней заключить другой договор поручительства.

2) Срок передачи застройщиком объекта долевого строительства определяется в договоре. Течение срока, определенного периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты или наступления события, которыми определено его начало. Срок, исчисляемый годами, истекает в соответствующие месяц и число последнего года срока. Срок, исчисляемый месяцами, истекает в соответствующее число последнего месяца срока. Застройщик обязан передать участнику долевого строительства объект долевого строительства не позднее срока, предусмотренного договором. Этот срок должен быть единым для всех участников долевого строительства, входящих в состав многоквартирного дома и (иного) объекта недвижимости или в состав блок-секции многоквартирного дома, имеющей отдельный подъезд с выходом на территорию общего пользования. Исключением является ситуация, если строительство (создание) многоквартирного дома не может быть завершено в предусмотренный договором срок. В этом случае застройщик не позднее, чем за два месяца до истечения указанного срока обязан направить участнику долевого строительства соответствующую информацию и предложение об изменении договора.

В случае нарушения предусмотренного договора срока передачи участнику долевого строительства неустойка (пени) определяется в размере одной трехсотой ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации, действующей на день исполнения обязательств, от цены договора за каждый день просрочки. Если участником долевого строительства является гражданин, то предусмотренная ч. 2 ст. 6 ФЗ неустойка (пени) уплачивается застройщиком в двойном размере.

3) Цена договора, сроки и порядки ее уплаты. Под ценой договора участия в долевом строительстве понимается размер денежных средств, подлежащих уплате участником долевого строительства для строительства. Способы определения цены договора могут быть различными: - за единицу площади или иного показателя размера доли в объекте строительства;

- как сумма денежных средств на возмещение затрат на строительство (создание) объекта долевого строительства и денежных средств за уплату услуг застройщика. Уплата цены договора производится путем внесения платежей одновременно или в установленный договором период, исчисляемый годами, месяцами или неделями. В случае, если в соответствии с договором уплата цены производится участником долевого строительства путем единовременного внесения платежа, просрочка внесения платежа в течение более чем три месяца является основанием для предъявления застройщиком требования о расторжении договора в судебном порядке. Для оплаты цены договора дольщиком предусмотрены только следующие периоды: год, месяцы или недели. Поэтому договор участия в долевом строительстве не может содержать условий о поквартальной оплате денежных сумм. Цель этого ограничения, установленного законодателем, не совсем понятна, замечает Т.В. Севастьянова.[2.26.]

В ст. 9 Закона "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" предусмотрена возможность застройщику осуществить односторонний отказ от исполнения договора, в случае, если просрочка внесения платежа участником долевого строительства более чем три месяца, и если, в нарушение договора, происходит систематическое нарушение порядка их внесения (более 3-х раз в течение 12 месяцев). При этом застройщик обязан возвратить денежные средства, уплаченные участником долевого строительства в счет цены договора в течение десяти рабочих дней со дня его расторжения. Если в указанный срок участник долевого строительства не обратился к застройщику за получением этих денежных средств, застройщик, не позднее дня, следующего за рабочим днем после истечения срока, обязан зачислить эти денежные средства в депозит нотариуса по месту нахождения застройщика, о чем сообщается участнику долевого строительства. В случае невыполнения застройщиком указанных требований закона, он уплачивает участнику долевого строительства проценты на эту сумму за пользование денежными средствами в размере 1/300 ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации, действующей на день исполнения обязательств. Если участником долевого строительства является гражданин, то указанные проценты уплачиваются застройщиком в двойном размере.

В силу п. 4 ст. 453 ГК РФ «стороны не вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по обязательству до момента изменения или расторжения договора, если иное не установлено Законом или соглашением сторон».

Гарантийный срок на объект долевого строительства предусматривает время, в течение которого застройщик гарантирует стабильность качества производимых работ. Он устанавливается договором. Несмотря на то, что ранее покупатель тоже мог обратиться к застройщику с претензиями к качеству переданного в собственность объекта, сейчас этот вопрос проработан более тщательно. Указанный гарантийный срок - не менее пяти лет, который исчисляется со дня передачи объекта долевого строительства участнику долевого строительства, если иное не предусмотрено договором. Закон обязывает застройщика передать участнику долевого строительства объект, качество которого соответствует условиям договора либо при отсутствии или неполноте условий такого договора требованиям технических регламентов, проектной документации градостроительных регламентов.

Участник долевого строительства вправе предъявить застройщику требования в связи с ненадлежащим качеством объекта долевого строительства при условии, что такое качество выявлено в течение гарантийного срока. Застройщик несет ответственность за недостатки (дефекты), если не докажет, что они произошли вследствие нормального износа объекта долевого строительства или его частей, нарушение требований технических или градостроительных регламентов, а также иных обязательных требований к процессу его эксплуатации или его частей, а также иных обязательных требований к его эксплуатации, либо вследствие ненадлежащего ремонта, проведенного самим участником долевого строительства или привлеченными третьими лицами.

«Штраф с застройщика или обязанность его произвести определенные переделки возможно при выявлении «существенных» огрехов, понятие которых не определено. Специалисты считают, что реально доказать некачественное выполнение работ может быть, если скажем по дому прошли трещины», указывает Ж.А. Морозова[2.24.].

При отсутствии в договоре хотя бы одного из существенных условий договор считается не заключенным (ч. 5 ст. 4 ФЗ).

Однако помимо этих условий существенными для конкретного договора могут быть и иные условия. Ими могут быть: передача требования по договору: уступка прав требования по договору, односторонний отказ от исполнения договора, обеспечения исполнений обязательств по договору. Эти условия могут быть внесены в договор по соглашению сторон. К иным условиям можно так же отнести: порядок сдачи и приемки работ, обстоятельства непреодолимой силы (форс-мажор). Для того чтобы обстоятельство имело силу форс-«мажора», освобождающего от ответственности необходимы наличие совокупности следующих факторов:

- данное обстоятельство нельзя было предвидеть при заключении договора;

- данные обстоятельства наступили по независящим от сторон договора причинам;

- данные обстоятельства исключают возможность исполнения договорных обязательств (непреодолимая сила);

- данные обстоятельства действуют в течение определенного промежутка времени.

К таким обстоятельствам относятся, например, явления стихийного характера (пожары, заносы, наводнения и т.д.), аварии по вине третьих лиц, военные действия, запретительные меры органов государственной власти. Обстоятельства непреодолимой силы всегда находятся вне контроля лица, по договору.

Согласно п. 2 ст. 434 ГК РФ договор участия в долевом строительстве может быть заключен в письменной форме «не только путем составления и подписанием сторонами одного документа, но и путем обмена документации посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. Но нужно признать, что договоры, подлежащие государственной регистрации, всегда заключается путем составления одного документа, подписанного сторонами.

Ж.А. Морозова подчеркивает, что в данном случае техническим нормам дан неоправданный приоритет над материальными, что должно быть устранено.

Согласно п. 3 ст. 433 ГК РФ договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. Данное правило призвано исключить возможность заключения застройщиком с разными участниками долевого строительства нескольких договоров в отношении одного объекта долевого строительства. Кроме того, при государственной регистрации договора производится одновременная государственная регистрация законной ипотеки, которой обеспечивается исполнение застройщиком его обязательств перед участниками долевого строительства. Государственная регистрация осуществляется по месту строящихся (создаваемых) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости на основании заявления сторон договора, в том числе и одной из сторон. Прямой нормы о государственной регистрации изменений, вносимых в договоры, подлежащие государственной регистрации в гражданском законодательстве нет. В тоже время согласно п. 1 ст. 2 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним государственная регистрация есть «юридический акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременение) перехода или прекращения прав на недвижимое имущество в соответствии с Гражданским кодексом РФ». При совершении этого юридического акта учреждение юстиции по государственной регистрации осуществляет «проверку действительности поданных заявителем документов». Так как обязательным этапом процедуры государственной регистрации прав на недвижимое имущество является правовая экспертиза документов и проверка законности сделки, то суть регистрации с недвижимым имуществом является юридический акт признания и подтверждения со стороны государства сделки в целом. Поэтому, «не прошедшие государственной регистрации и, следовательно, не прошедшие правовой экспертизы и проверки его законности соглашения внесения любого изменения и дополнения в договор с недвижимом имуществом не может считаться признанным и подтвержденным со стороны государства», указывает Ж.А. Морозова [2.24.].

В государственной регистрации договора участия в долевом строительстве может быть отказано в следующих случаях:

1) наличие государственной регистрации другого договора участия в долевом строительстве в отношении того же объекта;

2) не предоставление договора поручительства, если при государственной регистрации договора участия в долевом строительстве, заключенного застройщиком с первым участником долевого строительства, застройщиком в качестве способа обеспечения своих обязательств по договору выбрано поручительство.

Согласно ст. 17 Закона "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" не только договор, но и уступка прав требование по договору долевого строительства подлежат государственной регистрации. Однако, ни ГК РФ, ни указанным Законом порядок этой процедуры не предусмотрен.

Заявление о внесении в Единый государственный реестр права записи о расторжении договора участия в долевом строительстве может быть представлено одной из сторон договора с приложением документов, подтверждающих его расторжение. В случае если сторона договора участия в долевом строительстве в одностороннем порядке отказалась от исполнения договора, к заявлению прилагается копия уведомления другой стороны об одностороннем отказе от его исполнения в форме заказного письма с отметкой об отправке.

При расторжении договора в судебном порядке прилагается копия вступившего в законную силу решения суда о расторжении договора, заверенная в установленном порядке судом, вынесшим решение.

Орган по государственной регистрации при предоставлении заявления одной из сторон такого договора в течение рабочего дня обязан уведомить в письменной форме другую сторону договора.

В зависимости от существенности нарушений условий о качестве объекта долевого строительства у участника долевого строительства имеются различные варианты защиты своих прав.

Так, в случае, если объект долевого строительства построен застройщиком с отступлением от условий договора, приведшими к ухудшению качества такого объекта, или с иными недостатками, которые делают его непригодными для предусмотренного договором использования, участник долевого строительства, если иное не установлено договором, по своему выбору вправе потребовать от застройщика:

а) безвозмездного устранения недостатков в разумный срок;

б) соразмерного уменьшения цены договора;

в) возмещения своих расходов на устранение недостатков.

Передача объекта долевого строительства застройщиком и принятие его участником долевого строительства осуществляется по подписываемом сторонами передаточному акту или иному документу о передаче. Передача осуществляется не ранее после получения в установленном порядке разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома или иного объекта долевого строительства. После получения разрешения застройщик обязан передать объект долевого строительства в течение 2-х месяцев, но не позднее предусмотренного законом срока. Досрочное исполнение застройщиком обязательств по передаче объекта не допускается.

Застройщик, не менее чем за месяц до наступления установленного договором срока передачи объекта, или в случае, если договором предусмотрен срок начала передачи и принятия объекта долевого строительства, но не менее чем за четырнадцать рабочих дней до наступления срока начала передачи и принятия объекта, обязан в письменной форме уведомить участника долевого строительства о готовности объекта долевого строительства к передаче, а также предупредить участника долевого строительства о необходимости принятия объекта долевого строительства и о последствиях бездействия. Сообщение должно быть направлено заказным письмом с описью вложения и уведомлением о вручении его участнику долевого строительства. При этом срок начала передачи и принятия объекта долевого строительства не может быть установлен ранее, чем за четырнадцать рабочих дней и позднее чем за один месяц до установленного договором срока начала передачи объекта.

Участник долевого строительства, получив сообщение застройщика о завершении строительства (создании) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, обязан приступить к его принятию в предусмотренный договором срок. Если он не был установлен, то участие в приемке осуществляется в течение семи рабочих дней со дня получения сообщения застройщика о готовности объекта долевого строительства.

Если иное не установлено договором, при уклонении участника долевого строительства от принятия объекта, застройщик по истечении двух месяцев со дня, предусмотренного договором для передачи объекта долевого строительства, вправе составить односторонний акт или иной документ о передаче объекта долевого строительства его участнику (за исключением случая досрочной передачи объекта долевого строительства). При этом риск случайной гибели объекта долевого строительства признается перешедшим к участнику долевого строительства со дня составления одностороннего акта или иного документа о передаче объекта.

За несвоевременную уплату денежных средств по договору дольщик уплачивает неустойку (пени) в размере 1/300 ставки рефинансирования ЦБ РФ, действующий на день исполнения обязательства, от суммы просроченного платежа за каждый день просрочки.

Договор участия в долевом строительстве может быть расторгнут, как по общим основаниям, предусмотренным гл. 29 ГК РФ, так и по специальным основаниям.

Общие основания для расторжения договора участия в долевом строительстве:

- по соглашению сторон;

- по требованию одной из сторон по решению суда;

- во внесудебном порядке при одностороннем отказе стороны договора от его исполнения полностью или частично.

Специальными основаниями для расторжения являются основания, указанные в ст. 9 ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации". Это:

- неисполнение застройщиком обязательства по передаче объекта долевого строительства в установленный договором срок;

- неисполнение застройщиком, с отступлением от условий, договора, которые делают его непригодным для использования;

- существенные нарушения требований к качеству объекта долевого строительства;

- нарушение застройщиком требований, предусмотренных ч. 3 ст. 151 ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации";

- в иных установленных законом и договором случаях.

Изменение договора по требованию одной из сторон может быть изменен или расторгнут судом только:

1. при существенном нарушении договора другой стороной;

2. в иных случаях, предусмотренных ГК РФ, другими законами или договором.

Кроме того, согласно ч. 7 ст. 19 Закона, в случае нарушения застройщиком установленных законом требований к проектной декларации, участник долевого строительства вправе обратиться в федеральный или арбитражный суд с иском о признании сделки недействительной, как совершенной под влиянием заблуждения.

При этом, в случае признания сделки недействительной, застройщик обязан возвратить денежные средства, уплаченные участником долевого строительства по договору, и уплатить проценты в соответствии с ч. 2 ст. 9 Закона.

При перемене лиц на стороне застройщика и(или) участника долевого строительства применяются общие правила, установленные главой 24 ГК РФ, но с особенностями, отмеченными в Законе «Об участии в долевом строительстве». Так, согласно п. 1 ст. 11 Закона уступка участником долевого строительства прав требований по договору допускается только после уплаты им цены договора или одновременно с переводом долга на нового участника долевого строительства в порядке, установленном ГК РФ. Следует, что до полного исполнения участником своих обязательств по уплате цены, установленной договором об участии в долевом строительстве, он не вправе уступать свои права требования к застройщику, оставаясь участником долевого строительства в качестве должника. Права требования могут быть переданы другому лицу лишь одновременно с переводом на это лицо долга - обязанности по уплате цены. Такая замена стороны договора возможна лишь в согласия застройщика.

При нарушении этих требований залога право требования передачи объекта не может перейти от первоначального участника к другому (новому кредитору). Причем такая уступка допускаются с момента государственной регистрации договора и до момента подписания сторонами передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства.

На практике, указывает Новоселова Л., «нередко заключаются сделки, по условиям которых одна сторона (будущий правообладатель) обязуется уступить (передать) право требования другому лицу через определенный момент времени либо при наступлении определенного условия. Сама сделка уступки (сделка по передаче права) совершается позднее во исполнение ранее заключенного между первоначальным и новым кредитором договором. В принципе нет препятствий в принятии на себя стороной обязательства передать отсутствующее на момент заключения договора об уступке право требования. Само право требования будет считаться переданным (или будет передаваться посредством совершения самостоятельной передаточной сделки) после возникновения обязательств по договору между первоначальным кредитором и должником».[2.23.] (см. Приложение)

Законом предусмотрено создание контролирующего государственного органа. Этот орган осуществляет государственное регулирование, контроль и надзор в области долевого строительства, который вправе направлять застройщикам предписания об устранении нарушений, обращаться в суд с заявлениями в защиту прав и законных интересов участников долевого строительства, а в случае неисполнения предписания, обращаться в арбитражный суд с заявлением о приостановлении деятельности застройщика на определенный срок. Ст. 25 «О внесении изменений в КоАП» установлены штрафы за несоблюдение Закона, например, привлечение денежных средств лицом, не имеющим на это права - до 5000 МРОТ, а неисполнение предписания контролирующего органа до 2000 МРОТ.

Для реализации Закона, в том числе контрольных полномочий органов исполнительной власти, требуются изменения и дополнения в действующее законодательство. В первую очередь, следует решить, какой федеральный орган исполнительной власти будет выполнять полномочия в области законодательства об участии в долевом строительстве объектов недвижимости. В настоящее время, согласно Указу Президента РФ от 9 марта 2004 года № 314 «О системе и структуре Федеральных органов исполнительной власти» (в редакции от 20 мая 2004 года) и Указу Президента РФ от 20 мая 2004 года № 649 (в редакции от 1 декабря 2004 года) «Вопросы структуры Федеральных органов исполнительной власти», специального контрольного органа исполнительной власти в данной сфере нет. С 1 декабря 2004 года Министерство регионального развития РФ, вправе осуществлять функции по контролю и надзору в данной сфере деятельности. Закон от 18 июля 2006 г. № Ш-ФЗ разъясняет, что это должен быть «орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации, на территории которого осуществляется данное строительство».

Ряд авторов полагала, что это будет строительная налоговая полиция, которая должна обладать широкими полномочиями, вплоть до приостановки деятельности застройщика, который обязан ежеквартально отчитываться о ходе строительства и привлечении средств.

Наследственные права и обязанности участника долевого строительства регламентируются ч. 7 и частью 8 статьи 4 Федерального закона № 214-ФЗ, согласно которого в случае смерти гражданина - участника долевого строительства его права и обязанности по договору переходят к наследникам. При этом застройщик не вправе отказать таким наследникам во вступлении в договор.

При этом существующие на день открытия наследства участника долевого строительства имущественные права и обязанности, основанные на заключенном договоре, входят в состав наследства участника долевого строительства в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации.

Согласно статьи 13 Закона, в обеспечение исполнения обязательств застройщика (залогодателя) по договору, с момента государственной регистрации договора у участников долевого строительства (залогодержателей) считаются находящимися в залоге предоставленный для строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, в составе которых будут находиться объекты долевого строительства, земельный участок, принадлежащий застройщику на права собственности, или право аренды на указанный земельный участок и строящиеся (создаваемые) на этом земельном участке многоквартирный дом и (или) иной объект недвижимости.

Таким образом, каждый дольщик является залогодержателем определенного имущества. Закон предусматривает, что залогом обеспечивается исполнение следующих обязательств застройщика по договорам участия в долевом строительстве:

- возврат денежных средств, внесенных участникам долевого строительства, в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом и (или) договором.

- уплату участнику долевого строительства денежных средств, причитающихся ему в возмещение убытков и (или) в качестве неустойки.

В залоге у дольщиков имеется следующее имущество:

- предусмотренный для строительства (создания) многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, в составе которых будут находиться объекты долевого строительства, земельный участок, принадлежащий застройщику на права собственности, или право аренды на указанный земельный участок и строящиеся (создаваемые) на этом земельном участке многоквартирный дом и (или) иной объект недвижимости;

- объект незавершенного строительства с момента государственной регистрации права собственности на такой объект;

- жилые и нежилые помещения, входящие в состав многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости, строительство (создание) которых осуществляется с привлечением денежных средств участников долевого строительства.

При этом, как справедливо указывает Т.В. Севастьянова «предмет залога по каждому заключенному договору долевого участия законом не идентифицируется с конкретным будущим жилым или нежилым помещением, подлежащим передаче каждому дольщику. Поэтому до момента передачи застройщиком индивидуально определенного объекта долевого строительства (жилого или нежилого помещения) каждый дольщик имеет в залоге имущество по вышеуказанному перечню, включая и ту часть объекта недвижимости, строительство которой осуществлялось за счет средств застройщика»[2.23.].

Так, например, Сахалинский областной суд, рассмотрев истребованное по надзорной жалобе М. гражданское дело по иску М. к ЖСК "Эталон" о признании права на долевое участие и права собственности на квартиру (строительный № 12), установил: М. обратилась в суд с иском к ЖСК "Эталон" о признании права на долевое участие и права собственности на квартиру (строительный N 12), расположенную в строящемся доме, обязании ответчика после сдачи объекта передать пакет документов, необходимый для регистрации права собственности на квартиру, взыскании неустойки, компенсации морального вреда, судебных расходов. В обоснование своих требований истица ссылалась на то, что 6 июля 2003 года между ею (соинвестором) и ЖСК "Эталон" (инвестором) был заключен инвестиционный договор N 27, согласно которому инвестор обязался передать ей на условиях данного договора долю и право долевого участия в строительстве 17-этажного жилого дома в размере 39,9 кв. метров общей площади, что соответствовало размеру однокомнатной квартиры, строительный N 12.

Застройщиком указанного жилого дома является ЖСК "Эталон", который одновременно с передачей доли в натуре соинвестору обязался передать, а соинвестор - принять права и обязанности по использованию квартиры в многоквартирном жилом доме. Объем долевого взноса соинвестора для строительства 39,9 кв. м общей площади составил 758100 руб.

Согласно условиям договора сумма денежных средств от долевого взноса соинвестора, внесенная на момент заключения настоящего договора, пересмотру не подлежала. С момента передачи инвестору сумм, указанных в договоре, соинвестор приобретал право долевого участия и долю в строящемся жилом доме пропорционально внесенным средствам, а после сдачи объекта госкомиссии и полного взноса всех средств, предусмотренных договором,- право собственности на 39,9 кв. м общей площади в жилом доме, что соответствует однокомнатной квартире.

Строительство объекта должно было быть завершено к 1 января 2005 года. В случае оплаты договора в полном объеме единовременно стоимость договора считалась окончательной и пересмотру не подлежала.

Учитывая изложенное, руководствуясь ст. ст. 388, 390 ГПК РФ, постановил: решение Южно-Сахалинского городского суда Сахалинской области от 18 апреля 2005 года и определение судебной коллегии по гражданским делам Сахалинского областного суда от 30 мая 2005 года отменить. Дело направить на новое рассмотрение по существу в тот же суд.

**1.2 Сравнительная характеристика договора долевого участия в строительстве с другими гражданско-правовыми договорами**

Проблема укрепления юридических гарантий прав участников долевого строительства жилья в нашей стране чрезвычайно актуальна. В силу сложной юридической природы отношений, возникающих при заключении таких договоров, для решения этой проблемы необходимо разобраться в некоторых вопросах теории гражданского права. Адвокат и управляющий партнер Московской коллегии адвокатов "ЛегисГрупп" С.Г. Горбачев, имеющий опыт участия в сложных гражданских и арбитражных делах, обобщает точки зрения относительно гражданско-правовой "идентификации" договора долевого строительства.

В Федеральном законе от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательстве акты Российской Федерации" (далее - Закон № 214-ФЗ) [1.8.] не разработаны многие ключевые аспекты, связанные с обязательствами, вытекающими из договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости. Это привело к путанице на рынке недвижимости, возможности уверенного использования различных "серых" схем, часто подменяющих собой этот вид договорных отношений. Так, с целью выйти за рамки регулирования указанного Федерального закона используются: вексельная схема, переуступка прав требования, договор предварительной купли-продажи, договор соинвестирования, договор займа и ряд других.

Согласно исследованиям, проведенным аналитическим центром "Индикаторы рынка недвижимости www.irn.ru", только 10,6% общего объема сделок, направленных на реализацию квартир, приходится на договоры участия в долевом строительстве [2.27.]. Учитывая, что большинство заключаемых договоров носят фидуциарный характер, большинство лиц, денежные средства которых привлекаются для строительства объектов недвижимости, остаются незащищенными.

Кроме того, заключаемые на практике договоры участия в долевом строительстве объектов недвижимости часто имеют существенные недостатки, вызванные неоднозначным пониманием правовой природы договора, стремлением применить к нему нормы, регулирующие смежные договоры.

В связи с этим необходимо исследовать правовую природу договора участия в долевом строительстве и отношений, порождаемых им, что позволит установить признаки, объединяющие договорные отношения в единое целое, и уже в рамках единого целого провести классификационное разграничение одних договорных отношений от других [2.22.]. Это, в свою очередь, позволит "безошибочно квалифицировать... обязательства, и... применять к каждому обязательству именно те правовые нормы, которые предназначены для его регулирования" [2.24.].

Последнее замечание особенно важно, поскольку договор участия в долевом строительстве объектов недвижимости является непоименованным в ГК РФ. Практически все ученые, раскрывая принцип свободы договора, отмечают: возможность заключать непоименованные в ГК РФ сделки - одно из проявлений такой свободы. Тем не менее и теория, и практика крайне настороженно относятся к заключению субъектами договоров, не названных в ГК РФ [2.23.].

Это связано с тем, что при возникновении споров по поводу условий договора и порядка его исполнения, а также об ответственности по такому договору конечную точку в споре ставит суд. В случае пробела в договорном регулировании суд вынужден обращаться к действующему законодательству и квалифицировать взаимоотношения сторон по той или иной договорной схеме, применяя нормы по аналогии. Избежать такой ситуации бывает довольно трудно, поскольку далеко не все возможные жизненные ситуации можно предвидеть заранее, даже при самой детальной разработке договора. В итоге приходится констатировать: единой судебной практики разрешения споров, вытекающих из договоров участия в долевом строительстве, не сложилось.

Частично решению указанной проблемы способствовало принятие Закона N 214-ФЗ, где, в частности, в п. 1 ст. 4 дано понятие договора участия в долевом строительстве.

Таким образом, указанный договор поименован не в ГК РФ, а в Федеральном законе. "В подобных случаях законодатель может включать в акт, посвященный такому виду договоров, любое решение, если только соответствующий вопрос не урегулирован в части первой Гражданского кодекса и при этом в ней нет оговорки о возможности иного решения в законе (другом правовом акте)" [2.25.].

Анализируя данное определение и иные нормы указанного Закона № 214-ФЗ для установления правовой природы рассматриваемого договора, целесообразно выделить его основные признаки:

1) направленность обязательства. По данному основанию выделяют договоры, направленные:

- на передачу имущества;

- на выполнение работ;

- на оказание услуг;

- на учреждение различных образований.

Не убедительны аргументы юристов, предлагающих рассматривать договор долевого строительства как договор на оказание услуг. С одной стороны, цель участника долевого строительства очевидна: он нуждается не в совершении застройщиком каких-либо действий, а именно в приобретении объекта недвижимости. С другой стороны, существует потребность участника долевого строительства в посреднике, оказывающем участнику долевого строительства услугу по реализации проекта. В этом смысле конструкция договора участия в долевом строительстве сочетает в себе элементы как договора по оказанию услуг, так и договора по выполнению работы;

2) непредпринимательский характер рассматриваемого договора. Участник долевого строительства вкладывает деньги в строительство жилого помещения не для извлечения прибыли, а исключительно для собственного проживания, т.е. для личных потребительских целей. С застройщиком его связывает не партнерская коммерческая цель, а приобретение результата строительства. В пользу того, что участник долевого строительства не является партнером, говорит следующий факт: он уплачивает рыночную цену при заключении договора за готовую квартиру, в данной цене содержится себестоимость квартиры и прибыль застройщика. Этот критерий должен быть основополагающим и определяющим при формировании условий рассматриваемого договора;

3) предмет регулирования. Отношения складываются по поводу недвижимого имущества. Характеристика и свойства недвижимости определяют в значительной мере правовое регулирование отношений по долевому участию; одно из них - государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Следующие признаки договора участия в долевом строительстве являются классификационными, отражающими видовую принадлежность договора участия в долевом строительстве. Исходя из вышеуказанного определения договора участия в долевом строительстве, к ним однозначно можно отнести консенсуальность, взаимность, возмездность и письменную форму договора. Однако установление правовой природы рассматриваемого договора по иным квалификационным признакам весьма затруднительно. В то время как именно это необходимо для того, чтобы определить, во-первых, признаки, объединяющие договорные отношения в единое целое, и, во-вторых, признаки, отличающие одни договорные отношения от других, т.е. для того, чтобы эффективно применять к каждому обязательству правовые нормы, предназначенные для его регулирования.

Учитывая, что договор участия в долевом строительстве заключается при достижении между застройщиком и участником долевого строительства соглашения, выраженного в письменной форме, по которому застройщик обязуется построить объект недвижимости и передать его участнику долевого строительства, который, в свою очередь, обязуется принять и оплатить указанный объект, его можно отнести к группе консенсуальных договоров. В момент заключения договора у застройщика фактически отсутствует жилое помещение, являющееся предметом договора, а участник долевого строительства может внести сумму, подлежащую уплате, позднее, в установленные договором сроки. Наличие соглашения в данном случае - это правовой минимум, при котором договор считается породившим правовые последствия.

Для адекватной оценки обязательственных отношений большое значение имеет правильная квалификация договора с точки зрения его возмездности.

В ГК РФ предусмотрен определенный механизм определения эквивалентно-возмездного характера договора: в нем действует презумпция возмездности обязательства. Так, в ч. 3 ст. 423 ГК РФ определено: гражданско-правовой договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное.

Учитывая, что один из существенных признаков договора участия в долевом строительстве - его направленность на привлечение денежных средств в обмен на предоставление застройщиком квартир и нежилых помещений в построенном объекте недвижимости, его следует отнести к возмездным договорам.

Договор участия в долевом строительстве является двусторонним договором (взаимным, синаллагматическим), так как его суть составляют взаимные права и обязанности сторон.

Субъектный состав, характеризующийся неравенством между участниками договора, предопределяет распространение на договор участия в долевом строительстве режима публичного договора.

Применение этого режима в отношении договора долевого участия в строительстве объекта недвижимости предполагает, что застройщик обязан заключить договор с каждым, кто к нему обращается. Доказательством указанного может служить характер предложения застройщика, относящееся к неопределенному кругу лиц и распространяющееся в объявлениях, где застройщик приглашает принять участие в долевом строительстве и заключить соответствующий договор. Тем самым застройщик делает предложение, которое может квалифицироваться как публичная оферта, поскольку содержит существенные условия будущего договора участия в долевом строительстве (в случае ее принятия).

Иного мнения придерживается М.А. Бобровникова. Анализируя данное в ст. 426 ГК РФ понятие публичного договора, она выделяет следующие признаки:

1) обязательное участие коммерческой организации, выступающей в роли продавца, подрядчика или исполнителя;

2) характер деятельности, осуществляемой коммерческой организацией: она должна быть публичной.

"Если говорить об анализируемом соглашении, то прямо такая обязанность для застройщика не прописана. Кроме того, у застройщика всегда есть возможность отказать в заключении договора на основании явной неплатежеспособности обратившегося лица. Помимо этого при заключении публичного договора цена и условия должны быть одинаковыми для всех обратившихся, на практике же застройщик всегда пойдет на уступки и снижение цены более выгодному контрагенту (например, приобретающему целый этаж)".

Представляется, что договор участия в долевом строительстве является договором присоединения (ст. 428 ГК РФ). "Основным признаком такого договора является наличие формуляра, что присутствует и в практике применения договора участия в долевом строительстве. Кроме того, путем заключения такого договора оформляются однотипные сделки, заключаемые в массовом количестве. Долевое строительство многоквартирных домов и крупных административных, торговых, развлекательных зданий также опосредуется множеством однотипных сделок". При этом в случае заключения договора участия в долевом строительстве путем присоединения участник долевого строительства вправе требовать его изменения или расторжения по особым основаниям, предусмотренным п. 2 ст. 428.

Противоположную позицию занимает Ж.А. Морозова [2.24.]. По ее мнению, "в настоящее время ввиду отсутствия сложившейся практики заключения договоров участия в долевом строительстве нет достаточных оснований говорить о том, что эти договоры представляют собой договоры присоединения".

В соответствии с ч. 3 ст. 4 Закона № 214-ФЗ договор участия в долевом строительстве должен быть заключен в письменной форме и подлежит государственной регистрации. Таким образом, письменная форма - один важнейших признаков договора участия в долевом строительстве.

Характеризуя правовую природу договора участия в долевом строительстве, следует отметить, что он не похож ни на один из видов договоров "классических" форм. В то же время "...это сложный по своей природе договор. Он определяет взаимоотношения собственников или титульных владельцев средств, вкладываемых в объекты предпринимательской деятельности, их взаимодействие в процессе реализации инвестируемого проекта, в пользовании им или в эксплуатации, в распределении доходов от деятельности или эксплуатации объекта, а также устанавливает право собственности (как правило, долевой) на объект". Таким образом, договор участия в долевом строительстве в юридической литературе часто предлагается рассматривать как смешанный (комплексный) договор.

С другой стороны, как отмечает Е.Х. Акчулпанова [2.14.], "сравнение договора участия в долевом строительстве с иными гражданско-правовыми договорами приводит лишь к появлению множества различных точек зрения и не позволяет сформировать единую практику, а договор участия в долевом строительстве не содержит всех существенных условий договоров, с которыми его пытаются сравнить. В результате соотношения договора участия в долевом строительстве с иными договорами автор пришел к выводу о возможности рассмотрения указанного договора как самостоятельною вида гражданско-правового договора".

Говоря о правовой природе договора участия в долевом строительстве, следует заметить: довольно часто в юридической литературе поднимается вопрос об отнесении его к инвестиционным договорам.

При этом сложились две противоположные точки зрения, одна из которых определяет договор участия в долевом строительстве как инвестиционный, а другая полностью отрицает такой подход. Если рассматривать договор долевого участия в строительстве в качестве инвестиционного, можно выявить ряд параллелей. В указанном договоре инвестор исполняет роль вкладчика, который вкладывает денежные средства в строительство с целью получения положительного эффекта, т.е. жилья. В зависимости от размера необходимых для строительства финансовых вложений количество инвесторов может исчисляться сотнями.

С другой стороны ни физическое, ни юридическое лицо, выполняющее любую работу, не может быть стороной договора об инвестиционной деятельности". Однако в долевом договоре то же лицо (организация) - допустимый, полноправный, а зачастую единственно возможный контрагент участника долевого строительства. "Налицо различие как состава участников этих двух договоров, так и их обязанностей, т.е. отсутствует названный ранее общий признак договоров одного вида. Поэтому долевой договор не может считаться видом договора об инвестиционной деятельности" [2.24.].

Указанная позиция представляется более верной с точки зрения анализа сущности норм Закона № 214-ФЗ. С другой стороны, в силу отсутствия прямых указаний по этому поводу в законодательстве (в частности, отсутствия дефиниции инвестиционного договора) на практике происходит смешение указанных договоров. В связи с этим необходима разработка и введение в Гражданский кодекс РФ понятия "инвестиционный договор".

Другим наиболее распространенным в юридической литературе подходом к квалификации договора долевого участия является его отнесение к договорам простого товарищества (договорам о совместной деятельности).

Так, В. Бублик указывает на то, что "квалификация долевого участия в строительстве в качестве совместной деятельности правомерна в том случае, если из договора, оформляющего отношения участников долевого строительства, а также из организационных связей спорящих сторон просматриваются те условия, которые законом признаны существенными для данного вида гражданско-правовых соглашений".

По мнению Е.А. Павлодского, юридическая природа договора участия в долевом строительстве представляет собой договор простого товарищества, так как все существенные условия договорного вида договора простого товарищества находят свое проявление в договоре участия в долевом строительстве:

а) объединение вкладов (денежные средства первой стороны и услуги по организации строительства второй стороны);

б) общая хозяйственная цель у сторон, заключающаяся в строительстве объекта недвижимости;

в) общие совместные действия сторон. [3.36.]

Имеется и противоположная точка зрения, более обоснованная. "Подрядчик по такому договору (договору простого товарищества) желает получить прибыль от выполнения строительных работ. Организация-заказчик стремится получить доход, составляющий разницу между затратами на строительство и ценой, по которой квартиры будут передаваться гражданам-инвесторам. Граждане-инвесторы хотят приобрести квартиры в собственность".[2.24.] Строительство жилого дома оформляется не единым многосторонним договором, а комплексом различных соглашений, заключаемых на разных этапах этого процесса. Каждое из этих соглашений должно оцениваться самостоятельно, исходя из его условий. Общую квалификацию всем отношениям, возникающим вокруг строительства, как одному комплексному договору дать невозможно. Соответственно нельзя говорить и о "генеральном" договоре о совместной деятельности по строительству дома, участником которого автоматически становится любое лицо, заключившее договор долевого участия.

Кроме того, главные последствия признания отношений совместной деятельностью - распространение режима общей собственности на имущество товарищей и пропорциональное несение расходов и убытков. Изучение типовых форм договоров долевого участия в строительстве различных строительных организаций показывает, что условия покрытия общих расходов и убытков не отражаются в договоре.

В юридической литературе нередко встречается рассмотрение договора долевого участия как договора подряда. Общими чертами договора долевого участия в строительстве и договора подряда является то, что оба указанных договора направлены на создание и передачу объекта недвижимого имущества. К тому же часто работы по возведению дома начинаются с заключения договора строительного подряда, а затем его участники заключают самостоятельные соглашения, связанные с объектом строительства.

В то же время договор долевого участия в строительстве и договор строительного подряда различаются по предмету. По договору строительного подряда подрядчик создает объект и целиком передает его заказчику (ст. 753 ГК РФ). Даже если работы оплачиваются не деньгами, а отдельными помещениями в сданном заказчику объекте, эти помещения передаются подрядчику уже после их приемки заказчиком. По договору долевого участия в строительстве построенный объект никогда не передается участнику долевого строительства целиком, он получает в объекте только свою долю. Кроме того, подрядчиком по договору строительного подряда являются только индивидуальные предприниматели или организации, имеющие лицензию на выполнение строительных работ. На подрядчике лежат обязанности по строительству объекта. Тогда как застройщиком может быть любое физическое лицо или юридическое лицо, в том числе гражданин-непредприниматель.

Договор долевого участия в строительстве и договор строительного подряда различаются по содержанию. По договору строительного подряда заказчику предоставлено право осуществлять технический и финансовый контроль над ходом строительства, качеством выполняемых подрядчиком работ. Участник долевого строительства может не обладать такими правами. Исходя из вышесказанного, к договорам долевого участия в строительстве не могут быть применены нормы, регулирующие отношения строительного подряда.

Договор долевого участия в строительстве имеет также некоторое сходство с предварительным договором купли-продажи недвижимости. В частности, в качестве общих черт соотносимых договоров можно выделить то, что они заключаются на момент, когда недвижимая вещь еще не существует, а в результате исполнения договора и последующей государственной регистрации прав одна из сторон становится собственником недвижимости.

В то же время договор долевого участия в строительстве и договор купли-продажи недвижимости имеют различный предмет: предмет договора долевого участия в строительстве намного уже, в качестве него может выступать вещь, определенная как индивидуальными, так и родовыми признаками.[2.29.]

Договор долевого участия в строительстве и договор купли-продажи недвижимости различаются по субъектному составу. Так, продавцом по договору купли-продажи недвижимости является собственник либо уполномоченное им лицо. Покупатель недвижимости на основании договора купли-продажи становится правопреемником предыдущего собственника. Договор купли-продажи обусловливает переход права собственности и служит производным способом приобретения этого права, тогда как договор долевого участия в строительстве считается первоначальным способом приобретения права собственности на недвижимость. До момента государственной регистрации права собственности участника долевого строительства на созданную вещь ни одна из сторон договора долевого участия не может выступать обладателем этого права.

Кроме того, поскольку договор долевого участия в строительстве охватывает стадию создания строительства объекта недвижимости, по содержанию прав и обязанностей сторон он шире договора купли-продажи: по договору долевого участия участник долевого строительства обязан исполнить обязанность по финансированию строительства полностью или в большей части до момента передачи ему доли, тогда как продажа недвижимости предполагает, что покупатель должен оплатить недвижимость непосредственно до или после ее передачи продавцом.

Таким образом, вышеизложенное свидетельствует о неприменении к договору долевого участия в строительстве положений о купле-продаже.

Итак, договор участия в долевом строительстве объектов недвижимости - это самостоятельная форма договора, носящая комплексный, консенсуальный, возмездный, взаимный, публичный характер, оформленная, как правило, в виде однотипной сделки, выраженная в письменной форме и надлежащим образом зарегистрированная. При этом правовую природу договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости предопределяют следующие признаки:

а) специфика направленности обязательства, выраженная в том, что конструкция договора участия в долевом строительстве позволяет оформлять отношения, сочетающие в себе элементы как услуги, так и работы;

б) непредпринимательский характер договора, по которому участник долевого строительства строит жилое помещение для личных потребительских целей, а с застройщиком его связывает не партнерская коммерческая цель, а лишь приобретение результата строительства;

в) предмет регулирования, определяемый тем, что правоотношения складываются по поводу недвижимого имущества.

Место же договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости среди договоров смежных форм (инвестиционных договоров, договоров простого товарищества, подряда, купли-продажи недвижимости) предопределяется спецификой области его применения, индивидуальностью предмета договора и других его элементов. В этом смысле, характеризуя правовую природу договора участия в долевом строительстве, следует отметить, что он в полной мере не похож ни на один из видов договоров "классических" форм.[2.16.]

**Глава 2. Уступка прав требований по договору долевого участия в строительстве**

Уступка участником долевого строительства прав требований по договору (так называемая продажа непостроенной недвижимости) допускается только после уплаты им цены договора (то есть полной оплаты создаваемой в процессе долевого участия в строительстве недвижимости) или одновременно с переводом долга на нового участника долевого строительства в порядке, установленном ГК РФ.

Для перехода к другому лицу прав кредитора не требуется согласие должника, если иное не предусмотрено законом или договором. Таким образом, когда осуществляется уступка права требования, по которому цена не оплачена или оплачена не полностью, в данном случае на совершение указанных действий необходимо получить согласие кредитора (застройщика), ибо уступка права требования в данном случае должна быть вместе с переводом долга, а при переводе долга требуется согласие кредитора.[2.17.]

Если застройщик не был письменно уведомлен о состоявшемся переходе прав дольщика к другому лицу, новый дольщик несет риск вызванных этим для него неблагоприятных последствий. В этом случае исполнение обязательства первоначальному дольщику признается исполнением надлежащему кредитору. Таким образом, старый участник долевого строительства должен уведомить о договоре уступки прав требования по договору долевого участия в строительстве застройщика.

Если иное не предусмотрено законом или договором, право первоначального дольщика переходит к новому кредитору дольщику в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права. В частности, к новому дольщику переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства, а также другие связанные с требованием права, в том числе право на неуплаченные проценты.

Застройщик вправе не исполнять обязательство новому дольщику до представления ему доказательств перехода требований по договору к этому лицу. Дольщик, уступивший требование другому лицу, обязан передать ему документы, удостоверяющие право требования, и сообщить сведения, имеющие значение для осуществления требования. Кроме того, застройщик вправе выдвигать против требования нового дольщика возражения, которые он имел против первоначального дольщика к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству к новому дольщику.

Уступка права требования по договору участия в долевом строительстве должна быть совершена в письменной форме и зарегистрирована в органах по регистрации недвижимого имущества и сделок с ним.

Первоначальный дольщик, уступивший требование, отвечает перед новым дольщиком за недействительность переданного ему требования, но не отвечает за неисполнение этого требования застройщиком, кроме случая, когда первоначальный дольщик принял на себя поручительство за застройщика перед новым дольщиком.

Перевод должником своего долга на другое лицо допускается лишь с согласия кредитора. Новый должник вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на отношениях между кредитором и первоначальным должником.

Уступка участником долевого строительства прав требований по договору допускается с момента государственной регистрации договора до момента подписания сторонами передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства.

Таким образом, до получения из органа, осуществляющего государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, экземпляров договоров, содержащих специальную регистрационную надпись на документе, выражающем содержание сделки, стороны не вправе производить уступку прав по договору участия в долевом строительстве.

В настоящее время на рынке недвижимости важное значение имеет приобретение недвижимости путем участия в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости.

Среди прав, которыми обладает участник договора долевого строительства, необходимо отметить право на уступку требования по договору долевого участия. Под уступкой требования понимается соглашение между кредитором по обязательству и третьим лицом о передаче последнему права требования к должнику. Уступка прав требований по договору участия в долевом строительстве основывается на нормах ГК РФ (ст.ст.383-390). Основания и порядок перехода прав дольщика к другому лицу установлены в ст.382 ГК РФ (согласно п.1 ст. 382 право (требование), принадлежащее дольщику на основании обязательства (договора участия в долевом строительстве), может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или перейти к другому лицу на основании закона (например, в результате универсального правопреемства в правах дольщика (наследования после дольщика или реорганизации юридического лица); по решению суда о переводе прав дольщика на другое лицо и других случаях, предусмотренных законом).

Согласно ст. 389 ГК РФ уступка требования по сделке, требующей государственной регистрации, должна быть зарегистрирована в порядке, установленном для регистрации данной сделки, таким образом договор уступки права требования подлежит обязательной государственной регистрации.[1.2.]

Согласно п. 2 ст. 11 Закона № 214-ФЗ уступка участником долевого строительства прав требований по договору допускается с момента государственной регистрации договора и до момента подписания сторонами передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства. Также нельзя уступить право требования, если договор уже исполнен застройщиком в пользу участника долевого строительства, так как обязательства застройщика считаются исполненными с момента подписания сторонами передаточного акта. После подписания передаточного акта или иного документа о передаче объекта долевого строительства участник долевого строительства может передать свои права на объект другому лицу, но только не на основании договора уступки прав требований, а на основании договора купли-продажи.

Уступка участником долевого строительства прав требований по договору допускается только после уплаты им цены по договору. Правило о допустимости уступки участником долевого строительства своих прав по договору только после уплаты им цены договора соотносится с нормой ст.384 ГК РФ, в соответствии с которой по общему правилу право первоначального дольщика переходит к новому дольщику в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода прав.

Для перехода прав к другому лицу прав дольщика не требуется согласие застройщика, если иное не предусмотрено законом или договором. Если должник не был письменно уведомлен о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных этим для него неблагоприятных последствий. В этом случае исполнение обязательства первоначальному кредитору признается исполнением надлежащему кредитор, то есть, если застройщик – должник по договору участия в долевом строительстве не будет извещен об уступке права требования, то с его стороны будет надлежащим исполнением – передача квартиры прежнему дольщику, который уже уступил свое право требования. Таким образом, старый участник долевого строительства должен уведомить о договоре уступки прав требования по договору участия в строительстве застройщика.

Государственная регистрация соглашения об уступке прав требований по договору проводится не позднее, чем в месячный срок со дня подачи заявления и документов, необходимых для государственной регистрации, а именно необходимо представить:

- совместное заявление первого и нового участника долевого строительства;

- документ об оплате государственной пошлины (подлинник и копия);

- соглашение об уступке (не менее, чем в двух подлинных экземплярах) ;

- нотариально удостоверенное согласие другого супруга, при заключении сделки одним из супругов (подлинник и копия);

- документ от застройщика, подтверждающий оплату по договору долевого участия первого дольщика (подлинник и копия);

- договор участия в долевом строительстве, зарегистрированный в установленном законом порядке (один подлинник);

В случаях, предусмотренных действующим законодательством, на государственную регистрацию соглашения об уступке прав требований по договору предоставляются и иные документы (например, уведомление застройщика об уступке прав по договору, если это условие предусмотрено договором участия в долевом строительстве и другие документы, предусмотренные законом).[2.25.]

**Глава 3. Проблемы и пути решения долевого участия в жилищном строительстве**

**3.1 Правовые проблемы долевого участия в жилищном строительстве**

Статья 40 Конституции Российской Федерации определяет не только само право на жилище, но и методы, которыми органы государственной власти его осуществляют:

«1. Каждый имеет право на жилище. Никто не может быть произвольно лишен жилища.

2. Органы государственной власти и органы местного самоуправления поощряют жилищное строительство, создают условия для осуществления права на жилище.

3. Малоимущим, иным указанным в законе гражданам, нуждающимся в жилище, оно предоставляется бесплатно или за доступную плату из государственных, муниципальных и других жилищных фондов в соответствии с установленными законом нормами». [1.1.]

Таким образом, конституционная норма предполагает, что основной формой обеспечения права на жилище является поощрение жилищного строительства, а бесплатное предоставление жилья по договору социального найма является уже не основным, а альтернативным способом, направленным на поддержку малоимущих.

Реалии современной России, развитие свободных экономических отношений, наличие рынка жилья позволяют гражданам самостоятельно решать свои жилищные вопросы. Одной из распространенных форм такого решения является долевое участие граждан в жилищном строительстве за счет собственных средств. Однако в данной сфере имеется множество проблем. Пока приходится констатировать, что граждане вкладывают свои средства с весьма высоким риском.

В современной России одним из основных способов обеспечения граждан жильем является его приобретение на рынке недвижимости за счет собственных средств граждан и по их самостоятельному выбору. Роль государственных органов заключается в создании благоприятных экономических и организационных условий для деятельности участников рынка недвижимости - от строительных компаний до конечных потребителей - граждан, а также в контроле за соблюдением надлежащих технических норм и правил, обеспечивающих безопасную эксплуатацию построенных объектов.

Граждане, самостоятельно решающие свои жилищные проблемы путем долевого участия в строительстве или приобретения жилья на рынке, тем самым снижают социальную нагрузку и позволяют органам государственной власти сосредоточить свои ресурсы и усилия на обеспечении малоимущих и иных социально незащищенных слоев населения. Поэтому такая деятельность граждан заслуживает всяческой поддержки и защиты со стороны органов государственной власти.

Долевое участие граждан в жилищном строительстве является в этом смысле не каким-либо исключительным действием, а одной из возможных схем экономических расчетов между покупателем и продавцом объекта недвижимости. Привлекательность такой схемы для обеих сторон очевидна: застройщик аккумулирует необходимые для строительства средства на условиях более выгодных, чем банковский кредит, а гражданам жилье в итоге обходится существенно дешевле, чем приобретение готового. Недостаток же в том, что покупатель вносит средства задолго до фактического вселения; кроме того, в случае отмены сделки возвращенные средства оказываются существенно обесцененными из-за резкого роста цен на жилье. В целом же можно считать, что долевое участие в строительстве не лучше и не хуже других способов приобретения недвижимости, например, покупки готового объекта. Поэтому на условиях долевого участия жилье приобретают те же покупатели, что и на рынке готового жилья: как правило, это люди достаточно обеспеченные, которые улучшают свои жилищные условия, или покупают квартиру взрослым детям, или же просто вкладывают средства в недвижимость в расчете на рост цен в этой сфере. На условиях долевого строительства приобретаются также нежилые встроенные помещения в многоквартирных домах для будущего коммерческого использования. Многие из участников долевого строительства - жители других регионов, вкладывающие средства в петербургскую недвижимость.

К сожалению, рынок недвижимости в России пока еще не обладает достаточными традициями, а граждане - надлежащим опытом. Поэтому нередки случаи обмана и мошенничества со стороны недобросовестных продавцов недвижимости, и не только в сфере долевого строительства. В средствах массовой информации часто можно встретить истории таких сделок; выражение «черный риэлтор» стало печально общеизвестным. Продаются объекты, права на которые являются спорными; нередки случаи «двойных продаж» и иных видов мошенничества. [2.18.]

Но, в отличие от системы долевого строительства, в тех случаях, когда приобретается уже готовый объект, ни общественность, ни сами обманутые покупатели, как правило, не требуют, чтобы органы государственной власти взяли на себя ответственность за последствия недобросовестности продавцов и недостаточной юридической грамотности покупателей и обеспечили всех обманутых покупателей недвижимости равноценными объектами за бюджетный счет. В подобных ситуациях вступают в действие правоохранительные органы, которые возбуждают и расследуют дела о мошенничестве, и суды, которые рассматривают уголовные дела и гражданские иски.

Сфера долевого строительства - единственная, в которой граждане предъявляют органам государственной власти претензии об удовлетворении за счет бюджета обязательств частных коммерческих организаций. Более того, органы государственной власти идут навстречу этим требованиям и прилагают все усилия для удовлетворения требований обманутых дольщиков. Разбираться в правоотношениях застройщика и дольщика - это кропотливая и, можно сказать, штучная работа. Главное - обеспечить сейчас достройку домов, и создаются для этого самые льготные условия, освобождая застройщика от штрафных санкций, обеспечивая за счет бюджета инженерное подключение домов, привлекаем новых инвесторов. Ну а там, где есть прямое мошенничество, факты двойных продаж, решение может принять суд и только суд. Но в судебных спорах не должно быть проигравшей стороны. Если по решению суда квартиру получить невозможно, человек должен вернуть свои деньги. Будет создан - и уже создается - внебюджетный фонд помощи обманутым дольщикам. Строительный бизнес должен продемонстрировать свою корпоративную ответственность. Если угодно, смыть это пятно с репутации всей отрасли.

Следует отметить, что проблемы дольщиков существуют и в других регионах. Простое решение здесь найти трудно. Популистские требования о том, чтобы город предоставил всем обманутым дольщикам квартиры за счет бюджетных средств, вряд ли можно рекомендовать для реализации. Прежде всего, потому, что объем жилищного фонда физически ограничен. И обеспечить жильем дольщиков можно только за счет ущемления интересов других категорий граждан, например, стоящих на учете в качестве нуждающихся, которые ждут своей очереди более четверти века. При этом далеко не все дольщики в действительности являются бездомными или живут в худших условиях, чем «очередники».

При разработке предложений о каких-либо мерах помощи в виде выделения бюджетных средств также необходимо учитывать, что бюджет - это общественные средства, аккумулированные через налоговые механизмы и предназначенные для удовлетворения общественных нужд. Таким образом, расходование бюджетных средств на помощь обманутым дольщикам в конечном счете представляет собой компенсацию коммерческого риска одних граждан за счет других.

Кроме того, наличие прочных гарантий со стороны органов власти в том, что коммерческий риск участников долевого строительства всегда будет компенсирован, может привести к тому, что граждане начнут вкладывать свои средства без всяких опасений и попыток оценить реальность предлагаемых условий, что, в конце концов, может стимулировать рост «строительных пирамид».[2.23.]

Но, с другой стороны, органы государственной власти имеют возможность в определенной степени влиять на систему строительства и контролировать ее. Они предоставляют земельные участки, определяют условия инвестиционных договоров, контролируют деятельность застройщика, регистрируют права на объекты, а также осуществляют ряд иных полномочий, установленных федеральным законодательством. И они должны использовать все законные рычаги воздействия, чтобы создать систему, прозрачную и безопасную для участия граждан в жилищном строительстве.

Проблема состоит в том, что этими полномочиями органы государственной власти наделены в полном объеме только с 2005 года, Законом № 214-ФЗ. Договоры же долевого участия в различных формах заключались, начиная с 90-х годов прошлого века, и сам Закон № 214-ФЗ принят с учетом опыта их реализации, зачастую негативного. Эти договоры заключались на основании общих норм Гражданского кодекса, составлялись произвольно каждой организацией и не содержали мер, гарантирующих права дольщиков. Именно наследие тех времен, так называемые «дольщики первой волны», и составляют сейчас наиболее болезненную проблему.

Тем не менее, следует отметить, что большинство объектов были благополучно построены и переданы дольщикам на основании взаимных договоренностей, и в целом количество оставшихся с тех времен «проблемных» объектов сравнительно невелико.

**3.2 Пути решения проблем долевого участия в жилищном строительстве**

Практически во всех субъектах Российской Федерации присутствуют проблемы обманутых дольщиков.

Министерство регионального развития Российской Федерации сообщало, что в связи с ситуацией, сложившейся на рынке жилья, особое внимание уделяется защите прав пострадавших соинвесторов, и предпринимаются меры по исключению правовой возможности возникновения «строительных пирамид» с участием граждан - участников долевого строительства. [2.24.]

В этих целях разрабатываются поправки в действующее законодательство. В настоящее время Минрегион России, проведя серьезную аналитическую работу, располагает данными о более чем 300 проблемных объектах долевого строительства в 40 регионах России. В таких субъектах Российской Федерации создаются рабочие группы с участием представителей администрации данного субъекта Российской Федерации и пострадавших соинвесторов, составляются планы работы пострадавших соинвесторов применительно к проблемам конкретного региона. Основными задачами рабочих групп являются сохранение активов недобросовестных компаний - застройщиков для того, чтобы граждане получили возможность управлять этими активами и, таким образом, завершить строительство или вернуть вложенные деньги. Разработано несколько путей возможного выхода из данной ситуации, которые направлены на рассмотрение в Правительство Российской Федерации. В отношении ряда руководителей компаний недобросовестных застройщиков Генеральной прокуратурой Российской Федерации и прокуратурами субъектов Российской Федерации возбуждено производство уголовных дел. Часть недобросовестных руководителей уже отбывает наказание.

Организована работа с руководителями субъектов Российской Федерации, составлен график рассмотрения и оценки проводимой ими работы на расширенных заседаниях рабочей группы, а также на заседаниях Правительства Российской Федерации при рассмотрении вопросов регионального развития. Ассоциациями «обманутых вкладчиков» в регионах Российской Федерации создается единый реестр пострадавших участников долевого строительства и реестр проблемных объектов долевого строительства.

Тем не менее, единый подход к решению проблемы обманутых дольщиков предложить трудно. В большинстве субъектов Российской Федерации органы государственной власти, принимая нормативные акты, выражают свою обеспокоенность этой проблемой и принимают меры к оценке ее масштаба.

Одним из наиболее интересных примеров системного решения проблем обманутых дольщиков является Закон Самарской области «О мерах по защите прав участников долевого строительства многоквартирных домов (обманутых дольщиков) на территории Самарской области», который направлен на защиту прав лиц - участников долевого строительства многоквартирных домов, пострадавших от действий застройщиков, в результате чего строительство остановлено и (или) участники долевого строительства не могут оформить права на данные объекты, и внесенных в соответствующий реестр.

Положения Закона в части, регулирующей отношения по предоставлению субсидий (субвенций), обеспечению строительства многоквартирных домов за счет средств областного бюджета, распространяются исключительно на отношения с участием физических лиц в долевом строительстве жилых помещений в многоквартирных домах.

На территории Самарской области реализуются меры государственной поддержки в отношении следующих категорий обманутых дольщиков:

- права которых на объекты долевого строительства не зарегистрированы в установленном порядке и(или) застройщиком фактически не начато освоение земельного участка, предоставленного под возведение объекта долевого строительства, либо освоение земельного участка приостановлено;

- права которых на объекты долевого строительства зарегистрированы в установленном порядке, однако в отношении данных объектов не выданы разрешения о вводе их в эксплуатацию.

В первом случае министерство строительства и жилищно-коммунального хозяйства Самарской области принимает меры к прекращению прав застройщиков на земельный участок и выступает заказчиком строительства многоквартирного дома. При этом министерство заключает с обманутыми дольщиками договоры, в рамках которых принимает обязательства по обеспечению строительства многоквартирного дома и безвозмездной передаче жилых помещений в нем в собственность обманутым дольщикам после завершения строительства. Соответствующие договоры заключаются министерством с обманутыми дольщиками, оплатившими полную стоимость жилого помещения, определенную договором участия в долевом строительстве. В этом случае обязанность по безвозмездной передаче жилых помещений в собственность обманутых дольщиков ограничивается предоставлением не более одной квартиры в многоквартирном доме каждому обманутому дольщику, имевшему право требования на передачу в собственность в объекте долевого строительства более одной квартиры.

Во втором случае за счет средств областного бюджета обманутым дольщикам (товариществу собственников жилья) предоставляются субсидии (субвенции) в размере, необходимом для завершения строительства и ввода объекта в эксплуатацию. При этом министерством с получателем субсидии (субвенции) заключается договор о предоставлении субсидии (субвенции), в рамках которого определяется порядок предоставления и использования субсидии (субвенции) с учетом порядка и сроков завершения строительства. При наличии свободных (невыкупленных дольщиками) помещений объекта долевого строительства Правительство Самарской области заключает с обманутыми дольщиками договор, предусматривающий передачу в собственность Самарской области части невыкупленных на момент предоставления за счет средств областного бюджета субсидии (субвенции) помещений.

Правительство Самарской области разрабатывает механизмы возврата средств областного бюджета, использованных в рамках реализации указанного Закона.

Порядок предоставления субсидий (субвенций) участникам долевого строительства (товариществам собственников жилья) многоквартирных домов на территории Самарской области утвержден Постановлением Правительства Самарской области от 30.05.2007 № 71. Субсидии предоставляются обманутым дольщикам, субвенции, сведения о которых содержатся в реестре участников долевого строительства многоквартирных домов (обманутых дольщиков) на территории Самарской области. Размер субсидии (субвенции) определяется по результатам инвентаризации соответствующих многоквартирных домов, которая проводится комиссией, созданной Правительством Самарской области.

Субсидии (субвенции) предоставляются в соответствии с графиком, утверждаемым министерством строительства и жилищно-коммунального хозяйства Самарской области на основании договора о предоставлении субсидии (субвенции), заключенного между Министерством и обманутым дольщиком.

Контроль за целевым использованием субсидий (субвенций) осуществляется Министерством. В случае нецелевого использования обманутым дольщиком субсидии (субвенции) указанные средства подлежат возврату в областной бюджет.

Законом предлагается направить средства областного бюджета на финансирование достройки многоквартирных домов в интересах дольщиков - физических лиц, как наименее защищенной с финансовой точки зрения группы участников долевого строительства. Закон распространяется только на тех дольщиков, которые на момент вступления его в силу не заключили соглашения по достройке их домов с органами государственной власти Самарской области, специализированной областной ипотечной организацией или со строительными организациями. С этой целью будет вестись реестр «обманутых дольщиков» в Самарской области. Правила ведения реестра и порядок и срок подачи заявлений дольщиков о включении их в реестр утверждаются правительством Самарской области. Реестр будет способствовать учету обманутых дольщиков, систематизации сведений о них и о соответствующих объектах долевого строительства.

На реализацию закона планируется направить 4,5 млрд. рублей. Его реализацию предлагается осуществить в течение 2-3 лет, исходя из возможностей областного бюджета.

Комментируя решение Думы, действующий тогда губернатор Самарской области Константин Титов заявил: «Сегодня депутаты одобрили очень важный закон, который поможет нам решить проблему «обманутых дольщиков». Речь идет о средствах областного бюджета, о деньгах налогоплательщиков - нас с вами. И мы не можем помогать тем, кто делает бизнес, вкладывая деньги в недвижимость. Но есть люди, которые за новое жилье отдали не только свои кровные, но и единственное имеющееся жилье. Для них это не имущественная проблема, а настоящая трагедия. Они действительно нуждаются в помощи государства и могут на нее рассчитывать». В сотрудничестве с муниципальными властями проблемы дольщиков будут в скором времени решены, в первую очередь, в Тольятти и Новокуйбышевске. С самарскими же дольщиками, по признанию губернатора, дело обстоит сложнее. Как заявил Константин Титов, «проблемы самарских участников долевого строительства будут решены тогда, когда, наконец, в городе перестанут заниматься только политикой и займутся людьми».

Председатель Самарской губернской Думы Виктор Сазонов заявил от имени законодателей, что был принят социально значимый закон, представляющий собой нестандартное решение серьезной проблемы, которое было просто необходимо для того, чтобы разрубить узел, который сложился в ситуации с обманутыми дольщиками. [2.27.]

Комментируя «Росбалту» от имени разработчиков принятый закон, министр экономического развития, инвестиций и торговли Габибулла Хасаев сказал по поводу высказанных сомнений возможности его финансирования в условиях дефицитного бюджета 2007 года: «В бюджете определены и источники покрытия дефицита. Ближайший резерв по повышению налогового потенциала составляет около 5 миллиардов рублей. Кроме того, у нас сегодня из разных областных и федеральных источников на решение проблемы обеспечения жильём различных категорий населения по бюджету 2007 года направляется около 2,5 миллиардов рублей. И у нас есть сегодня прекрасная возможность решить проблемы населения на этих проблемных объектах».

«Например, у нас запланировано 400 млн. рублей на отселение из ветхого и аварийного жилья, - отметил он. - Следовательно, мы можем в этих домах построить жильё для тех людей, которых мы будем отселять. С точки зрения нахождения источников финансирования я совершенно не вижу проблемы. Я думаю, что в этом году мы можем спокойно минимум 500 млн. рублей выделить за счёт перераспределения из разных источников. А может быть, даже до 700-800 млн. рублей. Мы способны найти ту сумму, которая будет необходима для достройки проблемных объектов. Мы имеем в этом поддержку не только губернских депутатов, но и Государственной Думы, партии «Единая Россия». Хочу еще раз подчеркнуть: Самарская область - первый субъект Федерации, где на законодательном уровне решается эта проблема, а не постановлениями и распоряжениями губернатора и мэров городов».

Закон Ульяновской области от 05.06.2007 № 78-ЗО «Об утверждении областной целевой программы по решению проблем обманутых соинвесторов долевого строительства в Ульяновской области на 2007 - 2009 годы» учитывает соглашение о сотрудничестве между Правительством Ульяновской области, мэрией города Ульяновска и Ульяновским областным общественным Фондом помощи обманутым соинвесторам.

Целью Программы является содействие в организации обеспечения жильем граждан, пострадавших от участия в долевом строительстве многоквартирных жилых домов, осуществляемом ООО «Капитальное строительство»; в пределах федерального стандарта социальной нормы площади жилого помещения на 1 гражданина, установленного Правительством Российской Федерации.

Директором общества с ограниченной ответственностью «Капитальное строительство» были заключены несколько договоров на одну и ту же строящуюся жилую площадь с гражданами, участвующими в соинвестировании строительства жилья, в результате чего число соинвесторов долевого строительства предположительно в 3 - 4 раза превысило число планируемых к строительству квартир и составило более тысячи человек. В настоящее время ни один из жилых домов строительством не завершен. Среди обманутых соинвесторов долевого строительства семьи, имеющие детей-инвалидов, многодетные семьи, семьи и жители города Ульяновска, не имеющие жилых помещений для постоянного проживания, семьи, которые имеют доход в расчете на одного члена семьи ниже установленного прожиточного минимума в Ульяновской области.

На 1 этапе реализации Программы планируется выдать 100 свидетельств семьям и гражданам, пострадавшим от участия в долевом строительстве многоквартирных жилых домов, осуществляемом обществом с ограниченной ответственностью «Капитальное строительство», в число которых входят: многодетные семьи; семьи, имеющие детей-инвалидов; семьи, имеющие детей в возрасте до 6 лет; инвалиды 1, 2, 3 группы; граждане, не имеющие жилых помещений для постоянного проживания.

На 2 и 3 этапе реализации Программы планируется выдать свидетельства 390 семьям и гражданам, пострадавшим от участия в долевом строительстве многоквартирных жилых домов, осуществляемом обществом с ограниченной ответственностью «Капитальное строительство», включенным в реестр требований кредиторов. [2.27.]

Механизм реализации Программы предполагает оказание государственной поддержки гражданам, пострадавшим от участия в долевом строительстве многоквартирных жилых домов, путем предоставления им субсидий на приобретение жилья, в том числе на уплату первоначального взноса при получении ипотечного жилищного кредита или займа на приобретение жилья или строительство индивидуального жилья.

Субсидия предоставляется на приобретение у любых физических и (или) юридических лиц одного (нескольких) жилого помещения (жилых помещений), в том числе на уплату первоначального взноса при получении ипотечного жилищного кредита или займа на приобретение жилого помещения или строительство индивидуального жилья, отвечающего установленным санитарным и техническим требованиям, благоустроенного применительно к условиям населенного пункта, выбранного для постоянного проживания (далее - субсидия).

Субсидия может быть использована гражданами для осуществления последнего платежа в счет уплаты паевого взноса в полном размере, после чего данное жилое помещение переходит в собственность последних в случае, если они являются членами жилищного накопительного кооператива или жилищно-строительного кооператива и для которых кооперативом приобретено жилое помещение.

Размер субсидии рассчитывается основным исполнителем Программы, указывается в свидетельстве и является неизменным в течение всего срока его действия. Расчет размера субсидии производится на дату выдачи свидетельства, указанную в бланке свидетельства.

В первую очередь свидетельства выдаются:

- многодетным семьям;

- семьям, имеющим детей-инвалидов;

- семьям, имеющим детей в возрасте до 6 лет;

- инвалидам 1, 2, 3 группы;

- гражданам, пострадавшим от участия в долевом строительстве многоквартирных жилых домов и не имеющим жилых помещений для постоянного проживания.

Необходимо отметить, что действие указанного Закона на 2007 и 2008 год было приостановлено законами Ульяновской области.

Таким образом, с учетом приведенного выше опыта других субъектов Российской Федерации, можно предложить считать обманутыми дольщиками тех, кто оплатил участие в строительстве объектов, которые «не существуют» в физическом смысле (объект не достроен и не может быть достроен прежним застройщиком) или в юридическом смысле (дольщик не может зарегистрировать свои права на объект из-за двойных продаж, заключения фиктивных договоров и т.д.).

Закон № 214-ФЗ содержит ряд норм, направленных на защиту прав граждан - участников долевого строительства. Не приводя подробно весь текст этого пространного акта, необходимо напомнить некоторые его положения:

1. Федеральный закон регулирует отношения, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости на основании договора участия в долевом строительстве (далее - участники долевого строительства) и возникновением у участников долевого строительства права собственности на объекты долевого строительства и права общей долевой собственности на общее имущество в многоквартирном доме и (или) ином объекте недвижимости, а также устанавливает гарантии защиты прав, законных интересов и имущества участников долевого строительства.

2. Застройщиком признается юридическое лицо, имеющее в собственности или на праве аренды земельный участок и привлекающее денежные средства участников долевого строительства. Застройщик вправе привлекать денежные средства участников долевого строительства только после получения в установленном порядке разрешения на строительство, представления проектной декларации и государственной регистрации застройщиком права собственности на земельный участок или договора его аренды. В практике же встречаются случаи, когда договор долевого участия заключается не с застройщиком, то есть обладателем прав на земельный участок, а с иной организацией, например, строительной фирмой - подрядчиком, в результате чего застройщик оказывается свободным от обязательств.

3. Договор долевого участия заключается в письменной форме, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации. Договор должен содержать:

1) определение подлежащего передаче конкретного объекта долевого строительства в соответствии с проектной документацией застройщиком после получения им разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости;

2) срок передачи застройщиком объекта долевого строительства участнику долевого строительства;

3) цену договора, сроки и порядок ее уплаты;

4) гарантийный срок на объект долевого строительства.

При отсутствии в договоре хотя бы одного из этих существенных условий договор считается незаключенным.

По соглашению сторон цена договора может быть изменена после его заключения, если договором предусмотрены возможности изменения цены, случаи и условия ее изменения.

4. К отношениям, вытекающим из договора, заключенного гражданином - участником долевого строительства исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, применяется законодательство Российской Федерации о защите прав потребителей.

5. В случае нарушения предусмотренного договором срока передачи участнику долевого строительства объекта долевого строительства застройщик уплачивает участнику долевого строительства неустойку (пени) в размере одной трехсотой ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от цены договора за каждый день просрочки. Если участником долевого строительства является гражданин, неустойка (пени) уплачивается застройщиком в двойном размере.

6. По требованию участника долевого строительства договор может быть расторгнут в судебном порядке в случае:

1) прекращения или приостановления строительства (создания) многоквартирного дома при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что в предусмотренный договором срок объект долевого строительства не будет передан участнику долевого строительства;

2) существенного изменения проектной документации строящихся (создаваемых) многоквартирного дома, в том числе существенного изменения размера объекта долевого строительства;

3) изменения назначения общего имущества и (или) нежилых помещений, входящих в состав многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости.[1.8]

В этом случае застройщик в течение двадцати рабочих дней со дня расторжения договора обязан возвратить участнику долевого строительства денежные средства, уплаченные им в счет цены договора, а также уплатить проценты на эту сумму за пользование указанными денежными средствами в размере одной трехсотой ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации. Если участником долевого строительства является гражданин, указанные проценты уплачиваются застройщиком в двойном размере.

Заслуживают внимания предложения С.А. Лушкина о необходимости ряда изменений и дополнений в Закон, в частности:

а) установить разумный срок приемки готового к передаче объекта, например один месяц, по истечении которого застройщику предоставить право оформления одностороннего передаточного акта;

б) позволить сторонам договора самим определять вид и размеры неустойки за нарушение обязательств, как и порядок возврата денежных средств при одностороннем отказе от исполнения договора, и только в отсутствие договорного регулирования применять нормы Закона. Размер законной неустойки за нарушение сторонами обязательств по договору установить в размере ставки рефинансирования ЦБ РФ (по состоянию на 11 января 2006 г. - 12%);

в) предоставить право одностороннего расторжения договора застройщику с участником долевого строительства, не исполняющим свои обязательства во внесудебном порядке, в сроки и на условиях, предусмотренных договором;

ж) применять ко всем отношениям в сфере долевого строительства (первичный рынок) недвижимости специальное законодательство (Закон об участии в долевом строительстве), а законодательство о защите прав потребителей применять к отношениям, возникающим из купли-продажи (вторичный рынок) недвижимости ввиду невозможности разграничения коммерческого и потребительского мотивов участия в долевом строительстве [3.38.].

**Заключение**

1 апреля 2005 года вступил в силу один из наиболее значимых документов из пакета по формированию рынка доступного жилья - Закон №214-ФЗ.

Указанный акт призван урегулировать отношения застройщиков объектов недвижимости, в том числе многоквартирных домов, и покупателей – частных инвесторов. Следует отметить, что Закон касается привлечения денежных средств не только для постройки жилых домов, но и для возведения любого объекта недвижимости, права на которые перейдут к инвесторам в будущем.

Большое количество сделок, направленных на приобретение недвижимости, заключается на стадии строительства. Рост спроса на еще несуществующие объекты недвижимости оправдан, во-первых, возможностью оплаты в рассрочку, во-вторых, безналичной формой взаиморасчетов, в-третьих, возможностью индивидуальной планировки квартиры.

Но самым существенным аргументом в пользу приобретения недвижимости на стадии строительства является низкая цена по сравнению с объектами, уже сданными в эксплуатацию. Помимо указанного, покупатель также может рассчитывать на получение дополнительного дохода путем перепродажи по более высокой цене после оформления всех необходимых документов.

Инвестирование в строительство недвижимости – это прибыльный бизнес, который широко используется не только юридическими, но и физическими лицами. Вместе с тем основными инвесторами являются физические лица, приобретающие квартиры на этапе строительства не ради получения дохода, а с целью приобретения жилья в будущем.

Существуют и недостатки в таком способе приобретения недвижимости. Основным минусом является отсутствие реальной возможности увидеть объект и оценить его качество.

Такой разновидности договора, как договор долевого участия в строительстве, не было предусмотрено гражданским законодательством. Возможность его заключения была обусловлена принципом свободы договора, установленным ст. 1 и 421 ГК РФ, в соответствии с которым стороны могут заключить договор - как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами, такой договор может содержать элементы различных договоров (смешанный договор).

Закон обязал застройщиков предоставлять информацию любым заинтересованным лицам. Статьей 20 Закона № 214-ФЗ к такой информации о застройщике отнесена следующая:

- наименование, местонахождение, режим работы,

- о государственной регистрации, об учредителях,

- о проектах строительства объектов, в которых принимал участие застройщик за последние 3 года,

- о лицензиях, номере и сроке ее действия, виде деятельности, подлежащем лицензированию,

- о величине собственных денежных средств, финансовом результате текущего года, кредиторской задолженности.

Также любое обратившееся лицо вправе потребовать, а застройщик обязан предоставить следующие документы:

- учредительные документы,

- свидетельство о государственной регистрации и постановке на учет в налоговом органе,

- отчетность финансово-хозяйственной деятельности застройщика,

- утвержденные годовые отчеты, бухгалтерские балансы, счета (распределение) прибыли и убытков за три последних года осуществления застройщиком предпринимательской деятельности и за фактический период предпринимательской деятельности при осуществлении застройщиком такой деятельности менее трех лет,

- аудиторское заключение за последний год осуществления застройщиком предпринимательской деятельности.

На практике застройщики и будущие собственники объектов недвижимости использовали договоры, которые по своей сути имеют различную правовую природу. Наиболее часто встречались такие договоры, как договор возмездного оказания услуг, строительного подряда, предварительный договор и договор купли-продажи недвижимости, простого товарищества, договор уступки прав требования.

Распространены были такие названия договоров, как договор инвестирования и соинвестирования. Некорректность указанных формулировок состоит в том, что указанные соглашения заключаются между непосредственными участниками строительного процесса, а конечный покупатель объекта недвижимости приобретает в результате товар (квартиру, гараж и пр.), который создан участниками строительства.

С вступлением в силу Закона на правовом уровне будут урегулированы отношения, связанные с привлечением денежных средств частных инвесторов для долевого строительства многоквартирных домов и иных объектов недвижимости.

Закон распространяется только на отношения, связанные с привлечением денежных средств участников долевого строительства для строительства (создания) многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости, разрешение на строительство которых получено после даты вступления Закона в силу, т.е. после 1 апреля 2005 года. Если разрешение на строительство застройщиком получено до этого срока, то на него этот Закон не распространяется

**Список литературы**

1. Нормативные правовые акты, документальные источники
   1. Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Рим, 4 ноября 1950г. (в ред. протокола № 11 от 11.05.1994г.) // СЗ РФ. 2001. - № 2. - Ст.163.
   2. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с изм. от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ) // Российская газета, № 7, 21.01.2009

1.3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (с изм. от 27.12.2009 № 352-ФЗ) // Российская газета, № 238-239, 08.12.1994

1.4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (с изм. от 17.07.2009 № 145-ФЗ) // Российская газета, № 23, 06.02.1996, № 24, 07.02.1996, № 25, 08.02.1996, № 27, 10.02.1996

1.5. Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (с изм. от 27.12.2009 № 365-ФЗ) // Российская газета, № 211-212, 30.10.2001

1.6. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (с изм. от 03.06.2009 № 121-ФЗ) // Российская газета, № 1, 12.01.2005

1.7. Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 190-ФЗ (с изм. от 27.12.2009 № 343-ФЗ) // Российская газета, № 290, 30.12.2004

1.8. Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 "Об инвестиционной деятельности в РСФСР" (в ред. Федеральных законов от 19.06.1995 N 89-ФЗ, от 10.01.2003 N 15-ФЗ, с изм., внесенными Федеральным законом от 25.02.1999 N 39-ФЗ) // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 29. Ст. 1005.

1.9. Федеральный закон от 30.12.2004 № 214-ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" (с изм. от 17.07.2009 № 147-ФЗ) // Российская газета, № 292, 31.12.2004

1.10. Федеральный закон от 31.05.2002 № 62-ФЗ "О гражданстве Российской Федерации" (с изм. от 28.06.2009 № 127-ФЗ) // Российская газета, № 100, 05.06.2002

1.11. Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 "О защите прав потребителей" (с изм. от 03.06.2009 № 121-ФЗ) // Российская газета, № 8, 16.01.1996

1.12. Федеральный закон от 17.11.1995 № 169-ФЗ "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации" (с изм. от 30.12.2008 № 309-ФЗ) // Российская газета, № 231, 29.11.1995

1.13. Федеральный закон от 30.12.2004 № 215-ФЗ "О жилищных накопительных кооперативах" (с изм. от 23.07.2008 № 160-ФЗ) // Российская газета, № 292, 31.12.2004

1.14. Постановление Правительства РФ от 21.04.2006 № 233 "О нормативах оценки финансовой устойчивости деятельности застройщика" (с изм. от 16.01.2007 № 14) // Российская газета, № 92, 03.05.2006

1. Литература
   1. Акчулпанова Е.Х. Правовое регулирование договора участия в долевом строительстве: Дисс. ... канд. юрид. наук. - Казань, 2006.
   2. Бланк И.А. Основы финансового менеджмента. М., 2009.
   3. Брагинский М.И. Договор подряда и подобные ему договоры. М., 2009.
   4. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. - М.: Статут, 2005.
   5. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2005;
   6. Защита прав потребителей. Разъяснения по применению Закона. М., 2005.
   7. Зюзин В.А., Королев А.Н. Комментарий к ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты российской федерации" (постатейный). М., 2005.
   8. Илларионова Т.И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер. Свердловск, 2005.

Лапутева Е.В. Совершенствование договорных отношений в области жилищного строительства: Дисс. ... канд. юрид. наук. - М., 2003.

* 1. Морозова Ж.А. Риэлторские организации. Бухгалтерский учет и налогообложение. – М.: Вершина, 2005.
  2. Новоселова Л.А. Перемена лиц в обязательстве из договора в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости//Консультант-Плюс. 2005.
  3. Павлодский Е. Правовая природа контракта // Право и экономика, 2008, № 12.
  4. Пиксин Н., Оксюк Т. О тех, кто в доле // Бизнес-адвокат, 2007. № 15.
  5. Романец Ю.В. Возмездность гражданских договоров // Законодательство, 2009. № 1.
  6. Свирин Ю. Инвестор или потребитель? // Российская юстиция, 2009, №3.
  7. Севастьянова Т.В. Долевое участие в строительстве. Правовое регулирование, бухгалтерский учет, налогообложение. - М., 2005.
  8. Серые схемы долевого строительства // Индикаторы рынка недвижимости www.irn.ru, <http://www.irn.ru/articles/11945.html>.
  9. Сидоров А. Новеллы долевого участия // ЭЖ-Юрист, 2009, №3.
  10. Смирнов В.Т., Толстой Ю.К., Юрченко А.К. Советское гражданское право (в 2-х частях). Часть 1. Ленинград, 1982.
  11. Скворцов О.Ю. Сделки в коммерческом обороте. - М.: Wolters kliwer, 2009.
  12. Суханов Е.А. Гражданское право. Т. 1. М., 2008.
  13. Тархова О.Ю. Договор долевого участия в строительстве как основание возникновения права собственности на жилое помещение: Дисс. ... канд. юрид. наук. - Ростов-на-Дону, 2006.
  14. Толкушкин А.В. Комментарий (постатейный) к федеральному закону от 30.12.2004 № 214-ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты российской федерации" // Подготовлен для СПС КонсультантПлюс, 2005.
  15. Трапезников В.А. Правовое регулирование инвестиционной деятельности в жилищном строительстве // Право и экономика, 2008, №9.
  16. Федоров С. Цена надежности // ЭЖ-Юрист, 2007, №9.
  17. Фоков А.П. Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости // Нотариус, 2005, № 2.
  18. Фоков А.П. Объекты недвижимости и защита физических и юридических лиц в долевом строительстве многоквартирных домов // Юрист, 2008, №2.
  19. Хозяйственное право: Учебник. Т. 2 / Отв. ред. В.С. Мартемьянов. - М.: Бек, 2004.
  20. Чеговадзе Л.Л. Защита субъективного гражданского права: проблемы реализации // Арбитражная практика, 2008, № 6.
  21. Черемис С.Ю. Инвестиционный договор // Учет в строительстве, 2008, № 1.
  22. Шарапов В.В. Об участии в долевом строительстве: комментарий к закону // Право и экономика, 2009, №10.
  23. Шлямов А.А. О правовой природе договора долевого участия в строительстве. Проблемы теории и юридической практики России. – Самара: Самарская Государственная Экономическая академия, 2004.
  24. Щербинин А.Г. Особенности правового регулирования долевого участия граждан в строительстве жилых помещений для личных нужд: Дисс. ... канд. юрид. наук. - Тюмень, 2003.

3. Судебная практика

3.48. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 2008 г. № 7 "О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей" // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 1.

3.49. Постановление ФАС Поволжского округа от 16 мая 2006 г. по делу № А06-2631-18/2005.

3.50. Обобщение практики ВС РФ рассмотрения судами Российской Федерации дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов // Бюллетень Верховного Суда РФ, 2003, № 2