

**БИБЛИОТЕКА ВЕРХОВНОГО СУДА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**



**МАТЕРИАЛЫ СОВМЕСТНЫХ РЕГИОНАЛЬНЫХ
СЕМИНАРОВ ВЕРХОВНОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ
КАЗАХСТАН И ГЕРМАНСКОГО ОБЩЕСТВА ПО
МЕЖДУНАРОДНОМУ СОТРУДНИЧЕСТВУ (GIZ)
ПО ВОПРОСАМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА
И ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА**

Астана 2011

УДК 347.9 (075)

ББК 67.410я7

Д 63

Редакционная коллегия:

Алимбеков М.Т.

Председатель Верховного Суда Республики Казахстан, доктор юридических наук

Сулейменова У.А.

судья Верховного Суда Республики Казахстан, кандидат юридических наук

Тюзюльбаева Б.И.

заведующий Сектором судебного образования Верховного Суда Республики Казахстан

Д 63

Доказательства и доказывание в гражданском процессе. Методика разбора гражданских дел (материалы семинара) -, г. Шымкент, 1-4 июня 2010 года.

Материалы регионального семинара «Судебная практика применения закона «О долевом участии в жилищном строительстве. Доказательства и доказывание в гражданском процессе» -, г. Астана, 11-13 октября 2010 года

ISBN 978-601-236-033-2

В сборнике опубликованы материалы двух семинаров по темам «Доказательства и доказывание в гражданском процессе. Методика разбора гражданских дел», проведенного в городе Шымкенте в период с 1-4 июня 2010 года и «Судебная практика применения закона «О долевом участии в жилищном строительстве. Доказательства и доказывание в гражданском процессе», проведенного в г. Астана в период с 11-13 октября 2010 года.

На семинарах обсуждались актуальные вопросы совершенствования гражданского процессуального законодательства, проблемы, возникающие в правоприменительной деятельности судов при рассмотрении отдельных категорий гражданских дел, выработаны рекомендации, направленные как на совершенствование нормативных правовых актов, регламентирующих обсуждаемые вопросы, так и на обеспечение единства судебной практики.

Сборник предназначен для судей, аспирантов, магистрантов, студентов юридических ВУЗов, а также широкого круга юридической общественности.

Организаторы семинаров:

Верховный Суд Республики Казахстан

Германское Общество по Международному Сотрудничеству (GIZ)

Учебный центр Шымкентского областного суда

Учебный центр суда г.Астаны

Мнения, высказанные на семинаре, отражают авторскую точку зрения и могут не совпадать с позицией редакционной коллегии и организаторов.

Публикация финансировалась Федеральным правительством Германии через общество «Deutsche Gesellschaft fuer Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH»

УДК 347.9 (075)

ББК 67.410я7

Д 63

ISBN 978-601-236-033-2

© Верховный Суд Республики Казахстан, 2011



**КНИГА ИЗДАНА ПРИ ФИНАНСОВОЙ ПОДДЕРЖКЕ
ГЕРМАНСКОГО ОБЩЕСТВА ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ
СОТРУДНИЧЕСТВУ (GIZ)**

**МАТЕРИАЛЫ
РЕГИОНАЛЬНОГО СЕМИНАРА ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И
ДОКАЗЫВАНИЕ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ.
МЕТОДИКА РАЗБОРА ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛ**

*г. Шымкент
1-4 июня 2010 года*

Приветственное слово Председателя Верховного Суда Республики Казахстан Алимбекова Мусабека Тургынбековича

Құрметті семинарға қатысушылар!

Қазақстан Республикасы Жоғарғы Сотының атынан сіздерге қош келіпсіздер демекпін.

Азаматтық құқықтың өзекті мәселелері бойынша семинарлар өткізу, дәстүрге айналғаны құптарлық жәйт.

Осындай кездесулер өткізу жөніндегі бастамаларды қашанда қолдаймын.

Өйткені халықаралық оң тәжірибені ескере отырып, ұлттық заңнаманы жетілдірудің маңызы зор.

Уважаемые участники семинара!

Рад приветствовать вас от имени Верховного Суда Республики Казахстан.

Примечательно, что проведение семинаров по столь актуальным вопросам гражданского права и процесса становится традицией.

Со своей стороны я поддерживаю инициативу проведения встреч, посвященных этим вопросам.

Очень важно развивать национальное право, учитывая при этом позитивный международный опыт.

Применительно к рассмотрению судами общей юрисдикции гражданских дел следует сказать, что по любой их категории необходимо устанавливать ряд юридических фактов, важных для правильного разрешения дела, независимо от его индивидуальных особенностей.

Установление этих обстоятельств осуществляется судом с помощью специальных средств судебного познания, которые в теории юридических доказательств получили название необходимых доказательств. Вероятность установления с помощью необходимых доказательств обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения юридического дела по существу, значительно возрастает.

В настоящее время многие ученые-правоведы уделяют внимание теме использования необходимых доказательств в рамках освещения вопросов предварительной подготовки гражданских дел к слушанию.

К сожалению, данная проблематика остается на сегодняшний день недостаточно разработанной.

Единообразная практика применения правовых норм, использование стандартных средств для установления типичных обстоятельств дела по различным категориям юридических дел позволит привести к быстрому и эффективному разрешению гражданских, уголовных, административных дел наиболее коротким путем.

Выявление и использование судами необходимых доказательств – один из элементов применения методики рассмотрения гражданских дел, когда суд

решает стоящие перед ним задачи, используя не случайные средства, а особые наборы инструментов, установленные и проверенные практикой.

В юридической литературе по многим вопросам доказывания существуют серьезные разногласия.

Одна из главных причин такого разногласия во взглядах состоит в различном подходе процессуалистов к более общим вопросам института доказывания, а именно к вопросам о понятии доказывания, о сущности и видах судебного познания.

Так, одни процессуалисты понимают под доказыванием деятельность по убеждению суда в истинности фактов, другие – деятельность по установлению объективной истины, наличие или отсутствие существенных для дела фактов.

Указанные различия приводят и к разному решению других частных вопросов.

В судебной деятельности доказывается существование или отсутствие определенных фактов, с которыми закон связывает возникновение, изменение или прекращение тех или иных правоотношений.

Целью доказывания, на мой взгляд, как формы познания в теории судебных доказательств, является установление истины, которая носит объективный характер. В данном случае под истиной понимается соответствие знаний и выводов действительности как объективно существующей вне и независимо от нашего сознания реальности.

В настоящее время продолжает оставаться дискуссионным вопрос о роли суда в гражданском, уголовном судопроизводстве в доказывании.

На него однозначно трудно ответить, так как среди ученых нет единого мнения по данному вопросу. Нет также единого мнения и среди многих практических работников, которые считают, что суд не должен вообще принимать участие в доказывании и нести за это ответственность, а лишь на основании представленных сторонами доказательств делать вывод об обоснованности заявленных требований и возражений.

К примеру, в силу части 2 статьи 15 ГПК, суд освобожден от сбора доказательств по собственной инициативе в целях установления фактических обстоятельств дела, однако по мотивированному ходатайству стороны оказывает содействие в получении необходимых материалов в порядке, предусмотренном кодексом. Вместе с тем, положения части 1 статьи 176 ГПК обязывают председательствующего судью руководить ходом заседания, обеспечивая полное, всестороннее и объективное выяснение всех обстоятельств дела, соблюдение последовательности и порядка совершения процессуальных действий, устранять из судебного разбирательства всё, не имеющее отношение к рассматриваемому делу.

В целом можно констатировать, что вопросы доказательств и доказывания по-прежнему занимают одно из центральных мест в гражданском процессе.

В связи с чем актуальность проводимого семинара на названную тему является бесспорной. Вынесенные на обсуждение вопросы вытекают из проблем, возникающих при рассмотрении судами наиболее распространенных категорий дел, как-то: трудовые споры, об обжаловании актов, действий,

бездействий органов государственной власти, о защите права собственности, споры связанные с защитой прав детей.

Самостоятельно отдельной сессией выделены вопросы гендерного равенства и по включению гендерного компонента в программу обучения судей.

Желаю вам успешной плодотворной работы, удовлетворения от общения и совместной деятельности.

Сіздердің осы бағыттағы іздену жұмыстарыңыз жемісті болуына тілектеспін. Өзекті мәселелердің шешімін табуға жол ашады деп сенемін.

СЕССИЯ 1. ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ. ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

Г.Ж. Мырзаке,
председатель кассационной судебной коллегии
Южно-Казахстанского областного суда

Доказательства и доказывание в гражданском процессе. Теория и практика

Тема моего доклада обозначена как вопросы доказательств и доказывание в гражданском процессе.

Вопросы, связанные с использованием доказательств и доказывания в гражданском процессе, регулируются 7-ой главой Гражданского процессуального Кодекса Республики Казахстан.

Настоящая глава процессуального закона, специально посвященная доказательствам и доказыванию, открывается статьей 64, которая содержит ряд важных положений доказательственного права. Прежде всего, в ней дается определение доказательств. Затем дан перечень процессуальных средств доказывания, которые могут использоваться в суде. Статья содержит также положения, касающиеся таких процессуальных категорий, как предмет доказывания и иные обстоятельства, подлежащие доказыванию при рассмотрении гражданских дел.

Первая часть статьи 64 определяет, что доказательствами по делу являются полученные законным способом фактические данные, на основе которых в предусмотренном законом порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела.

Хотелось бы немного остановиться на понятии – фактические данные. В гражданском процессуальном законодательстве Российской Федерации, в статье 55, устанавливает, что доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств. Думается, что процессуальное законодательство Российской Федерации дает более четкое определение - доказательству. Поскольку фактическое данное понятие достаточно неопределенное, и истолковывается как сведения об обстоятельствах дела, получаемое судом.

Доказательства - это сведения как раз о тех обстоятельствах, которые суд должен установить. В данной норме фактические данные и обстоятельства дела - понятия равнозначные. Их можно было заменить друг другом, и тогда доказательства определялись бы как сведения об обстоятельствах дела, на основании которых суд устанавливает существенные для дела фактические данные. По существу ничего бы не изменилось.

Фактические данные об обстоятельствах дела могут служить доказательствами в суде, только если они были получены в предусмотренном законом порядке.

Закон определяет, во-первых, те процессуальные средства доказывания, из которых могут быть получены фактические данные, и, во-вторых, порядок их получения и исследования.

Перечень допускаемых законодательством процессуальных средств доказывания содержится в части 2 статьи 64 ГПК РК - объяснение сторон и третьих лиц, показания свидетелей, вещественные доказательства, заключения экспертов, протоколы процессуальных действий, протоколы судебных заседаний, отражающих ход и результаты процессуальных действий, и иными документами.

Таким образом, из содержания данной нормы явствует, что предусмотренный перечень средств доказывания не является исчерпывающим. Суд вправе использовать и какие-либо другие доказательства, представляемые лицами, участвующими в гражданском процессе. В судебной практике были известны колебания относительно того, можно ли использовать в качестве доказательств видео - и аудио записи. Полагаю, что процессуальный закон допускает это, поскольку правила их исследования установлены в ст. 205 ГПК Республики Казахстан.

Доказательства подразделяются на личные и вещественные (или предметные), в зависимости от того, являются ли источником получения сведений люди или вещи.

К личным доказательствам относят объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей и заключения экспертов; к вещественным, предметным – письменные и вещественные доказательства, поскольку носителями информации в них выступают материальные объекты.

По способу формирования доказательства делят на первоначальные и производные. Первоначальными являются доказательства-первоисточники; производными - такие, которые воспроизводят содержание другого доказательства. Их получают «из вторых рук». Например, копия документа или показания свидетеля, который сам не наблюдал какой-либо факт, а узнал о нем от другого лица.

Доказательства могут быть прямыми и косвенными. Прямое доказательство позволяет сделать только один вывод об искомом фактическом данном. Например, расписка должника о получении денег займа. Косвенное доказательство дает основание для нескольких предположений, нескольких версий. Так, если истец представляет в суд почтовую квитанцию о переводе денег ответчику, то она служит лишь косвенным доказательством договора займа, поскольку возможны и другие версии - что истец сам возвращал ранее взятые у ответчика займы деньги или что он перевел их для передачи другому лицу и т.п. Поэтому при косвенных доказательствах приходится анализировать все версии, пока исследование всех доказательств и обстоятельств дела в совокупности не даст возможности суду прийти к одному определенному выводу.

Закон допускает возможность использования всех видов доказательств, устанавливая одновременно, что никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы.

Обстоятельства, обосновывающие требования и возражения сторон, представляют собой так называемый предмет доказывания. Закон термина «предмет доказывания» не употребляет, но он широко применяется на практике и принят в теории процессуального права. Этот круг юридических фактов, от установления которых зависит разрешение дела по существу. Все они подлежат доказыванию в процессе, отсюда и наименование-предмет доказывания. Их еще называют искомыми фактами, поскольку суд должен эти факты установить, для того чтобы правильно разрешить дело.

Предмет доказывания образуют факты материального – правового характера, т.е. факты, указанные в нормах материального права и влекущие материально-правовые последствия. Состав фактов, входящих в предмет доказывания, для каждого дела различен. Он зависит от требований и возражений, заявленных сторонами. Факты, которыми обосновываются их требования и возражения, как раз и составляют предмет доказывания.

К иным обстоятельствам, имеющим значение для правильного рассмотрения и разрешения дела, относятся юридические факты процессуального права и доказательственные факты.

При рассмотрении гражданских дел возникает необходимость в выяснении обстоятельств, имеющих не только материально-правовое, но и процессуальное значение.

Например, обстоятельства, вызывающих приостановление или прекращение производства по делу, или уважительность причин неявки кого-либо из участников процесса в судебное заседание. Такие обстоятельства устанавливаются также с помощью доказательств.

Доказательственные факты - факты, которые сами не являются искомыми юридическими фактами, но помогают установить их наличие или отсутствие. Доказательственные факты занимают некоторое промежуточное положение- их прежде надо доказать, но после этого они служат доказательствами искомым фактов. Поэтому их называют иногда промежуточными фактами. Чаще всего они являются лишь косвенными доказательствами по делу.

Обычным примером доказательственного факта является пребывание ответчика по делу о возмещении вреда в день, когда вред был причинен, в другом месте (алиби). Этот факт нужно доказать, но если он судом установлен, то сам служит того, что вред не был причинен ответчиком.

В соответствии со ст. 65 ГПК Республики Казахстан каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как основание своих требований и возражений.

Таким образом, законодательно закреплено, что обязанность доказывания возлагается на стороны. Распределяется она между сторонами следующим образом: истец должен доказать фактические данные, на которые он ссылается в обоснование своих требований, ответчик - фактические данные, на которые он ссылается в обоснование своих возражений против иска.

Это правило выражает и закрепляет главный элемент состязательного начала - каждому заинтересованному лицу надлежит доказывать фактические данные, которые обосновывают его юридическую позицию.

Долгое время в теории процессуального права считалось, что правильнее говорить не об обязанности, а о бремени доказывания, поскольку никакой санкции за ее невыполнение не установлено. Признаком же юридической обязанности является санкция за невыполнение. Стимулом, побуждающим стороны к доказыванию, является не санкция, а интерес в получении благоприятного для стороны решения.

При невыполнении стороной обязанности, или бремени, доказывания неблагоприятные последствия могут наступить в виде проигрыша процесса.

Обязанность доказывания лежит также на третьих лиц, заявляющих самостоятельные иски. Они должны доказать те фактические данные, которыми обосновываются их требования. Иначе в удовлетворении этих требований может быть отказано.

Третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований, юридически заинтересованы в вынесении решения, благоприятного для той стороны, на которой они участвуют, соответственно на них распространяется бремя доказывания тех фактических данных, которыми обосновываются требования или возражения.

Полагаю, что со мной могут не согласиться, ссылаясь, что я расширительно толкую норму ст. 65 ГПК Республики Казахстан, в соответствии с которой только на стороны, каковыми являются истец и ответчик, возлагается бремя доказывания. Поскольку третьи лица, как заявляющие самостоятельные требования, так и не заявляющие, являются полновесными участниками гражданского процесса, обладают и пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности, на них также лежит бремя доказывания.

Прокурор, органы государственной власти или местного управления, и другие субъекты, обратившиеся в суд в защиту интересов других лиц, также должны доказывать те фактические данные, которыми заявленные ими требования обосновываются.

Определение судом предмета доказывания начинается с момента принятия искового заявления. Суд должен выяснить, на какие фактические данные ссылается истец, какова в связи с этим юридическая квалификация правоотношений и какие еще фактические данные могут иметь значение для разрешения дела. Следует также учитывать фактические данные, на которых ответчик строит свою защиту против иска.

Задачи суда по определению предмета доказывания прямо сформулированы в статьях, относящихся к подготовке дела к судебному разбирательству.

В ходе процесса состав фактических данных, включенных в предмет доказывания, может меняться, например, в связи с изменением основания иска или оснований возражений против него предъявлением встречного иска или иска третьего лица.

Правильное определение предмета доказывания по каждому делу очень важно, так как если суд не исследует всех фактов, имеющих значение для разрешения дела, это повлечет вынесение необоснованного решения. В случаях же, когда суд, неправильно определив круг искомых фактических данных, будет исследовать и такие фактические данные, которые не имеют значение для дела, это вызовет ненужную трату времени и сил суда и участников дела, а главное - может привести к неправильному разрешению дела по существу.

Неправильное определение предмета доказывания - одна из наиболее распространенных судебных ошибок.

В силу состязательности построения процесса представление доказательств возлагается на стороны и других лиц, участвующих в деле. Они сами должны заботиться о подтверждении доказательствами фактических данных, на которые ссылаются.

Суд не уполномочен собирать или истребовать доказательства по собственной инициативе. Но известной активностью в обеспечении процесса доказательственными материалами суд обладает. Во-первых, при недостаточности доказательств, представленных сторонами, он вправе предложить им дополнительные доказательства. Во - вторых, в случае, если представление доказательств для сторон затруднительно, суд по ходатайству должен оказать им содействие в собирании и истребовании необходимых доказательств.

По любой категории дел при возникновении вопросов, требующих специальных познаний, суд вправе по собственной инициативе назначить экспертизу.

Как правило, доказательства собираются во время подготовки дела к судебному разбирательству. Закон, определяя задачи подготовки дела, в качестве одной из них называет «определение доказательств, которые каждая сторона должна представить в обоснование своих утверждений»

ГПК допускает представление доказательств позднее, в судебном заседании суда первой инстанции. Но это может потребовать отложения дела, в частности, по заявлению другой стороны, что ей нужно время, чтобы ознакомиться с новыми доказательствами и подготовиться к защите против них.

Новые доказательства могут представляться в суд апелляционной инстанции. В кассационную инстанцию - только в случаях, если сторона не могла их представить раньше.

В тех случаях, когда письменные или вещественные доказательства находятся не у самой стороны, а надо их получить от других лиц, участвующих или не участвующих в деле, сторона может обратиться в суд с ходатайством о содействии в их получении.

Ходатайство об истребовании доказательств может заявляться при подаче искового заявления и во время подготовки дела к судебному разбирательству. Может оно быть заявлено и в судебном заседании, если выявится необходимость в получении дополнительных доказательств.

Ходатайство разрешается определением суда. При его удовлетворении составляется запрос об истребовании доказательства, который может

быть выдан стороне на руки для получения доказательства или направлен непосредственно самим судом соответствующему лицу. Суд может истребовать доказательства у любых граждан и организации, независимо от их ведомственной принадлежности, места нахождения, участия или неучастия в деле.

Доказательство признается судом, относящимся к делу, если оно представляет собой фактические данные, которыми подтверждаются, опровергаются либо ставятся под сомнение выводы о существовании обстоятельств, имеющих значение для дела.

Правило относимости доказательства заключается в том, что суд должен допускать и исследовать только относящиеся к делу доказательства, то есть такие, которые могут подтвердить или опровергнуть те или иные искомые фактические данные. Установлению относимости доказательств должно предшествовать определение судом круга фактических данных, входящих в предмет доказывания. Суд должен представлять себе, какие юридические фактические данные ему надо будет выяснить, чтобы иметь возможность правильно разрешить дело и на этом основании определять относимость доказательств.

Правило относимости доказательств действует при собирании доказательств. Суд должен им руководствоваться, когда решает, какие из представленных сторонами доказательства следует принять и какие ходатайства сторон о собирании дополнительных доказательств следует удовлетворить.

Признав доказательство не относящимся к делу, суд отказывает в его принятии или истребовании.

Значение принципа относимости доказательств заключается в том, что оно дает возможность обеспечить процесс нужными доказательствами, позволяет определить объем доказательственного материала, отобрать только те доказательства, которые действительно нужны для установления фактических обстоятельств дела, и устранить из процесса все ненужное, не относящееся к делу, загромождающее процесс.

Допустимость доказательств.

По характеру ст.68 ГПК РК представляет собою отсылочную норму. Конкретные ограничения и использования доказательств устанавливаются другими нормами. Как всякое исключение, они могут вводиться только прямым указанием закона.

Один из наиболее известных случаев, когда действует ограничение в использовании доказательств - ст. 152 ГК РК. В ней установлено, что несоблюдение простой формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждении сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства. Нарушение простой письменной формы сделки не влечет за собой ее недействительности, кроме случаев, прямо предусмотренных законом или соглашением сторон. За это установлена другая санкция - невозможность ссылаться на свидетельские показания.

Сделка, заключенная с нарушением простой письменной формы, действительна. В случае, если по поводу сделки возникает судебный спор,

можно доказывать, что она заключалась, и приводить любые доказательства, но только не свидетельские показания. Они недопустимы ни в подтверждение факта заключения такой сделки, ни ее содержания, ни исполнения.

В соответствии со ст. 305 ГПК РК по делам о признании гражданина ограниченно недееспособным или недееспособным для установления таких обстоятельств, как наличие у гражданина умственного расстройства, способность его отдавать отчет в своих действиях и руководить ими, необходима судебно-психиатрическая экспертиза. Однако не исключается возможность одновременного использования объяснений заинтересованных лиц, показаний свидетелей, историй болезни, медицинских справок и т.п.

Существует взгляд, согласно которому ограничения в допустимости доказательств действует в отношении сделок, требующих нотариальной формы. Такие сделки, по мнению сторонников этого взгляда, могут подтверждаться в суде единственным доказательством - нотариально удостоверенным документом.

Однако таких положений в нормах ГК, касающихся нотариальных сделок, не установлено. Если форма сделки была соблюдена, но нотариальный документ утрачен, то в случае судебного спора по поводу этой сделки в качестве доказательства могут быть использованы реестр нотариуса с записью о сделке, квитанция об уплате пошлины за ее нотариальное удостоверение. Не исключены свидетельские показания нотариуса, оформлявшего сделку.

При нарушении нотариальной формы сделка недействительна. Но в случае, если одна из сторон полностью или частично исполнила такую сделку, а другая сторона уклоняется от нотариального ее удостоверения, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать ее действительной. На практике по таким делам используются все виды доказательств, в частности домашние (нотариально не оформленные) договоры купли-продажи, другие письменные документы, объяснения сторон и т.д.

Основания для освобождения от доказывания.

Две группы обстоятельств, которые суд может положить в основу своего решения без доказывания. Это общеизвестные факты и преюдициальные факты.

Право признать тот или иной факт общеизвестным и потому не подлежащим доказыванию дано самому суду. Общеизвестными признаются факты, которые широко известны, по крайней мере, в пределах той или иной местности. Типичные примеры общеизвестных фактов - разного рода стихийные явления (наводнения, засуха, ураган и т.п.).

Не подлежат доказыванию и могут быть положены в основу судебного решения, обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением суда по ранее рассмотренному делу при разбирательстве других гражданских дел, в которых участвуют те же лица.

При этом преюдициальное значение в отношении установленных ими фактов могут иметь только те судебные постановления, которым разрешается дело и которые вынесены в результате проведения состязательного процесса, после полного и всестороннего исследования всех обстоятельств и

доказательств по делу в их совокупности. Это решения судов первой инстанции, решения апелляционных судов и кассационных постановлений.

Не имеют преюдициального значения факты, содержащиеся в определениях суда, в судебных приказах и в постановлениях судьи о наложении административного наказания. Последние представляют собой акты судебно-административной юрисдикции.

Фактические данные, установленные ранее вынесенным судебным постановлением, приобретают преюдициальное значение со вступлением этого постановления в законную силу. Все правило преюдициальности фактических данных связано с институтом законной силы судебного решения и по существу повторяет ч.4 ст. 235 ГПК РК. Законная сила судебного решения распространяется только на участвующих в деле лиц, поэтому преюдициальное значение для другого дела факты будут иметь только в том случае, если в нем участвуют те же лица, что и в первом процессе. Если во втором процессе появляются новые лица, то законная сила первого решения на них не распространяется, и они могут оспаривать факты, в нем установленные, представляя соответствующие доказательства. Иное положение нарушило бы их право на судебную защиту, поскольку факты в другом процессе устанавливались без их участия.

Преюдициальное значение имеет вступивший в законную силу приговор по уголовному делу. Преюдициальным для гражданского дела являются выводы приговора не только по вопросам: имели ли место сами деяния и совершены ли они данным лицом, но и по всем другим обстоятельствам дела и их правовой оценке, установленных приговором суда. На мой взгляд, это представляется не совсем правильным, лишая сторону в процессе основного принципа гражданского судопроизводства, принципа состязательности. Установленный приговором суда факт совершения самого деяния и установления совершения этого деяния именно данным лицом, не вызывает сомнения. Вместе с тем при рассмотрении предъявленного иска о возмещении материального ущерба, причиненного преступлением, размер должен определяться судом, рассматривающим гражданское дело, на основании представленных сторонами доказательств.

Содержащие в приговоре указания о конфискации определенного имущества не лишают заинтересованных лиц права предъявить иск об освобождении имущества от ареста и доказывать, что это имущество принадлежит им.

Судебные поручения.

Судебные поручения применяются, если возникает необходимость собирания доказательств в другом городе, районе, или государстве. Судебное поручение может быть дано только суду. Недопустимо поручать совершение действий по опросу сторон, третьих лиц, по допросу свидетелей, осмотру письменных или вещественных доказательств каким-либо другим лицам: судебным приставам, должностным лицам исправительных учреждений, представителям органов местного самоуправления и т.п.

Оформляется судебное поручение определением.

Процессуальные действия, порученные суду, должны совершаться в судебном заседании с соблюдением всех правил ГПК.

Обеспечение доказательств.

Процессуальный институт обеспечения доказательств применяется в тех случаях, когда возникает угроза, что какие-либо доказательства не сохранятся к судебному заседанию. Обеспечение доказательств представляет собой принятие мер, направленных на фиксацию сведений, содержащихся в доказательстве, когда есть основание, что представление самого доказательства в судебное заседание сделает в последствии невозможным или затруднительным.

Заявление об обеспечении доказательств может быть подано в суд по территориальности, где должны быть совершены процессуальные действия по обеспечению доказательства. Например, в суд, по месту проживания свидетеля, которого надо допросить, или по месту нахождения вещественных доказательств, которые надо осмотреть. Таким образом, законодатель устанавливает, что подача заявления об обеспечении доказательств, подается не в суд, рассматривающий дело, а в суд по месту совершения процессуальных действий, что на мой взгляд не совсем правильно. В случае подачи такого рода заявления в суд, рассматривающий дело, он будет обязан его вернуть заявителю, разъяснив его право подачи по территориальности.

Отказ в принятии заявления об обеспечении доказательств может быть обжалован. Не совсем удачно сформулировано данное предложение. Может быть обжалован не только сам отказ в принятии заявления, но и определение об отказе в обеспечении доказательств.

На практике, такой вид процессуального действия встречается очень редко.

Оценка доказательств.

Оценка доказательств по внутреннему убеждению означает, что суд, разрешающий дело, должен определить достоверность и силу каждого доказательства в отдельности и всех их в совокупности.

В законе не содержится указаний относительно того, что одно доказательство сильнее, другое слабее, одно достовернее, другое менее достовернее. Это определяет суд. Официальные бумаги, свидетельские показания должностных лиц, заключения экспертов не имеют заранее установленных преимуществ, они исследуются и оцениваются наравне со всеми другими доказательствами и могут быть оспорены в процессе.

Определение судом относимости и допустимости доказательств, с одной стороны, и определение их достоверности, силы, достаточности, с другой – преследуют разные цели. Относимость и допустимость, определяются судом при сборе доказательств, когда надо решать вопрос, принимать ли доказательства, представленные лицами, участвующими в деле, или удовлетворять ли их ходатайства об истребовании доказательств. Достоверность, сила, достаточность определяются для того, чтобы решить совсем другой вопрос - можно ли на их основе признать те или иные фактические данные установленными.

Важнейшее правило оценки доказательства – оценка их по совокупности. Это дает возможность сопоставить доказательства, проверять одни из них с помощью других. Если обнаруживаются расхождения, то доказательства требуют дополнительного исследования, что приводит к более полному изучению обстоятельств дела. Оценка всех доказательств по делу в совокупности позволяет определить их достаточность.

Оценка доказательств происходит на основе их исследования.

К видам доказательств относятся объяснения сторон и третьих лиц. Доказательствами они являются в той части, где содержатся сведения, информация, об обстоятельствах дела.

Объяснения сторон делятся на утверждение и признание. Утверждение-сообщение стороны о фактических данных, в установлении которых заинтересована она сама, так как они обосновывают ее требования или возражения. Бремя доказывания таких фактических данных лежит на этой стороне.

Признание-подтверждение стороной фактических данных, обязанность которых лежит на другой стороне. Юридическое значение признания заключается в том, что оно освобождает другую сторону от обязанности доказывания признанного факта.

Свидетельские показания.

Свидетелем в гражданском деле может быть любое лицо, которому известны какие-либо сведения об обстоятельствах дела.

Не препятствует тому, чтобы быть свидетелем по делу, особые отношения свидетеля со сторонами - родственные, враждебные, служебная зависимость и т.п.

Недопустимо свидетельство по слухам, когда источник сведений не может быть указан, а следовательно не может быть проверен.

Другие виды доказательств, порядок их исследования подробно будут освещены в выступлениях других участников семинара.

Я же попытался остановиться на общих вопросах понятия доказательств и доказывания. Полагаю, что у нас будет оживленная дискуссия по заданной теме. Желаю всем участникам плодотворной работы.

Утверждение и доказывание. Замечания к исследованию доказательств по немецкому и казахстанскому гражданскому процессуальному праву.

Замечания к исследованию доказательств по немецкому и казахстанскому гражданскому процессуальному праву.

Если бы мне нужно было применять вместо немецкого ГПК казахстанский ГПК, то я задал бы себе вопрос, следовало ли бы мне при этом отклониться от моего обычного способа ведения судебного процесса? Когда я просматриваю текст ГПК Республики Казахстан, не комментарию, не судебные решения и иные мнения экспертов по этому закону, то я прихожу к выводу, что я, в любом случае, не должен был бы изменять свой способ ведения процесса, по крайней мере - не должен был бы изменять его существенно. И, тем не менее, я уверен, что мой способ ведения судебного производства существенно отличается от производства в Казахстане. Я не уверен в этом, но представляется, что это так. Думаю, что существенной причиной этого является то, что в основе на первый взгляд, внешне одинаковых понятий, находятся разные основополагающие понятия. Говорят, что для плотника – все похоже на гвоздь и выглядит как гвоздь. Наверное, примерно такое же состояние было бы и у меня. Из всех положений ГПК Республики Казахстан (далее ГПК), которые кажутся мне знакомыми – из ГПУ Германии (Гражданское процессуальное уложение Германии) (далее немецкий ГПК) – я бы сделал вывод, что гражданский процесс должен проходить также как в Германии. Все, что является совершенно другим, я (бы) просто не заметил или, в любом случае, я бы учел это, но совсем не так, как это принято в Казахстане. В дальнейшем я, тем не менее, постараюсь, наряду с немецкой теорией и практикой исследования доказательств, затронуть и провести параллели и различия с ГПК РК.

По теме доказательств немецкий ГПК решающим образом проводит различия между **утверждением и доказательством**. Это весьма значимо для размышлений анализа и действий судьи по гражданским делам. В Казахстане в качестве доказательств служат данные/информация, которые суд получил в надлежащем, законом установленном порядке, и из которых он делает вывод, имеются ли фактические обстоятельства по выдвинутым требованиям, или такие обстоятельства отсутствуют. К доказательствам относятся при этом также объяснения сторон (ст.64 абз.2 и 78 ГПК).

Упрощенно можно было бы сказать: все, что суд в ходе процесса узнает об обстоятельствах дела от сторон, или устанавливает посредством специального сбора доказательств, все это есть доказательство. Решающим при этом является то, что суд узнает на устном судебном разбирательстве, это те доказательства, которые собираются на устном разбирательстве.

В отличие от этого в *немецком гражданском* процессе, все, что сообщают стороны, считается только утверждением. Доказательством считается только, когда суд дает распоряжение провести формальный сбор доказательств и

после этого исследует доказательства. Часто до этого не доходит. Напротив, можно сказать, что немецкая техника разбора дела преследует цель, избегать такого сбора доказательств. Другими словами: исследовать доказательства только тогда, когда это неизбежно по правовым причинам. Вероятно, я должен пояснить это примером из практики.

Возьмем обычное дело договора *подряда*. Строительное предприятие требует своим иском остаточной суммы выплаты за выполненный заказ. Заказчик возражает, что сумма за выполненный заказ по подряду, слишком высока, потому что работы по объекту еще не были полностью завершены и, кроме того, что там много недостатков.

В Германии регулярно проводится предварительное *письменное* производство. Стороны обмениваются письменно документами, при этом суд определяет сторонам срок для этого. В этом приведенном деле из этих письменных документов следует, что имеется много спорных пунктов. Стороны не согласны друг с другом - каков был объем заказа. Строительное предприятие говорит, что пересылало Заказчику предварительную смету, и потом также был и письменный договор. Тем не менее, строительное предприятие утверждает, что во время строительных работ ему поручались еще и дополнительные работы. И за эти дополнительные работы, по мнению строительной фирмы, заказчик должен платить, исходя из обычной стоимости по подрядному заказу, потому что не было договоренности о специальной цене.

Все это оспаривает Заказчик, он утверждает, что была оговорена фиксированная цена за все виды работ. Стороны спорят также о том, как должны были быть выполнены отдельные виды работ. Потому что заказчик не доволен выполненными работами. Так как заказчик не доволен выполненными работами, то он поручил нанятому им архитектору, сделать экспертную оценку. В этой экспертной оценке приводится, какие имеются недостатки в данном строительном объекте.

Когда дело доходит до устного разбирательства, папка судебного дела уже достаточно толстая. Там находятся не только документы из переписки сторон, но также и всевозможные документы от сторон, которые они предоставили для подтверждения своих утверждений: договоры, счета, внесудебная корреспонденция, а также выполненная по поручению Заказчика экспертная оценка постройки по ее недостаткам.

На устном судебном разбирательстве стороны, как правило, не рассказывают заново все то, что они предоставили в письменном виде. Также и документы - как правило, предоставленные в виде копий - не рассматриваются во время устного разбирательства как сбор (исследование) доказательств. В большей степени действует правило, что все, что изложили (объяснили) стороны письменно, действует – как если бы они это объяснили устно. Для этого судья, как введение, обобщает на судебном процессе существенное содержание дела. Это может быть также существенное отличие от практики казахстанского гражданского процесса, так как все должно быть объяснено («изложено») на устном разбирательстве. И позже часто и в самих решениях подробно описывается, что изложили стороны в предварительном письменном производстве и затем - во время устного разбирательства.

Если суд выносит решение без формального сбора (или: «исследования») доказательств, то, следовательно, не было исследования доказательств. Все, что изложили стороны – это только утверждения, а не доказательства. Также и предоставленная Заказчиком экспертная оценка – не является доказательством, а только лишь – объяснением («изложением») стороны.

Если я правильно понимаю, то казахстанский судья в таком случае говорил бы о доказательствах. Договор – это доказательство, экспертная оценка – это доказательство, внесудебная переписка – тоже может быть доказательством, а также и объяснения самих сторон – это доказательство.

Это различие - прежде всего - вопрос терминологии. Но это отличие имеет также и практические последствия. Теперь наверняка возникнет вопрос, как может быть вынесено судебное решение без сбора доказательств? Применение права означает, однако, всегда, что я применяю фактические обстоятельства (*факты*) к какой-то *правовой норме*.

Ключ находится в урегулировании, которое в похожем виде имеется и в Казахстане. Согласно ст. 78 абз.3 ГПК факты, правильность которых признается другой стороной, не должны доказываться. По бесспорным обстоятельствам не проводится сбор доказательств. В Казахстане из этого принципа имеется исключение в ст. 78 абз. 4 ГПК. Однако я с трудом могу себе представить, что это исключение часто применяется. Еще никогда в гражданском процессе я не сталкивался с ситуацией, где бы я думал, что кого-то («под влиянием») заставили подтвердить какой-то факт. Также я с трудом могу себе представить, что обе стороны, договорившись, утверждают что-то ложное, для того, чтобы ввести суд в заблуждение. Так как все факты для одной из сторон всегда не выгодны, наверняка эта сторона будет оспаривать такие утверждения по фактам, если они не верны с ее точки зрения.

Принцип того, что по бесспорным утверждениям не должны собираться (или «исследоваться») доказательства, немецкий ГПК дополнил также и путем других урегулирований. С одной стороны, каждая сторона в процессе должна говорить правду. То есть это иначе, чем в уголовном процессе. Но прежде всего, каждая сторона обязана высказаться по поводу утверждений противоположной стороны. То есть она не имеет права просто так молчать, но она должна высказаться по поводу того, являются ли высказывания противоположной стороны соответствующими (положению дел) или нет.

Она также не может просто сказать, что они неверны, а должна объяснить, как правильно с ее точки зрения. Насколько детально стороны должны представить фактические обстоятельства, зависит также и от того, оспаривается ли какое-то высказывание или нет.

Для пояснения: предположим, что истец подает иск о выплате закупочной стоимости. В исковом заявлении он может изложить свое объяснение просто: «Истец продал ответчику в апреле 2009 г. велосипед за 200,- евро. Ответчик не заплатил закупочную стоимость». Этого достаточно как объяснения по фактам. Если, однако, ответчик возражает, что истец подарил ему велосипед, то истец должен изложить факты намного детальнее. Когда он это сделает, то и ответчик должен после этого более подробно изложить факты с его точки зрения.

Этот вопрос, а именно, как конкретно сторона должна изложить что-то, мы называем это «*субстанцировать*», это очень важное средство управления в немецком гражданском процессе. В частности здесь есть важное дальнейшее урегулирование (§ 138 абз. 2 ГПК ФРГ):

Утверждения о фактах одной стороны считаются бесспорными, если они открыто не оспариваются другой стороной. Это признание верности фактов осуществляется, так сказать, автоматически, если сторона открытым текстом ничего не оспаривает. Здесь не требуется, чтобы это признание формально было внесено в протокол, как это требуется по статье 78, абз.3 ГПК. И таким же образом в результате рассматривается ситуация, когда какая-то сторона что-то утверждает в общем виде, или оспаривает обобщенно, хотя она на самом деле была бы обязана сделать это конкретно и детально.

Методика немецкого судьи, по сути, состоит в том, чтобы установить, что спорно и что бесспорно. И затем проверить с правовой точки зрения, зависит ли это вообще от определенных спорных утверждений сторон.

Совершенно ясным становится это отличие между тем, что, с одной стороны, понимает ГПК ФРГ, и с другой - ГПК, в случае неявки ответчика на устное разбирательство. Оба процессуальных порядка предусматривают в этом случае возможность заочного решения. Но путь к этому решению - различный. Немецкий ГПК оценивает неявку как признание выдвинутых истцом требований. Суд должен проверить только с правовой точки зрения, обосновывают ли изложенные истцом фактические обстоятельства данному исковому заявлению с точки зрения права (так называемая проверка *обоснованности иска*). Если это имеет место, то без сомнений выносится заочное решение в отношении ответчика. Это решение не требует обоснования, и само устное разбирательство длится лишь несколько минут. Ст. 261 ГПК также и в этом случае предусматривает, чтобы сначала были исследованы доказательства.

В результате, тем не менее, я не вижу здесь больших отличий. Возьмем простой пример, когда истец выдвигает требования по возмещению ущерба, когда ответчик, проезжая мимо, повредил своим велосипедом легковой автомобиль. Из этого иска возникает история, согласно которой, ответчик сделал это по небрежности, а относительно размера ущерба будет приложена квитанция ремонтной мастерской. Немецкий судья по гражданским делам рассматривал бы такое объяснение - как бесспорное и вынес бы заочное решение в отношении ответчика, так как иск обоснован.

Также и по-казахстанскому праву имелось бы право требования на возмещение ущерба согласно Статье 917 ГК. Стал ли бы казахстанский судья действовать и решать по-другому? Думаю, что нет. Он, вероятно, тоже заслушал бы истца, посмотрел квитанцию от ремонтной мастерской и вынес бы решение в пользу истца. Но он бы рассматривал это - как исследование доказательств. В результате объем его проверки доказательств все-таки зависел бы - как и в Германии - от того, оспаривает ли что-то ответчик или не оспаривает. Судья не стал бы сам по себе проверять, фальшивая ли эта квитанция или нет. Он не стал бы по своей инициативе опрашивать свидетелей, чтобы установить, соответствуют ли действительности утверждения истца, или все было

совершенно иначе. Или что может быть -это был вовсе не этот ответчик, который повредил автомобиль, или - что он сделал это - при отсутствии его вины и т.д.

Это приводит к вопросу о том, имеются ли разные подходы в том, когда что-либо является доказанным, а когда - нет.

Казахстанское право в этом вопросе следует континентальной европейской традиции права, согласно которой здесь имеется субъективный подход. Согласно ст. 16 ГПК все зависит от того, имеется ли внутреннее убеждение суда относительно верности какого-то утверждения. Немецкий ГПК формулирует это похожим образом, и об этом говорится в §286 ГПК ФРГ как о «свободном убеждении» суда. Обе формулировки звучат немного так, как будто стороны здесь предоставлены произволу суда. В конечном счете, ведь подход к доказательствам не может быть задуман иначе, чем объективный. Это проявляется, когда вопрос формулируется несколько иначе: Когда суд **имеет право** (досл. «когда суду позволено») убедиться в том – идет ли речь о правде или неправде в случае доказательств? И здесь вновь статья 77 абз.3 ГПК формулирует объективный масштаб, который при этом очень высок: доказательства в их совокупности должны подтверждать какой-либо факт «без сомнений» (неоспоримо). Федеральный Верховный суд более сдержанно сформулировал для Германии требования по одному известному делу, где истица утверждала, что она является младшей дочерью последнего царя, княгиней Анастасией Романовой: *не является предпосылкой наличие убеждения, которое лишено всяких сомнений.*

Личная убежденность судьи действительно нужна. Но судья должен в действительно сомнительных случаях «довольствоваться применимой для практической, обычной жизни степенью убежденности». И далее Федеральный Верховный суд продолжает уже образным языком: Степень убежденности должна быть такой, «что о сомнениях рекомендуется промолчать, не исключая их полностью». Таким образом, это все - общие формулировки, которые не легко применять. Защита сторон от произвольного применения этих правил мной, как судьей, в конечном счете заключается в том, что я должен *обосновать свое решение*. То есть я не могу просто сказать, что я верю свидетелю, что я следую объяснениям эксперта и т.д. Более того и в большей степени, я должен обосновать - почему это так.

Также и здесь объем моего обоснования зависит от того, в какой степени стороны подвергают сомнению результаты проверки доказательств. Если одна сторона предъявляет требование, что свидетель лгал, то я подробно должен обосновать, почему я, тем не менее, верю свидетелю. Если обе стороны после объяснений свидетеля ничего не говорят о достоверности этих объяснений, тогда и мое обоснование будет кратким. Если какая-то сторона ставит под сомнение выводы эксперта путем хороших аргументов, то я не могу просто так сказать, что я, тем не менее, буду следовать объяснениям эксперта. Вероятно, я даже привлеку вторую, дополнительную экспертную оценку. По крайней мере, я должен в своем решении остановиться на аргументах той стороны, которая высказалась против правильности экспертной оценки.

Как указано выше, моя личная убежденность не играет роли, если стороны единогласно рассказывают о каких- то фактических обстоятельствах.

Немного иначе, чем в казахстанских судебных решениях, я не сам устанавливаю фактические обстоятельства, а только устанавливаю то, что стороны объяснили одинаково. Хотя немецкие судебные решения в принципе состоят из таких же элементов, которые так же предусмотрены в статье 221 ГПК, здесь, тем не менее, присутствуют небольшие отклонения.

Вопрос о том, убежден ли я в правдивости какого-либо утверждения, возникает, таким образом, только при спорных утверждениях сторон, которые я считаю *существенными* по правовым причинам. Несущественным был бы, например, спор сторон о том, действовал ли ответчик виновно, если речь идет о требованиях, возникающим в связи с источником повышенной опасности, согласно статье 931 ГК.

Спорные утверждения, которые являются существенными, сначала должны быть конкретно установлены. Для того, чтобы вернуться к моему примеру по иску строительного предприятия: не достаточно, если стороны спорят о том, работала ли строительная фирма «с недостатками». Заказчик в большей степени должен точно объяснить, в чем он видит недостатки (например, кухонное окно в подвале сделано неплотно, задний нижний подвал влажный и т.д.). И только когда он это сделает, и Заказчик для этого предложит надежные доказательства, тогда суд делает распоряжение о проверке доказательств по данным утверждениям. Если это происходит посредством привлечения экспертной оценки специалиста, то специалист (эксперт) должен высказаться только по этим утверждениям. Если он по собственной инициативе упоминает и о других недостатках (дефектах), о которых еще не говорил заказчик, то он становится пристрастным. Суд имеет право учитывать эти дальнейшие недостатки только тогда, когда теперь и сам Заказчик будет утверждать, что такие недостатки имеются. Как правило, Заказчик сразу же тогда делает это.

Далее является важным, что исследование доказательств осуществляется только по утверждениям о фактических обстоятельствах, а не по правовым вопросам. Исследование («сбор») доказательств по правовым вопросам проводится в Германии только как исключение при спорных вопросах зарубежного права.

Я не имел бы права в моем вышеприведенном примере о покупке велосипеда сделать распоряжение об исследовании («сборе») доказательств такого содержания:

«Необходимо собрать доказательства относительно утверждения истца, что он продал в апреле 2009 г. велосипед за 200,-евро, и относительно встречного утверждения ответчика, что истец подарил ему велосипед, путем допроса свидетелей А, В.»

Распоряжение содержит вопрос, по которому должен вынести решение суд, но не вопрос, по которому что-то могут сказать свидетели. Вряд ли можно спрашивать свидетелей, было ли это продажей или дарением. Можно только попросить свидетеля представить фактический разговор и последовательность событий. И это – сначала - точно должны рассказать стороны, для того, чтобы вообще возникла речь о сборе доказательств.

В этом примере различие между фактическими утверждениями и правовыми вопросами кажется банальным. В других случаях это различие часто сложно. Возьмем вопрос, выполнил ли партнер по договору надлежащим образом свои обязательства. Здесь статья 272 ГК называет определенные стандарты, при которых различие между вопросами по фактам и правовым вопросам является сложным. Если здесь будет дано поручение эксперту, то легко возникнет опасность, что решение, которое собственно должен вынести суд, переносится на эксперта. Такая же проблема возникнет легко, если нужно решить вопрос, было ли нарушение договора сделано виновно, в смысле ст. 359 ГК.

Еще несколько замечаний о том, как в Германии по форме осуществляется сбор (исследование) доказательств. Я не могу назвать цифры. Но удивительно, как часто дело не доходит до формального исследования доказательств, если учитывать те принципы, о которых я коротко рассказал выше.

В остальном, формальное исследование доказательств - это редкое исключение. Стороны представляют свои утверждения с копиями договоров, и содержание договоров регулярно является бесспорным. В последнее время также излагается содержание переписки по электронной почте, так что в дело прилагаются распечатки этой переписки. Я еще не видел случая, чтобы оспаривалось то, что эти электронные письма были действительно отправлены. Только редко возникают случаи, когда необходимо представить оригинал какого-либо документа как документальное доказательство, потому что содержание является спорным.

Также относительно редко встречается, что суд назначает время осмотра на месте, чтобы получить лично впечатление на месте происшедшего. Примером могут быть, наверное, место, где произошла дорожная авария, или там, где между соседями имеется спор о границах (напр. соседних участков). В большинстве случаев достаточно фотографий, которые предоставляют стороны. Формальный допрос стороны в процессе является в Германии подчиненным средством доказывания и применяется редко. Но стороны регулярно заслушиваются - без специальной для этого формы, и это может учитываться при оценке доказательств. Как главные средства доказывания применяются доказывания свидетелей и экспертов. Допрос свидетелей производится достаточно часто, привлечения экспертов, в связи с возникающими расходами, стараются избежать. В определенных случаях, тем не менее, привлечение экспертов становится неизбежно и необходимо.

Именно тогда, когда для определенного утверждения возможно доказывание свидетелем, часто это приводит к тому, что это доказывание не удается, так что решение выносится не в пользу стороны, которая несет бремя доказывания. Основное правило о бремени доказывания в Германии такое же, как определено статьей 65 ГПК. Судебная практика, тем не менее, развила здесь частично очень специфические правила. Одно из этих правил, это так называемое мнимое доказательство (доказательство *prima-facie*). Оно касается типичного хода событий. Предположим, что истец должен доказать, что письмо, содержащее предложение договора, действительно поступило к ответчику. Но

истец может только доказать, что он отправил письмо в определенный день по почте. Если теперь, исходя из опыта известно, что письма всегда и регулярно доходят, то можно было бы сказать, что имеет место мнимое доказательство о том, что это письмо поступило.

Именно в этом случае судебная практика до сих пор не допускает мнимого доказательства. Во многих других случаях, как раз, например, о возникновении вины при дорожно-транспортных авариях, а также и в иных сферах права, это произошло. Если, например, автомобиль сзади наехал на автомобиль, ехавший впереди, то это может иметь несколько причин. Например, водитель впереди мог необоснованно резко затормозить. Однако, в качестве мнимого доказательства признано, что водитель ехавшего позади автомобиля либо имел слишком короткую дистанцию, либо проявил невнимательность.

Здесь я смог затронуть только небольшое число вопросов по проблемам доказательства. Было бы интересно услышать от казахстанских коллег, какие проблемы встречаются в их практике и обсудить их совместно.

Желаю Вашему семинару успехов!

И.Д.Узденова,

старший преподаватель кафедры права
Южно-Казахстанского государственного университета, к.ю.н.

Теория доказательств в гражданском процессе

Защита судами общей юрисдикции субъективных прав и охраняемых законом интересов граждан осуществляется путем рассмотрения и разрешения гражданских дел.

В качестве первичного и важнейшего условия правосудия выступает необходимость точного установления судом фактических обстоятельств, имевших место до возбуждения дела в суде.

Как правило, между моментом рассмотрения и разрешения судебного дела и моментом совершения субъектами правоотношений юридически значимых действий существует определенный «разрыв» во времени, означающий, что суд должен получить знания о фактах, имевших место в прошлом, с помощью доказательств. Это объективно существующее обстоятельство правосудия исключает получение знания о фактах прошлого путем непосредственного их восприятия судом и приводит к потребности доказывания фактических обстоятельств с помощью носителей информации. Судебное познание с использованием доказательств имеет, таким образом, опосредованный характер.

Познание судом в гражданском процессе осуществляется в условиях действия принципа состязательности сторон, для которых характерно наличие различных порой противоположных интересов и стремление представить фактические обстоятельства сообразно целям своего участия в деле. Что же касается цели познания, то она является общей для всех

видов познавательной деятельности людей. Целью познания, в том числе и судебного, выступает достижение истины. Под истиной в правосудии и в теории доказательств понимается соответствие (адекватность) знания судей фактам реальной деятельности и правоотношениям, т. е. верное знание фрагментов действительности, имеющих правовое значение.

Уровень развития и совершенства современного гражданского процессуального права, регулирующего доказывания и закрепляющего систему доказательств, в значительной степени определяет демократизм правосудия и способность его осуществлять реальную защиту прав и свобод, провозглашаемых Конституцией Республики Казахстан./1, с.6/

1.2. Фактический состав правоотношения как предмет доказывания

Судебное доказывание - бесспорно, целенаправленная деятельность субъектов доказывания: лиц, участвующих в деле, судебных представителей и суда, направленная на установление обстоятельств, имеющих значение для дела, т. е. фактических обстоятельств, которые в свою очередь есть не что иное, как совокупность фактов различного характера.

Именно эту совокупность фактов и принято в теории гражданского процесса называть предметом доказывания. Несмотря на кажущуюся простоту вышеизложенного вывода, в юридической литературе не сложилось единого мнения по вопросу: «Что такое предмет доказывания?». Классификация фактов, составляющих предмет доказывания, так же вызывает дискуссию. Законодатель тоже не легитимирует данные понятия, более того, гражданско-процессуальный закон вообще не содержит. Хотя практическая ценность предмета доказывания весьма высока: правильное его определение позволяет установить конкретные задачи, направление и объем судебного разбирательства, сделать ее планомерным и целеустремленным, полно и всесторонне исследовать обстоятельства дела с минимальной затратой времени, средств, точное определение предмета доказывания дает возможность правильно решить вопрос и о квалификации доказательств.

Прежде всего, следует отметить, что судебные доказательства и весь процесс доказывания направлены к установлению неоднотипных по материально-правовому и процессуальному значению фактов. Факты, являющиеся объектом познания суда и различные по своему значению, можно разделить на четыре вида:

1. Юридические факты материально-правового характера. Установление данного вида фактов необходимо для правильного применения нормы материального права, регулирующей спорное правоотношение, и разрешение дела по существу. Например, прежде чем суд может решить, обязано ли одно лицо платить другому определенную сумму денег по договору займа, необходимо установить, имел ли место такой договор, предмет договора и сроки исполнения обязательств по договору.

Для вынесения положительного решения об установлении отцовства в судебном порядке требуется установить происхождение ребенка от конкретного лица.

2. Доказательственные факты. Доказательственные факты иногда называются выводными доказательствами. Это означает, что для установления последних обязательно используются судебные доказательства. Например, по делам о признании записи отцовства недействительной истец может ссылаться на доказательственный факт длительного отсутствия его в месте проживания ответчицы в связи с чем исключается вывод об отцовстве (алиби).

3. Факты, имеющие исключительно процессуальное значение. Эти факты имеют значение только для совершения процессуальных действий. С ними связано возникновение права на предъявление иска (например, выполнение обязательного досудебного порядка разрешения спора), право на приостановление производства по делу, его прекращение, а также право на совершение иных процессуальных действий (например, для принятия мер обеспечения иска).

4. Факты установления, которых суду необходимо для выполнения воспитательных и предупредительных задач правосудия. Установление данного вида фактов требуется для обоснования судом частного определения, т. е. принятия мер профилактического характера. Так, в случае выявления при рассмотрении спора нарушения законов и иных нормативных правовых актов в деятельности организации, государственного органа, органа местного самоуправления и иного органа, должностного лица или гражданина, арбитражный суд вправе вынести частное определение.

Предметом доказывания, согласно традиционно сложившейся точке зрения, являются только юридические факты основания иска и возражений против него, на которые указывает норма материального права, подлежащая применению.

Для обозначения всей совокупности фактов, подлежащих доказыванию, употребляется термин «пределы доказывания».

Некоторыми авторами предпринята попытка пересмотра сложившегося понятия предмета доказывания как совокупности юридических фактов материально-правового значения, необходимых для правильного вывода о правах и обязанностях сторон и других лиц, участвующих в деле.

По мнению Ф. Н. Фаткуллина, любое обстоятельство (факт), подлежащее познанию в уголовном или гражданском процессе, входит в предмет доказывания по делу, поскольку любой факт должен быть познан и удостоверен органами следствия и суда в предусмотренном законе порядке.⁸, с. 14/

Предметом процессуального доказывания должны признаваться все прошедшие и наличные, юридические и доказательственные факты и обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела. Другими словами, все, что подлежит доказыванию, и должно признаваться предметом доказывания.

С изложенной точкой зрения согласиться нельзя в силу следующих причин. Предмет доказывания есть особый процессуальный институт, в который входят лишь те факты, которые имеют материально-правовое значение, факты, без выяснения которых нельзя правильно разрешить дело по существу.

Главное, что понятие предмета доказывания связано с правилами распределения обязанностей по доказыванию. Такое представление о

предмете доказывания помогает сосредоточить внимание суда на том фактическом составе, без выяснения которого невозможно правильно применить норму материального права и потребовать от сторон представления доказательств в соответствии с теми фактами которые каждая из сторон должна доказывать.

Правильно определить предмет доказывания по гражданскому делу - значит придать всему процессу доказывания нужное русло и направление.

1.3. Классификация фактов, составляющих предмет доказывания

Классификация фактов предмета доказывания проводится в целях более глубокого познания этого института, выяснения специфики доказывания отдельных составляющих его фактов и выработки правил распределения обязанностей по доказыванию.

Бесспорным является деление фактов предмета доказывания по основанию наличия или отсутствия воли субъектов правоотношения. По этому критерию факты предмета доказывания делятся на события и действия. События с которыми норма права связывает правовые последствия (например, непреодолимая сила), не зависят от воли сторон, тогда как действия, наоборот, носят волевой характер (заключения сделки, вступление в брак, приобретение акций и т. д.).

Это деление имеет практическое значение для распределения обязанностей по доказыванию, поскольку в нормах материального права иногда встречается прямое указание на то, кто должен доказывать факт события, в частности непреодолимой силы. Если деятельность организации или граждан связана с повышенной опасностью, то в случае причинения вреда именно они должны доказывать наличие непреодолимой силы.

Бесспорным также является деление фактов по признаку соответствия их установленному порядку. По этому признаку действия как юридические факты предмета доказывания делят на правомерные и неправомерные.

Неправомерные действия, в свою очередь подразделяются на гражданские, уголовные, административные правонарушения, в зависимости от того, норма какой отрасли права предусматривают нарушения и регулируют данный вид общественных отношений.

Эта классификация фактов предмета доказывания также имеет практическую пользу для выяснения специфики доказывания отдельных фактов, особенно при рассмотрении вопроса о влиянии приговора, постановления об административном правонарушении на гражданский процесс и решения по гражданскому делу на уголовный процесс/13/.

Суд, например, при рассмотрении гражданского дела не вправе квалифицировать те или иные действия как уголовные правонарушения со всеми вытекающими из этой квалификации последствиями гражданско-правового характера. Факт уголовного правонарушения должен быть доказан приговором суда.

Классификация фактов предмета доказывания по другим квалифицирующим признакам является спорной.

С точки зрения влияния фактов на права и обязанности спорящих сторон факты подразделяются на:

- порождающие права и обязанности;
- прекращающие права и обязанности;
- изменяющие права и обязанности;
- препятствующие возникновению прав и обязанностей.

Значение этой классификации определялось длительное время целью выработки правил распределения обязанностей по доказыванию. Процессуальное значение данной классификации состоит так же в том, что суд должен по конкретному делу исследовать все факты, всесторонне проследить динамику развития правоотношения, изучить, не возникли ли факты, изменяющие правоотношения или препятствующие его возникновению вообще.

Деление фактов предмета доказывания в зависимости от правовых последствий на правопорождающие, правоизменяющие, правопрекращающие имеет ценность для правовой оценки фактов, вывода суда о взаимных правах и обязанностях сторон, всесторонности и объективности исследования обстоятельств дела.

Правопрепятствующие факты имеют правовое значение, о них можно говорить как о юридических фактах, поскольку их наличие парализует действие правопорождающих, правоизменяющих и правопрекращающих фактов.

Сказанное позволяет вывести, что критика со стороны С.В.Курышева классификации фактов предмета доказывания по их правовым последствиям не имела под собой достаточных оснований.

К. С. Юдельсон в предмете доказывания выделял три различных группы фактов:

- правообразующие факты;
- факты легитимации;
- факты повода к иску.

Данная классификация была подвергнута критике С. В. Курылевым и Л. П. Смышляевым. Оба автора считали деление фактов предмета доказывания на факты правообразующие, легитимации и повода к иску теоретически и практически не имеющими значения для судебного доказывания. Действительно, с указанными авторами нельзя не согласиться./14, с.45/

Факты легитимации и факты повода к иску это по существу факты правообразующие. Например, факт принадлежности источника повышенной опасности определенной организации является для истца правообразующим, связывающим его право с обязанностью владельца источника повышенной опасности. Любой правообразующий факт связывает право истца с обязанностью конкретного ответчика или ответчиков.

Ряд новых идей о составе фактов предмета доказывания высказал С. В. Курылев.

Он считал, что практическую и теоретическую значимость может иметь классификация фактов предмета доказывания только в случае, если различным составным его частям свойственны особенности в доказывании.

Исходя из этого, он полагал правомерным деление фактов предмета доказывания на положительные и отрицательные. Смысл этого деления автор видел в том, что отрицательные факты труднее доказать, а это важно для выбора способа доказывания.

С. В. Курылев различал также в предмете доказывания факты - явления и факты - состояния. Факты-явления отличаются от фактов - состояния тем, что они совершались в прошлом и для их доказывания требуется использование судебных доказательств. Факты - состояния, по мнению С. В. Курылева, носят длящийся характер и могут быть предметом непосредственного познания суда без доказательств. /15, с.189/

Однако изложенная своеобразная точка зрения С. В. Курылева не нашла широкого распространения в научной литературе и поддержки среди учёных -процессуалистов.

Инквизиционная и состязательная системы правосудия как основы доказательственного права

Исторически сложились две системы отправления правосудия -инквизиционная, или следственная, и состязательная, или система противоборства сторон. Инквизиционная система получила распространение прежде всего в континентальной Европе, поэтому ее называют и континентальной системой. Поскольку эта система основывается на романо-германском типе права, то и для ее процесса свойственны общеправовые принципы: верховенство закона, подчиненное закону положение судебной практики, преобладающее развитие материального права, кодификация правил об отпращивании правосудия и пр. Состязательная система существует в Англии, США и других странах, принадлежащих к семье общего права. Поэтому состязательный процесс отличается преобладающим развитием процессуальных отраслей права, отсутствием кодификации, ролью судебного прецедента, большим значением судов в жизни государства. Эти отличительные характеристики двух систем носят общеправовой характер, распространяются и на материальные, и на процессуальные отрасли.

Названные системы отправления правосудия отличаются по ряду признаков.

Прежде всего, сказанное касается положения суда и сторон в процессе. В состязательной системе суд играет пассивную роль в рассмотрении дела, стороны же, наоборот, предельно активны. В состязательной системе не суду, а сторонам принадлежит инициатива при подготовке, слушании и пересмотре гражданского дела.

Активность сторон можно понимать по-разному. Например, в инквизиционной системе стороны так же обладают равными правами при рассмотрении дела. Однако для состязательной системы важно не только равное положение тяжущихся, но и принадлежность им инициативы в ведении дела на всех стадиях процесса, возможность контролировать ход подготовки дела и его слушания, а в итоге самим проводить следствие¹ по делу. Инициатива, контроль, проведение расследования по делу, наделение

широкими правами на всех стадиях процесса — составные части активности сторон в состязательной форме правосудия./36, с.12/

Стороны через своих адвокатов собирают, представляют в суд и исследуют доказательства, решают, кого из свидетелей вызвать в суд, проводить или нет экспертизу по делу. Через своих представителей они обмениваются состязательными бумагами, представляют друг другу относящиеся к спору доказательства. Слушание дела строится в состязательной форме при активном участии сторон. Стороны и их адвокаты порой ведут разбирательство дела в такой острой состязательной форме и настолько активны, что получили название «правовые гладиаторы». /37, с.35/.

Исход «поединка» во многом зависит от адвоката, его мастерства. Адвокат произносит вступительную речь при открытии судебного заседания. активно исследует все представляемые им и противоположной стороной доказательства (практически без вмешательства суда): допрашивает свидетелей, экспертов, стороны, анализирует письменные и вещественные доказательства. При окончании разбирательства по делу он произносит заключительную речь. От опыта, мастерства, красноречия адвоката зависит многое: он может спасти дело от проигрыша, может свести к минимуму потери и пр. Процесс, благодаря состязанию юристов-профессионалов, превращается в театральное действо.

Стороны различными методами осуществляют контроль над ходом подготовки дела и его рассмотрения. Например, законодательство, предусматривающее ведение прямого и перекрестного допросов только в форме вопросов и ответов, позволяет сторонам контролировать поведение свидетелей по делу. Если какая-то из сторон уклоняется от исполнения своих обязанностей, другая сторона вправе обратиться к суду за помощью. Но суд редко по своей инициативе предпринимает меры процессуального характера./38, с.81/.

Поскольку стороны сами собирают, представляют и исследуют доказательства, они и являются «следователями» по делу, естественно, проводя расследование в интересах своего клиента, собирая доказательства, выгодные ему. Например, сами решают, кого вызывать в суд, кого допрашивать, а кого нет. Суд не вмешивается в ведение дела. Он возвышается над этим «сражением» в роли стороннего, но внимательного и строгого наблюдателя. Судья не занимается подготовкой дела к слушанию, ибо это функции сторон. Однако если у сторон возникают вопросы, требующие судебного вмешательства, как правило, носящие процессуальный характер (например, просьба о выдаче приказа), суд их разрешает. Часто эти действия совершает не судья, а мастер. Судья не назначает экспертизу по делу, не обязан вызывать свидетелей, он не истребует дополнительные доказательства. При рассмотрении дела судья редко вмешивается в состязание сторон, нечасто задает вопросы при допросе свидетелей, но, если необходимо, наводит порядок в зале судебного заседания и решает процессуальные проблемы (откладывает разбирательство дела и пр.). В итоге судья оценивает то, что собрали, представили и исследовали в суде стороны, и применяет надлежащий закон. Суд должен заставить стороны действовать в рамках закона и соблюдать установленный порядок слушания дела.

Отсутствие у суда инициативы при рассмотрении дела не может расцениваться как проявление его слабости, ибо в процессе каждый должен играть отведенную ему роль. Более того, как полагают сторонники состязательного процесса, лишь такое положение дел способно обеспечить справедливость судебного решения. /39, с.12/ Данный вывод обосновывается следующим. Во-первых, никто не может обвинить суд в его необъективности, предвзятости, так как он не собирал доказательства и не исследовал их в судебном разбирательстве. Во-вторых, сторонам были даны все шансы собрать нужные доказательства, самостоятельно проанализировать их в суде, отчего у них есть обоснованная уверенность, что их права и интересы представлены полно и верно. В-третьих, поскольку стороны сами собирали доказательства по делу, то очевидно, что они собрали все доказательства, так как их интересы противоречат друг другу. В-четвертых, каким бы ни было решение суда, тот факт, что сторона сама заключила договор с адвокатом, сама контролировала судебное разбирательство, помогает психологически спокойнее принять проигрыш. Но такая модель действует при том условии, что обе стороны имеют возможность пользоваться услугами равных по мастерству адвокатов.

Суд не обладает инициативой, но осуществляет контроль за ведением дела. Однако его контроль значительно уже, чем контроль сторон. Стороны контролируют исследование доказательств, разбирательство дела по существу. Суд же контролирует соблюдение процедуры, разрешает процессуальные разногласия, снимает вопросы и пр., но не руководит собиранием, представлением и исследованием доказательств./40, с.67/

Несмотря на отсутствие инициативы, суд обладает непререкаемым авторитетом, так как именно за ним последнее слово в споре — вынесение решения по делу. Стороны, зная это, должны не только обеспечить необходимые доказательства, но и произвести на суд благоприятное впечатление. Авторитет суда поддерживается и его ролью создателя судебного прецедента. Все это ставит суд значительно выше сторон. Да и вообще судья — одна из самых уважаемых и почитаемых профессий в странах общего права, хотя адвокаты и бизнесмены часто имеют гораздо больший доход.

Активность сторон и пассивность суда обусловили определенные правила борьбы между сторонами - это так называемые партизанские методы ведения дела и перекрестный допрос.

«Партизаны» не претендуют на нейтральность и объективность при рассмотрении спора. В принципе они и не могут быть нейтральными и объективными, ибо наличие материально-правового спора уже предопределяет их заинтересованность. А потому стороны отбирают те доказательства, которые выгодны им и неблагоприятны для противника, на перекрестном допросе пытаются если не дискредитировать свидетеля, то хотя бы подорвать к нему доверие. В учебниках по доказательственному праву США целые главы посвящены допустимым средствам подрыва доверия к свидетелю противоположной стороны./41, с.59/.

Сами авторы рассуждений о полезности партизанских методов ведения дела признают, что использование последних порой мешает мирному

разрешению спора, усиливает напряженность в отношениях сторон, особенно если сторонам и после судебного разбирательства придется общаться друг с другом (разведенным супругам воспитывать детей и пр.). Однако трудно представить себе другой вариант поведения противоборствующих сторон в суде, когда вся инициатива по подготовке и ведению дела находится в их руках. Если в средневековые английские судьи отстаивали правоту своего решения на рыцарских турнирах, то теперь — черед сторон «драться» в зале суда за свои права. Нельзя не признать, что все-таки сейчас сторонам легче, чем когда-то судьям.

Самое яркое проявление активности сторон и партизанских методов ведения дела - перекрестный допрос. Именно он мог бы стать символом состязательного процесса, и именно им несказанно гордятся юристы стран общего права. Перекрестный допрос - это критерий адвокатского профессионализма и мастерства. Опытный адвокат может серией метких, четких, сокрушительных вопросов разбить доказательства противоположной стороны. Неудача в отклонении доказательств оппонента означает принятие их судом./42, с.108/.

Что же такое перекрестный допрос? Ему предшествует допрос свидетеля адвокатом стороны, вызвавшей данное лицо. Адвокат, задавая вопросы, выясняет все необходимые для его правовой позиции вопросы, как бы ведя свидетеля за собой, направляя его ответы в нужное русло. Это основной (прямой) допрос. После основного допроса, где честный свидетель дал искренние показания.

Нередко, чтобы выиграть процесс, стороны не прочь скрыть какие-то обстоятельства по делу, дискредитировать свидетелей противоположной стороны, не признавать даже самые обоснованные требования противника./43, с.34/.

Как отмечают юристы стран общего права, в состязательной системе остается риск, что некоторые адвокаты выиграют дело в ущерб истине. Хочется добавить, что в состязательной системе выигрывает тот, у кого хватит средств нанять лучшего адвоката.

Нельзя не сказать, что в странах общего права разработаны механизмы сдерживающие агрессивность адвокатов. К таким ограничительным механизмам можно отнести профессиональные правила поведения адвокатов, за нарушение которых можно лишиться практики. Согласно правилу о дискавери (или, иными словами, о раскрытии доказательств) каждая сторона обязана представить другой стороне доказательства по делу, но она не обязана представлять неблагоприятные для своей позиции доказательства. Если сторона отказывается представить доказательство, то противоположная сторона вправе обратиться к суду с ходатайством о принятии соответствующих мер. Специальные правила о доказательствах и их исследовании в суде способны контролировать порядок представления доказательств, процедуру заявления ходатайств о снятии вопросов и т. д.

Пассивность суда и активность сторон обуславливают и другие характерные черты состязательного процесса. Пассивность суда направлена не на установление истины. Важнее разрешить спор между сторонами.

А спор будет разрешен исходя из того, какая сторона сумела убедить суд в справедливости своей позиции по делу. И даже перекрестный допрос, который многими юристами признается эталоном обнаружения истины по делу, практически легко сбивает свидетеля, запутывает его, не позволяя суду обнаружить правду. Активность сторон, как ее понимают в состязательном процессе, невозможна без устности судопроизводства. Задача адвоката - заставить суд поверить в истинность своей версии. Добиться этого с помощью лишь письменных доказательств сложно. Важно, как свидетель дает показания, какую заключительную речь произнесет адвокат. Известна притча об американском правосудии. Адвокат обвиняемого по делу об убийстве, где не был обнаружен труп потерпевшего, произносил заключительную речь перед лицом присяжных заседателей. Красочная и эмоциональная речь включала в себя примерно следующее: «Для вынесения обвинительного приговора важно решить, верите ли вы, уважаемые присяжные, в то, что мой подзащитный убил потерпевшего. Тело потерпевшего не обнаружено, следовательно, не исключается, что он жив. И вот сейчас я досчитаю до 10, дверь зала судебного заседания откроется, и в нее войдет потерпевший». Адвокат начинает отсчет, медленно поворачивая голову в сторону двери, следом за ним присяжные смотрят на дверь. По окончании счета дверь не открылась и потерпевший не вошел в зал судебного заседания. Но важно, что присяжные ждали или по крайней мере не исключали такой возможности. Значит, у них были сомнения в виновности подсудимого./44, с.237/.

Устность процесса предопределяется и тем, что судья черпает знание о деле не из заранее подготовленных материалов, а из показаний, даваемых на суде, т. е. у него нет заранее сформировавшегося отношения к показаниям того или иного свидетеля, тем или иным письменным, вещественным доказательствам. Эксперт не только дает заключение по делу, но и обязан предстать перед судом для дачи показаний. Устность в состязательном процессе - это не только использование показаний свидетелей, произносимых в суде, но и получение судьей знаний о споре не из письменных материалов дела, не из досудебной подготовки, а из устных показаний в зале суда.

Требования устности процесса привносят особенности в исследование доказательств. Например, свидетельские показания, заключения эксперта, объяснения сторон расцениваются как свидетельские показания и даются по единым процессуальным правилам. Письменные и вещественные доказательства, если адвокат хочет привлечь к ним внимание присяжных и суда, исследуются через свидетельские показания также устно. Когда судья и присяжные впервые слушают материалы дела, то, бесспорно, чем ярче они представлены, тем более запомнятся, отсюда и театральность в процедуре судебного разбирательства. По этой причине свидетельские показания становятся наиболее популярным средством доказывания.

Для суда, выносящего решение по делу на основе доказательств, представленных сторонами, важно определить, можно или нет им верить. А такой выбор есть всегда, если показания противоречивы. В решении столь сложного и отчасти психологического вопроса тоже должен помочь устный

процесс дачи показаний. Например, в Высоком суде Англии и Уэльса место для допроса свидетеля расположено высоко над местами зрителей, почти вровень с судейским местом. Здесь свидетель произносит слова клятвы: «Клянусь говорить правду, только правду и ничего, кроме правды». Свидетель стоит один, судья постоянно наблюдает за ним, его реакцией на вопросы. Очевидно, что клятва, расположение места для допроса должны психологически воздействовать на свидетеля, заставить его говорить правду. Многих людей страшит сама мысль подвергнуться перекрестному допросу. Поэтому адвокаты специально готовят свидетелей к даче показаний в суде, вплоть до того, как они должны быть одеты, как и каким тоном давать показания, куда смотреть и пр. Процедура исследования доказательств тщательно разработана как в законодательстве, так и в науке./50, с.34/.

Из сказанного очевидна важная роль в суде адвокатов, которые практически проводят следствие по делу, используя для этого не только юридические, но и психологические познания и навыки. Обычно юристы работают «одной командой». Делая все, что необходимо для выигрыша своего клиента, адвокаты тем не менее не вправе вводить суд в заблуждение. Значимая роль адвокатов в рассмотрении дел обусловлена пассивностью суда. Сторона, не имея суд в качестве помощника, не может самостоятельно разобраться в хитросплетениях процессуальных норм и прецедентов, а потому вынуждена обращаться за помощью к адвокату.

Еще одна характерная черта состязательной системы - суд присяжных. Исторически это верно, но в настоящее время не во всех странах сохранились суды присяжных по гражданским делам. Так, в Англии более 95% гражданских дел слушается единолично судьей, суд присяжных остался, только по делам о диффамации (разглашение позорящих другое лицо правдивых сведений). В США суд присяжных по-прежнему существует. Бесспорно, что многие процессуальные правила и правила о доказательствах были созданы в расчете на присяжных. Пожалуй, одним из самых характерных примеров, является правило о недопустимости показаний с чужих слов. В Англии оно пережило суд присяжных, не восстановленный после второй мировой войны. /51, с. 310/.

И последнее. Зарубежные процессуалисты отмечают, что состязательной системе свойственна децентрализация, вследствие чего судья при судебном разбирательстве обладает большой властью при вынесении решения, а апелляции подаются нечасто и еще реже включают в себя установление фактов.

Научным методом установления фактов, как считают зарубежные ученые, является инквизиционный метод.

Прежде чем начать разговор об инквизиционной системе правосудия, необходимо отметить следующее. Хотя английские и американские процессуалисты по-прежнему называют континентальный процесс инквизиционным, на самом деле это уже не классическая форма следственного процесса. Как справедливо отмечает польский процессуалист М. Чешлак, инквизиционная система в чистом виде перестала существовать еще в XIX в., в России — в 1864г. Такие характеристики классического инквизиционного процесса, как тайность, письменность, недопущение процессуального

представительства, современному следственному процессу несвойственны. Например, в Казахстане не только провозглашены, но и реально действуют принципы открытости и устности судебного разбирательства дел, а институт процессуального представительства даже шире, чем в странах общего права. Можно говорить даже о смешении инквизиционных и состязательных начал в континентальном процессе. Условность термина «инквизиционный процесс» означает определенный отход от его классической формы./52, с.91/. В инквизиционном процессе роли сторон и суда распределены диаметрально противоположно состязательному процессу: суд активен при рассмотрении дела, стороны относительно пассивны.

Название «инквизиционный процесс» говорит о том, что судья при рассмотрении дела как бы играет роль следователя. Более того, в казахстанском уголовном процессе одна из частей судебного разбирательства называется «судебное следствие». Таким образом, говорить об объективности суда было трудно. Поскольку граждане, как правило, не обращались к адвокату за помощью, то его роль приходилось выполнять судье. Активность суда наиболее ярко проявляется во время судебного разбирательства. Судья в любой момент задает вопросы свидетелям, экспертам, сторонам, может даже прервать свободный рассказ свидетеля об известных ему обстоятельствах по делу. Иногда весь допрос проводит судья, лишь потом сторонам предоставляется возможность задать вопросы. Но вопросы уже прозвучали и были заданы так, как суд считал необходимым./53, с.54./

Аналогичным образом обстоит дело, например, во Франции: судьи сами ищут доказательства, в ходе рассмотрения спора задают вопросы свидетелям, пользуясь тем, что они прочитали в материалах дела. Судья позволяет свидетелю рассказать свою историю и следит, чтобы его не перебивали. Вопросы свидетелю можно задавать только через суд.

В Казахстане, как, впрочем, и в России и в других странах инквизиционной системы, отведенная суду роль следователя во время судебного разбирательства отражается на процедуре исследования доказа-тельства. Свидетели, стороны, эксперты в свободной форме дают показания обо всем, что им известно по делу, затем им могут быть заданы вопросы. Это характерно только для проведения следствия, когда необходимо из первых уст услышать, что произошло. Здесь стороны не осуществляют контроль над дачей показаний, один лишь суд может прервать показания свидетеля и попросить быть ближе к делу и пр. Подобная ситуация немыслима в судах состязательной системы, так как свидетель полностью выходит из-под контроля адвоката, что чревато дачей невыгодных для стороны показаний.

Поскольку в казахстанском процессе все правоотношения, возникающие в суде, опосредованы судом (суд-сторона, суд-адвокат и пр.), то адвокат задает вопросы, обращаясь к суду. Характерный пример — снятие наводящих вопросов. Как известно, в казахстанском уголовном процессе действует прямой запрет на использование наводящих вопросов при производстве допроса, а в гражданском процессе такого запрета нет. Однако на практике наводящие вопросы снимаются и в гражданском процессе. При разбирательстве дела сам

судья снимает наводящие вопросы, не дожидаясь ходатайства сторон или их представителей. Активность суда проявляется в том, что он проводит следствие по делу, контролирует поведение сторон и весь ход судебного слушания, проявляет инициативу в ведении дела.

Нельзя думать, что психологические аспекты не играют существенной роли в вынесении решения. В силу спорности материальных правоотношений стороны, свидетели могут давать противоречивые показания в суде. Судья вынужден их оценить. Но в отличие от судей стран состязательной системы казахстанские судьи вправе обязать сторону представить дополнительные доказательства, а также назначить проведение повторной или дополнительной экспертизы./55, с.14/.

Вместе с тем пассивность сторон в инквизиционном процессе не означает, что они не обладают никакими правами. Наоборот, согласно закону они наделены широким спектром полномочий, ничуть не меньшим, чем в состязательной системе, разнится лишь их содержание. Например, в казахстанском процессе стороны могут знакомиться с материалами дела, делать выписки и снимать копии. Такое полномочие обусловлено тем, что материалы дела ведет суд. В странах состязательной системы адвокаты сторон ведут свои материалы дела, которыми они обмениваются в определенное время и представляют их суду, по собиранию доказательств стороны в казахстанском процессе наделены широкими правами. Например, они могут представить суду вопросы, которые должны быть разъяснены экспертом. Однако окончательный круг таких вопросов будет определять судья.

Таким образом, если в странах состязательной системы активность сторон складывается из широкого круга прав, инициативы по ведению дела, контроля за судебным разбирательством и проведением следствия, то в странах инквизиционного процесса ситуация иная. Как уже было отмечено, здесь стороны обладают широкими правами. Можно сказать, что им принадлежит ограниченная инициатива, т.е. они обладают инициативой в отношении распорядительных действий (признание иска, отказ от иска, заключение мирового соглашения и пр.), некоторых процессуальных действий, опосредованных их правами (заявление ходатайств, отводов и т. д.). Вместе с тем по закону они не могут проводить альтернативную судебную экспертизу по своему усмотрению, взять допрос свидетеля в свои руки, самостоятельно обмениваться состязательными бумагами и пр. Контроль за ведением дела осуществляют не стороны, а судья, он же ведет и следствие по делу. И хотя представители сторон и сами стороны собирают и исследуют доказательства, они действуют под жестким контролем и руководством суда./56, с.17/.

Можно привести массу подобных различий между состязательным и инквизиционными процессами. Но суть их заключается в одном — это разное положение суда и сторон в ходе разбирательства дела.

Активность суда в инквизиционном процессе не позволила развиваться даже какому-то подобию партизанских методов ведения дела и перекрестному допросу, так как при перекрестном допросе инициатива и контрольные функции находятся в руках адвоката, а не суда./57, с.67/

Следственные начала казахстанского процесса обуславливают и задачи правосудия. Перед судом также стоит дилемма: надо ли устанавливать истину по делу или необходимо лишь разрешить спор так, чтобы это устраивало обе стороны. Если речь идет об уголовном процессе, то здесь, бесспорно, должна быть установлена истина по делу для вынесения правосудного приговора. При разрешении гражданского спора, казалось бы, важнее найти путь разрешения правового конфликта. Однако судья, выступающий в роли следователя, должен и в гражданском процессе установить, что же произошло на самом деле, и лишь потом вынести решение. В противном случае он не был бы наделен правами требовать представления дополнительных доказательств, исследования доказательства, назначать экспертизы. Суд определяет предмет доказывания по гражданскому делу, распределяет бремя доказывания между сторонами. Последние изменения в ГПК исключили требование об установлении истины по делу, активизировали роль сторон, потеснили суд с позиции следователя. Однако по-прежнему активность суда преобладает.

В странах инквизиционного типа давно действует принцип устности процесса, что сближает его с процессом состязательным, хотя, по мнению Дж. Мак-Ивана, английское и французское правосудие значительно отличаются друг от друга по взгляду на письменные доказательства. В нашем гражданском процессе судья черпает знание о споре из материалов дела, которое он же и ведет. Судья, осуществляющий подготовку дела, рассматривает его и по существу, т. е. имеет почти полное представление о деле до его слушания. Нетрудно догадаться, что и мнение о деле (предвзятое или нет, что не столь важно) у него может сложиться заранее.

Суд не только играет руководящую роль в наведении порядка в процессе и в контроле за соблюдением процедурных правил, но и активно вмешивается в процесс доказывания по делу. Это обуславливает специфику исследования, например, письменных доказательств, которые судья обычно просто зачитывает вслух. Часто он лишь перечисляет, какие письменные доказательства имеются в деле. Существуют отличия и в процедурах допроса свидетелей и дачи объяснения сторон, третьих лиц. Присутствие в суде эксперта для дачи показаний необязательно, иногда достаточно огласить в суде его письменное заключение.

Таким образом, принцип устности инквизиционного процесса наполнен иным содержанием, чем аналогичный принцип процесса состязательного.

То же самое можно сказать и о принципе состязательности, который в равной мере присущ и состязательному, и инквизиционному процессу.

В Казахстане с 1995 года упразднен институт народных заседателей и процессы проводятся на профессиональной основе.

По мнению зарубежных юристов, инквизиционная судебная система построена по иерархичному принципу (под иерархичностью понимается система обжалования судебных решений от низшего звена судебной системы к высшему). Скорее всего, это так, и корни данного явления уходят далеко в историю. Зарождению инквизиционного процесса предшествовала система регулярных апелляционных пересмотров (иерархичность власти).

Судебная система современного Казахстана также предполагает возможность неоднократного пересмотра судебных решений (апелляционный, надзорный пересмотры, пересмотр дел по вновь открывшимся обстоятельствам).

Таким образом, состязательный и инквизиционный процессы, взращенные на различной правовой почве, отличаются друг от друга по целому ряду признаков, самым существенным из которых является различное положение сторон и суда в процессе рассмотрения дела. Именно этой характеристикой продиктованы все остальные отличия.

Критиковать ту или иную систему отправления правосудия — дело неблагодарное, так как каждая из них исторически базируется на разных началах, соответствует определенному образу мышления, национальным и культурным традициям народов, населяющих соответствующие страны. К тому же, что подтверждается и практикой деятельности судов, ни одна система отправления правосудия не может даже претендовать на идеальность и непогрешимость. И все-таки несколько слов о недостатках.

Так, и в инквизиционном, и в состязательном процессе судебное разбирательство зачастую затягивается, хотя причины этого в корне различны. В судах состязательной системы процессы затягиваются обычно по процессуальным причинам. Следование принципу устности процесса обязывает суд допросить в зале заседания всех: стороны, свидетелей, экспертов. Процедура допроса состоит из ряда последовательных действий. Сначала - основной допрос (проводится адвокатом, вызвавшим свидетеля), а затем перекрестный (осуществляется адвокатом противоположной стороны), и вновь может повториться прямой допрос. Порой перекрестный допрос одного человека длится несколько дней. Помимо этого, стороне бывает выгодно затянуть процесс, добиваясь этим его отложения. Тактика затягивания способна вымотать противоположную сторону, сделать ее сговорчивее, особенно если финансовое положение тяжущихся разнится.

В инквизиционном процессе процедура разбирательства дела должна быть более оперативной хотя бы потому, что все вопросы движения дела решает суд. Помимо работы, охваченной судебной статистикой, они заняты подготовкой дел к слушанию, контролем за исполнительным производством и т. п.

В странах состязательной системы рассмотрение дела в суде — удовольствие очень дорогое, в странах инквизиционной системы — дешевле, так как не все пользуются услугами адвокатов, хотя несут судебные расходы. Там, где процветают активность сторон и индифферентность суда, без профессиональной помощи адвоката не обойтись. Но в странах состязательной системы разработаны организационные и процессуальные средства помощи тем, кому адвокат оказался «не по карману» (хотя это полностью не решает всех проблем). Участие представителя освобождает суд от оказания сторонам какой-бы то ни было консультационной или организационной помощи, делает суд независимым от сторон. В инквизиционной системе представитель не всегда участвует в разбирательстве, в связи с чем, суд вынужден быть помощником стороны в процессе. Следовательно, судья реально может утратить свою объективность и непредвзятость в рассмотрении и разрешении дела.

В странах состязательной системы стороны в суде настолько активны, что порой их активность перерастает в агрессивность, особенно во время перекрестного допроса, что мешает решить дело миром. Но в этих странах очень небольшой процент дел доходит до судебного разбирательства. Большинство из них разрешается на подготовительной стадии путем заключения мирового соглашения. Если у американского адвоката 5% всех имеющихся у него в производстве дел доходит до судебного разбирательства, это считается большим процентом. В инквизиционной системе партизанские методы не могут быть использованы, суд не позволит сторонам быть и агрессивными, зато стороны не могут построить допрос так, как им нужно, без вмешательства судьи. В итоге активность суда мешает построению допросов.

Одно из бесспорных достоинств состязательной системы стоит отметить особо. Это четкое разграничение профессиональных функций: судья рассматривает дело и выносит решение, его помощники или другие сотрудники суда занимаются разрешением вопросов, возникших на стадии подготовки дела к слушанию, адвокаты представляют стороны во всех процессуальных действиях. В казахстанском процессе судья чаще всего один во всех ипостасях./58, с.78/.

Таким образом, каждая система, не будучи совершенной, все-таки стремится приблизиться к идеалу, для чего изыскиваются средства, компенсирующие имеющиеся недостатки. В интегрирующемся мире этого можно добиться без особых усилий путем изучения и применения зарубежного опыта. Умелое использование практики других стран позволяет, не ломая систему и структуру собственного процесса, совершенствовать его, делать отправление правосудия более действенным. Как хорошо сказал известный процессуалист И.В.Решетникова, вопрос не в том, какие методы и средства следует использовать суду, важно, чтобы при рассмотрении любого дела принимались во внимание уровень развития культуры в стране, необходимость поддержания правовых традиций, а также стремления и потребности современного общества.

Выводы:

Проблемы доказывания являются центральными в любом виде гражданского судопроизводства, при рассмотрении каждого дела в суде. Существенные изменения и дополнения в ГПК РК, принятые в 2005 году, в значительной степени затронули и регулирование процесса доказывания. Сегодня суд по гражданским делам не обязан самостоятельно устанавливать объективную истину по делу, самостоятельно собирать доказательства, а суд оценивает их по внутреннему убеждению, основанному на беспристрастном, всестороннем, полном рассмотрении имеющихся в деле доказательств их совокупности. Таким образом, суд выносит решения в пользу той стороны, которая выполнила возложенное на нее бремя доказывания, представив соответствующее доказательство. Право доказывания есть возможность представления доказательств, участие в их исследовании, предварительной оценки. Обязанность доказывания в отличие от права есть необходимость совершения комплекса действия по доказыванию, определяемое не

выбором или усмотрением субъекта доказывания, а угрозой наступления неблагоприятных последствий в случае их невыполнения. Другими словами бремя доказывания имеет двойственную природу: с одной стороны, выступает как право, с другой - как обязанность доказывания.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Гражданско-процессуальный кодекс, принят 13.07.1999 г. (с изм. и дополн.)
2. Баймолдина З.Х. Гражданское процессуальное право РК: В двух томах. Учебник.-Алматы; КазГЮУ,2001, 229 с.
3. Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира.М., 1993.
4. Саидов А.Х. Введение в сравнительное правоведение.М.,1998.
5. Старченко А.А. Логика в судебном исследовании. М., 1958.
6. Трусов А.И. Основы теории судебных доказательств. М., 1960
7. Эйсман А.А. Логика доказывания. - М., 1972. с.23.
8. Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, 1997.

СЕССИЯ 2. ОСОБЕННОСТИ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО СПОРАМ О ПРАВЕ СОБСТВЕННОСТИ НА НЕДВИЖИМОЕ ИМУЩЕСТВО

С.В. Скрябин,

ассоциированный профессор кафедры частно-правовых дисциплин
Каспийского общественного университета,
старший научный сотрудник Института частного права КазГЮУ, к.ю.н., доцент

Отдельные особенности доказывания по спорам о защите владения, права собственности и иных вещных прав

Настоящая статья подготовлена по результатам участия в качестве эксперта на семинаре для судей в г. Шымкенте 1-3 июня 2010: «Доказательство и доказывание. Методика разбора гражданских дел», проведенного Немецким обществом по техническому сотрудничеству (GTZ) и Верховным судом Республики Казахстан. Автор, анализируя теорию и практику правового регулирования защиты владения, права собственности и иных вещных прав, приходит к выводу о необходимости совершенствования гражданского законодательства в этой сфере. Наиболее приемлемым вариантом является разработка новой модели правового регулирования отношений собственности. Эта задача видится им в качестве стратегического направления развития гражданского права Республики Казахстан. В ближайшей перспективе автор предлагает сделать обобщения судебной и иной правоприменительной практики по данной категории споров, принять нормативное постановление Верховным судом Республики Казахстан, в котором в обобщенном виде были бы изложены рекомендации судам по применению действующего гражданского законодательства по вопросам владения права собственности и иных вещных прав.

1. Некоторые вводные положения

Доказывание в гражданском праве и процессе осуществляется с учетом нескольких обстоятельств.

Во-первых, *равноправие участников*. Этот тезис не может поколебать и тот факт, что ряд споров, которые основываются на властном подчинении. Эти нормы есть как в Гражданском кодексе Республики Казахстан¹, так и в Гражданском процессуальном кодексе Казахстана². Если во втором случае в ближайшее время возможны изменения³, то публично-правовые положения из ГК будут едва ли исключены в обозримом будущем. Во всяком случае недавно принятая Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010

1 Далее – ГК РК, ГК. См., например, признание недействительными актов государственных органов, которые нарушают право собственности (ст. 267 ГК РК). Нормативные правовые акты Республики Казахстан приводятся по состоянию на 01.07.2010 по информационной системе «Параграф».

2 Далее – ГПК РК. См., например, дела особого искового производства, указанные в подразделе 3 ст. 272-288.

3 См. проект Административно-процессуального кодекса Республики Казахстан по ссылке в Интернет: <http://www.minjust.kz/ru/node/12106>.

до 2020 года⁴ ничего не говорит о сколько-нибудь значительном изменении гражданского законодательства.

Во-вторых, *общая диспозитивность гражданского права и процесса*. Диспозитивность для этих отраслей права имеет значение и как принцип, или идея, лежащая в основе правового регулирования соответствующих отношений и элемент, относимый наукой к методу правового регулирования каждой из этих отраслей права. Учитывая указанное значение, на характеристики диспозитивности следует остановиться подробней.

Первоначально обратим внимание на то обстоятельство, что нормативно диспозитивность, в отличие от других принципов, непосредственно в ГК и ГПК не закреплена. Но это не означает отсутствие его нормативного выражения. Приведем примеры.

Так, в п. 2 ст. 2 ГК РК содержится положение, которое раскрывает частично принцип диспозитивности, непосредственно его таковым не именуя. Не менее важным для понимания этого начала гражданского законодательства имеют положения п.п. 1 и 2 ст. 8 ГК РК, в которых как раз и заключаются общие правила об осуществлении любых субъективных гражданских прав. Именно эти положения составляют нормативную основу принципа диспозитивности в гражданском праве. Но это не пустые нормы, а реально работающие общие начала гражданского права, которые получают развитие и закрепление во всем гражданском законодательстве. Подобная трактовка по существу является общепризнанной в цивилистической литературе.

Так, например, О.А. Кузнецова, рассматривая понятие и систему норм-принципов гражданского права, определяет принцип диспозитивности посредством четырех юридических императивов:

1. Свобода субъектов гражданских прав в выборе вариантов правомерного поведения, в осуществлении наличных субъективных прав. Это положение автор называет квинтэссенцией диспозитивности, что проявляется в поведении, соответствующем субъективной воле участника гражданского правоотношения, в возможности выступать в гражданском обороте по своему усмотрению.

2. Отсутствие принуждения к реализации субъективного гражданского права. Это положение основывается на правиле п. 2 ст. 9 ГК РФ, которое аналогично по содержанию уже отмеченной нами норме п. 2 ст. 2 ГК РК.

3. Диспозитивность также предполагает юридическую свободу на стадии формирования конкретного гражданского правоотношения. Уполномоченное лицо вправе совершить одностороннюю сделку или заключить договор. В первом случае субъект выбирает модель сделки, ее объект, форму, условия самостоятельно. При заключении договора появляется дополнительный элемент диспозитивности – свобода выбора контрагента, партнера по сделке. Здесь, как полагает О.А. Кузнецова, норма-принцип диспозитивности проявляется в наибольшей степени, при этом происходит столкновение свобод двух или более контрагентов. Благодаря диспозитивности абсолютные

⁴ Утверждена Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858.

свободы партнеров по сделке ограничиваются в обоюдных интересах, их воли становятся сбалансированными, согласованными, а принуждение одной из договаривающихся сторон другой является нарушением рассматриваемого принципа.

4. Помимо воли управомоченного лица нельзя изменить содержание и объектно-субъектный состав гражданского правоотношения, в котором он участвует. Этот императив, считает автор, проявляется во многих конкретных гражданско-правовых нормах. Объект может быть заменен в факультативных и альтернативных обязательствах; замена должника возможна только с согласия кредитора; условия договора могут быть изменены по общему правилу только по соглашению сторон⁵.

Далее О.А. Кузнецова последовательно раскрывает правоприменительное значение норм-принципов гражданского права в четырех случаях: для «усиления» аргументации по делу; в процессе юридического толкования; при применении аналогии права; при непосредственном использовании как норм прямого действия⁶.

Не менее важным является то, что существует взаимосвязь и даже предопределение диспозитивности гражданского права в гражданском процессе, которую подчеркивают многие процессуалисты⁷. Нет необходимости сколько-нибудь подробно рассматривать действие принципа диспозитивности в гражданском процессе. Мы ограничимся только некоторыми замечаниями⁸.

Так, российский процессуалист А.Ф. Воронов, рассмотрев эволюцию принципа диспозитивности в гражданском процессе, определяет его как **«...положение, в силу которого лицо вправе по своему усмотрению осуществлять субъективные материальные права (свободы, интересы, обязанности) и распоряжаться ими в процессе (в той же мере в какой и вне процесса) способами, установленными гражданским процессуальным законодательством»**⁹. Далее автор раскрывает этот принцип десятью примерами норм гражданско-процессуального законодательства¹⁰.

Наиболее важным для целей нашего выступления является вывод автора о соотношении принципов диспозитивности, объективной истины и состязательности. А.Ф. Воронов заключает, что под принципом объективной истины **«...следует понимать обязанность суда стремиться к установлению действительных обстоятельств дела исходя из имеющихся у суда**

5 Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права. – М.: Статут, 2006. – 269 с. С. 90-93.

6 Кузнецова О.А. Указ. соч. С. 97-131.

7 См., например: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городециздат, 2003. С. 77.

8 Об этом см., например, Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. М.: Изд-во НОРМА, 2002. – 352 с.

9 Воронов А.Ф. Гражданский процесс: эволюция диспозитивности. М.: Статут, 2007. – 149 с. С. 129.

10 Воронов А.Ф. Указ. соч. С. 133-137.

процессуальных возможностей. Именно такая формулировка соответствует целям гражданского судопроизводства и гармонично сочетается (а не входит в противоречие) с содержанием других принципов, в том числе диспозитивности и состязательности¹¹, что автором наглядно иллюстрируется в приложениях к опубликованной работе. В другой работе А.Ф. Воронов прямо заключает, что «эволюция принципов состязательности, диспозитивности, объективной истины – это, прежде всего, поиск баланса между активностью и пассивностью суда в процессе на различных этапах развития государства»¹².

Действительно, отсутствие в действующем ГПК РК непосредственного упоминания принципа диспозитивности может затруднить его практическое применение. Тем не менее, диспозитивность проявляется во многих положениях. Это отчетливо видно, например, в процессуальных правах лиц, участвующих в деле и, что особенно важно, сторон как основных участников процесса. Только истец вправе изменить основание или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований или отказаться от иска (п. 1 ст. 49 ГПК РК). В данном случае важна взаимосвязь диспозитивности в гражданском праве и гражданском процессе. Ибо стороны самостоятельно избирают тот или другой способ защиты принадлежащего права и/или охраняемого законом интереса (п. 1 ст. 9 ГК РК).

При этом диспозитивность может таить в себе как положительные, так и отрицательные стороны, которые нужно учитывать при рассмотрении гражданских дел. Нам важно определиться с ролью суда в этом процессе. С одной стороны, только сторона по делу обязана представить доказательства тех обстоятельств дела, на которых она основывает свои утверждения. Но с другой, именно на суд возложена обязанность по полному, всестороннему и объективному выяснению всех обстоятельств дела (п. 1 ст. 176 ГПК РК)¹³.

В-третьих, *доказывание в гражданском праве ограничено тем кругом обстоятельств, которые указаны в гипотезе и/или диспозиции правовой норм*. Тут, казалось бы, нет проблем. Но сложность заключается в том, что применение гражданско-правовых норм требует обращения не только к нормам статей о том или другом институте, но и использование смежных правовых явлений, общих положений (принципов) гражданского права, широкого применения норм ГК об аналогии закона и права (ст. 5 ГК РК). Не менее важным является то, что на практике часто происходит создание комплексных конструкций (правоотношений), для регулирования которых необходимо одновременное применение норм различных институтов. Наиболее очевидно это при формулировании и заключении договоров, содержащих элементы, например, совместной деятельности и подряда, оказание услуг купли-продажи и другие возможные комбинации.

11 Воронов А.Ф. Указ. соч. С. 144.

12 Воронов А.Ф. Эволюция функциональных принципов гражданского процесса. Автореф. дис. докт. юрид. наук. Москва, 2009. С. 8. Источник цитируется по адресу в Интернет: http://vak.ed.gov.ru/ru/announcements_1/judl_sciences/index.php?id4=1904&from4=4 (дата обращения 4.04.10).

13 Об этом ниже нами будет сказано особо.

В-четвертых, важно отметить, что *нормы гражданского права играют неодинаковую роль в деле защиты права собственности и иных вещных прав*. Теоретически их можно свести в следующие группы:

1) нормы, устанавливающие принадлежность материальных благ (вещей) тем или иным субъектам права.

Здесь, прежде всего, относятся правила о приобретении и прекращении права собственности и иных вещных прав (главы 13 и 14 ГК РК соответственно). Существенного влияния для защиты права собственности и иных вещных прав эти нормы не имеют. Однако им придается важнейшее значение при определении, например, управомоченного лица. Зависимость условий приобретения права и оснований удовлетворения иска (например, добросовестное поведение лица при приобретении права);

2) правила, необходимые как условия для осуществления собственниками, иными лицами, принадлежащих им вещных прав.

В эту группу, например, следует отнести нормы о необходимости регистрации прав на недвижимое имущество, возможность отчуждения вещи другому лицу и др.;

3) нормы, непосредственно охраняющие и защищающие право собственности и иные вещные права от воздействия на вещь всех третьих лиц.

Здесь, например, можно отнести нормы, устанавливающие ответственность за причинение материального ущерба собственникам и др. Кроме того, в гражданском праве есть специальные нормы о непосредственной защите права собственности и иных вещных прав;

4) нормы косвенной защиты обладателей вещных прав.

В рамках заявленной темы мы обратим внимание только на две последние группы норм.

Нормы о непосредственной охране и защите права собственности и иных вещных прав также разнородны. Понятие защиты вещных прав до недавнего времени включало в себя вещно-правовые, обязательно-правовые и иные гражданско-правовые способы защиты права собственности и иных вещных прав. Сюда, в частности, относятся нормы о последствиях явки гражданина, признанного безвестно отсутствующим или объявленного умершим¹⁴. В более поздний период в отдельную группу стали выделять иски к государственным органам об оспаривании законности их решений, нарушающих право собственности¹⁵.

В последующем мы затронем только некоторые аспекты титульного владения, которые преимущественно связаны с вещно-правовыми способами защиты права собственности и иных вещных прав, указанных в главе 15 ГК.

Норм о косвенной защите обладателей вещных прав современное гражданское законодательство Республики Казахстан в настоящий момент практически не содержит. В этом случае речь идет о возможности для

14 См.: Советское гражданское право. Т.1. – М., 1979. С. 306.

15 См., например, Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. – М.: Юрид. лит., 1991. – 240 с. С. 210.

обладателей вещных прав (прежде всего, права собственности) предъявлять т.н. владельческие иски или владельческой (посессорной) защите.

Важно, что обе группы норм характерны для двух форм защиты обладания вещами, которые берут свое начало со времени Древнего Рима: 1) посессорная и 2) петиторная защита. Различия указанных форм защиты для отношений присвоения свойственны практически всем странам континентальной правовой системы, хотя и с некоторыми особенностями. В действующем гражданском законодательстве Республики Казахстан владельческая защита введена только в определенной степени, ограничиваясь правилом п. 2 ст. 240 ГК РК. Но ее включение дает определенное противопоставление защите титульного (законного) и беститульного (незаконного) владения. В теории гражданского права эти виды владения имеют существенные особенности защиты. Относительно защиты титульного владения особых проблем нет. Во всяком случае, эти проблемы имеют более частный характер по сравнению с защитой незаконного владения. Конструкция любого иска, указанного в главе 15 ГК РК, главным условием их предъявления требует доказанности титула (права) лица на вещь. Это обстоятельство ниже нами будет проанализировано особо.

2. Особенности доказывания при защите владения

В соответствии с п. 2 ст. 240 ГК РК гражданин или юридическое лицо, владеющие имуществом как своим собственным, имеют право на защиту своего владения против третьих лиц, не являющихся собственниками имущества, а также не имеющих прав на владение им в силу иного предусмотренного законодательными актами или договором основания. Таким образом, посессорная защита имеет определенное легальное закрепление в ГК. Конечно, для полноценной защиты владения этого положения недостаточно. С другой стороны, игнорировать наличие этой нормы в правоприменительной практике тоже нельзя. Между тем, нам не известно надлежащее применение в казахстанской судебной практике владельческих исков. Даже применение самого института приобретательной давности нередко порождает определенные вопросы. Приведем несколько примеров.

ТОО «Э», заявило в суд требование об установлении юридического факта – права собственности на движимое имущество. Это требование было обосновано тем, что горный комбайн 2600 SM находится во владении ТОО «Э» с учетом правопреемства более пяти лет, и расходы, связанные с его хранением, на момент предъявления заявления составляют значительную сумму. Отсутствие собственника (АО «Э», которое по материалам дела являлось собственником, было ликвидировано по отдельному решению суда) делает невозможным погашение возникшей задолженности, что и явилось основанием для обращения с заявлением в суд. Суд посчитал, что обстоятельства, им установленные, ввиду *императивного характера части 2 ст. 240 ГК РК* (выделено мною – С.С.) являются основанием для приобретения права собственности на горный комбайн 2600 SM, поскольку было достоверно установлено владение ТОО «Э» этим имуществом как своим собственным с 1 ноября 1996 года по настоящее время с учетом правопреемства, что составляет

более пяти лет. При этом сделан вывод о том, что установление права собственности необходимо для разрешения вопроса о бремени содержания данного имущества, и поскольку сам хранитель ввиду приобретательной давности становится собственником хранимого имущества, то задолженность по хранению возлагается на него самого. На этом основании судом было удовлетворено заявление ТОО «Э» об установлении юридического факта – права собственности на движимое имущество и признано право собственности на горный комбайн 2600 SM, находящийся (в разобранном виде) на хранении в СВХ ТОО «Э» за заявителем¹⁶.

В данном случае мы видим очевидное непонимание судом существа приобретательной давности. Еще в Риме существовал следующий принцип, который применялся преимущественно для посессорной защиты – «никто не может сам себе изменить основание владения»¹⁷.

В приведенном примере как раз было все наоборот. Хранитель самостоятельно при помощи суда изменил основание владение вещью с обязательственного (договор хранения), на вещное (право собственности). Заметим, признал право собственности вместо того, чтобы воспользоваться обязательственными способами защиты своего права (п. 2 ст. 781 ГК).

Между тем судебная практика применения аналогичных положений ГК РФ о приобретательной давности позволяет сформулировать этот вопрос по-другому: может ли лицо, владеющее вещью на законном основании, но не на праве собственности, требовать признания права собственности на вещь?

Так, предприниматель более 15 лет использовал земельный участок на праве пожизненного наследуемого владения. Участок был предоставлен ему на основании акта государственного органа (распоряжение администрации). В последующем этот акт был признан незаконным. В иске предпринимателя о признании за ним права собственности в силу приобретательной давности было отказано по причине того, что по смыслу закона владение имуществом как своим собственным должно быть фактическим, беститульным. Имея какой-либо юридический титул владения, такой владелец знает об ограниченном характере своего права на имущество, поскольку его право основывается на вещном праве другого лица – праве собственности, хозяйственного ведения, оперативного управления¹⁸.

Приведенный пример, как другая судебная практика Российской Федерации, в рассматриваемой ситуации совершенно справедливо исходит из того, что нормы ст. 234 ГК РФ (содержание этой статьи идентично ст. 240 ГК РК) не подлежат применению в случаях, когда владение имуществом в течение длительного времени осуществлялось на основании договорных обязательств

16 См.: Решение (краткое) Специализированного межрайонного экономического суда Павлодарской области (г. Павлодар) от 30 октября 2002 года по делу N 2-339 / Документ цитируется по ИС «Параграф».

17 Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: Учебник / Под ред. Д.В. Дождева. М.: Издательство БЕК, 2002. С.187.

18 Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22.01.2010 по делу № А27-6606/2009 / Верещагин В. Когда не действует приобретательная давность / Экономика и жизнь, Москва, 12.03.2010 / цитируется по ссылке в Интернет: <http://arbitr.ru/press-centr/smi/27201.html> (дата обращения 13.03.2010).

(аренды, хранения, безвозмездного пользования и т.п.) или имущество было закреплено за его владельцем на праве хозяйственного ведения или оперативного управления¹⁹.

Для целей нашей статьи имеет значение то обстоятельство, что владение при приобретательной давности не может быть основано на любом праве (титule) на вещь. Но здесь возникает вполне закономерный вопрос: если нет никакого титула, то тогда что выступает основанием владения?

Ответ на этот вопрос будет простым: основанием владения для давности будут сделки, которые не повлекли за собой переход права собственности. Известный российский исследователь проблематики владения К.И. Скловский считает, что это недействительные сделки по отчуждению вещи²⁰. Точнее говорит об этом Ж. де ла Морандьер, который называет такие сделки приобретательными, выступающими надлежащими основаниями приобретения прав только тогда, когда они отвечают двум условиям. Во-первых, сделка должна производить переход права собственности от одного лица к другому, например мена, продажа и т. д. Во-вторых, сделка направлена на установление сингулярного правопреемства, т.е. осуществляется переход только владения вещью, а не всех прав и обязанностей другой стороны по сделке. Кроме этого, Морандьер особо подчеркивает, что не являются основанием приобретения по давности мнимые сделки, а также сделки, страдающие пороками формы²¹. Вообще, соотношение защиты незаконного и титульного видов владения с недействительными сделками и таким важным их последствием как реституция требует отдельного рассмотрения, о чем ниже нами будет упомянуто особо.

Для рассматриваемой ситуации важно другое. При приобретении права собственности по давности владения можно вести речь о наличии фактического отношения к вещи как к своей, которое не подкреплено юридическим титулом о наличии никакого права. Другими словами, о владении в виде собственности, т.е. от своего имени, но без надлежащего юридического основания. В качестве таковых надлежит рассматривать ситуации, когда вещь передается лицом, не имеющим право собственности, другому лицу. Приобретатель считает, что приобретает право собственности, хотя на самом деле этого не происходит. В этом случае действует указанный ранее принцип: никто не может передать другому больше прав, чем имеет сам. Важно отметить, что основания приобретения давностного владения должны соответствовать, по крайней мере не противоречить, основаниям, указанным в законе для приобретения права собственности.

19 П. 18 Постановление Пленума ВАС РФ от 25.2.1998 N 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» / Документ цитируется по справочно-правовой базе данных «LEXPRO» по состоянию на сентябрь 2009 года. Это положение было также подтверждено абзацем 4 ч. 2 п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. N 10/22 "О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав" / Документ цитируется по ссылке в Интернет: http://arbitr.ru/as/pract/post_plenum/28318.html (дата обращения 21.05.10). Далее в тексте – Постановление ВС и ВАС РФ от 29.04.10.

20 Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М.: Статут, 2004. – 365 с. С. 179.

21 См.: Морандьер Ж., дела. Гражданское право Франции Т. 2. М., 1960 С. 142-143.

Часто в судебной практике встречаются споры о признании какой-либо сделки, лежащей в основе приобретение права, действительной. Например, это происходит в случаях, когда стороны заключили договор, произвели передачу вещи, но не зарегистрировали переход права собственности от продавца к покупателю. В этом случае суды признают сделку действительной, что выступает основанием для регистрации сделки в соответствующем реестре и возникновении права собственности у приобретателя²². Мы полагаем, что в данной ситуации имеет как раз случай незаконного (беститульного) владения, что влечет за собой применение правил ГК о приобретательной давности.

Важно отметить, что для защиты владения по п. 2 ст. 240 ГК не нужно даже ссылаться как какое-либо основание владения, а достаточно доказать сам факт этого. Например, некто А. владеет вещью, а другой В. препятствует обладанию или насильственно завладел ею. Для применения правила о защите незаконного владения достаточно доказать только сам факт обладания. Важно, чтобы он предшествовал владению того, кто препятствует таковому либо насильственно его лишил. Противное лицо может предоставить суду доказательства своего права на владение. Если таковые будут убедительными, тогда процесс приобретает форму защиты титульного владения и осуществляется по правилам о виндикационном или негаторном исках. Тогда, в нашем примере у А., будет только две возможности: а) заявить о своем давностном владении и доказать его, или б) сослаться на приобретение права собственности по давности владения. В последнем случае возникнет новое право собственности, вместо «старого», уже утраченного, и незаконный владелец в силу предписаний закона становится собственником предмета спора.

Особого рассмотрения требует вопрос сторон, или шире, участников, спора о владении.

В «Обзоре судебной практики по спорам о праве собственности на жилое помещение»²³, при анализе практики рассмотрения требований о признании права собственности на жилое помещение, специально отмечено, что «...иски о признании права собственности на жилое помещение в силу приобретательной давности рассматриваются в порядке искового производства, и ответчиками по таким делам должны указываться местные исполнительные органы, в полномочия которых отнесены вопросы формирования, управления и распределения жилищного фонда». Примерно аналогичное утверждение встречается в коллективной работе авторов, посвященной спорам о праве собственности на жилое помещение. В ней утверждается, что ответчиками по таким делам должны указываться местные исполнительные органы, в полномочия которых отнесены вопросы формирования, управления и распределения жилищного фонда²⁴.

22 Об этом см., например, Алимбеков М.Т., Утешева К.Ш., Абдиев Ж.Н., Абдрасулов Е.Б., Горячева Е.Б. Споры о праве собственности на жилое помещение: практическое пособие. – Астана, 2009. – 264 с. С. 44-49.

23 Документ цитируется по ИС «Параграф».

24 См.: Алимбеков М.Т., Утешева К.Ш., Абдиев Ж.Н., Абдрасулов Е.Б., Горячева Е.Б. Споры о праве собственности на жилое помещение. С. 74.

Безусловно, что одной из сторон спора будет незаконный владелец. Но в определении этого лица можно использовать либо буквальное толкование закона, либо теоретическое.

Можно согласиться с позицией К.И. Скловского о том, что теоретически это должен быть незаконный владелец, а объектом защиты – личность владельца. Однако, по мнению автора, «незавершенность защиты владения сказывается и в том, что защищается не любое владение, а лишь владение для давности. Иными словами, если владелец не отвечает признакам, указанным в п. 1 ст. 234, он лишается защиты от всякого насилия и самоуправства иных лиц»²⁵. Но далее К.И. Скловский утверждает о нецелесообразности поддержки тех ответчиков по искам о защите владения, которые требуют предварительного доказывания истцом всех условий владения им для приобретения по давности, заключая что «...если владение нарушено не собственником, а иным лицом, то потерпевший владелец не обязан доказывать все факты, указанные в п. 1 ст. 234, в качестве предварительного условия возврата ему отобранного насилием или обманом имущества. Конечно, ответчик вправе доказывать отсутствие у истца исходной позиции приобретателя для давности»²⁶.

Действительно, взаимосвязь между 1 и 2 пунктами ст. 240 ГК РК очевидна. В качестве условий защиты владения, при буквальном толковании этих положений закона, будут выступать требования к владельцу при приобретательной давности: добросовестность, открытость, непрерывность и другие. Тем более, что в силу ст. 65 ГПК каждый должен доказать те обстоятельства, на которые он ссылается как на основания своих требований и возражений. Казалось бы все правильно. Но здесь есть даже логическая несостыковка. Приобретательная давность рассматривается в качестве одного из способов приобретения права собственности и именно для этого, а не для защиты владения, имеют значение условия приобретения по давности, которые указаны в ст. 240 ГК. Для защиты владения достаточно владеть в виде собственности, обладать вещью фактически. Иначе говоря, защита должна быть предоставлена только из факта обладания. Кроме того, соответствие нарушенного владения условиям приобретательной давности может быть презюмировано, по аналогии с правилом п. 4 ст. 8 ГК РК. Опять же, сказанное нами выше позволяет утверждать, что давностный владелец может быть только истцом, а лица не имеющие права на владения – ответчиками по иску давностного владельца.

Здесь требуется особо отметить основания подобных исков. Конечно, в широком смысле это может быть сама личность владельца, как это полагает К.И. Скловский. Однако применяя разработанное гражданско-процессуальной наукой понятие иска²⁷ можно говорить о наличии не субъективного гражданского права, а как минимум двух особых охраняемых законом интересов: 1) интерес

25 Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М.: Статут, 2004. – 365 с. С. 190-191.

26 Скловский К.И. Указ. соч. С. 191-192.

27 См., например, Гражданское процессуальное право России: Учебник для вузов / П.В. Алексий, Н.Д. Эриашвили, В.Н. Галузо и др.; Под ред. проф. П.В. Алексия, проф. Н.Д. Амаглобели. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2005. - 432 с. С. 131 и сл. (Коллектив авторов).

в приобретении права собственности и 2) интерес в спокойном обладании вещью, не основанном на праве.

Таким образом, истцом в спорах о защите владения может быть только давностный владелец, а ответчиком – любое лицо, которое препятствует осуществлению владения и/или насильственно завладел предметом спора. В этом случае указание на обязательность участия при рассмотрении споров о приобретательной давности местных исполнительных органов, в полномочия которых отнесены вопросы формирования, управления и распределения жилищного фонда, не оправданно. Конечно, если у этих субъектов есть интерес в приобретении предмета спора (например, недвижимости по правилам п. 3 ст. 242 ГК РК), они могут вступить в процесс. Однако, если эти органы никак не выразили этот интерес, насильственно включить их в процесс, заставить реализовать принадлежащую им юридическую возможность, нельзя. Это утверждение прямо вытекает из принципа диспозитивности в гражданском праве и основывается на норме п. 1 ст. 8 ГК РК, т.к. к участию в гражданско-правовых отношениях государства и административно-территориальных единиц применяются нормы, определяющие участие юридических лиц, если иное не вытекает из законодательных актов (ст. 114 ГК РК).

Не менее сложным будет вопрос о том, в рамках каких процедур (исковое, особое исковое либо особое) осуществляется защита незаконного владельца. Ответ на него будет двоякий. С одной стороны, собственно защита незаконного владельца может осуществляться по правилам искового производства. Частично мы об этом говорили выше. С другой, при некоторых условиях она может быть предоставлена по правилам ГПК об особом производстве.

Для обоснования последней позиции укажем только на два нормативных положения. Во-первых, согласно подп. 1) п. 1 ст. 289 ГПК РК к делам, рассматриваемым судом в порядке особого производства, относятся дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение. Иначе говоря, определенные факты материального права, их отсутствие или наличие, требуют специального подтверждения судом. С этим связан и второй аргумент, т.к. понятие приобретательной давности, указанное в п. 1 ст. 240 ГК РК, является ничем иным как фактическим составом, т.е. совокупностью юридических фактов, которые ведут к приобретению права собственности незаконным владельцем. Иначе говоря, суд должен подтвердить в конкретном случае наличие всех условий приобретательной давности. Это подтверждение может быть осуществлено как самостоятельный способ защиты и оно практически полностью охватывается понятием иска о признании права²⁸.

Однако применение владельческой защиты по правилам действующего ГПК будет затруднительным. Для искового производства, которое все же предназначено для спора о праве, а не о факте, свойственны формализованность, длительность процедур сбора и исследования доказательств и другие факторы. Все они вытекают из особенностей рассмотрения спора о праве. Спор о факте не предполагает ни длительных

²⁸ На возможность установления факта владения при отсутствии спора указывает К.И. Скловский. Об этом см.: Скловский К.И. Владение в гражданском кодексе / Журнал «Закон», № 5 май 2009. С. 51.

процедур, ни сбора доказательств и многого другого. Как мы уже отметили, защита должна быть предоставлена исходя из установления судом двух обстоятельств: а) самого факта владения и б) нарушения владения, или угрозы подобного нарушения, ответчиком. Сказанное позволяет утверждать, что исковое производство может быть использовано для защиты владения только до внесения изменений в гражданское и гражданско-процессуальное законодательство, которые будут необходимы в случае возрождения института владения в качестве важного элемента подотрасли вещного права²⁹.

Более адекватным для защиты владения мы полагаем форму особого производства. Возможно, что подобное решение потребует формулирование особых правил, в которых были бы учтены вышеизложенные обстоятельства защиты владения. В настоящий же момент защита владения по правилам особого производства, ни даже установления фактического состава приобретательной давности, фактически невозможна. Помимо несовершенства ГПК в деле защиты владения, одним из серьезных препятствий этому является позиция Верховного суда Республики Казахстан по установлению фактов, имеющих юридическое значение, чем по сути и является владение.

Дело в том, что в п. 8 нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан от 28 июня 2002 года № 13 «О судебной практике по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение» содержится положение о том, что факты владения, пользования и (или) распоряжения имуществом на правах собственности, хозяйственного ведения, оперативного управления (подпункт 5 части 2 статьи 291 ГПК) устанавливаются судом только при условии, если у заявителя имелся правоустанавливающий документ о принадлежности имущества, но он утрачен, и указанный факт не может быть установлен во внесудебном порядке. При этом суд при рассмотрении таких дел устанавливает лишь факт наличия документов, подтверждающих принадлежность имущества заявителю, а не его право собственности (ч. 1). Факты владения самовольно возведенным, не принятым в эксплуатацию строением, а также строением, зарегистрированным на другое имя, не подлежат установлению судом (ч. 2). Факты владения, пользования и (или) распоряжения автотранспортными средствами и любым другим имуществом, приобретенными по сделке, не оформленной в соответствии с законодательством, также не могут быть установлены. В этом случае заявитель вправе обратиться в суд с иском о признании права собственности или признании сделки состоявшейся на общих основаниях (ч. 3).

²⁹ Совершенствование гражданского законодательства в Российской Федерации, осуществляемая в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации», предполагает существенное изменение раздела ГК РФ о вещном праве. Для темы нашего выступления наиболее интересен тот факт, что планируется формирование полноценного института владения. Подробнее об этом см.: Концепция развития законодательства о вещном праве / Документ цитируется по адресу в Интернет: http://www.privlaw.ru/vs_info4.html (дата обращения 11.11.2009). С. 6-15; или опубликованный сокращенный вариант: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вступ. ст. А.Л. Маковского. – М.: Статут, 2009. – 160 с.

Данная позиция Верховного суда делает практически неразрешимой в современном казахстанском законодательстве проблему защиты незаконного владения. И вот почему. В настоящее время гражданский процесс осуществляется в следующих формах: 1) приказное производство, 2) исковое производство, 3) особое исковое производство, 4) особое производство.

Вторая и третья форма принципиально не могут быть использованы для защиты незаконного владения, т.к. в них предметом обращения в суд является требование о защите права лица. Приказное производство так же основано на защите определенных прав (ст. 140 ГПК). Его отличает существенно упрощенная процедура, которая применяется для бесспорных требований (требования основаны на нотариально удостоверенной сделке, на протесте векселя в неплатеже, неакцепте и недатировании акцепта, совершенном нотариусом, и других). Спор при защите незаконного владения возможен и заключается в установлении самого факта владения тем или другим лицом.

Защита незаконного владения в рамках особого производства даже теоретически возможна. На это указывают некоторые положения ст. 289 ГПК: 1) возможность признания движимой вещи бесхозяйной и признании права коммунальной собственности на недвижимое имущество (подп. 6 п. 1) и 2) отсылочная норма п. 2 о том, что законом может быть предусмотрено рассмотрение и других дел в порядке особого производства. Мы полагаем, что существо посессорной защиты заключается именно в установлении факта владения вещью. Именно на этом основании суд предоставляет защиту. Поэтому сформулированная выше позиция Верховного суда, по нашему мнению, должна быть уточнена и скорректирована³⁰.

Еще одним недостаточно решенным вопросом защиты незаконного владения является вопрос о средствах (исках), которые могут быть применены. Теоретически ответ на этот вопрос является простым и традиционным. Для защиты владения можно использовать два иска: 1) иск об удержании владения; 2) иск о восстановлении владения вещью.

Первый должен применяться тогда, когда на вещь, находящуюся в обладании одного лица, претендует другое. Условия защиты владения по этому иску: а) оно должно возникнуть не насильственно; б) быть открытым, т.е. известным неопределенному кругу лиц (в основе лежали, как правило,

30 В качестве примера здесь можно сослаться на опыт Российской Федерации, где подобное положение предусмотрено п. 21 Постановления ВС и ВАС РФ от 29.04.10. Следует отметить, что в определенной степени корректировка уже произошла. 20 апреля 2006 года было принято нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от № 3 «О практике рассмотрения судами споров о праве на жилище, оставленное собственником». В п. 12 этого Постановления указано, что лицо, считающее, что стало собственником в силу приобретательной давности, вправе обратиться в суд с иском о признании за ним права собственности на это жилище. Данное дело подлежит рассмотрению судом в порядке искового производства, а при отсутствии спора о праве и предъявлении заявления в соответствии с подп. 5 ч. 2 ст. 291 ГПК дело рассматривается в порядке особого производства. Решение суда об удовлетворении заявления является основанием для регистрации права собственности на это жилище. Кроме того, в срок приобретательной давности не засчитывается время, когда владение жилищем осуществлялось на основании договорных обязательств (аренды, хранения, безвозмездного пользования и т.п.) или жилище было закреплено на праве хозяйственного ведения или оперативного управления.

показания свидетелей); в) не должно быть прекарным – то есть пользование вещью до востребования.

Иск о восстановлении владения вещью применяется для защиты лица, ранее владевшего спорной вещью, но к настоящему моменту, утратившему владение вещью в результате противоправных (насильственных) действий лица, обладающего ею. Условия защиты владения по этому иску заключаются в доказывании двух обстоятельств: а) владение вещью до нарушения; б) сам факт нарушения. В противном случае владение сохраняется за фактически владеющим вещью лицом³¹.

Вместе с тем, в уже цитированном нами Постановлении ВС и ВАС РФ от 29.04.10 указано, что давностный владелец имеет право на защиту своего владения применительно к правилам статей 301, 304 ГК РФ (ст.ст. 260 и 264 ГК РК соответственно)³². Иначе говоря, защиту давностного владельца предполагается осуществлять по правилам о защите права собственности и иного титульного владения.

Нам представляется крайне неудачной формулировка о возможности предъявления давностным владельцем иска об истребовании имущества из чужого незаконного владения по следующим причинам. Во-первых, давностный владелец не может предъявить иски, основанные на праве (т.е. титульные способы защиты). Он сам права еще не приобрел. При этом выражение «иск об истребовании имущества из чужого незаконного владения» прямо указывает на виндикационный иск, право на предъявление которого есть только у титульных владельцев (собственников и лиц, указанных в ст. 265 ГК РК). Во-вторых, в рассматриваемой ситуации сам давностный владелец является незаконным и поэтому его противопоставление другому незаконному владельцу является некорректным и юридически неверным³³.

Правильнее в данном случае говорить о возможном использовании аналогии закона (п. 1 ст. 5 ГК РК). К искам об удержании владения и о восстановлении владения вещью, которых нет в действующих ГК как Казахстана, так и России, могут быть применены правила о негаторном и виндикационном исках соответственно только с учетом особенностей владельческой защиты, некоторые из которых были указаны нами выше. Кроме того, аналогия закона может быть применена для определения добросовестности давностного владельца (п. 1 ст. 261 ГК РК). В свою очередь при виндикации давностный владелец, который выступает ответчиком по этому иску, может заявить об истечении сроков приобретательной давности, тем самым противопоставив праву собственности истца новое право собственности, возникающее у незаконного владельца при наличии условий, указанных в ст. 240 ГК.

Таким образом, при соответствующем санкционировании подобного подхода Верховным судом Республики Казахстан и до внесении изменений и

31 Подробнее о владельческой защите см., например, Хутыз М.Х. Римское частное право. М. 1994 г. С. 90-91.

32 См. третий абзац ч. 2 п. 15, а также п. 17 Постановления ВС и ВАС РФ от 29.04.10.

33 Об этом, в том числе, говорит и К.И. Скловский. См.: Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. С. 192.

дополнений в действующий кодекс, правила статей главы 15 ГК РК могут быть применены только по аналогии закона, с учетом отмеченных выше изъятий и исключений.

Следует отметить, что посессорная защита могла использоваться и для защиты титульного владения. Это было принято как в римском праве в древности, так и в странах континентальной правовой традиции в современный период³⁴. Простота посессорной привлекала титульных владельцы, обладающие вещью посредством вещных или обязательственных субъективных гражданских прав, прибегнуть не смогут.

В заключение о защите владения важно отметить предполагаемые изменения правил ст. 240 ГК РК, которые предусмотрены проектом Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства»³⁵. Для целей нашей статьи следует отметить два предполагаемых изменения ст. 240 ГК, которые имеют определенное значение для защиты незаконного владельца. Во-первых, предложена новая редакция п. 4 этой статьи. Течение срока приобретательной давности будет начинаться с *момента завладения вещью*. Данное изменение преследует основной целью различие исковой и приобретательной давности, что было предметом многочисленных научных дискуссий³⁶. Кроме того, наличие данного положения привело к тому, что был искусственно увеличен срок приобретательной давности, к которому присоединялся общий срок исковой давности: 18 лет для недвижимости и 8 лет для движимых вещей³⁷.

Во-вторых, п. 5 ст. 240 ГК предполагается исключить. Главным аргументом, который объясняет это предложение, является противоречивость содержания этой нормы. Не вполне ясно и соотношение п. 5 ст. 240 с другими положениями этой статьи, иных норм о приобретении и защите права собственности. Тем более что подобного правила нет ни в Модельном Гражданском кодексе СНГ (ст. 244), ни в ГК РФ (ст. 234).

3. Конечно, предполагаемые изменения ст. 240 ГК не решают всех проблем, связанных с защитой незаконного владельца, владения как института гражданского права. Это только косметический ремонт. Мы полагаем, что институт защиты владения, вне зависимости от наличия или отсутствия права на владения, имеет очень хорошие перспективы для дальнейшего развития как в теории гражданского права, так и в судебной практике по гражданским делам. Пример Российской Федерации в этом плане весьма показателен.

34 См., например, §§ 868 и 869 Германского гражданского уложения; ст. 2282 Гражданского кодекса Франции.

35 См. Постановление Правительства Республики Казахстан от 29 мая 2009 года № 791 «О проекте Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования гражданского законодательства». Указанные документы цитируются по ИС «Параграф».

36 Нашу позицию по данному вопросу и обзор некоторых мнений см.: Скрыбин С. Исковая и приобретательная давность / Юрист, № 9, 2003. С. 48-55.

37 Об этом см., например, Алимбеков М.Т., Утешева К.Ш., Абдиев Ж.Н., Абдрасулов Е.Б., Горячева Е.Б. Споры о праве собственности на жилое помещение. С. 75-76.

Помимо предлагаемого введения института владения в ГК, что прямо предусматривается принятой концепцией совершенствования гражданского законодательства, существует солидная практика по защите незаконных владельцев всеми судебными инстанциями³⁸. Этот, во многом положительный, опыт нам нужно перенимать и учитывать как в законодательстве, так и судебной практике. **Особенности доказывания при защите права собственности и иных вещных прав (титульного владения)**

Защита права собственности и иных вещных прав строится иначе. Как мы уже отмечали, конструкция любого иска, указанного в главе 15 ГК РК, главным условием их предъявления требует доказанности титула (права) лица на вещь.

Вначале укажем на три обстоятельства, которые связаны с защитой только титульного владения.

Во-первых, из защиты титульного владения выпадает положение об ограничении виндикации. Эти правила касаются незаконного владельца (ответчика по виндикационному иску), владение которого отвечает следующим условиям: 1) является добросовестным, 2) приобретенным возмездно, 3) выбыло из владения собственника или другого уполномоченного на владение лица без участия их воли. Если первые два условия всецело зависят от незаконного владельца, то третье — от воли других лиц и, следовательно, по отношению к незаконному владению имеет объективный характер. Возникает достаточно сложная и поэтому дискуссионная проблема: на чем основывается защита незаконного владельца в этом случае? Здесь мнения расходятся. Одни авторы полагают, что за незаконным владельцем должно быть признано право собственности на вещь (ст. 259 ГК). В этом случае основанием является право собственности, которое приобретается по специальному законному основанию (п. 3 ст. 235, п. 1 ст. 261, ст. 259 ГК РК)³⁹. Мы, как некоторые другие авторы, выступаем за то, чтобы защита владения основывалась на правилах о приобретательной давности (ст. 240 ГК). Как видим, проблема здесь касается не титульного, а незаконного владения. Более того, для целей оборота незаконное владение должно получить преимущество перед защитой титульного владения⁴⁰.

Вторым важным обстоятельством защиты титульного владения является правило ст. 265 ГК о защите вещных прав лиц, не являющихся собственником. Буквальное толкование положений этой статьи позволяет их распространить только на титульное владение (владение по праву), исключая незаконное владение. По нашему мнению, это обстоятельство также имеет принципиальное значение.

Так, например, в Российской Федерации судами в качестве законного владельца признается покупатель недвижимости, которому она передана во

38 Помимо частично проанализированного выше по вопросам владения Постановления ВС и ВАС РФ от 29.04.10, см. также Определение Конституционного суда РФ от 27 ноября 2001 № 202-О, Постановление Конституционного суда РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П и комментарий к ним К.И. Скловского. Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. С. 5-51.

39 См., например, Киреева Т.Т., Климкин С.И. Защита права собственности. Учебное пособие. Алматы: Издательство КазГЮА, 2000. С. 36.

40 К этому положению виндикационного иска мы еще вернемся.

владение до государственной регистрации права собственности. Покупатель в этот период имеет право на защиту своего владения (ст. 305 ГК РФ⁴¹), но не вправе распоряжаться полученным им во владение имуществом, поскольку право собственности на это имущество до момента государственной регистрации сохраняется за продавцом.

Важно отметить, что в ГК РФ, в отличие от ГК РК, есть специальные правила о продаже недвижимости (§ 7 гл. 30). В казахстанском законодательстве и практике его реализации применение подобного положения едва ли возможно. С одной стороны, есть определенное нормативное обоснование подобного варианта развития событий. Во-первых, ст. 265 ГК РК прямо говорит о владении на основе не только закона, но и договора. Во-вторых, передача недвижимости во владение покупателя подчиняется общим правилам о приобретении права собственности по договору, в том числе и купле-продаже (ст.ст. 238, 239, 408-410 ГК РК). В-третьих, законное право на владение предметом купли-продажи подтверждается возможностью для покупателя предъявить иск о понуждении к государственной регистрации (п. 2 ст. 155 ГК РК). Наконец, неисполнение обязанности должника в обязательстве по передаче индивидуально определенной вещи в собственность предоставляет кредитору право требовать изъятия этой вещи у должника и передачи ее ему, кроме случаев, когда третье лицо имеет преимущественное право на эту вещь (п. 1 ст. 355 ГК РК).

С другой стороны, эти положения трудно применить вследствие сложившихся практических механизмов регистрации прав на недвижимое имущество. Так, в случаях, когда права (обременения прав) возникают на основании сделки, удостоверенной в нотариальном порядке, регистрация осуществляется по заявлению любой стороны (участника) сделки. При отсутствии нотариального удостоверения договора или иной сделки, когда права (обременения прав) возникают на их основании, заявление на регистрацию должно быть подано всеми участниками сделки (п.п. 1 и 2 ст. 22 Закона Республики Казахстан от 26 июля 2007 года № 310-III «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»⁴²). Кроме того, установленный порядок подачи документов через центры обслуживания населения (ЦОНЫ) исключают реализацию указанных выше правил⁴³. Таким образом, практическая реализация как самого материального права, так и права на его защиту, существенно искажена на подзаконном уровне. Мы полагаем, что нет сколько-нибудь значимых препятствий для обращения непосредственно в государственный орган, который осуществляет регистрацию прав на недвижимое имущество. Поддержка этого варианта реализации права на приобретенную недвижимость покупателем Верховным судом и выработка соответствующих рекомендаций нижестоящим судам позволила бы нивелировать этот недостаток и пробел действующего законодательства о защите прав титульных владельцев.

41 Статья, практически идентичная ст. 265 ГК РК.

42 Далее – Закон о регистрации.

43 См. Реестр государственных услуг, оказываемых физическим и юридическим лицам, утвержденный постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 июня 2007 года № 561.

В-третьих, защита титульного владения всегда имеет приоритет перед защитой незаконного владения, которая вообще не может быть осуществлена против притязания лица, обладающим правом на вещь. Единственным исключением из этого права являются нормы о приобретательной давности. В этом случае незаконный владелец, при соблюдении всех условий приобретения по давности владения, становится новым собственником. Возникшее право незаконного владельца прекращает право прежнего собственника.

Кроме того, защита вещных прав имеет особенности в зависимости от структуры субъектного состава. Можно говорить о защите, при которой обладателю вещного права противостоит любое обязанное лицо. Эта особенность защиты прямо вытекает из аналогичных особенностей абсолютности правоотношений и субъективных прав, имеющих вещный характер. В других случаях есть особенности защиты, которые основываются на специфике взаимоотношений между собственниками и обладателями вещных прав на чужую вещь. Здесь важное значение придается легальной конструкции каждого субъективного вещного права, которая закреплена в действующем законодательстве Республики Казахстан.

В начале отметим простой тезис: *защиту получает тот, кто докажет свое право на вещь*. Тут есть много нюансов, но наиболее важные из них связаны с переходом права от одного лица к другому, что преимущественно регулируется нормами о приобретении и прекращении права собственности и иных вещных прав. Соответственно защиту получает тот, кто доказал свое право на вещь. В этом случае первостепенное значение приобретает различие между приобретением права собственности и иных вещных прав на движимые или недвижимые вещи.

Для приобретения права собственности на движимость принципиальное значение имеет владение вещью. Общее правило приобретения неизменно: *переход вещи во владение лица одновременно означает переход права собственности на нее*. Кроме того, это же правило следует применять для тех случаев, когда владение составляет содержание иных вещных прав. Иначе говоря, если владение движимой вещью перешло, право у лица возникло. Это положение можно использовать всегда, если стороны не представили доказательства иного и оно может применяться для всех случаев, когда право предполагает передачу вещи во владение.

Для приобретения права собственности и иных вещных прав на недвижимость принципиальное значение имеет государственная регистрация определенных законом прав в соответствующем реестре⁴⁴. Конечно, сама модель государственной регистрации прав на недвижимость, которая бы обеспечила стабильность оборота и присвоения недвижимости, у нас далека от идеала. Чего стоит только правило о сроке регистрации, штрафу за ее неосуществления, к счастью минувшие проблемы о восстановлении пропущенного срока и т.д. О теоретических проблемах можно говорить долго. Важно обратить внимание на положение текущего законодательства и связанных с ним некоторых теоретических постулатов.

44 Статьи 4-6 Закона о регистрации.

Во-первых, для определенных в законе прав, некоторые из которых не являются вещными, а можно сказать обладают определенными (некоторыми) их признаками, их возникновение, изменение и прекращение требует обязательной государственной регистрации в соответствующем реестре. Следовательно, если таковой нет, то переход права не произошел. Эту норму закона можно рассматривать в качестве общего правила. Оно знает *некоторые исключения, которые могут быть предусмотрены только законодательными актами* (п. 1 ст. 7 Закона о регистрации). В п. 11 Постановления ВС и ВАС РФ от 29.04.10 определены два случая, когда права собственности возникают в особом порядке, которые связаны с правопреемством – наследование и реорганизация. Анализ казахстанского законодательства также указывает на наличие аналогичных оснований для возникновения права собственности, не связанных с необходимостью их регистрации в реестре. Кроме того, нужно обратить внимание еще на две ситуации.

1) *действительны без государственной регистрации права, возникшие до введения соответствующей системы, т.е. до 1 марта 1996 года⁴⁵, и трансформировавшихся в другие права.* Например, право пожизненного наследуемого владения земельным участком – в право собственности на него же. Эти прав действительны до тех пор, если не была осуществлена их передача в период с 1 марта 1996 года по настоящее время (ст.ст. 56-58, 60 Закона о регистрации). Если передача прав все же произошла, о чем не были внесены сведения в соответствующий реестр, то мы полагаем возможным применить к подобным случаям положения ст. 240 ГК РК о приобретательной давности.

2) *есть определенная проблема возникновения вещных прав на государственное имущество.* Парадокс, но по имеющимся у нас сведениям в государственном реестре имеется крайне мало сведений о закреплении недвижимого имущества за государственными органами и предприятиями, а также за уполномоченными государственными органами⁴⁶. Отчасти это можно объяснить определенной традицией со времен Советского Союза, когда действовало правило о презумпции государственной собственности. Она частично сохраняется и в действующем Законе о регистрации, т.к. в соответствии с п. 2 ст. 42 право государственной собственности на имущество, не закрепленное между государственными юридическими лицами, не требует государственной регистрации. Но это положение не распространяется на права хозяйственного ведения и оперативного управления государственных юридических лиц. И для подобных случаев должно действовать общее правило: *если нет регистрации, то права на соответствующее имущество не возникли.*

Мы полагаем заслуживающим внимание и поддержки положения п. 36 Постановления ВС и ВАС РФ от 29.04.10 о том, что факт включения

45 См. ст. 32 Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу закона, от 25 декабря 1995 года № 2727 «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

46 По умолчанию таковыми являются: для республиканской собственности – Комитет по государственному имуществу, коммунальной – аналогичный местный орган государственного управления.

недвижимого имущества в реестр государственной или муниципальной собственности, а также факт нахождения имущества на балансе лица сами по себе не являются доказательствами права собственности или законного владения. Поэтому при обращении в суд государственных юридических лиц о защите прав оперативного управления и хозяйственного ведения на недвижимое имущество, при отсутствии регистрации этих прав в соответствующем реестре, в иске должно быть отказано. Мы полагаем, что эта практика в Казахстане будет способствовать соблюдению Закона о регистрации и формированию нормальной системы закрепленности недвижимых вещей за государством и его юридическими лицами.

Таким образом, правовое положение приобретателя, не осуществившего регистрацию прав на недвижимое имущество, следует рассматривать через призму незаконного владельца. В этих ситуациях, при обязательном условии отсутствия владения для другого, целесообразно применение правил о приобретательной давности.

Во-вторых, суду важно сохранить статус-кво до определенности надлежащего субъекта присвоения. Для этого следует максимально использовать возможность уведомления всех третьих лиц (потенциальных приобретателей недвижимости, относительно которой ведутся судебные разбирательства), о вероятных притязаниях на это имущество. Это позволит исключить добросовестность приобретения в дальнейшем и, следовательно, максимально защитит интересы собственника от возможных перепродаж. Такие возможности сегодня предусмотрены Законом о регистрации. К ним можно отнести арест и ограничение (запрещение) на пользование или распоряжение недвижимым имуществом (подп. 4) и 5) ст. 5 Закона о регистрации). Мы полагаем, что к этим мерам суд может прибегнуть самостоятельно, без соответствующего заявления сторон.

В-третьих, сделка, прошедшая регистрацию в реестре и надлежащим образом исполненная сторонами, при отсутствии доказательств недобросовестности ее участников, не может быть подвергнута сомнению и признаваться недействительной. Эта проблема должна иметь значение для отчуждателя и/либо для государственного органа, который осуществил соответствующую регистрацию. Иначе говоря, нужно последовательно проводить в жизнь правило о публичной достоверности осуществленной регистрации и свести к минимуму негативные последствия.

Эта позиция уже частично реализована в Российской Федерации. Так, в п. 13 Постановления ВС и ВАС РФ от 29.04.10 содержится положение о том, что недвижимое имущество признается принадлежащим добросовестному приобретателю на праве собственности с момента государственной регистрации его права в реестре, за исключением предусмотренных ст. 302 ГК РФ случаев, когда собственник вправе истребовать такое имущество от добросовестного приобретателя. Право собственности также возникает, при наличии добросовестности, и при безвозмездном приобретении⁴⁷.

47 Ст. 261 ГК РК по своему содержанию практически идентична этой статье ГК РФ. Ниже проблему соотношения виндикации и реституции мы затронем особо.

При защите права собственности и иных вещных прав часто возникают споры, которые можно именовать как *споры о содержании и/или пределах соответствующих прав*. Сюда, например, можно отнести негаторные иски (ст. 264 ГК), иски к государственным органам о защите права собственности (ст. 267 ГК), иски между арендатором и арендодателем и другие. Для правильного разрешения споров этой категории имеют существенное значение нормы законодательства, которые определяют содержание вещных прав. Теоретически изменить, иначе чем в законе определить их содержание, – невозможно. У нас пока допустимо. Тут возможно столкновение права собственности с иным вещным правом, иных вещных прав между собой, вещных и обязательственных прав. Для этих случаев можно сформулировать общее правило: *защиту должно получить то лицо, обжалуемое действие или бездействие которого составляет содержание соответствующего права*. При этом невозможно наличие одинаковых правомочий на вещь у обладателей различных прав. Например, если плоды земельного участка принадлежат землепользователю, то собственник не будет обладать соответствующим правомочием.

Особо следует остановиться на правиле ст. 264 ГК о негаторном иске. Закон очень лаконичен при его определении: собственник вправе требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения. Парадоксально, но соответствующих споров суды рассматривают совсем мало, хотя их практическая значимость очень высокая. По сути, к негаторным притязаниям можно отнести и иски к государственным органам, которые препятствуют в осуществлении вещных прав, издают акты об их прекращении, иски к поставщикам электрической и тепловой энергии, когда это связано с осуществлением прав на вещь и другие. Мы полагаем, что некую размытость легальной формулировки негаторного иска может компенсировать судебная практика. Так, например, в п. 29 Постановления ВС и ВАС РФ от 29.04.10 расширен предмет негаторного иска посредством включения в него отношений самовольной постройки. Для случаев, связанных с созданием самовольно возведенных объектов, не являющихся недвижимым имуществом, а также на перепланировку, переустройство (переоборудование) недвижимого имущества, в результате которых не создан новый объект недвижимости, судам рекомендовано применять нормы о ГК о негаторном иске. Не менее важно для эффективности негаторного притязания является и положение п. 47 Постановления ВС и ВАС РФ от 29.04.10 о том, что удовлетворяя иск об устранении нарушений права, не связанных с лишением владения, суд вправе как запретить ответчику совершать определенные действия, так и обязать ответчика устранить последствия нарушения права истца.

Наконец следует сказать о уже частично упомянутом нами ранее соотношении способов защиты титульного владения и исков о признании сделок недействительными. Достаточно давно получила развитие тенденция использования для защиты права собственности исков о признании сделок недействительными, с применением последствий недействительности в виде двусторонней реституции. Показательно, что в качестве казусов,

разосланных в материалах к проводимому семинару, содержались споры этой категории. Эта проблема не нова и уже затрагивалась в теории гражданского права. По нашему мнению, для целей стабильности отношений собственности и оборота, необходимо существенно изменить сложившуюся практику применения последствий недействительности сделок в виде одно- или двусторонней реституции. Признание сделки недействительной как самостоятельный способ защиты права может иметь значение только как спор неимущественного характера. Если сторона заявляет требование о возврате вещей и использует его как последствие признания сделки недействительной, то соответствующий спор должен быть обязательно рассмотрен по правилам о виндикации. Особенно важное значение здесь приобретают правила о защите добросовестных приобретателей. В этом случае, требование о реституции должно быть отклонено и истец может заявить лишь иск о возмещении убытков (п. 3 ст. 157 ГК РК).

На эту проблему обращено внимание и в Постановлении ВС и ВАС РФ от 29.04.10, в котором разграничиваются две ситуации:

1) если возврат имущества, которое выступает в качестве последствия признания сделки недействительным, рассматривается по правилам о недействительности сделок (п. 34). В этом случае вещь может быть истребована в порядке реституции у другого участника сделки;

2) однако, если имущество приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать, другим лицом, то при предъявлении иска о признании недействительными сделок по отчуждению имущества, судам рекомендовано иметь в виду правила о виндикационном иске.

4. Некоторые рекомендации

В заключение считаем важным обратить внимание на два обстоятельства.

Во-первых, *роль суда в гражданском процессе*. Можно согласиться с мнением А.Ф. Воронова о том, что эволюция принципа объективной истины свидетельствует о том, что его содержанием является обязанность суда стремиться к установлению действительных обстоятельств дела посредством реализации предоставленных суду процессуальных возможностей⁴⁸.

Поистине действующий ГПК РК предоставляет суду довольно много таких возможностей при установлении действительных обстоятельств по делу. Их наличие (доказанность) может оказать существенное влияние на законное и обоснованное разрешение соответствующего дела. Прежде всего, суд обязан разрешить дело в соответствии с законом (ст. 6 ГПК). Далее, он может (а по нашему мнению, должен быть обязан) в определенных случаях проявить инициативу по сбору доказательств. Это, например, прямо предусмотрено п. 3 ст. 91 ГПК РК. Кроме того, председательствующий руководит ходом судебного заседания, обеспечивает полное, всестороннее и объективное выяснение всех обстоятельств дела, соблюдение последовательности и порядка совершения процессуальных действий, осуществление участниками процесса

48 Воронов А.Ф. Эволюция функциональных принципов гражданского процесса. Автореф. дис. докт. юрид. наук. Москва, 2009. С. 8.

их процессуальных прав и выполнение ими обязанностей, воспитательное воздействие процесса, устраняет из судебного разбирательства все, не имеющее отношения к рассматриваемому делу (п. 1 ст. 176 ГПК). Не менее важно право суда, в определенных ситуациях, выйти за пределы требований, заявленных истцом (п. 2 ст. 219 ГПК РК). Нельзя так же сбрасывать со счетов и обязанности судьи при подготовке к слушанию. Закон прямо обязывает в этом случае судью занять более активную позицию при предоставлении доказательств как сторонами, так и другими лицами (подпункты 1), 2), 6), 7) и 8) ст. 170 ГПК). Таким образом, можно говорить о существенных нормативных предпосылках, которыми обосновывается активная роль суда в гражданском процессе. Осталось их только реализовать на практике.

И еще.

Поднятые на настоящем семинаре проблемы правового регулирования отношений владения, права собственности и иных вещных прав, как мы полагаем, требуют своего разрешения. Конечно, идеальным и наиболее естественным средством их преодоления будет изменение гражданского законодательства и, прежде всего, ГК как основного нормативного правового акта в этом массиве. Это довольно длительный процесс, который может растянуться на долгие годы. Выявленные проблемы указывают на необходимость более оперативного их решения, что возможно путем разработки нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан по вопросам права собственности и иных вещных прав. Странно, но до сих пор подобного акта не было. Из имеющихся сегодня есть только те, в которых затронуты те или другие аспекты правового регулирования отношений собственности и иных вещных прав⁴⁹. Они важны. Но пример Российской Федерации как по реформированию гражданского законодательства, так в случае издания ряда судебных актов по наиболее сложным проблемам правового регулирования отношений собственности и иных вещных прав, является весьма показательным и достойным к применению в Республике Казахстан.

49 См., например, Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 23 декабря 2005 года № 9 «О некоторых вопросах применения судами законодательства, связанного с взысканием задолженности за тепловую и электрическую энергию», Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 16 июля 2007 года № 5 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с защитой права собственности на жилище»; Нормативное постановление Верховного суда Республики Казахстан от 9 июля 1999 года N 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о праве собственности на жилище»; Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 20 апреля 2006 года № 3 «О практике рассмотрения судами споров о праве на жилище, оставленное собственником» и др.

Особенности назначения и проведения судебной экспертизы. Основания и порядок назначения судебно-экономических экспертиз

Судебная экспертиза - это отличная от других специфическая разновидность экспертиз, обладающих особым статусом. Сходство ее с экспертизами в других сферах человеческой деятельности заключается в том, что она, по сути, является исследованием, основанным на использовании специальных знаний. Однако далеко не любое исследование может именоваться судебной экспертизой, поскольку эти экспертизы выполняются в ходе судебного исследования по гражданским и уголовным делам, делам по административным правонарушениям.

Использование судебной экспертизы в судопроизводстве обусловлено:

- необходимостью объективизации процесса доказывания, обеспечения защиты имущественных и неимущественных прав и законных интересов личности;
- ростом преступности, видоизменением ее структуры, усилением противодействия расследованию со стороны организованных преступных групп;
- расширением возможностей использования в доказывании все новых и новых достижений современной науки.

Основания и порядок назначения судебных экспертиз по уголовным и гражданским делам, делам об административных правонарушениях определяются УПК, ГПК, КоАП, а также законом от 20 января 2010 года № 240-1У ЗРК «О судебно-экспертной деятельности в Республике Казахстан».

Эти нормативные акты устанавливают права и ответственность лиц, принимавших участие в производстве судебной экспертизы, их правоотношения, содержание составляемых при этом основных процессуальных документов, регламентируют и другие вопросы, связанные с порядком назначения и производства экспертизы.

Сравнительный анализ статей вышеназванных нормативных актов в части, касающейся судебных экспертиз, показывает, что основания и порядок назначения судебной экспертизы, права и ответственность эксперта, условия назначения повторных и дополнительных экспертиз во всех кодексах достаточно близки.

Судебную экспертизу от экспертиз, осуществляемых в иных сферах человеческой деятельности, отличают следующие признаки: во-первых— подготовка материалов на экспертизу, назначение и проведение ее с соблюдением специального правового регламента, определяющего наряду с соответствующей процедурой права и обязанности эксперта, субъекта, назначившего экспертизу, участников уголовного, гражданского процесса;

во-вторых, проведение исследования, основанного на использовании специальных знаний в различных областях науки, техники; в-третьих, дача заключения, имеющего статус источника доказательств.

Предмет судебной экспертизы составляют фактические данные (обстоятельства дела), исследуемые и устанавливаемые в гражданском, уголовном судопроизводстве на основе специальных знаний в различных областях науки и техники.

Объект экспертного исследования - это материальный объект, содержащий информацию, необходимую для решения экспертной задачи. К объектам в судебной экспертизе законодатель относит вещественные доказательства, документы, предметы, образцы для сравнительного исследования, а также материалы дела, по которому производится судебная экспертиза. К числу объектов судебной экспертизы относятся также отображения людей и животных, предметов, механизмов и агрегатов, вещества, материалы и изделия, документы и полиграфическая продукция и многое другое.

Объект экспертного исследования **в общей теории судебной экспертизы** рассматривается как сложная динамическая система, состоящая из трех элементов:

- 1) материальный носитель информации о данном факте, событии;
- 2) источник информации о факте;
- 3) механизм передачи информации от источника к носителю, другими словами, отражаемый и отражающий компоненты и механизм их взаимодействия.

Исходя из их **процессуального значения**, объекты судебной экспертизы делят на:

- 1) объекты - вещественные доказательства;
- 2) объекты - образцы для сравнительного исследования;
- 3) материалы дела, содержащие сведения, относящиеся к предмету экспертизы.

Экспертиза - это исследование какого-либо вопроса, требующего специальных знаний, с представлением мотивированного заключения. Судебно-экономическая экспертиза представляет собой исследовательский процесс в поисках истины в хозяйственных правоотношениях с целью их правильного решения судебными органами. Вопрос о назначении судебно-экономической экспертизы решается судом в каждом отдельном случае в зависимости от обстоятельств дела.

Чаще всего судебно-экономическая экспертиза назначается при расследовании гражданских и уголовных дел, в ходе которых лицо, ведущее процесс обязано раскрыть преступление и на основании собранных по делу доказательств установить лиц, виновных в его совершении, определить сумму причиненного ими ущерба предприятиям, кооперативам, общественным организациям или отдельным гражданам, предпринимателям. Надобность в судебно-экономической экспертизе возникает в связи с необходимостью специальных познаний в отрасли бухгалтерского учета, контроля и анализа

хозяйственной деятельности, всестороннего и объективного исследования фактических обстоятельств дела.

От своевременного и правильного проведения экспертизы зависит завершение расследования дел в установленные сроки. Соблюдение норм криминально-процессуального законодательства при назначении и проведении судебно-экономической экспертизы, правильное использование судебными органами данных экспертизы содействуют раскрытию преступления, установлению действительных размеров причиненного ущерба и их взысканию с виновных, принятию необходимых профилактических мероприятий по сохранности собственности.

Предмет исследования данной работы - судебно-экономическая экспертиза, как исследование, проводимое сведущим лицом (экспертом) для ответа на вопросы, требующие специальных (научных, опытных, профессиональных) познаний.

Целью исследования является всестороннее рассмотрение судебно-экономической экспертизы с целью дать ей объективную оценку.

Судебная экспертиза отличается от несудебных тем, что порядок ее назначения и производства, а также использования полученных при этом результатов предусмотрен процессуальным законодательством. В законе специально определены основания и условия назначения судебной экспертизы, порядок ее проведения. В законе устанавливаются принципы оценки и использования заключения эксперта как доказательства по делу; четко определены права и обязанности участников уголовного, гражданского процесса при проведении судебных экспертиз.

Судебно-экономическую экспертизу можно определить как одну из разновидностей экспертизы, обладающую особыми признаками.

Задачи судебно-экономической экспертизы можно подразделить на четыре группы. Указанный подход основан на классической теории судебно-экономических экспертиз и поэтому в полной мере отражает все аспекты экспертной деятельности в области бухгалтерского учета с учетом сложившейся рыночной экономики.

Объектами судебной экономической экспертизы являются: документация, отражающая финансово-хозяйственную деятельность организаций, договоры между предприятиями и организациями, а также материалы уголовного и гражданского дела, относящиеся к предмету экспертизы.

Судебная экономическая экспертиза включает в себя следующие исследования:

- судебно-экспертное исследование хозяйственных операций;
- судебно-экспертное бухгалтерское исследование;
- судебно-экспертное финансово-кредитное исследование;
- судебно-экспертное финансово-бюджетное исследование.

При назначении судебно-экономических экспертиз не допускается постановка правовых вопросов, предполагающих дачу оценки действиям отдельных лиц, вопросов общего характера, решение которых предполагает проведение экспертом сплошной ревизионной проверки.

В зависимости от вида исследования назначения судебно-экономической экспертизы производится после предварительного проведения налоговых проверок, документальных ревизий или аудиторских проверок.

В рамках судебно-экспертного исследования хозяйственных операций решаются следующие **задачи**:

- установление обоснованности расчётных финансовых показателей субъектов финансово-хозяйственной деятельности;

- исследование и анализ хозяйственной деятельности предприятия;

- установление обоснованности формирования статей баланса;

- анализ статей баланса, достоверность отражения финансово-хозяйственных операций в бухгалтерском учёте;

- установление доли в Уставном фонде хозяйствующего субъекта.

На разрешение экспертизы могут быть поставлены следующие вопросы:

- соответствуют ли расчётные показатели финансово-хозяйственной деятельности данным бухгалтерского учета;

- по целевому ли назначению использованы в процессе осуществления хозяйственной деятельности материалы и денежные средства;

- соответствуют ли данные статей баланса данным бухгалтерского учета;

- какова доля в Уставном фонде (государства, акционера, учредителя);

- какова сумма кредиторской (дебиторской) задолженности по состоянию на определенную дату.

В рамках судебно-экспертного бухгалтерского исследования решаются следующие задачи:

- установление обоснованности оприходования материальных ценностей;

- установление правильности отражения в учёте расчётных операций за материальные ценности и услуги;

- установление обоснованности оприходования, начисления, выплаты и списания денежных средств;

- определение правильности ведения бухгалтерского учёта, отчётности и организации контроля в целях установления:

- соответствия отражения в бухгалтерских документах хозяйственных операций требованиям действующих нормативных актов по ведению бухгалтерского учёта и составлению отчётности;

- правильности документального оформления операций приема, хранения, реализации, списания материальных ценностей и денежных средств;

- недостатков в организации и ведение бухгалтерского учёта и контроля, которые способствовали или могли способствовать образованию недостач, излишков, необоснованному списанию денежных средств;

- правильности применения всех необходимых методов контроля при производстве ревизии для установления недостачи, излишков материальных ценностей и денежных средств;

- исследование операций с денежными средствами в кассах и на счетах в банках;

- исследование операций с материальными ценностями;

- исследование товарных операций в торговле;

исследование операций по производству, реализации и себестоимости промышленной продукции.

На разрешение экспертизы могут быть поставлены следующие вопросы:

обосновано ли документами бухгалтерского учёта оприходование и списание товарно-материальных ценностей (далее – ТМЦ) и денежных средств; какова сумма недостачи (излишков) ТМЦ (денежных средств) за исследуемый период;

каков размер задолженности денежных средств;

каков размер задолженности по выплатам (заработной платы, пенсии, пособия).

В рамках судебно-экспертного финансово-кредитного исследования решаются следующие **задачи**:

установление обоснованности расчётных финансовых показателей субъектов финансово-хозяйственной деятельности;

установление обоснованности расходования и использования денежных фондов и кредитов;

установление нарушений при формировании финансового плана и расходовании денежных фондов и кредитов;

правильность начисления процентов по выданным кредитам;

правильность ведения банковских операций.

На разрешение экспертизы могут быть поставлены следующие вопросы:

обосновано ли выделение кредитных ресурсов;

обоснованно ли произведено начисление процентов по выданным кредитам;

использованы ли кредитные ресурсы по целевому назначению.

В рамках судебно-экспертного финансово-бюджетного исследования решаются следующие **задачи**:

установление обоснованности формирования и расходования бюджетных средств;

установление правильности оформления документов налоговой отчётности.

На разрешение экспертизы могут быть поставлены следующие вопросы:

каков размер налогов и других обязательных платежей в бюджет;

какова задолженность по налогам и другим обязательным платежам в бюджет;

использованы ли бюджетные средства по целевому назначению.

Основаниями производства судебно-экономических экспертиз являются определения и постановления судьи.

Наиболее существенными основаниями для назначения судебно-экономической экспертизы являются:

- необходимость исследования вопросов, требующих применения специальных познаний эксперта-экономиста;

- недоброкачественное проведение ревизии, выразившееся в наличии противоречий между актом ревизии и другими материалами дела, противоречий в выводах ревизоров при проведении первоначальной, повторной или дополнительной ревизий;

- обоснованное ходатайство обвиняемого о назначении судебно-экономической экспертизы;
- заключение экспертов других специальностей о необходимости проведения судебно-экономической экспертизы.

Судебные органы не должны допускать постановку перед экспертом правовых вопросов, не входящих в его компетенцию (например, имело ли место хищение, недостача, кто виновен в растрате и т.п.). Материалы, необходимые эксперту-экономисту по каждому конкретному делу, устанавливает суд.

Однако представление дополнительных материалов может осуществляться и после назначения экспертизы, если об этом ходатайствует эксперт. Суд не вправе заменять постановление, определение о назначении экспертизы другими документами, не предусмотренными законом (сопроводительным письмом, списком вопросов эксперту и т.п.).

Способы производства экспертизы определяются, как правило, экспертом. Однако суд правомочен, исходя из обстоятельств дела указать в постановлении на необходимость определенного способа исследования (например, встречной проверки документов).

Назначение судебной экспертизы судом — сложный процесс, который является результатом реализации как инициативы участвующих в деле лиц, так и правомочий суда. При назначении экспертизы судом складывается комплекс процессуальных отношений: между судом и каждым из участвующих в деле лиц; между судом и экспертом. Эти отношения различаются по основаниям возникновения, содержанию, процессуальному значению. Отношения между судом и каждым из участвующих в деле лиц возникают по поводу ходатайства о назначении экспертизы, о назначении конкретного эксперта, об отводе эксперта, о формировании круга вопросов. Указанные процессуальные отношения опосредуются в ходатайствах заинтересованных лиц и определениях суда об их удовлетворении или отклонении и характерны для самого процесса назначения судебной экспертизы; они как бы предваряют назначение. Результат действий по назначению экспертизы отражается в особом процессуальном акте — определении суда о назначении судебной экспертизы. Именно оно вызывает к жизни систему отношений между судом и экспертом.

В определении суда о назначении экспертизы по гражданским, уголовным делам должны быть указаны конкретные основания назначения экспертизы, вопросы, которые требуется разрешить, материалы и обстоятельства дела, подлежащие исследованию. В том случае, когда в стадии предварительного следствия по делу проводилась экспертиза, суд вправе поставить перед экспертом вопросы, аналогичные тем, которые он разрешал по заданию следователя, и определить тот же круг материалов для исследования. Но от этого экспертиза по поручению суда не становится повторной. Принцип непосредственности исследования доказательств по делу означает, что суд не связан и не ограничен материалами предварительного следствия. Он самостоятельно назначает и проводит экспертизы, предусмотренные законом, — первичные, дополнительные, повторные и может допросить эксперта.

Особенности назначения экспертизы в судебном заседании обусловлены тем, что в формулировании вопросов, определении объема исследуемых обстоятельств принимают участие обвинитель, защитник, подсудимый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители; по всем поставленным эксперту вопросам заслушивается мнение участников судебного разбирательства, заключение прокурора. Какие вопросы следует поставить на разрешение эксперта, устанавливает, в конечном счете суд, включая их в свое определение либо дополняя ими ранее вынесенное. Судебной практикой и доктриной выработаны некоторые общие требования и правила по составлению данного определения. Определение о назначении экспертизы должно содержать все реквизиты, свойственные судебному определению.

Методика производства судебно-экономической экспертизы.

Исследование эксперта - это творческий процесс, в котором проявляются знание, достижения и методы различных наук, диалектико-материалистической теории познания, владение современными высокоэффективными методами исследования, умение эксперта, его личный опыт.

Далеко не всякое техническое средство и метод, применяемые в различных областях деятельности, могут быть рекомендованы для использования в экспертной практике. К ним предъявляется ряд специфических требований, определенных прежде всего процессуальным законом: экспертной практике могут быть рекомендованы только научно обоснованные, экспериментально апробированные методы и средства, эффективность которых научно доказана; правом преимущества пользуются такие методы и средства, которые не ведут к порче или существенному изменению вещественных доказательств; результаты их применения должны быть очевидны, в определенной мере наглядны как для экспертов, так и для всех участников уголовного, гражданского процесса; важно, чтобы применение методов и средств не ущемляло законных интересов и прав граждан, не унижало их чести и достоинства, не нарушало морально-этических норм общества.

Существенным признаком каждого рода (вида) экспертизы является методика экспертного исследования. Под такой методикой экспертизы принято понимать систему научно обоснованных методов, приемов и технических средств (приборов, аппаратуры, приспособлений), упорядоченных и целенаправленных для решения вопросов, установления фактов, относящихся к предмету судебных экспертиз.

Конкретные научные методические приемы экономической экспертизы - это специфические приемы экспертного исследования, разработанные на основе достижений практики, а также развития экономической и юридической наук. Их можно объединить в три группы:

- документальные;
- расчетно-аналитические;
- обобщения и реализации результатов экспертизы.

Документальные приемы - это исследование учетных документов, различные экспертизы этих документов, проверка нормативной правовой базы

их составления и т.д. Применяют названные методические приемы при условии, что возник ущерб от хозяйственных операций, которые отображены в первичной документации, регистрах бухгалтерского учета и отчетности. К расчетно-аналитическим приемам относятся, прежде всего, экономический анализ, статистические расчеты, экономико-математические методы. Экономический анализ - система научных приемов, используемых в экономической экспертизе для выявления причинных связей, обусловивших конфликтные ситуации в хозяйственных операциях и процессах. Статистические расчеты - приемы, с помощью которых экспертиза может определить качественные и количественные характеристики исследуемых хозяйственных операций и процессов, не содержащихся непосредственно в исходной экономической информации (бухгалтерском балансе расчетных ведомостях на заработную плату и т.п.). Применяются они при необходимости произвести уточнения приближенных величин перейти от одних величин к более точным характеристикам количественных связей и отношений. Экономико-математические методы применяются в экономической экспертизе при установлении факторов, влияющих на результаты хозяйственной деятельности, с тем, чтобы учесть их на стадии исследования общих результатов работы организаций.

Методом судебно-экономической экспертизы является совокупность приемов, используемых экспертом-экономистом при исследовании документов бухгалтерского, статистического, оперативного учета, управленческого учета записей счетных регистров в совокупности с документами гражданско-правового характера и другими материалами дела и даче заключения по поставленным перед ним вопросам, входящим в его компетенцию. Судебно-экономическая экспертиза является самостоятельным источником доказательств, относящихся к предмету доказывания в соответствующем звене судебной системы. Как самостоятельный источник доказательств судебно-экономическая экспертиза использует средства научного экономического анализа исходных данных, содержащихся в других доказательствах, приобщенных к делу.

Общими требованиями к методике исследования документов являются:

а) сопоставление сведений в документах с объективной реальностью с целью выявления несоответствия этих сведений реальным результатам предпринимательской деятельности (доходам) как предмету посягательств и выявления интеллектуального подлога. Тем самым выявляется несоответствие сведений из документов действительным результатам предпринимательской деятельности (доходам);

б) анализ и сопоставление фактов предпринимательской деятельности (в отличие от документальной проверки исполнения законов и подзаконных актов, проводимой налоговыми органами). Анализ фактов предпринимательской деятельности проводится с целью определения фактических результатов предпринимательской деятельности исследуемой организации, выявления недостоверных данных в отчетности, представленной государству, и в документах, являющихся основанием для учета и отчетности;

в) объективность и полнота исследования фактов предпринимательской деятельности за период деяний реальных распорядителей доходами (лица

или группы лиц), полученными от предпринимательской деятельности; Объективность и полнота выражаются в исследовании всех имеющихся сведений, строгом соответствии выводов из исследования имеющимся сведениям;

г) построение причинно-следственных логических взаимосвязей использования предмета посягательств и недостоверности сведений в документах, предполагающих юридическую оценку деяний в соответствии с нормами материального права. Логические взаимосвязи заключаются в причинно-следственной связи между распоряжением доходами, несоответствием сведений в документах, учете и отчетности фактам и результатам предпринимательской деятельности и материальными последствиями деяний для собственников доходов, извлекаемых из использования имущества, и государства;

д) определение отрицательных материальных последствий деяний виновных лиц для собственников имущества и государства. Материальные последствия определяются в виде части доходов от продаж продукции (товаров, работ, услуг), доходов на капитал и доходов от продажи собственности, использованных или не использованных в интересах предпринимательской деятельности и не поступивших государству в виде налогов и обязательных платежей, в причинно-следственной связи с несоответствием документов фактическим обстоятельствам предпринимательской деятельности.

Свободная предпринимательская деятельность в современных условиях рыночной экономики обусловила коренные изменения как в теоретическом представлении об ущербе от преступных посягательств (правонарушений, нарушений договорных отношений), так и в методических подходах к его определению. В этой связи, основным методом определения ущерба становится, например экономический анализ бухгалтерской отчетности по правилам научного логического мышления в процессе познания предмета. Бухгалтерский учет и отчетность имеют большое значение для реализации принципа неотвратимости наказания за ущерб, причиненный преступлениями (правонарушениями) материальным интересам личности, общества и государства. Принцип неотвратимости предполагает сплошной анализ бухгалтерской отчетности субъектов предпринимательской и иной экономической деятельности с целью выявления признаков преступления (правонарушений) и нарушений договорных отношений.

Заключение эксперта-экономиста.

Ход и результаты экспертного исследования оформляются специальным процессуальным документом — заключением эксперта, которое является самостоятельным видом судебных доказательств, предусмотренных законом. Этим, в частности, деятельность специалиста отличается от экспертизы, которая оформляется протоколом соответствующего следственного действия. Различного рода справки, акты и заключения несудебных экспертиз, содержащие данные, полученные с применением специальных познаний, являются разновидностью иных документов, а не самостоятельным видом доказательств.

В заключении эксперта следует различать содержание (вывод, обоснованный проведенным исследованием, установлением и профессиональной оценкой экспертом фактов) и форму (заключение как акт). Оба компонента одинаково важны при определении доказательственной силы заключения эксперта. Если вывод эксперта суд признает недостоверным, не основанным на научном исследовании, то заключение отвергается им как судебное доказательство.

Кроме того, понятие заключения эксперта предполагает, что речь идет о доказательстве, полученном в результате проведения судебной экспертизы (т.е. назначенной определением суда, в определенном процессуальном порядке). Несоблюдение данных требований также не позволяет говорить о полноценном заключении эксперта как доказательстве. Например, исследование было проведено экспертным учреждением не по определению суда, а по просьбе гражданина – стороны в процессе, которая затем заявила суду ходатайство о допущении в процесс акта экспертизы в качестве заключения эксперта. Таковым он не может быть признан, ибо не соблюден процессуальный порядок получения судебного доказательства.

Заключение эксперта всегда дается в письменном виде, отражает ход и получение первичной информации при помощи специальных знаний.

Затрагивая особенности проведения судебно-экономических экспертиз по уголовно квалифицируемым правонарушениям, стоит отметить, что в соответствии с требованиями процессуального закона выводы из исследования документов бухгалтерского учета и отчетности и других объектов судебно-экономической экспертизы должны представлять собой логически законченный комплекс и единую систему причинно-следственных (логических) связей.

Материалы, иллюстрирующие экспертное заключение и его результаты, прилагаются к заключению и служат его составной частью.

Судебно-экономическая экспертиза представляет собой исследовательский процесс в поисках истины в хозяйственных правоотношениях с целью их правильного решения судебными органами. Судебно-экономическая экспертиза проводится с использованием организационных методических и технических приемов, объединяемых в едином процессе экспертного исследования. Процесс экспертного исследования охватывает стадии: организационную, исследовательскую, обобщения и реализации результатов экспертизы.

Судебно-экономические экспертизы обычно назначаются в следующих случаях:

- когда результаты проведенной ревизии противоречат материалам расследуемого дела и для изучения противоречий и установления истины необходимо проведение экспертизы;
- если ревизором не приняты для отображения в учете и снижения выявленной недостачи ценностей в подотчете у материально ответственных лиц документы (акты на порчу товаров, расписки на отпуск товаров в долг, накладные на внутреннее перемещение товаров на предприятии по согласованию между материально подотчетными лицами без оформления через бухгалтерию и т.п.);

- когда есть обоснованное ходатайство обвиняемого о назначении судебно-экономической экспертизы;

- в случаях наличия противоречия в выводах первичной и повторной ревизий; при использовании ревизором для определения материального ущерба сомнительной методики;

- если такая необходимость вызвана выводами другого вида экспертизы.

Ход и результаты экспертного исследования оформляются специальным процессуальным документом - заключением эксперта, которое является самостоятельным видом судебных доказательств.

При производстве судебной экспертизы эксперт независим, он не может находиться в какой-либо зависимости от органа или лица, назначивших судебную экспертизу, сторон и других лиц, заинтересованных в исходе дела. Эксперт дает заключение, основываясь на результатах проведенных исследований в соответствии со своими специальными знаниями, по своему внутреннему убеждению. Не допускается воздействие на эксперта со стороны судов, судей, прокуроров, а также иных государственных органов, организаций, объединений и отдельных лиц в целях получения заключения в пользу кого-либо из участников процесса или в интересах других лиц. Эксперт проводит исследования на современной научной и практической основе, в пределах соответствующей специальности, всесторонне и в полном объеме.

Заключение эксперта должно основываться на положениях, дающих возможность проверить их на базе общепринятых научных и практических данных.

Проведение экспертизы должно происходить в соответствии с гражданско-процессуальным, уголовно-процессуальным законодательством и иными нормативными актами и не должно нарушать прав участников процесса, так как доказательства, полученные с нарушением закона, признаются не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания обстоятельств по делу. Заключение эксперта, так же как и любое другое доказательство, не имеет заранее установленной силы и должно оцениваться в совокупности с иными доказательствами.

Для установления истины по делу могут назначаться и проводиться дополнительные, повторные, комплексные и комиссионные экспертизы.

Дополнительная судебная экспертиза назначается для восполнения пробелов в ранее проведенном исследовании или заключении.

Повторная судебная экспертиза назначается для устранения сомнения, возникшего у суда, судьи, прокурора или следователя, в правильности или обоснованности ранее полученного заключения судебного эксперта по тем же вопросам. Цель повторной экспертизы – проверить исследования, произведенные при первоначальной экспертизе, и объяснить обнаружившиеся расхождения.

Комиссионная судебная экспертиза осуществляется несколькими экспертами одной специальности (профиля). Эксперты комиссии, которой поручено производство экспертизы, проводят совместно исследования,

оценивают полученные результаты и формулируют выводы по поставленным вопросам.

Комплексная экспертиза осуществляется экспертами различных специальностей. При проведении комплексной экспертизы каждый эксперт проводит исследования в пределах своей компетенции.

Судебно-экономическая экспертиза, являясь самостоятельным источником доказательств, относящихся к предмету доказывания, использует средства научного экономического анализа исходных данных, содержащихся в других доказательствах, приобщенных к делу.

Практика рассмотрения судами гражданских и уголовных дел показывает, что судебно-экономическая экспертиза получает в гражданском и уголовном процессах все большее распространение. Производимые экспертами исследования способствуют принятию правильных и обоснованных судебных решений.

Правильная подготовка материалов и соблюдение правил назначения экспертизы способствуют научно-обоснованным экспертным заключениям, которые являются важными доказательствами по уголовным, гражданским и не процессуальным делам.

Изучение экспертной практики показывает, что назначение судебно-экономических экспертиз производится раньше, чем собран необходимый материал. В результате эксперты-экономисты не всегда могут сразу приступить к производству экспертизы, вынуждены запрашивать предоставления дополнительных материалов.

В то же время следует отметить, что обязанность по предоставлению материалов возложена на орган, назначающий экспертизу.

Правильная подготовка материалов для производства судебно-экономических экспертиз означает сбор их с надлежащей полнотой и надлежащего качества. Для научного обоснования заключения необходимо, чтобы к эксперту поступили пригодные и нужные для исследования материалы. Исследование, не имеющих отношения к делу документов неоправданно удлиняет сроки экспертизы.

Обобщение практики производства судебно-экономических экспертиз показывает, что большинство экспертиз завершаются в очень большие сроки.

В экспертной практике при назначении судебно-экономических экспертиз в Южно-Казахстанской региональной научно-производственной лаборатории встречаются следующие проблемные ситуации, в частности:

-случаи, когда вопросы выходят за пределы компетенции эксперта, носят правовой характер, или не требуют специальных научных познаний;

-вопросы носят ревизионный характер, требующих проведения контрольно-ревизионных действий;

-необходимо проведение почерковедческих, технических и других экспертиз;

-крайне небрежное составление необходимых для экспертизы объектов исследования;

-непредставление необходимых для экспертизы материалов;

-неправильно указывается вид назначаемой экспертизы и название службы, которой поручается проведение исследований;

-не определяются объекты исследования, при этом эксперту приходится исследовать, не относящиеся к предмету исследования объекты, что влияет на срок производства экспертизы;

-не верно формулируются вопросы и эксперту, приходится представлять их в собственной редакции;

-ходатайства экспертов удовлетворяются в последний день срока ходатайства, при этом ссылаются на длительный срок нахождения материалов у эксперта;

-не представление запрашиваемых объектов исследования в полном объеме, для дачи заключения по всем поставленным вопросам;

-исследуемые объекты не всегда представляются в подлиннике, а также представление их в нескольких экземплярах;

-объекты исследования находятся в неконкретизированных местах многотомных материалах дела и представлены в нескольких экземплярах ксерокопий;

-не приводится перечень и наименование представляемых на исследование объектов.

При назначении судебно-экономических экспертиз работники органов, назначающих экспертизы, не всегда консультируются с экспертом - экономистом в отношении формулирования вопросов, в результате, поставленные вопросы на разрешение перед экспертами-экономистами, не относятся к предмету судебно-экономической экспертизы.

Заявленные ходатайства экспертов удовлетворяются не в полном объеме.

Не изучаются акты документальных проверок, в результате вопросы формулируются на разрешение экспертов, не относящиеся к предмету судебно-экономической экспертизы.

Неполное описание в постановлении **фабулы** дела.

В постановлении, определении основанием для назначения судебно-экономической экспертизы является описание фактов, как установленных, так и предполагаемых. После описания **фабулы** дела и изложения версии **следователь или инспектор** должен сформулировать вывод о необходимости проведения судебно-экономической экспертизы. Неполное описание в постановлении фабулы дела и неясное изложение версии, а также равно и отсутствие в нем правильно сформулированных выводов затрудняет эксперту понимание существа задания. В результате, в постановлении о назначении судебно-экономической экспертизы необходимо кратко описать фабулу дела, изложить версию, для проверки которой назначается экспертиза, и на этой основе сделать вывод о необходимости назначения судебно-экономической экспертизы.

Эффективное использование возможностей экспертизы для установления обстоятельств, подлежащих доказательств по делу, во многом зависит от правильности постановки вопросов перед экспертом. Изучение **следственной** и экспертной практики показывает, что **следователи** еще часто и неправильно

или неточно формулируют вопросы экспертам-экономистам, что часто приводит к неверному пониманию существа задания.

Качественному проведению экспертного исследования должны предшествовать тщательный осмотр и изучение объектов следователем или инспектором, что имеет большое значение для подготовки материалов для экспертизы, так как при этом, с учетом конкретных обстоятельств расследуемого дела предварительно намечается круг вопросов, требующих экспертного решения и необходимого для этого объема материалов.

М.Ж. Кошикбаев,
судья Медеуского районного суда г. Алматы

Письменные доказательства

Письменными доказательствами являются акты, документы, письма делового или личного характера, а также планы, схемы, чертежи, сметы и другие документы, содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела. Суд в случае необходимости вправе в обоснование решения ссылаться на письменные доказательства в виде документов, полученных с помощью электронно-вычислительной техники.

Письменные доказательства необходимо ограничивать от материалов, представляемых в суд в письменной форме (например, от протокола допроса свидетеля, полученного судом в порядке выполнения судебного поручения), а также от вещественных доказательств.

Письменные доказательства имеют важное значение в судебной практике по гражданским делам. Для ряда сделок законом предусмотрена обязательная письменная форма, несоблюдение ее лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки на свидетельские показания.

Письменные доказательства подразделяют на официальные и частные (неофициальные).

К официальным письменным доказательствам относятся свидетельства о рождении, регистрации брака, ордера, приказы о зачислении на работу, увольнении, решения профкома и т.д.

Есть еще и документ - письменное доказательство, которое выдано или заверено компетентным органом в пределах его прав и обязанностей, в установленном законом порядке, содержащее наличие всех необходимых реквизитов (дату выдачи, подпись должностного лица, указание организации или органа, выдавшего документ и т. д.). Не каждое письменное доказательство можно квалифицировать как документ, и не каждый документ может быть назван письменным доказательством и подвергнут режиму исследования, установленному процессуальным законом для письменных доказательств.

Официальные письменные доказательства по своей сущности являются документами.

Акты, исходящие от неполномочных органов и должностных лиц, изданные с нарушением компетенции, всегда являются недействительными полностью или в части как противоречащие закону или иному нормативному источнику и не могут служить основанием возникновения правоотношений. Их нельзя использовать в качестве письменных доказательств, обосновывающих решение.

Неофициальными (частными) называют письменные доказательства граждан. К ним относятся, например, письма, фотографии, расписки и т. п.

Если письменное доказательство исходит одновременно от организации и гражданина, например письменный трудовой договор в предусмотренных законом случаях, то такое доказательство следует относить к официальным письменным доказательствам.

В связи с расширением использования электронно-вычислительной техники в различных областях деятельности все более существенным становится вопрос об использовании изготовленных таким способом документов в качестве доказательств. Записи ЭВМ по своим характеристикам могут быть отнесены к числу документов, поскольку обладают признаками, присущими для данного вида письменных доказательств, а следовательно, нет препятствий для использования такого рода документов в гражданском судопроизводстве при соблюдении следующего ряда условий.

Во-первых, наличия у документа юридической силы. Юридическую силу документам придает присутствие необходимых реквизитов. Документ в качестве реквизитов должен содержать: наименование организации, создателя документа; местонахождение организации; дату изготовления документа; код лица, ответственного за его изготовление; код лица, утвердившего документ.

Во-вторых, документ должен быть человекочитаемым. Человекочитаемым считается документ, содержащий общепонятную информацию, расшифровку закодированных данных. Это требование вытекает из общих правил судопроизводства, предполагающих непосредственность восприятия судьями информации, содержащейся в источниках доказательств.

По содержанию письменные доказательства подразделяются на распорядительные и справочно-информационные.

Распорядительными называются письменные доказательства, содержание которых свидетельствует о фактах, имеющих властно-волевой характер; в них реализуется воля участников материальных правовых отношений, к распорядительным доказательствам относятся:

- 1) акты органов государственной власти, управления, не имеющие нормативного характера;
- 2) акты предприятий, учреждений, общественных организаций, издаваемые в пределах своей компетенции;
- 3) сделки, оформляемые сторонами в письменном виде.

Справочно-информационным (осведомительным) письменным доказательствам относятся различного рода справки, отчеты, протоколы заседаний, письма делового и личного характера, заключения технического инспектора профсоюза и т. д., В справочно-информационных письменных

доказательствах содержится описание, подтверждение событий, фактов, имеющих юридическое или доказательственное значение по делу.

По форме письменные доказательства бывают четырех видов:

- 1) документы простой письменной формы, например договор займа;
- 2) письменные доказательства обязательной формы и содержания (акт несчастном случае, свидетельство о рождении, и т. д.);
- 3) нотариально удостоверенные договоры без их последующей регистрации в органах управления (например, договор ренты).
- 4) нотариально удостоверенные договоры, требующие последующей регистрации в органах управления (договор купли-продажи дома, дачи).

По способу изготовления письменные доказательства делятся на подлинные и копии.

Доказательства, как правило, представляются в подлиннике. Если представлена копия документа, суд вправе в случае необходимости потребовать представления подлинника. Обычная ксерокопия документа, без заверения - недопустима. Копия обязательно должна быть надлежащим образом засвидетельствована. Если для разрешения спора имеет значение лишь часть документа, заинтересованные лица могут представить не весь документ, а только заверенную выписку из него.

Не могут возвращаться подлинники правоустанавливающих документов, если лицо в соответствии с решением суда утратило право, в подтверждение которого представлялся данный документ, например свидетельство о браке в случае его расторжения.

Закон предусматривает два способа получения письменных доказательств:

путем истребования письменных доказательств;

путем представления письменных доказательств сторонами и другими лицами, участвующими в деле.

Истребуются письменные доказательства по ходатайству лиц, участвующих в деле. Суд (судья) вправе истребовать письменное доказательство от любого лица независимо от того, участвует оно в деле или нет. — Вопрос о выдаче из дела, после окончания рассмотрения дела, подлинного документа решается судьей единолично. В гражданском деле оставляются: а) письменное заявление о возврате документа; б) копии документов, заверенные судьей. На копии должна быть расписка лица, получившего на руки документ.

Во время исследования письменных доказательств судом между сторонами и другими лицами, участвующими в ней, может возникнуть спор о подлоге документа. Возможны различные формы подлога письменного доказательства: изменение даты, подделка подписи, изменение части содержания, составление документа в целом от имени организации или лица, которое его в действительности не выдавало, подделка штампа, печати, исправление цифр. Подложный документ искажает действительное состояние и существование фактов. Спор о подлоге документа встречается чаще всего по делам о взыскании долга по договору займа, подтверждаемому распиской должника.

В случае заявления о подложности документа лицо, представившее данное письменное доказательство, может просить суд исключить его из

числа исследуемых доказательств и разрешить дело на основании иных доказательств.

Заявление о подлоге подлежит проверке суда. Подложность документа выявляется путем исследования других средств доказывания, для чего могут быть затребованы иные доказательства либо назначена экспертиза.

Как правило, суды сталкиваются с необходимостью назначения почерковедческой или криминалистической экспертизы для определения факта подчистки, исправления, подделки либо факта исключения выполнения документа конкретным лицом.

Необходимо отличать письменные доказательства от объяснений сторон, других лиц, участвующих в деле, показаний свидетелей, заключений экспертов, даваемых в письменном виде. Последние являются личными доказательствами в письменном виде, а не письменными доказательствами.

Письменные доказательства представляются сторонами и иными лицами, участвующими в деле, по собственной инициативе или по требованию суда. Нововведением является положение о том, что суд вправе установить в отношении стороны, удерживающей у себя письменное доказательство и не представляющей его по требованию суда, что содержащиеся в нем сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, стороной признавал. Процессуальные и нормативные требования к признанию документа достоверным считается письменным доказательством.

Документ, как письменное доказательство, нередко имеет решающее значение в судебном споре. Поэтому особенно важно, знать и соблюдать процессуальные и нормативные требования к признанию документа достоверным письменным доказательством.

Оценить письменное доказательство - значит проанализировать все его свойства с точки зрения соответствия содержащихся в нем сведений действительности. К числу этих свойств относятся качества, относимое к делу, допустимости, достоверности, достаточности.

Объяснения сторон и других заинтересованных лиц, а также показания свидетелей помогают устранить противоречия в письменных доказательствах, выбрать из них наиболее правильную и верную информацию.

Нередки случаи, когда промежутки между распечаткой текста документа, в котором указана дата, и исполнением рукописной подписи под ним могут являться довольно большими. Например, подпись руководителя организации может быть проставлена и спустя месяц, после того как был подготовлен и распечатан текст документа. В этом нет никакого криминала. Следует иметь в виду, что юридическую силу документ обретает только после подписания.

Бывают случаи, когда документ составляется задним числом, т.е. указанная в нем дата не соответствует (предшествует) времени изготовления документа. Конечно, такой документ должен быть признан недостоверным доказательством.

Обязательным реквизитом документа является подпись, при отсутствии которой документ автоматически признается не имеющим юридической силы, а соответственно и недостоверным доказательством.

Помимо рукописного способа исполнения подписи, законодательными и нормативными актами допускаются различные технологии нанесения изображения подписи на документы. Использование при совершении сделок факсимильного воспроизведения подписи с помощью средств механического или иного копирования либо иного аналога собственноручной подписи допускается в случаях и в порядке, предусмотренных законом или соглашением сторон.

Однако многими нормативными актами запрещено наносить изображение подписи с использованием факсимиле или иных способов копирования на доверенности, платежные документы, другие документы, имеющие финансовые последствия, поскольку при этом невозможно установить, что такое изображение нанесено непосредственно тем лицом, от имени которого подписан документ.

Оттиск печати на документе, как правило, не является обязательным реквизитом. ГК не требуют обязательного скрепления документов оттисками печатей. Удостоверение печатью отнесено к одному из дополнительных требований к форме сделки, которая может устанавливаться законом, нормативным правовым актом, или соглашением сторон. Помимо обязательных реквизитов документа для признания его достоверным доказательством имеет значение и технология его создания, в частности очередность нанесения реквизитов. Первоначально на листе бумаги или на бланке документа должен быть исполнен текст, и лишь после этого под ним поставлена рукописная подпись.

Процессуальной формой письменного доказательства в судебном заседании является их сообщение и оглашение, что является одной из гарантий осуществления прав по исследованию и оценке доказательств лицами, участвующими в деле. Поэтому, нельзя считать достаточным лишь их приобщение к делу.

Суд, конечно, может получить содержащуюся в них информацию, не оглашая письменное доказательство в судебном заседании, а только лишь прочитав их «про себя» в совещательной комнате. Но тогда не будет соблюдена процессуальная форма, т.е. форма «раскрытия информации». Одно лишь приобщение письменного доказательства к материалам дела без их оглашения в судебном заседании, не дает суду «раскрыть» и использовать содержащуюся в них информацию для вынесения решения суда.

В гражданском процессуальном законе установлены особые процессуальные гарантии охраны тайны личной переписки граждан. Она может быть оглашена в открытом судебном заседании только с согласия лиц, между которыми эта переписка происходила. В противном случае такая переписка оглашается и исследуется.

СЕССИЯ 3. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ ПО ДЕЛАМ ОСОБОГО ИСКОВОГО ПРОИЗВОДСТВА

З.О. Мадыбаева,
председатель Специализированного межрайонного
экономического суда Алматинской области

Понятие и цели судебного доказывания по делам особого искового производства

Правовая реформа, проводимая в области гражданского судопроизводства, повышает гарантии правовой защищенности граждан и организаций. Расширение судебной формы защиты гражданских прав и свобод, укрепление судебной власти оказывают влияние на дальнейшее развитие и совершенствование судебной деятельности.

Непременными условиями судебной реформы являются: утверждение подлинной состязательности судебного процесса, равноправия сторон, презумпции невиновности, освобождение суда от обязанности сбора доказательств с возложением ее на стороны. При этом суд не может быть лишен права истребовать доказательства по своей инициативе, а также по ходатайству оказать помощь стороне в собирании доказательств.

Установление фактических обстоятельств дела осуществляется путем судебного познания.

Судебное познание – разновидность познавательной деятельности человека, процесса постижения им закономерностей, фактов, обстоятельств объективного мира.

Любая деятельность человека немислима без познания, которое в каждой области имеет специфические черты.

Так, в гражданском судопроизводстве при разбирательстве дела и пересмотре решений основные усилия судей направлены на исследование обстоятельств дела, оценку собранного материала. Своеобразие судебного познания состоит в том, что оно проводится для обеспечения правильного применения судом норм права при разрешении дела по существу. Суды и лица, участвующие в деле, изучают только те факты, которые имеют юридическое и доказательственное значение. Познание четко и детально регламентировано процессуальным правом. Познавательной деятельностью в той или иной степени занято большинство участников судопроизводства, но лишь результаты познания суда имеют решающее значение при осуществлении правосудия.

В гражданском судопроизводстве основным способом познания обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела, является установление их наличия или отсутствия с помощью судебных доказательств, то есть судебное доказывание.

В общем виде **судебное доказывание** можно определить как деятельность субъектов, направленную на установление наличия или

отсутствия юридических фактов и иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела, с помощью судебных доказательств.

Цель судебного доказывания – установление обстоятельств гражданского дела, то есть выявление с помощью доказательств наличия или отсутствия юридических фактов, с которыми закон связывает наступление определенных правовых последствий для сторон (заявителя), а также других обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела.

Судебное доказывание состоит из трех неразрывно взаимосвязанных и взаимообусловленных этапов доказательственной деятельности:

- А) представления и собирания доказательств;
- Б) исследования(проверки) доказательств в судебном заседании;
- В) оценки доказательств.

В гражданско-процессуальной литературе по понятию судебного доказывания имеются различные точки зрения.

Одни считают, что оно есть только логическое познание, мыслительная деятельность судей по оценке доказательств (А. А. Старченко). Согласно этому, в содержание судебного доказывания не включается процессуальная деятельность по представлению, собиранию и исследованию доказательств.

К.С. Юдельсон рассматривал доказывание как деятельность субъектов процесса по установлению при помощи указанных законом средств и способов объективной истинности наличия или отсутствия фактов, необходимых для разрешения спора между сторонами, т.е. фактов основания требований и возражений сторон (2). Говоря о субъектах доказательственной деятельности, автор к их числу относит стороны, третьих лиц, участвующих в деле, прокурора, а также суд, на котором лежат обязанности по доказыванию. Совершенно иного взгляда по этому вопросу придерживается А.Ф. Клейнман. По его мнению, доказывание в гражданском процессе - это процессуальная деятельность сторон и других лиц, участвующих в деле, направленная на установление в соответствии с истиной фактов, имеющих значение для правильного разрешения дела. Целью судебного доказывания является установление фактов, имеющих существенное значение для разрешения данного гражданского дела при помощи средств, указанных в процессуальном законе (доказательств), и с соблюдением установленного законом порядка их собирания, исследования и оценки. При этом им подчеркнуто, что суд как орган государственной власти осуществляет правосудие. Его обязанностью является охрана гражданских прав путем разбирательства в судебных заседаниях и разрешение споров о праве гражданском, а не доказывание существования или отсутствия тех или иных юридических фактов. Суд не доказывает - он решает. Его обязанность - разрешить спор сторон. Он считает, что процессуальная и мыслительная деятельность суда, связанная с собиранием, исследованием и оценкой судебных доказательств, не входит в содержание судебного доказывания (3).

С. К. Курылев судебное доказывание рассматривает как разновидность познавательной деятельности. Он подчеркивает, что существуют две формы познания: непосредственная и опосредованная. В судебной практике

превалирующее значение для судебного познания имеет опосредованная форма, т.к. суд, как правило, устанавливает имеющие для дела юридические факты, которые имеют место в прошлом. Они устанавливаются при помощи средств доказывания. С. В. Курылев подчеркивает, что доказывание - это прежде всего совокупность определенных процессуальных действий участвующих в деле лиц и суда по представлению и исследованию доказательств. При этом, сопоставляя роль суда и сторон в доказывании, приходит к выводу, что суд является самым полномочным субъектом доказывания, так как объем процессуальных прав суда на доказывание значительно шире, чем у лиц, участвующих в деле (4).

При этом Курылев С. В. считает, что мыслительная, логическая деятельность исключается из судебного доказывания, и поэтому к нему не относится оценка доказательств.

Судебное доказывание нельзя отождествлять только с мыслительной либо лишь с процессуальной деятельностью суда и лиц, участвующих в деле. Сюда включается как мыслительная, так и процессуальная деятельность по собиранию, представлению, исследованию и оценке доказательств. Перечисленные действия суда (судей) и лиц, участвующих в деле, регламентируются нормами гражданского процессуального права и имеют процессуальный характер. Однако эту процессуальную деятельность нельзя отрывать от умственной, логической, мыслительной деятельности.

Поэтому правильной представляется позиция тех ученых-процессуалистов, которые рассматривают судебное доказывание как понятие, включающее в себя мыслительную и процессуальную деятельность субъектов гражданских процессуальных правоотношений. (П. П. Гуреев, И. М. Зайцев, В. В. Молчанов, М. К. Треушников).

В судебном доказывании органически сочетаются две равноценные стороны: мыслительная и практическая.

Мыслительная (логическая) сторона подчинена законам логического мышления; практическая (процессуальная) деятельность, то есть процессуальные действия по доказыванию, подчинена предписаниям правовых норм и основана на них.

Судебное доказывание – единство двух видов деятельности: логической и процессуальной. (В. В. Молчанов, М. К. Треушников).

В научной литературе также имеются разные высказывания по вопросу о субъектах судебного доказывания, то есть о том, кто в какой мере осуществляет доказательственную деятельность.

В дореволюционной литературе судебное доказывание сводилось только к тому, что их должны представлять только стороны. Так, А.Х. Гольмстен писал: «Доказательства всегда представляются стороною: доказывание есть предмет права стороны и права исключительного; суд ни в коем случае не собирает сам доказательств или справок».

В советское время концепция доказательственной деятельности видоизменилась.

Вначале обосновывали необходимость расширения круга субъектов, осуществляющих доказательственную деятельность: ими назывались не только стороны, но и другие лица, участвующие в деле. Так, А. Ф. Клейнман писал, что доказывание состоит в том, что стороны и другие участвующие в деле лица представляют суду доказательства, анализируют их и делают из доказательства выводы о спорных фактах.

В период с 50 до середины 80 годов господствовал взгляд о том, что суд является основным субъектом доказывания. Субъектами доказывания назывались суд и лица, участвующие в деле.

В гражданском процессуальном законодательстве закрепились были положения о том, что деятельность по доказыванию осуществляется судом, сторонами и другими лицами, участвующими в деле. Всем нам знакомы ст. ст. 14, 48 и др. ГПК Каз. ССР, которые возлагали на суд обязанность по всестороннему, полному и объективному выяснению всех обстоятельств гражданского дела.

С середины 80 годов данный подход претерпел изменения.

В настоящее время ГПК РК закрепляет следующие положения:

А) представление и собирание доказательств осуществляется сторонами и другими лицами, участвующими в деле (ст. ст. 15, 65, 66, ч. 3 ст. 335);

Б) исследование доказательств производится судом, сторонами и другими лицами, участвующими в деле, при разбирательстве гражданского дела в судебном заседании (ст. ст. 195-206, 208, 210, 211, 354-356, 398 и др.);

В) оценка доказательств составляет прерогативу суда (ст. ст. 16, 77 и др.) лица, участвующие в деле, также могут давать собственную оценку доказательства, но эта оценка носит личный характер, и каких-либо юридических последствий не влечет.

Таким образом, деятельность по собиранию, представлению и исследованию доказательств осуществляется лицами, участвующими в деле.

В первую очередь, эта обязанность возлагается на стороны и третьих лиц. Стороны, третьи лица, заявители и другие лица, участвующие в деле, активно участвуют в собирании, представлении и исследовании доказательств.

Суд полностью освобожден от сбора доказательств по своей инициативе в целях установления фактических обстоятельств дела. По мотивированному ходатайству стороны суд оказывает ей содействие в получении необходимых материалов в порядке, предусмотренном п. 2 ст. 15 ГПК РК.

Из содержания гражданско-процессуального законодательства вытекает, что субъектами доказывания являются стороны и иные лица, участвующие в деле, а также суд.

Отсюда можно сделать вывод, что судебное доказывание - это мыслительная и процессуальная деятельность, направленная на установление юридических фактов и иных обстоятельств, имеющих значение для дела, путем применения судебных доказательств, осуществляемая следующими субъектами гражданского процесса:

А. сторонами и другими лицами, участвующими в деле, по собиранию, представлению и исследованию доказательств;

Б. судом по исследованию и оценке доказательств.

ПРЕДМЕТ ДОКАЗЫВАНИЯ

Что это такое? Это есть совокупность юридических фактов и иных обстоятельств, установление которых необходимо для правильного разрешения гражданского дела.

Определяя предмет доказывания, А. Х. Гольдман писал, что ими являются факты, обосновывающие требования сторон. При этом доказыванию подлежат лишь факты, удовлетворяющие двум основным условиям: 1. факт должен быть существенен для дела; 2. факт должен быть определенный.

Юридические факты и иные обстоятельства, подлежащие доказыванию по делу, принято называть искомыми фактами, потому что суд должен их установить, отыскать.

Совокупность искомых фактов составляет предмет доказывания по делу.

Согласно п. 2 ст. 66 ГПК следует, что обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, определяются судом на основании требований и возражений сторон, других лиц, участвующих в деле, с учетом подлежащих применению норм материального и процессуального права. Отсюда следует, что предмет доказывания по гр. делу определяется судом.

В теории доказательственного права спорным является вопрос о **содержании предмета доказывания.**

Одни ученые (А.К. Сергун, Я.Л. Штутин, М.К. Трушников, К.С. Юдельсон) считают, что в предмет доказывания входят лишь факты (обстоятельства) материально-правового характера, обосновывающие требования и возражения спорящих субъектов. Другие, как Ю. К. Юсупов, включают сюда не только факты основания иска и возражения против иска, но также причины и условия возникновения спора или правонарушения. Третьи полагают, что предмет доказывания охватывает собой три группы фактов: материально-правовые, процессуальные и доказательственные (Д. М. Чечот). Четвертые расширительно толкуют содержание предмета доказывания и включают сюда факты материально-правового и процессуального характера, доказательственные факты и факты, необходимые для судебной профилактики правонарушений. (И. М. Зайцев).

Верным, на наш взгляд, является первое мнение. Предметом судебного разрешения является спорное материально-правовое отношение или законный интерес. А наличие или отсутствие его обусловлено определенным юридическим фактом или совокупностью этих фактов, указанных в нормах материального права. Установление судом юридических фактов служит основанием для вывода о существовании или отсутствии спорного права (обязанности) или законного интереса. Отсюда, предмет доказывания составляют юридические факты, служащие основанием для возникновения, изменения и прекращения материально-правовых отношений.

По каждому гражданскому делу предмет доказывания является специфическим, потому что не может быть полностью одинаковых обстоятельств различных дел.

По делу искового производства предмет доказывания складывается из нескольких групп фактов:

- А) фактов основания иска;
- Б) фактов оснований возражений против иска;
- В) фактов основания встречного иска;
- Г) фактов основания иска третьего лица.

По делу особого искового производства предмет доказывания очерчивается фактами основания заявления и возражений против заявленных требований, по делу же особого производства – фактами основания заявления либо жалобы и фактов, изложенных заинтересованными лицами.

ОБЯЗАННОСТЬ СТОРОН ПО ДОКАЗЫВАНИЮ

В соответствии со статьей 65 ГПК каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений.

В доказательственной деятельности сторон выражается состязательность процесса.

В теории доказательственного права существует мнение о том, что доказывание есть предмет права стороны, а не обязанности, поэтому правильным будет употребление термина «бремя доказывания» (Е.В. Васьковский, А.Х. Гольмстен, И. В. Решетникова).

Закон же конкретно указывает на обязанность доказывания.

Истец должен доказать обстоятельства, составляющие основание иска, ответчик-основание возражений против иска, 3-е лицо, заявляющее самостоятельные требования на предмет спор - основание предъявленного им иска.

Под **предметом доказывания** понимают совокупность фактов, которые подлежат установлению по конкретному гражданскому делу. В соответствии со ст.64 ГПК доказыванию подлежат обстоятельства, обосновывающие требования истца, возражения ответчика и иные обстоятельства, имеющие значение для дела. Требования надо изложить в исковом заявлении и там же указать их основание.

Обстоятельства, обосновывающие возражение ответчика, выясняются в ходе беседы ответчика с судом, либо из тех возражений, которые будут исходить от него на судебном заседании, а также из беседы судьи с ответчиком.

Иные обстоятельства, имеющие значение для дела - не истцом, ни ответчиком они не представлены, но суд их определяет как юридически значимые и включает их в предмет доказывания.

Решающая роль в определении предмета доказывания принадлежит суду.

Значение правильного определения предмета доказывания проявляется в двух направлениях:

1. Если судом будут выяснены не все обстоятельства, имеющие значение по делу (т.е. слишком узкий предмет доказывания), суд не сможет вынести законного и обоснованного решения. И оно, скорее всего, будет отменено за необоснованность.
2. Если предмет доказывания определен слишком широко, т.е. суд будет исследовать обстоятельства, не имеющие значение для дела, это повлечет излишнюю трату времени, материальных ресурсов.

Правило об относимости и допустимости доказательств. Судья, решая вопрос о наличии фактов, решает вопрос и об относимости и допустимости доказательств.

Правило относимости закреплено в ст.67 ГПК и состоит в том, что суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для дела, т.е. которые к делу относятся. Вопрос относимости судья разрешает по собственному усмотрению.

Правило допустимости (ст.68 ГПК).). В соответствии с этим правилом, те обстоятельства дела, которые по закону должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими иными средствами доказывания.

Правила относимости и допустимости взаимосвязаны. *Взаимосвязь* проявляется в нескольких моментах.

1. Правило об относимости доказательств является общим, в то время, как правило допустимости, является его дополнением. Иными словами, доказательство может относиться к делу, но в соответствии с ГПК, можно доказательство не допустить.
2. Относимость всегда связана с содержательной стороной доказательства, с той информацией, которую мы получаем из определенного средства доказывания, т.е. получаем из содержания информации. А допустимость связана только с процессуальной формой.
3. Применяя правила относимости, судья руководствуется собственным усмотрением, а применяя правило допустимости, судья руководствуется только указаниями закона.

Распределение обязанностей по доказыванию между сторонами. Общее правило о распределении содержится в ст.65 ГПК: каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений. Т.е. обязанность доказывания лежит на спорящих сторонах, причины:

- a. Стороны как участники конфликта лучше осведомлены о том, где находятся доказательства и какие из них предоставить.
- b. Заинтересованность сторон в предоставлении этих доказательств, т.к. стороны имеют и процессуальную и материальную заинтересованность.

Нормы ст.65 это общее правило, из этого общего правила суд делает исключение в случаях, когда суду приходится иметь дело с доказательственными презумпциями.

Доказательственная презумпция - это установленное законом предположение о существовании какого-либо факта, освобождающее одну из сторон от обязанности доказывания и возлагающее обязанность доказывания на другую сторону. Доказательственные презумпции закрепляются, как правило, в нормах материального права. Напр., в ГК закрепляется право лица требовать по суду опровержения порочащих его репутацию сведений, если распространивший эти сведения не докажет истинность этих сведений. Истцу надо только доказать, что было распространение сведений, а все остальное придётся доказывать ответчику. Также лицо, причинившее вред, освобождается от ответственности, если докажет что вред причинен не по его вине. Здесь, причинитель вреда презюмируется виновным, пока не докажет обратное.

Некоторые ученые считают, что презумпцию можно включать в предмет доказывания, а другие считают, что нет. Но ответчик может опровергать презумпцию, следовательно, доказательственные презумпции должны включаться в предмет доказывания, т.е. сюда включается возможность опровержения презумпции.

Весь процесс доказывания может быть разбит на различные этапы. Но прежде всего надо запомнить, что этапы доказательственной деятельности не имеют четких границ и в принципе могут их не иметь.

Этапы:

1. *Выявление доказательств* - обнаружение фактических данных, имеющих значение для установления искомых фактов. Деятельность суда по выявлению доказательств тесным образом связана с определением предмета доказывания, и чем лучше будет определен предмет, тем лучше будет выявлять доказательства. Доказательства представляют стороны, судья тоже участвует в этой деятельности, напр., на беседе с ответчиком, судья может обратить внимание на возможность предоставления дополнительных материалов;

2. *Собирание доказательств* - это сбор и обеспечение доказательств к началу судебного разбирательства. Каждая сторона доказывает то, что ей положено доказать. Действия суда по обеспечению доказательств зависят от того, какое из средств доказывания в данном случае будет использоваться.

Например, объяснение сторон и третьих лиц. Для обеспечения наличия пояснений сторон и третьих лиц суд направляет к ним извещения и вызовы. Показания свидетелей, их наличие в судебном заседании также проводится путем вызовов или извещений. Причем для свидетелей явиться в суд для дачи показаний - обязанность. Если свидетель проживает в другой местности, то собирание доказательств усложняется, так как судья должен отправить в соответствующий суд судебное поручение, судье также направляется определение, в котором указываются вопросы для опроса свидетеля, суд должен вызвать свидетеля и допросить его. Это производится исключительно в судебном заседании и исключительно судьей.

Письменные доказательства собираются и доставляют истцом или ответчиком. Деятельность суда по собиранию письменных доказательств возникает тогда, когда стороны по независящим от них причинам не могут представить в суд доказательства. Надо, чтобы стороны в своем

заявлении указали, какое надо истребовать доказательство (напр., приказ об увольнении), где находится это доказательство, что препятствует получению доказательства самостоятельно. Истребуемый документ организации должны выдать суду, однако иногда возможна выдача документа заинтересованному лицу. Для лиц, удерживающих у себя доказательства, законом установлена ответственность, поэтому если лицо не может выдать доказательство (по объективным причинам), оно должно суду ответить, что не может представить доказательства. В случае не извещения суда или случае отказа выдать письменные доказательства, судом на такое лицо может быть наложен штраф. Причем штраф не освобождает лицо от обязанности представить этот документ суду. Для сторон, ст.66 ГПК установлен иной порядок «наказания». Если одна из сторон не предоставляет письменные доказательства, то судья может своим определением признать, что в не представленном доказательстве содержатся сведения, которые противоположной стороной признаны. Аналогичный порядок установлен и для вещественных доказательств.

Заключение эксперта: назначается экспертиза (всегда определением суда) и в некоторых случаях она необходима на судебной подготовке. Сбирать подобные доказательства стороны не могут, но судья может учитывать мнения сторон о том, какие вопросы могут быть поставлены перед экспертом.

3. *Исследование* - это непосредственное восприятие доказательства судом, судьей, другими лицами, участвующими в деле, изучение данного доказательства, устранение противоречий, если они имеются в представленных доказательствах. С момента возбуждения дела, уже начинается предварительное исследование доказательств с помощью которого судья решает вопрос об относимости и допустимости доказательств. В процессе исследования участвуют все лица, участвующие в деле. Доказательства исследуются различными способами, все зависит от средства доказывания. Пояснения сторон и третьих лиц заслушиваются (они не допрашиваются), причем лица, участвующие в деле и судьи, могут задавать свои вопросы. Значение исследования состоит в том, чтобы лица могли уточнить и уяснить для себя определённые факты. Свидетели и эксперты допрашиваются. После того как свидетель в свободной форме излагает свои показания, первым задает вопросы тот, по чьему ходатайству был приглашен свидетель. Судья задает вопросы в любой момент.

Письменные доказательства, имеющиеся в деле, оглашаются судом и представляются для ознакомления сторонам и иным лицам, участвующим в деле, при необходимости они представляются свидетелям и экспертам. Лица, участвующие в деле, могут дать свои пояснения по содержащимся письменным доказательствам.

Вещественные доказательства, их исследование состоит в том, что они осматриваются судом и лицами, участвующими в деле, они могут предъявляться при необходимости свидетелям и экспертам (лица могут давать свои пояснения). В основу судебного решения могут быть положены только те доказательства, которые были судом непосредственно изучены.

4. *Оценка* - оценивать доказательства судья начинает уже с момента их получения, напр., оценивает их допустимость и относимость. Окончательная оценка доказательств, проводится судом в совещательной комнате. Оценка доказательств в совещательной комнате означает определение судом:

- Относимости - вопрос об относимости находится в поле зрения суда уже с момента возбуждения дела, но окончательно это вопрос решается после исследования доказательств.
- Достоверности - т.е. установить соответствие доказательства объективной действительности или действительным обстоятельствам дела. Достоверность доказательства устанавливается судом путем изучения: во-первых, источника доказательства. Напр., свидетельские показания, в первую очередь суд будет исследовать личность как источник, согласно ГПК, суду запрещено использовать как свидетелей недееспособных, лиц с определенными физическими недостатками, которые не позволяют им давать свидетельские показания. Во-вторых, путем изучения процесса формирования данного доказательства. Судья изучает процесс формирования данного доказательства, т.е. он должен выяснить три момента:
 - a. условия восприятия - судья должен выяснить обстановку в которой происходило восприятие сведений, было утро или ночь, психическое состояние лица, состояние болезни и т.д.
 - b. условия закрепления данного доказательства - надо учитывать временной фактор: сколько времени произошло с момента события и до суда, а также особенности памяти (старик, малыш и т.д.).
 - c. условия воспроизведения - суд должен оценить, не искажается ли информация, так как она может исказиться, но свидетель может исказить её неумышленно: напр., обладает повышенной внушаемостью, обладает различными речевыми недостатками и т.д., хотя искажение может быть и умышленным, оно может иметь место, если свидетель находится в зависимости от лиц, участвующих в деле, по службе, иные отношения, в том числе и родственные. Поэтому ГПК обязывает при допросе свидетеля, узнать у него о связях с лицами, участвующими в деле.
- Достаточности доказательств - это правило относится как ко всем доказательствам в целом, так и к каждому из доказательств в отдельности. Т.е. судья должен определить, достаточно ли собранных доказательств, для вынесения решения или необходимо истребовать дополнительные доказательства. Когда судья оценивает каждое доказательство, то он также определяет, вся ли информация получена из доказательства, (напр., при допросе свидетеля).

В совещательной комнате, если, оценивая доказательства, судья приходит к выводу о том, что доказательство должно быть отвергнуто, то он должен этот отказ мотивировать, поскольку если доказательство суду представлялось и исследовалось в суде, его просто так отвергнуть нельзя.

Гражданско-процессуальный кодекс Республики Казахстан предусматривает три вида судопроизводства:

1. Исковое производство, в рамках которого рассматриваются гражданские (частноправовые) споры имущественного и неимущественного характера между равноправными субъектами;
2. Особое исковое производство, в рамках которого рассматриваются управленческие (публично-правовые) споры между органами исполнительной ветви власти, их должностными лицами и гражданами или юридическими лицами, находящимися в отношениях «власть-подчинение»;
3. В ряде других стран эта категория дел называется неисковыми производствами.
4. Особое производство, в рамках которого рассматриваются бесспорные заявления об установлении фактов, влекущих для заявителя определенные правовые последствия.

Дела особого искового производства по своей юридической природе являются делами о публично-правовых спорах. Публичное право представляет собой совокупность отраслей права (конституционное, административное, уголовное, налоговое, финансовое, уголовно-процессуальное), которые регулируют отношения, обеспечивающие публичный интерес. В публично-правовых спорах предметом иска является защита нарушенных субъективных прав обратившегося лица, то при рассмотрении этих дел, необходимо знание всех отраслей права, которыми эти субъективные права защищаются. В публичном праве предполагается одностороннее властное воздействие одного участника правоотношения (органа государственного управления) на другого участника правоотношения.

Общее для всех дел состоит в том, что они связаны с деятельностью различных управленческих структур либо с работой различных должностных лиц, т.е. с государственным управлением в широком смысле слова. Суд рассматривает конфликт, возникший в публично-правовых правоотношениях. В складывающихся в судопроизводстве юридических отношениях обязательно участвуют орган управления или должностное лицо – с одной стороны и гражданин – с другой. Они противопоставлены друг другу конфликтной ситуацией, и предметом их устремлений служат субъективные права гражданина. В судебном разбирательстве стороны занимают равноправное процессуальное положение. Налицо спор о праве имущественного или неимущественного характера, и его своеобразие состоит в том, что он подлежит разрешению на основании норм административного (избирательного, налогового) права в порядке гражданского судопроизводства.

Как самостоятельный вид гражданского процесса, данный вид судопроизводства возник значительно позже других разновидностей гражданской процессуальной формы. Исковое производство существует тысячелетия.

Реальное становление этого вида судопроизводства начинается с 1961 года, когда граждане получили право обжаловать в суды наложенные

административные штрафы. В этом же году принимаются Основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик, где впервые называется данный вид судопроизводства (ст. 1).

Суд, рассматривая такие споры, осуществляет прямой контроль за актами исполнительной власти. Вообще суд контролирует законность различных управленческих актов не только в данном виде производства. Рассматривая, в частности, иски о признании обмена жилыми помещениями недействительным, суд анализирует законность выдачи обменных ордеров, а в делах о возмещении вреда, причиненного здоровью гражданина увечьем на производстве, – правильность, обоснованность и своевременность составления акта о несчастном случае и т.п. При разбирательстве в особом производстве жалоб на нотариальные действия либо на неправильность актов гражданского состояния суд непременно контролирует правомерность деятельности соответствующих управленческих органов. Но контроль, осуществляемый судом при рассмотрении и разрешении дел искового и особого производства, не самостоятельное производство, не является основной задачей судебной юрисдикции. Иными словами, дело возникло не для отмены или изменения каких-то административных актов. Это контроль косвенный в отличие от прямого, который суд реализует в рамках изучаемого судопроизводства. Задачи суда замыкаются на проверке правомерности управленческих актов, и суд может их изменять или отменять.

Особое исковое производство предусмотрено подразделом 3 ГПК РК, а именно, главами 25-29, и включает в себя шесть категорий дел.

Эти категории дел основаны на применении норм административного права в различных процедурах реализации этих норм.

Как было уже показано, рассмотрение дел в порядке производства по делам, возникающим из административно-правовых отношений, является одним из способов защиты прав и интересов граждан. Поскольку производство по делам, возникающим из административно-правовых отношений, является одним из видов неисковых производств, то следует выделить особенности этого вида производства, по сравнению с исковым производством:

в отличие от искового производства, где лица, заинтересованные в разрешении спора и имеющие противоположные интересы, именуется сторонами, то в производстве по делам, возникающим из административно-правовых отношений есть заявитель и, с другой стороны, орган или должностное лицо, чей акт административного правоприменения рассматривается на предмет законности и обоснованности. То есть, отсутствуют истец и ответчик, а есть заявитель и орган или должностное лицо;

способом защиты является не подача иска, как в исковом производстве, а подача жалобы;

в производстве по делам, возникающим из административно-правовых отношений, неприменимы институты гражданского процесса, присущие исковому производству по его сути - мировое соглашение, признание иска и т.д.;

в отличие от искового производства, где предметом защиты является спор о праве, возникающий между сторонами, в то время как в производстве, по

делам, возникающим из административно-правовых отношений, предметом является оспаривание законности и обоснованности акта административного правоприменения;

иное распределение обязанностей по доказыванию, нежели в исковом производстве;

между заявителем и органом, чьи действия обжалуются, отношения власти-подчинения. То есть юридического равенства сторон материально-правового отношения, как это имеет место в исковом производстве, в делах, возникающих из административно-правовых отношений, нет. Государственный орган осуществляет правоприменительную деятельность в пределах своей компетенции, и, именно, действия по правоприменению, являются объектом обжалования.

Для данной категории дел характерно особое средство возбуждения производства: «Дела, возникающие из административно-правовых отношений, возбуждаются в суде по жалобе.

Предметом жалобы являются несогласие заявителя или прокурора с действиями (бездействием) государственного органа, организации или должностного лица. Мотивами (основаниями) жалобы могут служить юридические факты и иные обстоятельства, свидетельствующие о незаконности или необоснованности действий государственных органов, организаций или должностных лиц. В жалобе может также содержаться указание на определенные средства защиты прав заявителя или иных лиц посредством отмены, изменения действий государственного органа, организации или должностного лица, установления его обязанности совершить определенное действие или иным предусмотренным законом способом».

Элементами жалобы являются предмет, мотивы (основание) и содержание жалобы. Предметом жалобы является выражение заявителя о несогласии с незаконным действием государственного органа, должностного лица. Основанием жалобы являются юридические факты, свидетельствующие о незаконности действий государственного органа, должностного лица. Но, поскольку на заявителе не лежит обязанность непосредственно доказывать незаконность действий, то законодатель сделал основание жалобы необязательным элементом. Однако, так как при обращении в суд заявитель все-таки должен показать суду нарушение его прав, то предполагается, что основанием жалобы будет являться указание на факты, подтверждающие два условия: наличие нарушения права и то, какими действиями какого государственного органа, должностного лица, юридического лица вызвано нарушение права. Содержание жалобы также не выделено в качестве обязательного элемента жалобы. Содержание жалобы - те средства защиты нарушенного права, которые заявитель считает нужным указать. Однако, круг средств защиты ограничен отменой, изменением действий государственного органа, организации или должностного лица, установлением его обязанности совершить определенное действие или иным предусмотренным законом способом. Особенность распорядительных действий заявителя возникла в силу того, что предмет жалобы, в отличие

от предмета иска, является неделимым и выражает собой несогласие с обжалуемыми действиями, поэтому изменение предмета жалобы является недопустимым, поскольку влечет за собой автоматическое признание законности и обоснованности обжалуемых действий, что равносильно отказу от жалобы. То есть, предмет жалобы включает в себя только выражение несогласия с действиями (бездействием) государственного органа и не включает в себе обоснование этого несогласия, в том числе и указания на действия (бездействия), которые обжалуются. И обоснование, и указания на обжалуемые действия являются юридическими фактами, указывающими на незаконность и необоснованность действий и, следовательно, входят в мотивы (основания) жалобы.

Процессуальные права и обязанности заявителя и органа (должностного лица), чьи действия (бездействие) обжалуются, содержатся в статье 47 Гражданского процессуального кодекса: «лица, участвующие в деле, имеют право подавать заявления, знакомиться с материалами дела, делать выписки из них, снимать копии представленных документов и требовать их удостоверения, заявлять отводы, представлять доказательства, участвовать в исследовании доказательств, задавать вопросы другим участникам судопроизводства по делу, заявлять ходатайства, давать устные и письменные объяснения суду, представлять свои доводы и соображения, возражать против ходатайств, доводов и соображений других лиц, обжаловать (опротестовывать) судебные постановления, а также совершать иные процессуальные действия, предусмотренные настоящим кодексом».

В административном (управленческом) правоотношении стороны находятся в отношении «власть-подчинение».

В целях исключения злоупотребления правом в возникшем публично-правовом споре участник правоотношения, обладающий властными полномочиями, обязан доказать, что оспариваемое другой стороной решение принято им в пределах компетенции и во исполнение нормы материального права.

Квинтэссенцией производства по делам, возникающим из административно-правовых отношений является обжалование действий (бездействия) органов управления, нарушающих права граждан. Из этого вытекают требования к субъектному составу материально-правовых отношений, послуживших причиной обращения в суд за защитой нарушенного права. Это отношения власти-подчинения, следовательно, обязательным субъектом является орган (лицо), обладающее властными полномочиями. Заявитель по отношению к властной стороне правоотношения занимает подчиненное и следовательно, менее защищенное положение. Выходом из такого неравного положения является установление судебного контроля за правоприменительной деятельностью органов управления.

При рассмотрении жалоб о признании недействительными актов, решений государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, обязанность по доказыванию обстоятельств, послуживших основанием для принятия указанных актов и решений, возлагается на орган, принявший акт.

Гражданин освобождается от обязанности доказывать незаконность обжалуемых действия (решения), но обязан доказать факт нарушения своих прав и свобод.

На государственные органы, органы местного самоуправления, общественные объединения, на должностные лица, на государственных служащих деяния, решения которых обжалуются гражданином, возлагается процессуальная обязанность документально доказать законность обжалуемых действий (решений).

Орган исполнительной власти или орган местного самоуправления (их должностные лица) как административный ответчик обязаны доказать, что принятое управленческое решение, которое оспаривается административным истцом, соответствует нормам закона и пределам компетенции органа (должностного лица).

Эта обязанность основывается на положениях Закона «Об административных процедурах» и Закона «О нормативных правовых актах», согласно которым принимаемое управленческое решение (нормативный или индивидуальный правовой акт) не может противоречить нормам Конституции и законам Республики Казахстан, а также актам вышестоящих органов управления и их должностных лиц.

Невыполнение этой процессуальной обязанности должно влечь признание оспариваемого управленческого решения противоречащим публичным интересам и нормам законодательных актов.

Необходимо отметить, что в отличие от действующего в уголовном, административном и гражданском судопроизводстве принципа состязательности при рассмотрении дел в особом исковом производстве роль суда по исследованию обстоятельств спорного правоотношения и истребованию от ответчика необходимых доказательств в обоснование законности принятого управленческого решения является более активной.

Суд не связывается мотивами жалобы, а обязан полностью проверить законность и обоснованность действий.

Суд не должен ограничиваться материалами, представленными заявителем, а обязан выяснить все обстоятельства дела, принимать меры к сбору необходимых документов и доказательств, в частности, делать официальные запросы документов в иных органах власти, принудительно вызвать свидетелей, назначить экспертизы ит.д. Обязанность по доказыванию обоснованности наложения административного взыскания должна возлагаться на административный орган.

Таким образом, можно сделать вывод, что в отличие от обязанности доказывания, как это имеет место в исковом производстве, правила производства по делам, возникающим из административно-правовых отношений, имеют некоторые исключения: «Государственные органы, организации и должностные лица обязаны представить суду материалы, послужившие основанием для соответствующих действий (бездействия). То есть, можно заметить в некоторой степени презумпцию виновности органа (должностного лица), чьи действия (бездействия) проверяются на законность

и обоснованность. Таким образом, заявитель освобождается от обязанности доказывания незаконности либо нецелесообразности действий (бездействия) органа (должностного лица). На нём лежит обязанность доказать только наличие самого действия (бездействия), нарушающего его права. Эта обязанность распадается на две составляющие - указание на нарушение права и на действие, в результате которого было нарушено право. Орган (должностное лицо), в свою очередь, уже должен доказывать законность и обоснованность своих действий.

Наиболее существенными являются следующие правила:

- 1) это неисковые производства, так как в них нет ни истца, ни ответчика, ни третьих лиц. Обязательными участниками выступают гражданин – с одной стороны, и должностные лица или представители соответствующего органа управления или местного самоуправления – с другой;
- 2) в данном производстве не применяются исковые средства защиты права (иск, встречный иск, мировое соглашение и т.п.);
- 3) предметом судебного исследования служат официальные документы должностных лиц и управленческих органов;
- 4) обязанность доказывания возлагается на административные органы, должностных лиц. Участие гражданина в судебном доказывании составляет его процессуальное право;
- 5) судья при удовлетворении жалобы гражданина или заявления управленческих структур либо прокурора обладает полномочиями: отменить соответствующий акт; изменить административный акт; санкционировать определенные действия управленческих органов и должностных лиц, т.е. дать согласие на их совершение;
- 6) судебные решения реализуют сами управленческие структуры, не применяя правила исполнительного производства.

Сказанное свидетельствует о том, что судебный контроль в области государственного управления и самоуправления развивается в рамках гражданского судопроизводства, но все более отчетливо просматривается тенденция превращения его в административную юстицию,

В свете Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом Президента РК от 24 августа 2009 года за № 858 предусмотрено дальнейшее развитие судебно-правовой реформы, именно совершенствование административного права и развитие административно-процессуального права формирования судов административной юстиции. Решение этой задачи требует изучение законодательной и судебной практики государств, в частности, Германии, в которых административная юстиция создана и успешно действует.

Сбор, исследование и анализ доказательств при рассмотрении гражданских дел в порядке особого искового производства

В отличие от других социальных идей и политических ориентаций демократическое правовое государство при верховенстве правового закона и приоритете прав человека и гражданина практически воспринято обществом как будущее государственного строя Республики Казахстан. Решение этой задачи связано не только с созданием современного законодательства, обеспечением законности деятельности государства и его органов, муниципальной системы и общественных формирований, надежной, быстрой и справедливой юстиции, независимого правосудия, но с преодолением достигшего опасных пределов правового нигилизма, находящегося ныне на грани во всех сферах государственной и общественной жизни, и, главное, формирование высокого уровня правовой культуры общества и каждого человека.

Осуществление правосудия состоит в применении судом закона к установленным в ходе судебного разбирательства фактическим обстоятельствам. Прежде чем совершить акт применения права, нужно знать, что выявленные в суде обстоятельства полностью соответствуют действительности. Как обеспечить такое познание? Явления, события, которые происходят в настоящий момент или носят длящийся характер, можно, конечно, всегда познать непосредственно. Так исследуются, например, физические, физиологические или химические процессы, соответствующие явления или факты. Есть, однако, целый ряд областей человеческой деятельности, где, как правило, необходимо познать события, которые имели место в прошлом. Именно с такими объектами имеют дело археология, история. Познание прошлых явлений - основная задача суда.

Эта задача вдвойне тяжела при рассмотрении гражданских дел в порядке особого искового производства, так как при рассмотрении данных дел мы, как правило, видим с одной стороны профессионального участника, в виде государственного органа со всем его аппаратом и незащищенного гражданина или юридическое лицо.

Суд, административные органы - все они используют доказательства. Поскольку эти доказательства являются средством установления юридических фактов и обстоятельств и поскольку сфера их применения связана с деятельностью юрисдикционных органов, они могут быть названы юридическими доказательствами. Используемые в суде юридические доказательства называются судебными. Это обусловлено тем, что конечной целью представления и использования доказательств является формирование на их основе внутреннего судебного убеждения, которое определяет содержание любого акта правосудия. Собираение, исследование и оценка доказательств происходят в специальной процессуальной форме, присущей именно деятельности судебных органов. При этом для государственных органов доказательствами являются фактические данные, которые они добывают с

помощью определенных инструментов, порядок собирания которых утвержден в законодательных актах в той области, в которой действует данный орган, это могут быть кодексы, законы или специальные инструкции. В данном случае для суда составляет некоторую сложность возможность определить какой именно акт должен быть определен в данной ситуации. В этой связи в целом поддерживаю мнение о необходимости закрепления за государственными органами обязанности соответствующим образом подготовиться на судебный процесс и применять правило об обязывании их доказать виновность того или иного лица.

Фактические данные устанавливаются с помощью предусмотренных законом средств: объяснений сторон и третьих лиц, показаний свидетелей, письменных и вещественных доказательств, заключений экспертов. Средства доказывания тесно связаны с фактическими данными. Именно средства доказывания являются источниками получения сведений о тех фактах, которые необходимо установить по делу. Это даёт основание считать, что сами средства доказывания наряду с фактическими данными играют роль судебных доказательств. Не случайно и закон применяет к средствам доказывания термин “доказательства” (письменные доказательства, вещественные доказательства). Конечно, между фактическими данными и средствами доказывания имеются различия: фактические данные являются содержанием судебного доказательства, а средства доказывания - его формой. Неразрывная связь формы и содержания доказательства означает, что в любом средстве доказывания должны содержаться фактические данные, а, с другой стороны, фактические данные могут быть получены судом только с помощью установленных законом средств доказывания. Средства доказывания, не содержащие сведения о фактах либо содержащие сведения, полученные не из установленных в законе источников, доказательственного значения не имеют.

Судебные доказательства используются в суде в определённом законом порядке, т.е. в процессуальной форме. Конечно, доказывание в научной сфере или использование доказательств во внесудебных органах тоже происходит упорядоченно. Однако это не тот процессуальный порядок, который применяется в ходе доказывания в суде. Гражданско-процессуальная форма использования судебных доказательств состоит в том, что, во-первых, в качестве средств доказывания могут использоваться только такие источники, которые предусмотрены ГПК; во-вторых, доказательства выявляются, фиксируются, собираются, используются в порядке, который детально регламентирован законом и представляет собой единую систему взаимосвязанных требований от момента выявления доказательства до его оценки. Свидетельские показания, например, могут использоваться в профсоюзных комитетах, органах опеки попечительства и других органах. Однако судебным доказательством свидетельские показания становятся только в суде. Там оно выявляется в специальной процессуальной форме (ст.177 ГПК Республики Казахстан), свидетель вызывается в суд в особом порядке (ст.79 ГПК Республики Казахстан), он отвечает за отказ от показаний и за дачу заведомо ложных показаний (ст. 197 ГПК Республики Казахстан) в соответствии

со сделанным судом предупреждением (ст.196 ГПК Республики Казахстан), в особом порядке происходит допрос свидетеля и т.д. Также свидетелю в соответствии с Конституцией Республики Казахстан разъясняется, что лицо не несет ответственности за отказ от дачи показаний в отношении себя или близких родственников, круг которых определяется законом.

Необходимо иметь в виду, что доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда.

Итак, судебными доказательствами являются все фактические данные (факты, сведения о фактах), а также средства доказывания, которые в предусмотренных законом процессуальных формах используются в суде для всестороннего и полного исследования обстоятельств и вынесения законного и справедливого решения.

Судебное доказывание является важнейшей частью судебной деятельности, позволяющей суду осуществить применение права к достоверно установленным фактическим обстоятельствам.

Использование в судебном процессе доказательств представляет собой сложный процесс, в котором тесно переплетаются явления чисто логического и гражданско-процессуального порядка. Всякое доказывание представляет собой мыслительную, умственную деятельность, и судебное доказывание не является здесь исключением. Вместе с тем доказывание в суде опирается не только на законы логики, но регулируется и процессуальными нормами, подробно регламентирующими весь процесс доказательственной деятельности. Закон определяет, кто должен заниматься доказыванием, что необходимо доказывать, какими средствами это делать и т.д. В литературе иногда предпринимались попытки свести доказывание либо только к умственной, либо, наоборот, только к процессуальной деятельности. Это неверно. Судебное доказывание - одновременно и процессуальная, и логическая деятельность. Процессуальная деятельность должна быть буквально пронизана логикой мышления, в свою очередь мыслительная деятельность в ходе судебного доказывания должна осуществляться в рамках строгой процессуальной формы. Содержание деятельности по доказыванию определяется несколькими задачами, которые стоят перед судом и лицами, участвующими в деле. Первая из них состоит в том, чтобы выявить, собрать, а в необходимых случаях зафиксировать доказательства. Вторая - исследование доказательств, третья - их оценка. Задача выявления и собирания доказательств касается главным образом лиц, участвующих в деле, хотя суд тоже наделён определенными правами (ст.15 ГПК Республики Казахстан). Исследование доказательств осуществляется судом вместе с лицами, участвующими в деле. Оценка доказательств относится исключительно к компетенции суда (ст. 16 ГПК Республики Казахстан). В то же время необходимо отметить тесную связь всех сторон деятельности по доказыванию. Таким образом, судебное доказывание - это деятельность суда и лиц, участвующих в деле, по выявлению, собиранию, исследованию и оценке доказательств, направленная на установление фактов и обстоятельств, имеющих значение для дела.

Субъекты доказывания. В своё время утверждалось, что “суд является основным субъектом доказывания”. Это соответствовало действующему в то время закону, который обязывал суд активно участвовать в доказательственной деятельности (ГПК КазССР в ред. 1964 г.). После внесения изменений в ст. 15, 16 ГПК Республики Казахстан стало очевидным, что законодатель считает основными субъектами доказывания стороны и других лиц участвующих в деле, освобождая суд от императивной обязанности “принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного выявления действительных обстоятельств дела” (ГПК КазССР - старая редакция).

Можно сказать, что основными субъектами доказывания являются лица участвующие в деле. Стороны, третьи лица, заявители, заинтересованные лица активно участвуют как в собирании, так и в исследовании доказательств. Каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений (ст. 65 ГПК Республики Казахстан). Это правило распространяется на лиц, участвующих в делах особого производства и в делах, особого искового производства. Непредставление этими лицами доказательств может повлечь для них неблагоприятные последствия. Прокурор и органы государственного управления имеют право представлять доказательства и участвовать в их исследовании. В своём заключении они должны проанализировать собранные по делу доказательства. В случаях возбуждения дела их главная задача состоит в том, чтобы собрать и представить в суд необходимые доказательства, а затем принять участие в их исследовании. Судебные представители (ст. 58-63 ГПК Республики Казахстан) также являются субъектами доказывания, они представляют доказательства и активно участвуют в их исследовании.

Таким образом, субъекты доказывания в части собирания и исследования - это стороны и другие, участвующие в деле лица, а в части оценки доказательств - суд, который оценивает доказательства по внутреннему убеждению, основанному на беспристрастном, всестороннем и полном рассмотрении доказательств в их совокупности (ст. 77 ГПК Республики Казахстан).

Мы установили, кто и с помощью каких средств должен осуществлять доказывание. Теперь необходимо рассмотреть вопрос о том, что должно быть доказано, т.е. определить предмет доказывания. Закон устанавливает, что доказыванию подлежат обстоятельства, обосновывающие требования и возражения сторон, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела. Следует отметить, что предмет доказывания включает в себя сложную совокупность различных факторов и обстоятельств. Прежде всего предмет доказывания определяется юридическими фактами, лежащими в основании иска либо в основании возражений по нему. Таким образом, предмет доказывания в этих случаях “сориентирован” на норму материального права. Например, при рассмотрении гражданских дел по искам об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, заявитель должен доказать в чем заключается незаконность и необоснованность того или иного постановления административного органа.

Таким образом, предмет доказывания определяется содержанием исковых требований и возражений сторон. Однако этим не исчерпывается предмет доказывания, так как закон прямо указывает на необходимость установления помимо оснований требований и возражений сторон и иных обстоятельств, имеющих значение для дела. Что это за обстоятельства? Во-первых, сами стороны не всегда в состоянии правильно определить основание своих требований или возражений и сослаться на все необходимые факты. В таком случае инициативу в определении предмета доказывания может проявить суд, он может включить в предмет доказывания и такие факты, на которые стороны не ссылаются. Во-вторых, в предмет доказывания включаются не только юридические факты материально-правового характера, но и факты процессуальные. Так, по некоторым делам истец должен доказать факт соблюдения претензионного порядка. В случае заявления процессуального ходатайства (об отводе, о приостановлении производства, об оставлении заявления без рассмотрения и т.д.) лицо, участвующее в деле, должно доказать те обстоятельства, на которые оно ссылается как на основании своих процессуальных требований. В-третьих, в предмет доказывания входят и доказательственные факты, т.е. такие фактические обстоятельства, которые используются в суде для установления искомого факта, хотя сами по себе эти обстоятельства каких-либо материально-правовых последствий не влекут.

Вопрос о том, входят ли процессуальные факты в предмет доказывания, является спорным. Некоторые авторы считают, что в предмет доказывания входят только юридические факты материально-правового характера. Изложенная нами точка зрения в последние годы находит всё больше сторонников. Необходимо иметь в виду, что в связи с разделением гражданского судопроизводства на три вида доказывания в неисковых производствах определяется ст. 267 ГПК Республики Казахстан, которая прямо обязывает суд выяснить факты, связанные с правильностью и законностью действий административного органа. Суд, в частности, должен проверить: производится ли взыскание на основании закона и уполномоченным на то органом или должностным лицом; был ли соблюден установленный порядок привлечения лица, к которому предъявлено требование, к выполнению возложенной на него обязанности; совершил ли оштрафованный нарушение и виновен ли он в совершении этого нарушения; не превышает ли наложенный штраф, установленный предельный размер; учтены ли при определении размера штрафа тяжесть совершённого проступка, личность виновного и его имущественное положение и т.д.

Процесс доказывания складывается из трёх направлений доказательственной деятельности, которые мы анализируем в соответствующей последовательности имея в виду, что все эти направления неразрывно связаны между собой.

Выявление, собирание и представление доказательств. В соответствии с принципом состязательности выявлять, собирать и представлять доказательства должны стороны, жалобщики, заявители и другие лица, участвующие в деле. Суд может помогать этим лицам, а в необходимых

случаях действовать по своей инициативе. В исковом заявлении истец должен указать на обстоятельства, на которых он основывает своё требование, и доказательства, подтверждающие изложенные истцом обстоятельства. Если в исковом заявлении, жалобе или заявлении по делам особого производства имеются недостатки, связанные с представлением доказательств, судья применительно к ст. 155 ГПК даёт истцам, жалобщикам или заявителям срок, необходимый для исправления недостатков, одновременно принимая меры по истребованию необходимых доказательств от своего имени.

Подготовка дела к судебному разбирательству в значительной степени связана с выявлением, собиранием и представлением доказательств. В соответствии со ст. 170 ГПК Республики Казахстан судья опрашивает истца по существу исковых требований, выясняет у него возможные возражения со стороны ответчика, предлагает в случае необходимости представлять дополнительные доказательства. Судья разрешает вопрос о вызове свидетелей, производстве экспертизы и т.д. Доказательства выявляются, собираются и представляются в стадии судебного разбирательства. Начиная с подготовительной части и до вынесения решения по делу заинтересованные лица, а также суд могут принимать меры по привлечению в процессе доказательств, которые не были предъявлены в суд в стадии возбуждения или подготовки дела. Если во время прений или заключения прокурора, а также в момент вынесения решения суд признаёт необходимым выяснить новые обстоятельства или исследовать новые доказательства, он выносит определение о возобновлении рассмотрения дела по существу. В апелляционную инстанции заинтересованные лица могут представить новые материалы.

Исследование доказательств. Исследование судебного доказательства - это его непосредственное восприятие, проверка одного доказательства с помощью других, выявление и устранение противоречий, если они имеются в представленных доказательствах. Доказательства исследуются судом и лицами, участвующими в деле. Суд возглавляет деятельность по исследованию доказательства. Он заслушивает объяснения лиц, участвующих в деле, допрашивает свидетелей и экспертов, знакомится с письменными и вещественными доказательствами. Одновременно доказательства должны быть исследованы всеми лицами, участвующими в деле. Взаимосвязь действий суда по исследованию доказательств с действиями лиц, участвующих в деле, - важное условие достижения успеха в выявлении и установлении факторов и обстоятельств, имеющих значение для дела.

Оценка доказательств - завершающий этап процесса доказывания. Это третье направление доказательственной деятельности неразрывно связано с двумя первыми. Уже при возбуждении дела, а затем в ходе подготовки к судебному разбирательству судья предварительно оценивает представляемые доказательства на основании правила относимости: имеющие значение принимает, а не относящееся к делу устраняет. Оценочное суждение судьи или суда о недостаточности или недостоверности доказательств, имеющихся в деле, влечёт определение суда об истребовании дополнительных доказательств,

принятии мер по проверке представленных доказательств и т.д. Оценочные суждения суда о силе, значении и достоверности доказательств, такие же суждения лиц, участвующих в деле, являются неотъемлемой частью процесса судебного доказывания. Однако указанные суждения, хотя и носят оценочный характер, не являются оценкой доказательств в том смысле, как её понимает закон. Это - предварительные суждения, но не их окончательная оценка. Оценка доказательств - это имеющее правовое последствие окончательное суждение суда о достоверности, силе и значении доказательства, зафиксированное в соответствующем судебном постановлении. Закон устанавливает, что оценка доказательств судом происходит по внутреннему убеждению, основанному на всестороннем полном рассмотрении в судебном заседании всех обстоятельств дела в их совокупности.

Конечно, в объеме одной работы трудно полностью осветить такую глубокую и обширную тему как доказательства и доказывание в особом искомом производстве, однако фундаментальные понятия и базовые положения в указанной работе приведены. Несмотря на то, что правотворческий подход к вопросам гражданского процесса по-российскому и по-казахстанскому законодательству несколько отличаются друг от друга, но эти отличия не столь существенные. Что же касается законодательства в области, то здесь в настоящее время не отводится много времени на принятие кардинальных действий, так как любое промедление грозит конфликтами между нормативными актами различных отраслей права так или иначе связанных с гражданскими правоотношениями, а все это в свою очередь препятствует нормальному развитию государства.

Используя не только свой опыт, но и опыт других развитых государств, учитывая национальные и исторические особенности нашего народа я уверен Казахстан укрепит свои позиции как флагмана центрально-азиатского региона, как в области экономики, так и правового развития.

Рекомендации:

- 1) необходимо готовить прокуроров, осуществляющих представительство в суде на специальных курсах, так как специфика работы прокуроров в суде отличается от их обычной работы;
- 2) необходимо ввести институт помощников судей, которые бы занимались подготовкой дела к судебному разбирательству, в том числе сбором необходимых доказательств;
- 3) для лучшей защиты интересов граждан и доступа к качественному юридическому сопровождению предлагается отменить вступительные взносы, а также прием экзаменов и стажировки в независимые организации;
- 4) необходимо ввести уголовную ответственность за дачу ложных объяснений.

Йорг Пуделька,
судья, г. Берлин, Германия

Руководитель проекта GIZ «Поддержка правовых
и судебных реформ в странах Центральной Азии» в Казахстане и Таджикистане

Разница и общность принципов гражданского и административного процесса при исследовании доказательств

Согласно § 98 АПК Германии в административном процессе как в отношении отдельных средств доказывания (т.е., в частности, свидетельские показания, экспертные заключения, документарные доказательства, осмотр и допрос сторон), так и в отношении исследования доказательств принципиально действуют нормы ГПК Германии. Однако это только принцип, а, как известно каждому юристу, нет принципа без исключения!

Различия в принципах гражданского и административного процесса объясняются прежде всего тем, что в гражданском процессе действует принцип состязательности, согласно которому обязанностью сторон является изложение обстоятельств и, при необходимости, доказательство спорных фактов самими сторонами, в административном же процессе действует принцип расследования обстоятельств судом. Согласно этому принципу суд не может опираться только на изложенные сторонами факты и на представленные ими доказательства (§ 86 АПК), но, наоборот, должен расследовать все обстоятельства – поскольку они имеют значение для нахождения решения, т.к. это является должностной обязанностью суда (§ 86 АПК). Конечно, стороны могут проявлять инициативу в отношении поиска соответствующих доказательств, а на устном заседании – подавать заявки на исследование судом доказательств. Однако суд не ограничивается только этим. Он может по собственному желанию запрашивать информацию (например, в административных органах) или собирать доказательства.

1. Принцип расследования судом обстоятельств дела

§ 86 абз. 1 АПК гласит: „Суд расследует обстоятельства дела на основании своих должностных обязанностей; к этому должны привлекаться участники процесса. Суд не связан изложением фактов участниками и их ходатайствами о представлении доказательств“.

Это положение описывает существенное отличие гражданского права от административного. В административном процессе на стороны не может быть возложена обязанность самостоятельно излагать суду факты и обстоятельства, важные для вынесения судебного решения. Потому что – в отличие от гражданского процесса – в административном процессе имеется публичная заинтересованность в обеспечении правильности судебного решения. Предпосылкой для этого является, конечно, то, что суд в своей правовой оценке исходит из правильных обстоятельств. Принцип расследования обстоятельств судом является, в конечном счете, также следствием принципа правового государства и выводимого на его основе принципа законности административной деятельности (ст. 19 абз. 4 Основного закона).

Суд обязан, независимо от изложения фактов сторонами, исчерпать все имеющиеся разумные возможности расследования фактов, существенных для

вынесения решения по делу, но не должен преступать границы допустимого (NVwZ-RR 2006, 627; но: допрос более 10 тыс. человек недопустим).

2. Ограничения обязанности суда проводить расследование обстоятельств

Обязанность суда проводить расследование обстоятельств, в частности, обязанность собирать и исследовать все имеющиеся в деле или представленные участниками доказательства, ограничивается привязкой суда к определенным преюдициальным судебным решениям. При этом действует правило, что суд принципиально связан рамками, устанавливаемыми вступившими в силу решениями других судов. Однако это правило не распространяется на установленные судом факты, оно относится прежде всего только к резолютивной части и к обоснованию решения.

Принципиально отсутствует привязка к фактам, установленным в ходе административной процедуры (исключение: например, материальная преклюзия в определенных процедурах планирования, которая по закону должна назначаться в особом порядке). Это было бы несовместимо с принципами правового государства (ст. 19 абз. 4 Основного закона).

Кроме того, из обязанности сторон оказывать содействие суду при установлении фактов дела (§ 86 абз. 1 АПК) вытекает ограничение обязанности суда расследовать обстоятельства и факты дела. В целях ускорения процесса в закон были внесены изменения, а именно включен § 87 b АПК, который разрешает суду устанавливать для одной из сторон процесса срок исполнения ею определенных действий, как то:

- 1) указать факты или обозначить средства доказывания;
- 2) представить документы или другие движимые вещи, а также электронные документы, поскольку эта сторона несет соответствующую обязанность.

Если заявления и средства доказывания не представляются или представляются участниками процесса только по истечении установленного срока, то суд может отклонить их и принять решение без проведения дальнейшего расследования, в случае:

- 1) если принятие во внимание представленных с опозданием заявлений и пр. затянуло бы, по убеждению суда, решение спора, и
- 2) если этот участник процесса не приводит уважительных причин просрочки, и
- 3) если этот участник процесса получил разъяснение относительно последствий нарушения процессуальных сроков.

Наконец, очевидные факты не требуют доказательств, и поэтому суду не надо проводить никакие расследования. При этом речь может идти как о общеизвестных фактах, так и о фактах, известных суду. Известными суду являются те факты, которые достоверно известны членам суда в связи с их деятельностью в суде. К общеизвестным фактам относятся также и сведения общего характера, приобретенные опытным путем, а также факты, полученные на основе этого опыта.

3. Средства доказывания

В качестве средств доказывания могут принципиально рассматриваться все средства познания, которые согласно принципам логики, согласно общему опыту или научному познанию пригодны или могут быть пригодными для того, чтобы обосновать убежденность суда в наличии важных для вынесения решения фактов, а также убежденность суда в правильности какого-либо суждения или оценки фактов, например, психологические экспертизы и тесты, справки из организаций, показания свидетелей об услышанном ими, свидетельские показания агентов (то есть сотрудников спецорганов), письменный опрос одного из тайных агентов ведомства или органа, письменные заявления, публикации в прессе и т.д.⁵⁰ Но наиболее важными из них являются перечисленные в § 96 абз. 1 АПК: а именно, доказательства, полученные от свидетелей, от экспертов, документарные доказательства, осмотр доказательств и допрос сторон.

Не допускается использовать доказательства, которые либо запрещены законом (например, т.к. их получение или исследование оскорбляет человеческое достоинство или нарушает другие правовые принципы), и те, которые непригодны, например, если их результаты научно не обоснованы (например, экспертное заключение парапсихолога).

Но следует обратить внимание, что недопустимость исследования фактов не позволяет автоматически сделать вывод о недопустимости их использования (пример: дневниковые записи – см. решение Федерального конституционного суда BVerfGE 80, 367).

Исследование этих доказательств происходит в основном по тем же правилам, что и в гражданском процессе. О том, какое доказательство должно быть исследовано, суд принципиально должен принять решение. Стороны могут ходатайствовать о представлении доказательств, отклонение этих ходатайств судом может быть обжаловано, но обжаловать можно не само это решение об отклонении ходатайства, а только совокупное, т.е. окончательное решение (§ 146 абз. 2 АПК).

- a. осмотр: зрительное восприятие, запахи, шумы – т.е. все, что воспринимается органами чувств

Если один из участников процесса необоснованно отказывается выполнять свои процессуальные обязательства, то его нельзя принудить к исполнению, однако суд в этом случае может путем «свободной оценки доказательств» презюмировать по должностному усмотрению, что утверждаемые другой стороной факты являются истинными.

- b. Свидетели: ими могут быть только не участвующие в процессе третьи лица (не сами стороны процесса); §§ 373 и след. ГПК Германии (ZPO)
- c. Эксперты: §§ 402 и след. ГПК Германии (ZPO) (если оценка того или иного обстоятельства требует особых профессиональных знаний, которые отсутствуют у членов суда)

50 Kopp/Schenke, VwGO, 10. Aufl. 2009, § 98 Rn. 3 m.w.N.

- d. Документы: §§ 415 и след. ГПК Германии (ZPO) (выражение мыслей средствами письма)
- e. Допрос сторон: §§ 445 и след. ГПК Германии (ZPO);
- Допускается как и в гражданском процессе, если выяснение обстоятельства нельзя осуществить с помощью иных средств доказывания

Согл. § 99 абз. 1 VwGO государственные органы принципиально обязаны предоставлять документы или акты, а также давать информацию справочного характера. Исключения возможны только в случае, когда затрагиваются важные государственные интересы, однако суд должен иметь возможность проверить наличие таких интересов.

Если государственный орган безосновательно отказывается предоставить суду документы или акты, то суд не может заставить орган сделать это. Однако суд может и должен учесть необоснованный отказ органа власти от содействия суду при оценке доказательств.

В остальном действует общее правило, гласящее, что недоказуемость какого-либо факта трактуется в ущерб стороны, которая в этом случае хотела бы извлечь из этого доказательства выгодное для нее правовое последствие. Срыв выяснения обстоятельств дела, исследования доказательств трактуется против виновной в этом стороны, если эта сторона была способна оказать содействие суду.

Ответственность должностных лиц

В Германии не существует ответственности государственных должностных лиц в виде самостоятельного регулирования об «административных правонарушениях должностных лиц».

Наоборот, уголовный кодекс предусматривает усиление наказания за определенные уголовные правонарушения, если они совершены должностными лицами (например, нанесения тяжких телесных повреждений лицом, находящимся при исполнении должностных обязанностей). Но в принципе нет особого регулирования уголовной ответственности должностных лиц.

Правда, имеется самостоятельное дисциплинарное преследование за должностные преступления.

Т.к. здесь мы рассматриваем вопросы, относящиеся к области гражданского и административного права, то я сознательно не хочу понимать термин «ответственность» как вопрос о преследовании за административные правонарушения, но, наоборот, как вопрос о материальной ответственности за противоправные действия государственных должностных лиц.

Материальная ответственность в случае нарушения должностных обязанностей чиновником в отношении третьего лица регулируется в § 839 ГК Германии. Согласно этому должностное лицо само должно возместить третьему лицу причиненного ему в результате совершения должностным лицом и по вине должностного лица неправомерного действия в интересах третьих лиц. Устанавливая эту норму, законодатель изначально хотел выразить, что действия чиновника в интересах государства могут быть только правомерными.

Если они действуют неправомерно (нарушают свои обязанности), то это не может быть оправдано возложенным на них обязанностями, поэтому совершенные ими неправомерные действия являются их частным делом, что влечет за собой частную ответственность. Чтобы предотвратить паралич публичной администрации, теперь статьей 34 Основного закона (= конституция Германии) ответственность перекладывается на государство: «Если какое-либо лицо при исполнении вверенной ему публичной должности нарушит свои служебные обязанности по отношению к третьим лицам, то ответственность в принципе несет государство или образование, на службе которого состоит это лицо». Однако эти споры, как и большинство других публично-правовых вопросов об ответственности, все еще рассматриваются в судах общей юрисдикции.

Для этого нельзя найти существенного оправдания, поскольку государство, несомненно, ущемляет интересы гражданина. Для гражданина гражданский судебный процесс, в котором он должен сам излагать основания выдвигаемых им требований и сам приносить доказательства согласно принципу состязательности, является намного менее выгодным, чем административный процесс, в котором суд или административный орган в принципе обязаны провести расследование обстоятельств дела.

Помимо этого права на возмещение в случае нарушения чиновником должностных обязанностей согласно § 839 ГК Германии, которое гражданину скорее трудно реализовать, имеются и другие случаи материальной ответственности должностных лиц. Если должностное лицо нанесет мне повреждение не при исполнении возложенных на него обязанностей, а как частное лицо, то в этом случае я вправе предъявить к нему те же самые гражданско-правовые требования, как и по отношению к любому другому лицу (т.е. на основании деликтного права согласно ГК Германии).

Но если государство в лице своих должностных лиц совершает противоправные действия в сфере публично-правовых отношений, то в этом случае наряду с ответственностью за нарушение должностных обязанностей имеются и другая материальная ответственность. Так, например, признается публично-правовое позитивное нарушение договора в рамках публично-правовых доверительных отношений между чиновником и государством. Преимуществом этого является тот, что требование на этих основаниях может быть предъявлено в административном суде. Следовательно, для истца в этом случае не действует невыгодный для него принцип состязательности, а действует выгодный для него принцип административного процесса, устанавливающий обязанность суда проводить расследование обстоятельств.

Приведем пример. Усердный, опытный 60-летний чиновник А, разведенный и имеющий 5 детей, подает заявку на участие в конкурсном отборе на повышение по службе. В этом же конкурсе участвует и привлекательная блондинка В, незамужняя и не имеющая почти никакого опыта работы. По результатам последней аттестации оба получили оценку «хорошо».

Если повышение получит В при обосновании начальником, что ему приятнее иметь в своем отделе миловидную блондинку, чем старомо чиновника,

то такое решение будет неправомерным уже хотя бы потому, что оно принято на основании непрофессиональных критериев.

Если А своевременно извещен о предполагаемом служебном повышении сотрудницы В, то он может попытаться помешать этому путем возбуждения судебного иска о проведении срочного разбирательства. Но если тем временем назначение уже произошло, то его уже невозможно отменить в принципе, согласно положениям законодательства о чиновниках. Тогда проигравший чиновник А может все же потребовать от государства возмещения вреда, причиненного ему неправомерным решением конкурсного отбора. В качестве основания для обращения в суд он может выбрать либо ответственность в случае нарушения должностных обязанностей (§ 839 Гражданского уложения Германии) либо публично-правовое позитивное нарушение договора. Он выберет последнее, потому что таким образом он может обратиться с иском в административный суд.

Помимо этого есть еще целый ряд других оснований, по которым должностное лицо при совершении им неправомерных действий должно возместить гражданину причиненный ему вред. Приведем здесь только несколько примеров:

- a. самопожертвование (Aufopferung) (если в результате правомерных действий был причинен вред таким чисто личным правовым благам, как жизнь, здоровье)
- b. действие, аналогичное самопожертвованию (aufopferungsgleicher Eingriff) (то же самое, что и п. а, только в результате неправомерных действий)
- c. изъятие собственности (в случае правомерного окончательного акта изъятия собственности)
- d. действие, аналогичное изъятию (то же самое, что и п. с, только в результате неправомерных действий)
- e. действие, ведущее к изъятию собственности («enteignender Eingriff») (ограничение прав собственника, которое возникает как непредвиденное и нежелательное побочное следствие правомерного действия органа публичной администрации)

Сейдалина Ж.К.,
старший помощник Генерального Прокурора Республики Казахстан
кандидат юридических наук

Разбор дела по обжалованию действий должностных лиц

Используемый в немецком юридическом образовании рабочий метод судьи по гражданским делам, имеющий еще одно название как Реляционная техника, позволяет судье применять достаточно эффективный и экономный способ рассмотрения правового спора. Суть данного метода в краткой форме определяет следующую последовательность действий судьи. Сначала судья

должен упорядочить фактические обстоятельства исследуемого случая, основываемые на утверждениях, излагаемых сторонами в своих письменных документах, а также в пояснениях, даваемых во время устного разбирательства. То есть суд определяет утверждения истца, утверждения ответчика и бесспорные факты дела. Затем судья должен провести работу по правовой проверке исковых притязаний истца, возражений ответчика: основываются ли они на нормах права, требуются ли доказательства, если да, то какие. Естественно, что бесспорные фактические обстоятельства правовой оценке не подвергаются.

В некоторых случаях уже на этой стадии, не доходя до стадии предоставления доказательств, можно прийти к выводу о необоснованности иска. Причем здесь даже может не потребоваться возражений ответчика, так как они не будут являться существенными. Если же истец не сможет представить требуемое доказательство, то иск будет отклонен исходя из общих правил бремени доказывания.

Предлагаемая техника может быть использована и казахстанскими судьями, так как существенно облегчает работу судьи и как бы определяет формулу рассмотрения дела: можно ли вынести решение без исследования доказательств, как определить какие доказательства следует исследовать, а какие фактические данные являются несущественными для правового разрешения спора.

Ниже с использованием техники разбора гражданского дела представлено правовое заключение по одному гражданскому делу. Причем хотелось бы отметить, что несмотря на схожесть правовых систем Казахстана и Германии, данный спор был бы разрешен по-разному.

Дело.

1. Обстоятельства дела:

Между Б. (продавец) и А. (покупатель) в обеспечение договора купли-продажи квартиры стоимостью в 1,5 млн.тенге был заключен нотариально заверенный договор задатка от 02.02.2003 года, по которому А. передает Б. задаток в сумме 1 млн. тенге. По условиям договора А. вселяется в квартиру, а оставшуюся сумму 500000 тенге передает Б. в срок до 05 мая 2003 года. Стороны договорились, что договор купли-продажи должен быть заключен не позднее 01 ноября 2003 года.

А. вселился в квартиру жил в ней в течение 5 лет, произвел необходимый ремонт, нес бремя содержания имущества. Однако Б. в последующем отказался от заключения договора купли-продажи и оставшуюся сумму денег от А. не взял и предъявил иск о выселении А. из квартиры. А. в свою очередь предъявил иск о признании договора купли-продажи состоявшимся (ст.154 ГК) и признании на квартиру права собственности.

Б. считает, что договор задатка не может подменять договор купли-продажи, а А. имеет право требовать лишь взыскания задатка в двойном размере.

Б. предъявляет требования выселить А. из принадлежащей ему квартиры.

А. через предъявление встречного иска просит суд признать договор купли-продажи состоявшимся и признать за ним право собственности.

Правовое заключение:

Исходный вопрос: необходимо определиться с предметом и основанием исковых требований каждого: кто от кого что хочет; на какой норме закона стороны обосновывают свои требования. Какие имеются бесспорные фактические данные.

В отличие от германского процессуального права, в соответствии с ч.2 ст. 49 ГПК РК, суд не вправе по своей инициативе изменять предмет или основание иска. Часть 2 ст.219 ГПК РК, также определяет, что суд должен разрешить дело в пределах заявленных истцом требований. Однако этой же статьей установлено, что с согласия истца суд может выйти за пределы заявленных им требований, если признает это необходимым для защиты его прав, свобод и охраняемых законом интересов, а также в других случаях, предусмотренных законом. Следует отметить, что данная норма в судебной практике применяется, в исключительных случаях.

Следовательно, суд процессуально связан с тем, каким образом истец обозначит предмет и основание иска.

В соответствии с разъяснениями, данными в нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 11 июля 2003 года N 5 «О судебном решении», предмет иска обуславливается конкретными требованиями истца (заявителя) и определяется как материально-правовое требование с указанием сути нарушения или угрозы нарушения прав, свобод или законных интересов обратившегося.

Под основанием иска следует понимать указываемые заинтересованным лицом факты, влекущие за собой возникновение, изменение или прекращение материального правоотношения, являющегося предметом иска.

Требования сторон по иску

Требованием Б. является истребование имущества у А., и выселение последнего.

Встречные исковые требования А. состоят в признании в соответствии со ст. 154 ГК сделки купли-продажи квартиры состоявшейся и, следовательно, признать за А. право собственности на спорную квартиру.

Правовое заключение будет основываться на следующих основных моментах, которые суд должен последовательно определить.

А. Бесспорные обстоятельства

Б. Утверждения истца, которые оспариваются ответчиком

В. Утверждения ответчика, которые оспариваются истцом.

А. Истец и ответчик не оспаривают факт заключения договора задатка в нотариальной форме с содержанием указанным в фабуле дела. Стороны подтверждают так же отсутствие надлежаще оформленного договора купли-продажи квартиры и не оплаты А. оставшейся суммы по договору задатка в связи с нежеланием Б. в последующем заключить такой договор. Это является бесспорным доказательством, в связи с этим суду не надо входить в обсуждение 1) о действительности заключенной сделки (договора задатка);

2) проживания А. в квартире более 5 лет и несения бремени содержания имущества; 3) определения обстоятельств незаключения договора; 4) установления виновного в незаключении договора купли-продажи; Поэтому отсутствует необходимость предлагать сторонам предоставить доказательства по вышеназванным беспорным обстоятельствам.

Б. Б. считает, что, так как договор купли-продажи квартиры так и не был заключен, то он как собственник имеет право истребовать у А. свое имущество и выселить последнего из него.

В. А. считает, что фактически договор задатка можно считать договором купли-продажи имущества, в связи с чем со ссылкой на ст. 154 ГК ставит вопрос о признании этой сделки состоявшейся и посредством судебного решения признать за ним право собственности.

Судье предлагается перед дачей правового заключения все беспорные и спорные утверждения истца, ответчика показать в следующей табличной форме.

Изложения Б.	Изложения А.
<p><u>1. Требования/ ходатайства</u> истребование имущества у А., и выселение последнего.</p>	<p>признание в соответствии со ст. 154 ГК сделки купли-продажи квартиры состоявшейся и признание за А. право собственности</p>
<p><u>2. Фактические обстоятельства дела</u></p>	
<p>Нотариально заключенный договор задатка в обеспечение договора купли-продажи квартиры;</p>	<p>+</p>
<p>Фактическое проживание А. в квартире более 5 лет и несения бремени содержания имущества;</p>	<p>+</p>
<p>Договор купли-продажи квартиры не заключен сторонами по вине Б.</p>	<p>+</p>
<p>Так как договор купли-продажи квартиры так и не был заключен, Б. как собственник имеет право истребовать у А. свое имущество и выселить его.</p>	<p>Считает, что фактически договор задатка можно считать договором купли-продажи имущества, который может быть решением суда признан состоявшимся</p>

По данному спору не требуется собрание дополнительных доказательств, поэтому представленная таблица упрощенная и по спору необходимо дать только правовую оценку утверждениям сторон. В другом случае было бы необходимо отдельной графой, где имеются спорные утверждения истца и ответчика определить какие доказательства в подтверждении своих утверждений должны будут представить стороны.

Правовое заключение

В правовом заключении последовательно дается правовая оценка спорным утверждениям истца и ответчика в совокупности с бесспорными обстоятельствами дела.

Правовым основанием притязаний Б. является ст.188 ГК, согласно которой право собственности бессрочно. Право собственности на имущество может быть принудительно прекращено только по основаниям, предусмотренным Кодексом. На основании ст.260 ГК собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения.

Для разрешения вопроса необходимо определить имеет ли Б. право собственности на истребуемое им имущество и не утратил ли он это право. В связи с чем, суду следует предложить Б. предоставить доказательства, подтверждающие наличие права собственности на истребуемое имущество. К таковым могут быть отнесены: гражданско-правовые договора (купли-продажи, дарения, завещание и др.), акт уполномоченного государственного органа. При этом в соответствии с требованиями ст.155 ГК, нормами Закона РК «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» права на недвижимое имущество подлежат обязательной государственной регистрации в правовом кадастре и считаются возникшими с момента их государственной регистрации, если иное не установлено Законом и иными законодательными актами. А сделки по отношению к этим правам считаются совершенными после их регистрации.

Из фактуры дела следует, что у Б. имеются все правоустанавливающие документы, подтверждающие наличие права собственности на спорное имущество, а, следовательно, суд может сделать вывод о том, что у Б. имеются правовые основания к предъявлению такого иска. Однако возможность удовлетворения заявленных требований Б. о выселении А. в данном деле зависит от правовой оценки обоснованности заявленных требований А., так как при удовлетворении иска последнего невозможно удовлетворении требований первого.

В качестве обоснования исковых требований А. указывает на то, что сделка фактически была совершена сторонами. В течение 5 лет он добросовестно нес бремя содержания имущества, тогда как Б. отказался от окончательного расчета и совершения сделки в надлежащей форме.

Для правильного разрешения спора необходимо определить насколько обоснованны притязания А.

А., в обоснование своих исковых требований, подтверждающих, по его мнению, правовую возможность передачи ему права собственности на квартиру ссылается на наличие нотариально заверенного договора задатка.

Согласно ст.337 ГК РК, задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне и в обеспечение заключения и исполнения договора либо исполнения иного обязательства. Соглашение о задатке независимо от суммы задатка должно быть заключено в письменной форме.

Правовая природа задатка, состоит в том, что задаток является одним из способов обеспечения исполнения обязательств, предназначенных для стимулирования должника к исполнению своих обязательств и удовлетворению интересов кредитора в случае их неисполнения. В связи с чем, договор задатка не может подменять собой договор купли-продажи.

Ссылка А. на возможность урегулирования спора в соответствии со ст.154 ГК РК является ошибочной. Частью 2 статьи 154 ГК РК определена возможность признания сделки действительной через вынесение судебного решения в том случае, если сделка, требующая нотариального удостоверения, фактически исполнена сторонами или одной из сторон, по своему содержанию не противоречит законодательству и не нарушает прав третьих лиц. В этом случае последующее нотариальное удостоверение сделки не требуется.

В соответствии с Законом РК от 14 июля 1997 года №155 «О нотариате», «Инструкции по нотариальному делопроизводству в Республике Казахстан» утвержденной Приказом Министра юстиции РК от 16 июля 1998 года N 83, сделка купли-продажи недвижимости не требует обязательного нотариального оформления. Для такой сделки достаточно простой письменной формы. Следовательно, правовое основание притязаний А. со ссылкой на ст. 154 ГК является неверным.

К разрешению спора, возможно было бы применить ст.155 ГК РК, так как сделка по купле-продаже квартиры подлежит обязательной государственной регистрации. Часть 2 данной статьи определяет, что если одна из сторон уклоняется от государственной регистрации прав на сделку, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о регистрации прав на сделку. В этом случае права регистрируются в соответствии с решением суда.

Возможность вынесения судебного решения о регистрации сделки возможна при соблюдении двух условий: 1) сделка совершена в надлежащей форме; 2) одна из сторон уклоняется от регистрации сделки. В рассматриваемом споре договор купли-продажи заключен не был, а был заключен только договор задатка. Признание такого договора задатка формой предварительного договора не поддерживается судебной практикой и на наш взгляд противоречит существующей доктрине. В связи с чем, возможность применения к данной спорной ситуации ст.155 ГК отсутствует.

Учитывая гражданско-правовой принцип свободы заключения договора (ст. 380 ГК) в рассматриваемом споре отсутствует правовая возможность понуждения Б. заключить с А. договор по продаже квартиры.

В рассматриваемом случае в действиях А. усматривается правовая небрежность, выражающаяся в непринятии мер к надлежащему оформлению договорных отношений с Б. Проживание в спорной квартире длительное время не может служить правовым основаниям возникновения у А. права собственности на квартиру.

Статья 338 ГК определяет последствия прекращения и неисполнения обязательства, обеспеченного задатком, а именно: в случае если за неисполнение обязательства ответственна сторона, получившая задаток, она обязана уплатить другой стороне двойную сумму задатка.

Сверх того, сторона, ответственная за неисполнение обязательства, обязана возместить другой стороне убытки с учетом суммы задатка, поскольку в договоре не предусмотрено иное.

На основании вышеизложенного следует, что А. в связи с неисполнением Б. заключить договор купли-продажи квартиры имеет право ставить вопрос о взыскании с Б. задатка в двойном размере. При этом следует указать на наличие вины Б. в незаключении в установленные договором о задатке сроки договора купли-продажи квартиры.

Кроме того, А. имеет право предъявить к Б. требования о взыскании убытков, не покрытые суммой задатка.

Вывод: Иск Б. подлежит удовлетворению; А. подлежит выселению из квартиры со всеми членами его семьи без предоставления другого помещения.

В удовлетворении иска А. следует отказать с разъяснением возможности предъявления требований о взыскании с Б. задатка в двойном размере и убытков, непокрытых суммой задатка.

СЕССИЯ 4. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ ПО ТРУДОВЫМ СПОРАМ

Х.С. Шарифбаева,
судья Алматинского городского суда

Доказательства и доказывание по трудовым спорам. Фактические данные, не допустимые в качестве доказательств

Переход страны на рельсы рыночной экономики требовал реконструирования не только экономики государства, но и непосредственного проводника реформ права – судебной системы.

В гражданском процессе одно из центральных мест занимают вопросы доказательственного права, включающие доказательства и доказывание, поэтому хочу сделать акцент именно на этой теме.

Анализ и сравнение правовых институтов показывает, что институт доказательств и процесса доказывания не претерпел большого объема нововведений, но те изменения, которые произошли, они существенны.

Прежним осталось понятие доказательств. Как в статье 47 Гражданского процессуального кодекса Казахской ССР (ГПК Казахской ССР), так и в статье Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан (далее- ГПК) предусмотрено, что доказательствами являются фактические данные.

На неточность формулировки понятия доказательств обращали внимание многие ученые процессуалисты. В частности И.В. Решетникова отмечала: «Правильнее было бы сказать, что доказательства – это сведения о фактах. В противном случае может произойти путаница между сведениями о фактах (которыми являются доказательства) и фактическими данными как фактами реальной действительности (это предмет доказывания)».

К сожалению, наш законодатель не принял во внимание приведенные доводы ученых и сохранил прежнюю формулировку понятия доказательств.

В отличие от законодателя Республики Казахстан законодатель России, принимая ГПК, в статье 55 дал следующее понятие доказательствам. «Доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке *сведения о фактах*, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела».

Заслушав и проанализировав доклад, выступавших до меня лекторов, у которых мнение аналогично моему, полагаю, что нашему законодателю не мешало бы перенять положительный опыт России, т.к. неточная формулировка понятия доказательств приводит к тому, что после рассмотрения дела по существу стороны обращаются в суд с иском о признании доказательств неправомерными либо незаконными.

Так, гражданка П. обратилась в суд с исковым заявлением об аннулировании акта записи о расторжении брака с супругом, произведенного

на основании заявлений супругов в органах ЗАГС в 1995г. Мотивировала тем, что ее супруг не получал свидетельства о расторжении брака, в 2005 г. он умер. Решением суда ей отказано в удовлетворении требований по мотивам, что она сама подписала заявление о расторжении брака, получила свидетельство о расторжении брака и пропущен срок исковой давности. Она после рассмотрения дела в апелляции обратилась к доктору юридических наук Сулейменову М.К., он ей дал правовое заключение о том, что брачно-семейным законодательством Казахской ССР и Республики Казахстан не предусмотрено применение срока исковой давности.

Решением Бостандыкского районного суда г.Алматы удовлетворены требования П. Она подала апелляционную жалобу, указывая, что суду следовало ей отказать в удовлетворении ее искового заявления.

Имеет место предъявление исковых заявлений о признании незаконным заключений экспертиз после рассмотрения дела по существу, где в качестве одного из доказательств суд аргументирует этим заключением.

Правильное раскрытие понятия судебных доказательств и научный анализ их характерных признаков окажут положительное влияние на правосознание людей, судей и их деятельность по исследованию и оценке доказательств, будут способствовать укреплению законности в гражданском судопроизводстве, правильному разрешению судами гражданских дел, усилению охраны прав граждан и юридических лиц.

По закону фактические данные устанавливаются: объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами, заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий, протоколами судебных заседаний, отражающими ход и результаты процессуальных действий, и иными документами - т.е. все перечисленные доказательства носят сведения (информацию) о фактах.

Признаки судебных доказательств:

- сведения о фактических данных, но никоим образом об абстрактных;
- относящиеся к делу;
- полученные законным способом;
- обосновывающие требования и возражения сторон, обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела;
- установленные теми способами, которые оговорены в законе.

Перечисленные признаки судебных доказательств тесно связаны с правилами об относимости, и допустимости доказательств, предусмотренными в статьях 67, 68 ГПК.

Суд принимает, т.е. допускает и исследует только те доказательства, которые относятся к данному делу, могут подтвердить или опровергнуть те обстоятельства дела, на которые ссылаются стороны и другие лица, участвующие в деле. Такие доказательства, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения дела. Доказательство, не имеющее значение для дела, должно быть исключено. Вопрос об относимости доказательств решается на стадии подготовки дела к судебному разбирательству.

Принцип допустимости доказательств состоит в том, что суд может использовать только предусмотренные законом виды доказательств и не может допускать по отдельным категориям гражданских дел определенные средства доказывания.

Истинность данных, выступающих в качестве судебных доказательств, суд проверяет путём исследования процесса их формирования, сохранения и воспроизведения, путём сопоставления этих данных с другими фактическими данными, при помощи экспертизы и иными законными способами, позволяющими установить истинность их содержания. Окончательную оценку истинности суд даёт в совещательной комнате при вынесении решения по делу.

Средства доказывания тесно связаны с фактическими данными. Именно средства доказывания являются источником получения сведений о тех фактах, которые необходимо установить по делу. Между фактическими данными и средствами доказывания имеются различия: фактические данные являются содержанием судебного доказательства, а средства доказывания - его формой. Неразрывная связь формы и содержания доказательства означает, что, с одной стороны, в любом средстве доказывания должны содержаться фактические данные, а с другой стороны, фактические данные могут быть получены судом только с помощью установленных законом средств доказывания. Средства доказывания, не содержащие сведений о фактах, либо содержащие сведения, полученные не из установленных в законе источников, доказательственного значения не имеют.

Итак, судебными доказательствами по действующему законодательству являются все фактические данные (факты, сведения о фактах), а также средства доказывания, которые в предусмотренных законом процессуальных формах используются в суде для всестороннего и полного исследования обстоятельств и вынесения законного и справедливого решения. Не являются судебными доказательствами и не имеют доказательственного значения ни фактические данные, не относящиеся к делу, ни фактические данные, источник которых неизвестен или не допускается законом, ни средства доказывания, не содержащие фактических данных, относящихся к делу.

Новым в гражданском процессуальном законодательстве является освобождение суда от сбора доказательств. Вместе с тем, суд по мотивированному ходатайству стороны оказывает ей содействие в получении необходимых материалов в порядке, предусмотренном ГПК. Это дает возможность суду, порой, подсказать, оказывая содействие в осуществлении прав, какие доказательства следует представить.

Такая непоследовательность законодателя приводит к тому, что суд вышестоящей инстанции, ссылаясь на ст.15 ГПК РК отменяет решение нижестоящего суда, основанное на представленных сторонами доказательствах.

Полагаю, что, если стороны не представили в суд доказательства, то вышестоящий суд не вправе отменять такое решение, а следует разъяснить участвующим в деле лицам право на обращение в суд с новыми обоснованиями

своих требований и представлением тех доказательств, которые представлены в вышестоящий суд.

Судебное доказывание - урегулированная нормами гражданского процессуального права процессуальная деятельность сторон, направленная на убеждение суда в истинности утверждений каждого из сторон. Данная деятельность основывается на предоставленных процессуальным законодательством правах и обязанностях сторон.

Стороны в процессе доказывания дают пояснения, утверждают о фактических обстоятельствах дела, в подтверждение своих доводов представляют доказательства, опровергают доказательства оппонента – противоположной стороны, заявляют ходатайства об истребовании доказательств.

Необходимость наличия института доказывания вызвана тем, что, как писал русский ученый Е. В. Васьяковский, "суд не вправе верить сторонам на слово. Он не может удовлетворить исковое требование на том только основании, что считает истца честным человеком, не способным предъявить неправоое требование, и точно также не может отказать в иске, руководствуясь тем, что возражения ответчика заслуживают внимания, ввиду его нравственных качеств, полного доверия. Суд принимает в соображение заявления и утверждения сторон лишь в той мере, в какой установлена их истинность. Доказывание в процессуальном смысле представляет собой установление истинности утверждений сторон перед компетентным судом в предписанной законом форме".

Исследование доказательств производится различными способами, применение которых зависит от вида соответствующего средства доказывания. Объяснения сторон и третьих лиц заслушиваются судом.

Поскольку объяснения сторон и третьих лиц являются одним из видов доказательств, полагаю, что следует предусмотреть в законе уголовную ответственность сторон за дачу ложных пояснений, представление фиктивных доказательств. Только таким образом можно оградить суды от незаконных обращений, которые отнимают время, так необходимое для защиты фактически нарушенного права граждан и юридических лиц.

Наиболее правильным является, как мы узнали из озвученного доклада судьи участкового суда г. Бремен Генриха Шнитгера, пойти по пути немецкого законодательства, и показания свидетелей и третьих лиц исключить из доказательств и отнести их к убеждениям суда.

Перед допросом свидетель приносит клятву следующего содержания: «Я клянусь рассказать суду все известное мне по делу, говорить только правду, всю правду и ничего, кроме правды».

Клятва свидетеля – это торжественное обещание, которое дается суду.

Такая клятва приносится в мусульманских странах, когда приносящий клятву, кладет руку на Коран, в христианских – на Библию. У нас текст клятвы зачитывается, но по выражению лица читающего текст не видно, что он осознает, в чем клянется. Смысл клятвы не понятен.

Судья приносит присягу, кладя руку на Конституцию Республики Казахстан, возможно, чтобы свидетель таким же образом приносил клятву.

Письменные доказательства, письменные объяснения лиц, участвующих в деле, а также письменные материалы, полученные с помощью судебного поручения или в результате обеспечения доказательств, оглашаются в судебном заседании и предъявляются для ознакомления лицами, участвующими в деле, судебным представителям, а в необходимых случаях экспертам и свидетелям. Вещественные доказательства осматриваются судом и предъявляются для ознакомления лицами, участвующими в деле, представителям, а в необходимых случаях экспертам и свидетелям.

Оценка доказательств - завершающий этап процесса доказывания. Это третье направление доказательственной деятельности неразрывно связано с двумя первыми. Уже при возбуждении дела, а затем в ходе подготовки к судебному разбирательству судья предварительно оценивает представляемые доказательства на основании правила относимости: имеющие значение принимает, а не относящиеся к делу устраняет. Оценочное суждение судьи или суда о недостаточности или недостоверности доказательств, имеющих в деле, влечет определение суда об истребовании дополнительных доказательств, принятии мер по проверке представленных доказательств и т.д. Оценочные суждения суда о силе, значении и достоверности доказательств, такие же суждения лиц, участвующих в деле, являются неотъемлемой частью процесса судебного доказывания.

Оценка доказательств - это имеющее правовое последствие окончательное суждение суда об относимости, допустимости, достоверности доказательства. Оценка доказательств судом происходит по своему внутреннему убеждению, основанному на беспристрастном, всестороннем и полном рассмотрении имеющихся в деле доказательств в их совокупности.

В основе оценки судебных доказательств лежит внутреннее судебское убеждение. Оно складывается постепенно, в результате познания судом всех обстоятельств дела, и фиксируется в установленных законом процессуальных формах. Оценка доказательств не может быть безотчетной и интуитивной, она должна быть мотивированной, а мотивы оценки должны найти отражение в письменном документе - судебном решении. Отвергая, например, доказательство ввиду его недостоверности, суд обязан объяснить свое суждение по этому вопросу. В противном случае лица, участвующие в деле, а также вышестоящий суд не могут знать, по каким основаниям суд принял одни доказательства и отверг другие. Свобода суда в оценке доказательств и его независимость в решении вопросов факта и права обеспечивается следующим процессуальным правилом: «Никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы». Любое доказательство независимо от его внешней авторитетности или неавторитетности суд может принять или отвергнуть, если объективное содержание доказательства соответствует фактическим обстоятельствам дела. Даже заключение эксперта необязательно для суда и оценивается им по общим правилам оценки всех доказательств.

Доказательства по трудовым спорам

Трудовые споры в зависимости от предмета могут быть рассмотрены в порядке искового, особого искового производства, особого производства.

По всем спорам, вытекающим из трудовых правоотношений, стороны должны представлять письменные, как прямые, так и косвенные доказательства. Могут быть представлены первоначальные и производные доказательства, личные и вещественные.

Когда предъявляются иски о восстановлении на работе и взыскании заработной платы за время вынужденного прогула, морального вреда, они рассматриваются в *порядке искового производства*.

В силу требований ст. 65 ГПК РК истец должен представить в суд доказательства о том, что с ним был заключен трудовой договор. Такими доказательствами могут быть: трудовая книжка, копия приказа или распоряжения о приеме на работу, приказа или распоряжения об увольнении, справка о заработной плате, при наличии профсоюзной организации, копию постановления профкома.

Представление остальных доказательств зависит от причины увольнения. Бремя представления доказательств по трудовым спорам лежит как на истце, так и на ответчике, т.к. многие доказательства находятся у ответчика, а у истца не всегда имеется реальная возможность их представить.

Так, при увольнении по мотивам неудовлетворительного результата испытания при приеме на работу ответчик должен представить суду доказательства, подтверждающие обоснованность утверждений администрации о том, что истец не выдержал испытаний: заключение специалистов, материалы проверок, докладные записки, акты и ведомости на брак и т.д.

При увольнении по соглашению сторон, когда истец утверждает, что увольнение произведено помимо его воли, истец должен представить доказательства об этом, что у него не было волеизъявления на увольнение, что его заставили написать заявление на увольнение под принуждением, угрозой применения насилия или обманом.

Исковые требования Н. о восстановлении на работе и взыскании заработной платы за время вынужденного прогула по мотивам, что заявление на увольнение было, написано под принуждением, оставлено без удовлетворения, т.к. доказательств о принуждении истцом не предоставлено (далее ТК РК) трудовой договор, заключенный на определенный срок, прекращается, в связи с истечением его срока.

При принятии иска по спорам об увольнении в связи с истечением срока следует требовать предоставления ИТД, либо другого доказательства, подтверждающего заключение трудового договора на определенный срок.

Согласно п.5 этой же статьи, если по истечении срока трудового договора трудовые отношения фактически продолжают, то действие трудового договора считается продолженным на неопределенный срок.

Когда истец настаивает на том, что трудовые отношения продолжались по истечении срока договора, он должен представить доказательства о том, что он

работал по истечении срока договора. Это может быть табель учета рабочего времени, подписанные им бумаги, например: накладные, путевые листы.

Было гражданское дело, когда уволили диспетчера по мотивам истечения срока договора. Она представила в суд копии путевых листов, выписанных водителям, выписку из журнала приема смен, свидетельствующих о продолжении работы по истечении срока договора.

Следует отметить, что правила о том, что срочный договор, не прекращенный по истечении, перерастает в бессрочный договор, имеется и в трудовом законодательстве Германии. Следует отметить, что трудовые споры в Германии рассматривают специализированные суды, а споры госслужащих – административные суды. Статья 54 ТК РК предусматривает 18 оснований прекращения трудового договора по инициативе работодателя. Этот перечень является не исчерпывающим, т.к. для отдельных категории работников трудовым законодательством предусмотрен дополнительные основания для расторжения трудового договора.

В статье 56 ТК РК регламентирован порядок расторжения трудового договора по инициативе работодателя. Так, при увольнении, в связи с ликвидацией работодателя – юридического лица либо прекращения деятельности работодателя – физического лица, а также сокращения численности или штата работников работодатель обязан представить доказательства о письменном предупреждении работника о предстоящем расторжении трудового договора за один месяц, если в трудовом, коллективном договорах не предусмотрен более длительный срок предупреждения.

Если трудовой договор расторгается с работниками, являющимися членами профсоюза, в связи сокращением численности или штата работников, несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие состояния здоровья, препятствующего продолжению данной работы, отказа работника от продолжения работы при реорганизации работодателя – юридического лица следует представить мотивированное мнение органа профсоюза данной организации в порядке, предусмотренном коллективным договором. Наряду с изложенным, несоответствие работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие состояния здоровья, препятствующего продолжению данной работы, должно быть подтверждено заключением медико-социальной экспертизы в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

Обоснованность расторжения трудового договора по следующим основаниям:

- отсутствие работника на работе без уважительной причины в течение трех и более часов подряд за один рабочий день (смену);
- нахождение работника на работе в состоянии алкогольного, наркотического, психотропного, токсикоманического опьянения (их аналогов), в том числе в случаях употребления в течение рабочего дня веществ, вызывающих состояние алкогольного, наркотического, токсикоманического опьянения (их аналогов);

- нарушения работником правил охраны труда или пожарной безопасности либо безопасности движения на транспорте, которое повлекло или могло повлечь тяжкие последствия, включая травмы и аварии;

- совершения работником по месту работы хищения (в том числе мелкого) чужого имущества, умышленного его уничтожения или повреждения, установленного вступившим в законную силу приговором или постановлением суда;

- совершения виновных действий или бездействия работника, обслуживающего денежные или товарные ценности, если эти действия или бездействие дают основания для утраты доверия к нему со стороны работодателя;

- совершения работником, выполняющим воспитательные работы, аморального проступка, не совместимого с продолжением данной работы;

- разглашения работником сведений, составляющих государственные секреты и иную охраняемую законом тайну, ставших ему известными в связи с выполнением трудовых обязанностей;

- повторного неисполнения или ненадлежащего исполнения работником без уважительных причин трудовых обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание;

- производится с соблюдением требований ст.ст.73 и 74 ТК РК, т.е. проведением следующих процедур;

- работодатель обязан затребовать письменное объяснение от работника до применения дисциплинарного взыскания. Отказ работника от письменного объяснения не может служить препятствием для применения дисциплинарного взыскания. В случае отказа работника дать указанное объяснение составляется соответствующий акт;

- дисциплинарное взыскание на работника налагается непосредственно за обнаружением дисциплинарного проступка, но не позднее одного месяца со дня его обнаружения, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 5 статьи 73 ТК РК или другими законами Республики Казахстан;

- дисциплинарное взыскание не может быть применено позднее шести месяцев со дня совершения дисциплинарного проступка, а в случаях, установленных законами Республики Казахстан, или установления дисциплинарного проступка по результатам ревизии или проверки финансово-хозяйственной деятельности работодателя – позднее одного года со дня совершения работником дисциплинарного проступка;

- за каждый дисциплинарный проступок к работнику может быть применено только одно дисциплинарное взыскание;

- акт работодателя о наложении дисциплинарного взыскания не может быть издан в период:

1) временной нетрудоспособности работника;

2) освобождения работника от работы от времени выполнения государственных ли общественных обязанностей;

3) нахождения работника в отпуске;

4) нахождения работника в командировке.

- акта о наложении дисциплинарного взыскания объявляется работнику, подвергнутому дисциплинарному взысканию, под роспись в течение трех рабочих дней со дня его издания. В случае отказа работника подтвердить своей подписью ознакомление с актом работодателя об этом делается соответствующая запись в акте о наложении дисциплинарного взыскания. В случае невозможности ознакомить работника лично с актом работодателя о наложении дисциплинарного взыскания работодатель обязан направить акт работнику письмом с уведомлением.

Согласно п.5 ст.56 ТК РК работодатель при расторжении трудового договора в случаях:

- сокращения штатов;
- несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации;
- несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие состояния здоровья, препятствующего продолжению данной работы, должен принять меры к переводу работника на другую работу в случае его согласия.

Расторжение трудового договора по инициативе работодателя из-за несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации должно основываться на заключении аттестационной комиссии, в составе которой должен участвовать представитель работников, если иное не установлено законами Республики Казахстан. Порядок, условия и периодичность проведения аттестации работников определяются коллективным договором, а в случае его отсутствия актом работодателя.

Доказательства о соблюдении выше приведенных требований закона должен предоставить суду работодатель.

В порядке искового производства также рассматриваются иски: о взыскании заработной платы, за сверхурочную работу, за работу в выходные дни, за время простоя, о взыскании выходного пособия, компенсации за неиспользованный отпуск, о взыскании сумм, удержанных из заработной платы и другие.

Обжалование приказов, распоряжений работодателя рассматривается в порядке особого искового производства. Заявитель предоставляет доказательства о приеме его на работу, копию акта работодателя, который он обжалует.

Это: иски о признании необоснованными примененных администрацией дисциплинарных взысканий, об изменении формулировки увольнения.

В порядке особого производства устанавливаются факты, имеющие юридическое значение: о несчастном случае, об установлении неправильности записи в трудовой книжке, когда ликвидирован работодатель, исправить запись в ином порядке невозможно.

Фактические данные, не допустимые в качестве доказательств

Одним из характерных признаков доказательств является получение законным способом. Допустимость доказательств тесно связана с их

процессуальной формой. Правила о допустимости доказательств носят императивный характер и не содержат никаких исключений.

Законодатель в статье 69 ГПК РК регламентировал фактические данные, недопустимые в качестве доказательств в интересах гарантий от злоупотребления недобросовестной стороны.

Недопустимыми в качестве доказательств являются фактические данные, если они получены с нарушением требований закона путем лишения или стеснения гарантированных законом прав лиц, участвующих в деле, или с нарушением иных правил гражданского процесса при подготовке дела к судебному разбирательству или в судебном разбирательстве дела, которые повлияли или могли повлиять на достоверность полученных фактических данных.

В данной норме права приведен перечень тех фактических данных, которые получены с нарушением закона, как в ходе досудебной подготовки, так и в ходе судебного разбирательства.

Это доказательства, полученные с применением насилия, угроз, обмана, а равно иных незаконных действий. На практике такие доказательства представляют по делам о взыскании суммы займа, по другим сделкам, когда ответчик, требуя отказа в удовлетворении иска, представляет доказательства о том, что расписка была написана с применением насилия, угроз, обмана.

Приговором Алматинского областного суда была осуждена группа лиц, совершавших преступления мошеннического действия путем получения доверенности на отчуждение недвижимости, заключения договоров найма, залога, введения в заблуждение собственников недвижимости, либо во время алкогольного, наркотического опьянения их, воспользовавшись состоянием здоровья, когда собственник не понимал значение своих действий.

Не допустимы доказательства, полученные с использованием заблуждения лица, участвующего в деле, относительно своих прав и обязанностей, возникшего вследствие не разъяснения, неполного или неправильного их разъяснения этому лицу.

К таким доказательствам можно отнести показания свидетеля, давшего показания против самого себя, супруги и т.д., когда ему не разъяснили право отказаться от дачи таких показаний. Иногда такими доказательствами являются копии протоколов допроса по уголовным делам.

Фактические данные, полученные, в связи с проведением процессуальных действий лицом, не имеющим права осуществлять производство по данному гражданскому делу. Когда процессуальные действия проводит судья, не имеющий право силу требований статей 39-40 ГПК РК участвовать в рассмотрении дела, т.е. есть полные основания для его отвода.

Если фактические данные получены в процессе, когда процессуальное действие проведено с участием лица, подлежащего отводу. Таким лицом может быть прокурор, эксперт, специалист, переводчик, секретарь судебного заседания.

Доказательства, полученные с существенным нарушением порядка производства процессуального действия. Например: образцы почерка

для проведения экспертизы получены вне суда, представлены ксерокопии документов без подлинников, также аудиозаписи, произведенные без соответствующей санкции органов, и т.д.

Не могут быть использованы в качестве доказательств, представленные фактические данные от неизвестного источника либо от источника, который не может быть установлен в судебном заседании. К таковым относятся: справки, не изготовленные на фирменном бланке, не имеющие печати, письменные объяснения, данные лицами, не явившимися в судебное заседание и т.д.

Доказательства, полученные с применением в ходе доказывания методов, противоречащих современным научным знаниям. Такими доказательствами могут быть предположения, религиозные и другие умозаключения, не подтвержденные фактами, либо письменными доказательствами.

В пункте 2 статьи 69 ГПК предусмотрено, что вопрос о допустимости либо ограниченном использовании перечисленных доказательств устанавливается судом по собственной инициативе или по ходатайству участвующих в деле лиц. По-моему, данный пункт полностью противоречит самой статье, регламентирующей, что перечисленные доказательства не допустимо использовать. Более того, он идет в разрез с пунктом 3 этой же нормы права, согласно которому доказательства, полученные с нарушением закона, признаются не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу судебного решения, а также использоваться при доказывании любого обстоятельства, имеющего значение для дела.

Учитывая вышеизложенное, все перечисленные доказательства могут быть использованы в качестве доказательства факта соответствующих нарушений и виновности лиц, их допустивших.

М.Д.Сейтжанов,
член Южно-Казахстанской областной коллегии адвокатов

Виды доказательств по трудовым спорам в суде

Разрешение индивидуальных трудовых споров рассматривается в судах общей юрисдикции по правилам гражданского судопроизводства (*п.4 Нормативного постановления Верховного суда РК №9 от 19.12.2003 года «О некоторых вопросах применения судами законодательства при разрешении трудовых споров»*). Одним из основных принципов современного гражданского процесса является состязательность сторон. Именно сами спорящие стороны противопоставлены друг другу в соответствии со своими интересами, поэтому судебное разбирательство дела происходит в форме спора между ними, бремя доказывания возложено Законом на сами стороны (*ст.65. ГПК РК*).

В соответствии с пунктом 1 статьи 64 ГПК РК доказательствами по делу являются полученные законным способом фактические данные, на основе которых в предусмотренном законом порядке суд устанавливает наличие или

отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела.

Применительно к трудовым спорам объектом судебного доказывания являются сведения о фактах, обосновывающие требования и возражения сторон, вытекающие из трудовых правоотношений.

Особенности доказывания по трудовым спорам определяются характером и видом спорного правоотношения.

В отличие от общего принципа распределения обязанностей по доказыванию в гражданском процессе, в соответствии с которым обязанность по доказыванию лежит в равной мере на обеих сторонах спора, распределение обязанностей по судебному доказыванию в трудовом споре имеет свои особенности. В судебной практике, при рассмотрении данной категории дел, в целях соблюдения принципа полноты и всесторонности исследования обстоятельств, имеющих значение для дела, происходит вынужденное отступление от общего принципа с возложением большей части доказывания на работодателя.

Возложение на работодателя большей обязанности по доказыванию обстоятельств, имеющих значение для разрешения трудового спора, инициированного работником (бывшим работником), связано не только с идеей защиты работника как более слабого субъекта трудовых правоотношений. Фактическое распределение обязанностей по доказыванию в конкретном судебном споре определяется разумным принципом доступности для той либо другой стороны по делу сведений об обстоятельствах, имеющих значение для законного и обоснованного разрешения спора судом.

Не смотря на то, что при рассмотрении трудовых споров могут быть использованы все предусмотренные гражданско-процессуальным кодексом средства доказывания, полученные в установленном законом порядке, наиболее применяемыми доказательствами по делу, вытекающему из трудовых правоотношений, являются документы (письменные доказательства).

Так, наличие или отсутствие, а также изменение и прекращение трудовых правоотношений в связи с поданным иском определяется судом, прежде всего, на основании письменных доказательств: трудовом договоре, приказе о приеме на работу, приказах о применении дисциплинарных взысканий, приказа об увольнении и др., которыми, по сложившейся практике трудовых правоотношений, не всегда располагает работник (бывший работник).

Юридическая литература предлагает следующую классификацию доказательств по гражданским делам, а, следовательно, и по трудовым спорам.

1. В зависимости от формы:

- письменные (документы);
- устные (показания свидетелей).

2. По источнику получения:

- вещественные (источником информации являются предметы: аудио- и видеозаписи);

- личные (источником информации являются люди: заключение эксперта; объяснения сторон).

3. По степени связи между доказательством и фактом:

- прямые;
- косвенные.

4. По способу образования доказательств:

- первоначальные (доказательства, полученные от первоисточника);
- производные (воспроизводят содержание первоначального доказательства).

Как указывалось ранее, **письменные** доказательства (документы) являются наиболее применяемыми доказательствами по спору, вытекающему из трудовых правоотношений.

Законодательство обязывает работодателя письменно оформлять документы по учёту труда. Среди них: оформление трудового договора с работником в письменной форме (п.1 ст.32 ТК РК); оформление документов при приёме на работу (ст.33 ТК РК); уведомление в письменной форме работника в случаях изменения организационных или технологических условий труда, влекущих перевод работника (п.2 ст.48 ТК РК), предложение в письменной форме работнику иной имеющийся работы, если работник отказывается от перевода (п.2 ст.48 ТК РК); обязанность по учёту времени, фактически отработанного каждым работником (ст.91 ТК РК), а также точный учет сверхурочных работ, выполненных каждым работником (ст.91 ТК РК); письменное оформление распоряжений о работе в выходные дни (ст.99 ТК РК); утверждение письменного графика отпусков (п.2 ст.107 ТК РК); извещение в письменной форме каждого работника о составных частях его заработной платы (п.2 ст.134 ТК РК); соблюдение процедуры наложения дисциплинарного взыскания (ст.73 ТК РК); информирование работников об условиях и охране труда на рабочих местах, о существующем риске повреждения здоровья и полагающихся им компенсациях и средствах индивидуальной защиты (ст.314 ТК РК); оформление акта о несчастном случае на производстве (ст.326 ТК РК) и т.д.

Кроме указанных, предусмотренных законом, обязательных документов, трудовые правоотношения регулируются иными локальными нормативными актами работодателя: приказы, распоряжения, инструкции, правила и т.п.

И все указанные документы, несущие в себе сведения об обстоятельствах, имеющих значение для разрешения трудового спора, находятся в распоряжении работодателя, и представить их суду самостоятельно истец не имеет возможности никаким иным способом, кроме обращения к суду с ходатайством об истребовании доказательств (п.4 ст.66 ГПК РК).

Часто работодатель не боится вводить суд в заблуждение, утаивая какой-либо письменный документ (табель, техническую инструкцию, локальный нормативный акт и пр.), зная, что обстоятельства или факты, отраженные в этом документе, нельзя доказать каким-либо другим способом, в то время как работник, зачастую не знает о существовании данных документов, в связи с ранее допущенными работодателем нарушениями при проведении

инструктирования, ознакомления, извещения об обстоятельствах, имеющих значение для разрешения данного трудового спора. При таких обстоятельствах суду следует самостоятельно истребовать у работодателя все локальные акты, регулирующие правоотношения, являющиеся предметом трудового спора, и тогда, в силу п.10 ст.66 ГПК РК, в случае, если сторона удерживает находящиеся у нее доказательства, истребуемые судом, и не предоставляет их суду, суд вправе обосновать свои выводы объяснениями другой стороны. В этой связи, в судебном споре невыполнение работодателем обязанности предоставления доказательств и невозможности получения доказательств иным путём, суд имеет право признать существовавшим факт, на который ссылается работник.

Кроме письменных доказательств, одним из средств доказывания, согласно ст.64 ГПК РК, являются показания свидетелей (**устные**). При рассмотрении трудовых споров в суде, как правило, свидетелями являются руководители различных уровней, специалисты отделов организации труда, бухгалтеры и другие работники. В подавляющем большинстве случаев свидетельские показания, в качестве обоснования законности своих действий, приводит работодатель, так как практически все очевидцы трудового конфликта находятся у него в подчинении, а работники, по известным причинам, не желают свидетельствовать против своего начальства. Поэтому важно помнить, что не любой человек, заявленный работодателем как свидетель, таковым является на самом деле. Следует обратить внимание на то, что свидетелем является только то лицо, которому могут быть известны какие-либо сведения об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела. Если вызванный в качестве свидетеля сотрудник отдела организации труда даёт показания не об обстоятельствах или фактах, связанных с конкретным рассматриваемым в суде делом, а разъясняет суду локальный нормативный акт или положение об оплате, он не может считаться свидетелем.

Бывают случаи, когда суд, нуждаясь в консультациях по применению локальных актов работодателя, привлекает специалистов работодателя. В таких случаях стороне работника необходимо заявить отвод такому специалисту, т.к. в силу ч.1) п.2 ст.41 ГПК РК, нахождение специалиста в служебной зависимости от одной из сторон является основанием для его отвода.

Кроме того, при разрешении трудовых и связанных с трудовыми правоотношениями споров, для установления обстоятельств, имеющих значение для разрешения трудовых споров, судом могут быть привлечены к участию в рассмотрении дела независимые **специалисты и эксперты**. К такой категории дел можно отнести споры, в которых обстоятельства, имеющие значение для дела, могут быть установлены в результате исследования, проводимого экспертом на основе специальных научных знаний. Это дела, в которых следует разрешить такие вопросы, как, например: степень тяжести вреда здоровью работника, нанесенного вредными или опасными условиями труда или несчастным случаем на производстве, а также имеется ли причинно-следственная связь между причиненным его здоровью вредом и вредными (опасными) условиями труда или несчастным случаем; размер материального ущерба, нанесенного работником работодателю; совпадает

ли дата написания документа с датой, фактически указанной в нем, и другие вопросы, позволяющие достоверно установить обстоятельства, необходимые для вынесения судом законного и обоснованного решения.

В случаях, не требующих обязательного проведения экспертизы для установления обстоятельств дела, рекомендуется привлекать специалистов для дачи консультаций, что позволит реализовать дополнительные средства доказывания.

Косвенные доказательства используются в совокупности с целью повышения вероятности достоверности выводов. Ни одно из косвенных доказательств не должно противоречить остальным из них. **Прямые и первоначальные** доказательства имеют большую подтверждающую силу. Тем не менее все доказательства, в том числе косвенные и производные, должны проверяться судом на предмет их достоверности и получения из достоверных источников в установленном законом порядке. Отсутствие источника (неизвестный источник) информации дезавуирует производное доказательство (*пп.б) п.1 ст.69 ГПК РК*). Например, если свидетель не может подтвердить свои показания сведениями об источнике информации, то такая информация не имеет доказательственной силы.

Сведения о фактах, относимых к делу, могут играть роль доказательств только при условии, что они получены в предусмотренном законом порядке, из законных источников. Доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда (*п.3 ст. 69 ГПК РК*).

В силу принципа состязательности судебного процесса стороны трудового спора могут представить суду все имеющиеся у них доказательства: как первоначальное, так и производные. Суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности (*ст.ст.67, 68, 70, 77 ГПК РК*).

Если между первоначальными и производными доказательствами много промежуточных источников, то производное доказательство имеет меньшую доказательственную силу, ввиду неточности сведений.

Суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению (*ст.16 ГПК РК*). Основной целью доказывания выступает формирование внутреннего убеждения (позиции) судьи по конкретному делу, в том числе по трудовому спору.

Таким образом, можно сделать вывод, что правильное определение границ предмета доказывания, а также полного состава обстоятельств, подлежащих установлению по данному конкретному делу, позволит стороне в споре грамотно выстроить свою процессуальную позицию. В случае изменения основания иска в ходе судебного разбирательства необходимо пересмотреть параметры предмета доказывания. Документарное подтверждение каждого из обстоятельств предмета доказывания позволит "усилить" позицию стороны в спорном правоотношении.

В заключение хочу отметить, что не существует доказательств, имеющих для суда заранее установленную силу. При оценке доказательств, судья должен объективно проанализировать все исследованные доказательства, сопоставив

их. И на основании внутреннего убеждения сделать вывод. Мотивы, по которым суд, основывая свои выводы, принимает к сведению одни доказательства и отвергает другие, должны быть указаны в мотивировочной части решения (п.5 ст.221 ГПК РК). Если суд не указал в решении причины, по которым он принял или не принял те или иные доказательства, то появляются основания утверждать, что суд не исследовал доказательства, представленные сторонами и, в соответствии с п.п. 1), 2) п.1 ст.364 ГПК РК, это является поводом для отмены решения суда в апелляционном или кассационном порядке.

С.Т. Кунанбаев,
судья Енбекшинского районного суда Южно-Казахстанской области

Понятие доказательств. Порядок предоставления доказательств. Относимость, допустимость и достоверность доказательств

Здравствуйтесь уважаемые участники семинара!

Понятие доказательств

Осуществление правосудия состоит в применении судом закона к установленным в ходе судебного разбирательства фактическим обстоятельствам. Прежде чем совершить акт применения права, нужно знать, что выявленные в суде обстоятельства полностью соответствуют действительности.

Ст. 64 ГПК установлено, что доказательствами по гражданским делам являются «полученные законным способом фактические данные, на основе которых в предусмотренном законом порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела.». В этой же статье указывается, что фактические данные устанавливаются объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами, заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий, протоколами судебных заседаний, отражающими ход и результаты процессуальных действий, и иными документами.

Доказательствами закон называет любые фактические данные, т.е. любые факты и сведения о них, которые оказались вовлечёнными в орбиту судебного исследования. При выявлении обстоятельств, имеющих значение для дела, суд может столкнуться с самыми различными фактическими данными. Любые факты и любые сведения о них, как соответствующие действительности, так и не подтвердившиеся после проведённой проверки, играют роль судебных доказательств.

Гражданско-процессуальная форма использования судебных доказательств состоит в том, что, во-первых, в качестве средств доказывания

могут использоваться только такие источники, которые предусмотрены ГПК; во-вторых, доказательства выявляются, фиксируются, собираются, используются в порядке, который детально регламентирован законом и представляет собой единую систему взаимосвязанных требований от момента выявления доказательства до его оценки. Свидетельские показания, например, могут использоваться в профсоюзных комитетах, органах опеки попечительства и других органах. Однако судебным доказательством свидетельские показания становятся только в суде. Необходимо иметь в виду, что доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда.

Классификация доказательств

Классификация доказательств может производиться по нескольким основаниям или признакам.

По способу образования доказательства делятся на первоначальные и производные. Сведения о фактах, нашедших оформление в одном из средств доказывания (в показаниях свидетелей, письменных или вещественных доказательствах и т.д.), образуются в результате отражения какого-либо явления или обстоятельства в сознании человека либо путём отражения на соответствующем неодушевлённом предмете. Это первоначальный этап образования доказательств. Оставив след на предмете или в сознании лица, факт объективной действительности может найти дальнейшее производное отражение. Лицо, непосредственно воспринявшее факт, может рассказать о нём другим лицам, очевидец какого-либо события может записать свои впечатления в дневнике, изложить в письме. Предмет, на котором оставлены следы, может быть сфотографирован, снят на киноплёнку и т.д. У первоначальных доказательств есть бесспорные преимущества по сравнению с производными. Первоначальное доказательство всегда возникает из первоисточника. Это -подлинный документ (текст договора, свидетельство о рождении, браке, смерти, квитанция о сдаче вещей на хранение и т.д.), показания свидетеля-очевидца, сам спорный предмет и т.д. Производное доказательство возникает на базе первоначального, оно тоже может быть достоверным, но к его оценке суд должен подходить с осторожностью. Показания свидетеля-очевидца можно перепроверить, уточнить, эти же сведения, изложенные свидетелем в письме или в дневнике, иногда перепроверить вообще нельзя (в случае смерти свидетеля). Копия документа, фотоснимок предмета, свидетельство по слуху и т.д., конечно могут использоваться в суде, но в каждом случае требуют особенно тщательной проверки.

Поскольку сведения о фактах являются содержанием доказательства классификация может быть применима и к ним. По источнику они делятся на личные и вещественные. Под источником понимается определённый объект или субъект, на котором или в сознании которого нашли отражение различные факты, имеющие значение для дела. В результате в одном случае источником сведений является человек, в другом - предмет, вещь. Личные доказательства делятся на две группы: а) объяснения сторон и третьих лиц; б) показания

свидетелей. Вещественные доказательства (в широком смысле) делятся на а) письменные доказательства и б) вещественные доказательства. Особое место занимают заключения экспертов, которые можно рассматривать в качестве смешанного вида доказательств: источником сведений, содержащихся в заключении, является лицо (эксперт), само же заключение основано на исследовании подвергнутых экспертизе вещей, предметов, физических и химических процессов и т.д. Разграничение доказательств по источнику имеет большое значение с точки зрения методики их процессуального оформления, исследования и оценки.

Процесс доказывания

Процесс доказывания складывается из трёх направлений доказательственной деятельности: выявления, собирания и представления доказательств. В соответствии с принципом состязательности выявлять, собирать и представлять доказательства должны стороны, жалобщики, заявители и другие лица, участвующие в деле. Суд может помогать этим лицам, а в необходимых случаях действовать по своей инициативе.

Подготовка дела к судебному разбирательству в значительной степени связана с выявлением, собиранием и представлением доказательств. В соответствии со ст. 170 ГПК судья опрашивает истца по существу исковых требований, выясняет у него возможные возражения со стороны ответчика, предлагает в случае необходимости представлять дополнительные доказательства. Судья разрешает вопрос о вызове свидетелей, производстве экспертизы, в случаях, не терпящих отлагательства, производит, с извещением лиц, участвующих в деле, осмотр на месте письменных и вещественных доказательств и т.д.

Доказательства выявляются, собираются и представляются в стадии судебного разбирательства. Начиная с подготовительной части и до вынесения решения по делу заинтересованные лица, а также суд могут принимать меры по привлечению в процессе доказывания, которые не были предъявлены в суд в стадии возбуждения или подготовки дела. Если во время прений или заключения прокурора, а также в момент вынесения решения суд признаёт необходимым выяснить новые обстоятельства или исследовать новые доказательства, он выносит определение о возобновлении рассмотрения дела по существу.

Суд может предложить сторонам по делу представить дополнительные доказательства. В случае, когда предоставление дополнительных доказательств для сторон и других лиц, участвующих в деле, затруднительно, суд по их ходатайству оказывает им содействие в собирании доказательств.

Проблемные вопросы, встречающиеся в судебной практике в процессе доказывания по трудовым спорам

Трудовой спор - это разногласия между работником и работодателем по вопросам применения законодательства о труде, о выполнении условий индивидуального трудового, коллективного договоров, не урегулированные ранее между работником (представителем работника) и работодателем (представителем работодателя), о которых заявлено в специально созданный для разрешения трудового спора орган или в суд.

Причины трудовых споров — это те негативные факторы, которые вызывают различную оценку спорящими сторонами осуществления субъективного трудового права или исполнения трудовой обязанности.

Разрешение трудовых споров рассматривается в судах общей юрисдикции по правилам гражданского судопроизводства. Одним из основных принципов современного гражданского процесса является состязательность сторон. Именно сами спорящие стороны противопоставлены друг - другу в соответствии со своими интересами, поэтому судебное разбирательство дела происходит в форме спора между ними. Раньше на суде лежала обязанность обеспечить всестороннее, полное и объективное рассмотрение дела, что предполагало участие судьи в процессе сбора доказательств, в настоящее время суды, по моему мнению обоснованно освобождены от этих обязанностей, это означает, что применительно к трудовым спорам — работник в судебном процессе должен состязаться с работодателем. Как правило, в основном работник обращается в суд, заявляя о своём нарушенном праве, поэтому именно он должен доказывать те обстоятельства, на которые ссылается. При этом надо отметить, что работодатель не только владеет большинством доказательств, но и формирует доказательную базу в таком споре, что является одним из основных проблем в судебной практике в процессе доказывания по трудовым спорам.

Как известно, доказательствами в гражданском процессе являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. К ним относятся: объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, письменные и вещественные доказательства, аудио- и видеозаписи, заключения экспертов. Перечислять все виды и характеристики доказательств, здесь представляется нецелесообразным, поэтому лишь заострю ваше внимание на разрешении проблем, связанных с предоставлением суду доказательств.

Одним из средств доказывания, являются показания свидетелей. При рассмотрении трудовых споров в суде, как правило, свидетелями являются руководители различных уровней, специалисты отделов организации труда,

бухгалтеры и другие работники. В подавляющем большинстве случаев, свидетельские показания, в качестве обоснования законности своих действий, приводит работодатель, так как практически все очевидцы трудового конфликта находятся у него в подчинении, а работники, по известным причинам, не желают свидетельствовать против начальства. Поэтому важно помнить, что не любой человек, заявленный работодателем как свидетель, таковым является на самом деле. Суду следует обратить внимание на то, что свидетелем является только то лицо, которому могут быть известны какие-либо сведения об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела. Если вызванный в качестве свидетеля сотрудник отдела организации труда даёт показания не об обстоятельствах или фактах, связанных с конкретным рассматриваемым в суде делом, а разъясняет суду нормативный акт, он не может считаться свидетелем.

Часто работодатель не боится вводить суд в заблуждение, утаивая какой-либо письменный документ, зная, что обстоятельства или факты, отраженные в этом документе, нельзя доказать каким-либо другим способом. В этом случае считаю необходимым суду, в случае, если сторона, обязанная доказывать свои требования или возражения, удерживает находящиеся у нее доказательства и не предоставляет их суду, обосновать свои выводы объяснениями другой стороны.

По закону работодатель обязан письменно оформлять документы по учёту труда. Среди них: оформление трудового договора с работником в письменной форме; оформление документов при приёме на работу; уведомление в письменной форме работника в случаях изменения организационных или технологических условий труда, влекущих перевод работника, предложение в письменной форме работнику иной имеющийся работы, если работник отказывается от перевода; обязанность по учету времени, фактически отработанного каждым работником, а также точный учет сверхурочных работ, выполненных каждым работником; письменное оформление распоряжений о работе в выходные дни; утверждение письменного графика отпусков; извещение в письменной форме каждого работника о составных частях его заработной платы; соблюдение процедуры наложения дисциплинарного взыскания; информирование работников об условиях и охране труда на рабочих местах, о существующем риске повреждения здоровья и полагающихся им компенсациях и средствах индивидуальной защиты; оформление акта о несчастном случае на производстве и т.д. В этой связи, в судебном споре невыполнение работодателем обязанности доказывания и невозможности получения доказательств иным путём, суду необходимо признать существовавшим факт, на который ссылается работник. В трудовом законодательстве нет специальных правил о распределении обязанностей по доказыванию. В то же время, судебная практика выработала правила распределения обязанностей по доказыванию, исходя из специфики трудовых отношений, что отражено в Нормативном Постановлении Пленума Верховного Суда РК № 9 от 19 декабря 2003г., где ВС РК указал судам на те обстоятельства, которые должен доказать

работник в обосновании своих требований, а также на обстоятельства, обязанность доказывания которых возлагается на работодателя. Думаю, нет необходимости приводить все перечисленные в этом Постановлении случаи освобождения работника и работодателя от доказывания.

Порядок рассмотрения индивидуальных трудовых споров регулируется ТК РК и иными законами, а порядок рассмотрения дел по трудовым спорам в судах определяется, кроме того, гражданским процессуальным законодательством РК. Именно процедурные (трудовое законодательство) процессуальные (гражданское процессуальное законодательство) обязанности становятся для сторон, стремящихся к защите своих законных прав, первоочередными в тот момент, когда неурегулированное разногласие передается на рассмотрение в суд. Реализация трудовых прав ставится в зависимость не только (и не столько) от того, - наделена ли сторона трудовых отношений правом согласно нормам трудового законодательства, а, в первую очередь, - в зависимость от того, может ли такая сторона подтвердить (доказать - применительно к гражданскому процессу) свое правопритязание, свое «право на право». Первоочередными в этом случае для сторон спора остаются процедурные нормы ТК РК и статьи Гражданского процессуального Кодекса РК. Ст. 65 ГПК РК предусматривает обязанность доказывания для участников судебного процесса: каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений, если иное не предусмотрено законом. Согласно ст. 68 ГПК РК обстоятельства дела, которые в соответствии с законом должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами (допустимость доказательств). В данном случае ТК РК не предусмотрено: работник обязан доказать, что подавал работодателю заявление об увольнении в письменной форме в тот срок, на который он указывает, работодатель (если он возражает против требований работника и их обоснования) обязан представить доказательства того, что такое заявление к нему не поступало вообще либо было передано не уполномоченному лицу, а уполномоченным на прием и увольнение работником лицом, было получено в иной срок (или не получено). Каких-либо требований к средствам доказывания, используемым сторонами для обоснования прекращения трудового договора, ТК РК не предъявляет, доказывать обстоятельства прекращения трудового договора стороны вправе по общим основаниям ГПК РК: доказательствами по делу будут являться, согласно ст. 66 ГПК РК, полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. Сегодня суду зачастую (это демонстрируют, в том числе и приведенные выше примеры) приходится восстанавливать фактические обстоятельства прекращения трудовых договоров путем допроса свидетелей и истребования объяснений сторон. Именно эти средства доказывания нередко, за отсутствием письменных доказательств, становятся основными в делах, связанных с обжалованием оснований и сроков

прекращения трудовых договоров. По моему мнению (не умаляя значимости данных средств доказывания в других категориях дел), - объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей - в случае с подтверждением сроков и оснований прекращения трудовых договоров — являются нежелательными средствами, способными негативно повлиять на объективное рассмотрение дела. Основываясь на ст. 16 ГПК РК, суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательствах. Суд предупреждает свидетелей об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний, однако, свидетели и тем более стороны, могут недостаточно корректно давать показания (объяснения), находясь под влиянием заблуждения относительно обстоятельств прекращения трудового договора. В ситуации, когда показания свидетелей и объяснения сторон противоречат друг другу, когда работодателем—ответчиком представляются суду письменные доказательства (документы), составленные самим работодателем без какой-либо подписи работника (акты, табели учета рабочего времени, которые в существующей редакции Кодекса работодатель составляет самостоятельно и не обязан представлять работнику и т.п.), - защита нарушенного права для работника ставится в прямую зависимость от процессуальной подготовленности сторон.

По моему мнению, подтверждение (доказывание - при передаче дела на рассмотрение в суд) обстоятельств прекращения трудового договора и фактов, имеющих юридическое значение (факт подачи либо неподдачи заявления уполномоченному представителю работодателя; дата подачи такого заявления), наиболее эффективно в рассматриваемых случаях может осуществляться только на основании письменных доказательств. Причем не любых документов, а таких, которые обусловлены трудовым законодательством, и не могут быть сфальсифицированы недобросовестным работодателем.

Свидетельские показания и объяснения сторон могут и должны использоваться при рассмотрении индивидуальных трудовых споров, связанных с прекращением трудовых договоров, но для подтверждения либо опровержения других обстоятельств дела (не факта подачи заявления и не срока его подачи). ТК РК должен содержать основу для такого подтверждения, поставить правовые рамки, в пределах которых должны и могут действовать стороны трудовых отношений в данном случае.

По моему мнению, само процессуальное законодательство и сложившаяся судебная практика по рассматриваемой категории дел сегодня, в какой-то мере подсказывает законодателю необходимость использования механизма, заложенного в ст. 68 ГПК РК: обстоятельства дела, которые в соответствии с законом должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами. Нам представляется целесообразным в формулировке нормы ТК РК шагнуть чуть дальше и, закрепляя общий порядок прекращения трудового договора, закрепить в ТК РК сам порядок подачи работником и приема работодателем заявления об увольнении по инициативе работника так же, как и (в отдельной статье) порядок приема других документов работника (медицинских и других

справок, больничных листов, документов, подтверждающих командировочные и другие, связанные с работой, расходы и т.д.), а также процессуальные последствия несоблюдения этого порядка сторонами трудового договора.

Одна из проблем доказывания в трудовых спорах отражается в характере связи содержания доказательств с доказываемым фактом, в зависимости от чего они подразделяются на прямые и косвенные. Прямые судебные доказательства имеют однозначную связь с доказываемым фактом, что и позволяет сделать единственный вывод о его существовании или отсутствии. В косвенных доказательствах содержание имеет с доказываемым фактом многозначную связь, что, в свою очередь, приводит к нескольким вероятным выводам, что приводит иногда допускать судам судебные ошибки при разрешении трудовых споров. Отойти от субъективизма в пояснениях по делу возможно только при исследовании всей совокупности собранных по конкретному делу доказательств. Кроме того, в данном случае свидетельские показания, являющиеся по своему содержанию косвенными доказательствами, помогают суду оценить «сомнительные» или «двойного толкования» прямые доказательства.

Одной из проблем доказывания по трудовым спорам, является доказать мнимость сокращения штатов в суде. Сделать это непросто. Особенно при наличии грамотно оформленных работодателем документов, в частности приказов и уведомлений о предстоящем сокращении. Иногда суды очень внимательно исследуют обстоятельства, которые могут свидетельствовать о фиктивности сокращений внутри единого холдинга. Конечно, это не формальные обстоятельства — как, например, один офис на всю группу компаний, а такие как фактически единый орган управления в компаниях холдинга, единое штатное расписание, общие должностные инструкции для всех работников, утверждаемые головной компанией. Только нужно не забывать, что суду необходимо оценивать доказательства в совокупности. Поэтому одного доказанного стороной обстоятельства, скорее всего, будет недостаточно для признания сокращения мнимым.

Полагаю, потенциально возможно доказать мнимость сокращения, если суду будут представлены доказательства того, что все другие сотрудники, кроме истца, были в рамках процедуры перевода зачислены в штат родственной компании в рамках холдинга. Но на практике такое бывает крайне редко.

Работником является физическое лицо, состоящее в трудовых отношениях с работодателем и непосредственно выполняющее работу по трудовому договору. Работодателем является юридическое или физическое лицо, с которым работник состоит в трудовых отношениях. Физическое лицо может выступать в качестве работодателя как гражданин временно нанимающих других физических лиц для удовлетворения собственных бытовых нужд. Как правило, в практике договоры не заключаются и наемный работник не имеет полных гарантий получить расчет. При таких ситуациях при обращении наемных работников в суд за защитой своих прав, судам представляют определенную сложность при принятии решения по таким спорам ввиду отсутствия определенных доказательств работником.

Сложности возникают и в случае, когда одно и то же физическое лицо является собственником, учредителем, директором созданного юридического лица. В данном случае работодатель в трудовых отношениях будет диктовать только свои условия, а в случае нарушения им трудового законодательства работнику сложно представлять суду доказательства, так как все письменные доказательства должны быть подписаны одним и тем же лицом. При таком раскладе судам помимо письменных доказательств в данном случае по моему мнению, необходимо исследовать совокупность доказательств, в том числе и свидетельские доказательства.

Еще одной из проблем в доказывании в трудовом споре является ошибка работников в спорах о восстановлении на работе — попытки независимо от основания увольнения приобщить к материалам дела многочисленные неотнормированные доказательства.

Распространенный пример, когда работник допускает ошибку в суде: в исках, связанных с незаконным увольнением, обычно заявляются достаточно крупные суммы к взысканию в качестве морального вреда. При этом в половине или даже в большинстве случаев работники оказываются не готовы доказать факты нравственного или физического страдания (просто не запасаются необходимыми подтверждениями). А ведь причинение морального вреда — один из сложнейших в доказывании фактов нарушения права.

Другой типичный пример: спор о восстановлении на работе сводится к тому, что работник оспаривает необъективные, по его мнению, лишение его права на преимущественное оставление на работе и предпочтение с точки зрения уровня квалификации и производительности, отданное работодателем другому сотруднику при сокращении штата. Представитель работника, как правило, пытается «завалить» судью информацией о том, какой работник положительный и хороший человек, как долго он работал в компании, насколько он квалифицированный и образованный. Также представители работника зачастую совершенно ошибочно начинают вызывать многочисленных свидетелей, которые смогут подтвердить, что уволенный сотрудник квалифицированнее тех, кто остался на своем рабочем месте. В данном случае на мой взгляд наиболее выгодной для работника становится ситуация, когда в суде он, во-первых, фокусируется на доказательствах того, что его производительность выше, чем у других сотрудников отдела (управления, цеха и т. д.), которых оставили на работе (при объективной возможности оценивать производительность труда).

Во-вторых, когда работники обращаются к доказательствам более высокой сложности и квалификации выполняемой ими работы по сравнению с теми, кого оставили на работе.

И в-третьих, когда работники обращают внимание на соблюдение процедуры рассмотрения работодателем вопроса о преимущественном праве на оставление на работе. А именно: как проводилась сравнительная оценка способностей работников, проводилась ли она вообще, нет ли противоречий во внутренних документах, переписке, которая имеется на руках у работника. Тогда и суду не представляет сложности выносить решения по данным категориям дел.

Одной из проблем доказывания в трудовом споре представляет иск о взыскании морального вреда. Работнику придется доказать факт причинения нравственных или физических страданий, причинную связь между виновными действиями причинившего их лица (в данном случае — работодателя), наступлением таких страданий и нарушением личных неимущественных или имущественных прав пострадавшего. Физические страдания, как правило, выражаются в воздействии на здоровье человека (например, нервный стресс из-за увольнения вызвал обострение хронического заболевания или тяжелую депрессию). Это подтверждается медицинскими заключениями. Что касается нравственных страданий, явившихся следствием действий работодателя, на мой взгляд, реальные случаи доказуемых нравственных страданий на практике возможны крайне редко. Поэтому во многих ситуациях за неимением доказательств судам приходится отказывать в удовлетворении таких исков.

В заключение хочу отметить, что не существует доказательств, имеющих для суда заранее установленную силу. При оценке доказательств, судья должен объективно проанализировать все исследованные доказательства, сопоставив их. И на основании внутреннего убеждения сделать вывод. Мотивы, по которым суд, основывая свои выводы, принимает к сведению одни доказательства и отвергает другие, должны быть указаны в мотивировочной части решения. Если суд не указал в решении причины, по которым он принял или не принял те или иные доказательства, то появляются основания утверждать, что суд не исследовал доказательства, представленные сторонами, это является поводом для отмены решения суда в апелляционном или кассационном порядке.

М.Ж. Жумагулов,
судья Жанакорганского районного суда Кызылординской области

Письменные доказательства в гражданском процессе

Судебные доказательства это материалы, содержащие сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для разрешения судебного спора по существу. Без судебных доказательств судебный процесс невозможен.

Обязанность доказывания возложена на участников гражданского процесса статьей 65 Гражданского процессуального кодекса (ГПК РК), в соответствии с которой каждое лицо, участвующее в деле, обязано доказывать наличие обстоятельств, на которые оно ссылается в обоснование своих доводов, требований, возражений.

Есть ряд обстоятельств, которые нет необходимости доказывать. Например, не обязательно доказывать обстоятельства, которые суд признает общеизвестными. Также нет необходимости доказывать обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным решением по другому делу, в котором участвовали те же лица. Это называется преюдиция.

Доказательства бывают прямыми и косвенными. Кроме того, доказательства существуют в следующих видах:

Письменные доказательства, вещественные доказательства, объяснения сторон, свидетельские показания, экспертные заключения, аудио и видеозаписи, иные документы и материалы.

Письменными доказательствами являются акты, документы, письма делового или личного характера, содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела (ст.81 ГПК РК).

А в части второй статьи 13 Конституции Республики Казахстан закрепляется право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Эта норма является одной из важнейших, устанавливающих гарантии прав человека.

Актом защиты права выступает законное и обоснованное судебное решение. Суд, в процессе рассмотрения и разрешения каждого дела, должен достичь верного знания об обстоятельствах, что приводит к потребности доказывания фактических данных с помощью различных доказательств.

Одним из самых распространенных видов доказательств в гражданском процессе являются письменные доказательства, в силу того, что в любом развитом обществе абсолютное большинство юридически значимых действий оформляется документально.

К настоящему времени в науке гражданского процессуального права письменным доказательствам посвящено значительное число исследований. Вместе с тем некоторым вопросам не было уделено достаточного внимания. Так, ни в науке гражданского процессуального права, ни в законодательстве не определен статус документов, содержащих информацию, выраженную посредством изображения объекта. В связи с этим остаются открытыми вопросы о возможности причисления изобразительных документов к уже имеющимся видам доказательств или объединения их в новый вид доказательств, а также порядок исследования таких документов.

Принимая во внимание рост влияния новых информационных технологий во всех областях жизни общества, возникает необходимость в изучении особенностей письменных доказательств, полученных с применением электронно-вычислительной техники. Большое значение при этом приобретает исследование порядка использования электронно-цифровой подписи как важного реквизита письменного доказательства, полученного с применением электронно-вычислительной техники и предназначенного для защиты такого письменного доказательства от подделки и внесения в его содержание заведомо ложных сведений.

К вопросу, требующему дополнительного исследования, относится порядок применения таких терминов, как «подложное» и «сфальсифицированное» доказательство, в связи с отсутствием определенности в их использовании в теории и законодательстве.

В свете развития международных отношений особый интерес представляет изучение порядка и особенностей представления письменных доказательств, находящихся за рубежом.

Рассмотрение указанных проблем, а также разработка теоретических концепций преследуют не только научные интересы, но и позволяют

усовершенствовать практические аспекты использования письменных доказательств в гражданском процессе, а также способствовать развитию законодательства.

Письменные доказательства представляют собой информацию об обстоятельствах, имеющих значение для дела, воспринимаемую из содержания текста или изображения, закрепленную на любых носителях, полученную и исследованную с соблюдением установленного законом порядка представления и исследования доказательств.

Наряду с текстовыми документами самостоятельным видом письменных доказательств являются изобразительные документы.

Текстовые документы содержат информацию, выраженную при помощи условных знаков (в том числе букв, иероглифов, символов, стенографических обозначений). Изобразительные документы содержат информацию, выраженную посредством линий, штрихов, светотени, цвета или иного изображения объекта.

Подложное письменное доказательство представляет собой письменное доказательство, содержащее сведения не соответствующие действительности, полученное в результате внесения заведомо ложных сведений в его содержание, в том числе путем исправлений, подчисток, вытравлений, либо фальсификации письменного доказательства, то есть изготовлении заведомо ложного письменного доказательства.

Можно выделить следующие признаки письменных доказательств:

- 1) письменное доказательство содержит информацию об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела;
- 2) информация воспринимается из содержания текста и изображения;
- 3) письменное доказательство получено и исследовано в соответствии с установленным процессуальным законом порядком представления и исследования доказательств;
- 4) информация, составляющая содержание письменного доказательства, может быть в электронной и материальной форме;
- 5) существуют условия для преобразования информации в электронной форме в форму, позволяющую непосредственно ее воспринимать и исследовать, а именно в материальную форму.

В юридической литературе наиболее распространено деление письменных доказательств на виды по следующим основаниям:

- 1) по субъекту происхождения письменные доказательства делятся на официальные и частные (неофициальные) письменные доказательства;
- 2) по форме письменные доказательства делятся на документы простой письменной формы, письменные доказательства обязательной формы и содержания, нотариально удостоверенные договоры без их последующей регистрации в органах управления и письменные договоры, требующие последующей регистрации в органах управления;
- 3) по характеру внутреннего содержания письменные доказательства делятся на распорядительные и справочно-информационные;
- 4) в зависимости от процесса формирования письменные доказательства делятся на подлинники и копии.

Развитие электронного документооборота дает основание провести деление письменных доказательств по способу хранения информации, в соответствии с которым информация, составляющая содержание документа, может быть в электронной или материальной форме.

Информация в электронной форме находится (создается, обрабатывается, передается) на определенных носителях, а значит, хранится на них в электронной форме. Для того чтобы информацию в электронной форме можно было непосредственно исследовать, ее необходимо преобразовать с помощью технических средств, используемых для хранения ее в электронной форме, в человекочитаемую форму, то есть в информацию в материальной форме.

Все существующие деления письменных доказательств создавались применительно к текстовым документам.

Суд оценивает письменные доказательства по общим правилам оценки доказательств.

При выработке методики оценки каждого вида письменного доказательства подлежит учету классификация письменных доказательств. При оценке официального письменного доказательства суд обязан убедиться в том, что документ исходит от компетентного органа и подписан уполномоченным должностным лицом. При оценке копии письменного доказательства суд должен выяснить: не искажено ли содержание оригинала при снятии копии, каким образом произведено снятие копии, гарантирует ли сам процесс снятия копии достоверность и тождество информации по сравнению с первоисточником.

И.З. Куанова,

судья Северо-Казахстанского областного суда

Применение «техники судебного разбирательства в гражданском процессе» при рассмотрении трудовых споров

1. Введение

Судебная власть является одной из трех ветвей государственной власти, главным назначением которой является осуществление правосудия. Правосудие заключается в применении норм права к фактическим обстоятельствам дела. При рассмотрении конкретного спора суд применяет нормы материального права. Порядок применения этих норм регулируется нормами процессуального права. Последовательность и содержание процессуальных действий суда во многом определяются такими принципами гражданского судопроизводства, как принцип диспозитивности, состязательности.

Однако неправильное одностороннее понимание данных принципов значительно затрудняет работу суда по применению норм права, вынуждая делать излишнюю работу. Особенно это относится к такому важному вопросу как правильное определение круга обстоятельств, имеющих значение для дела.

Помочь решению проблемы правильного определения круга обстоятельств, имеющих значение для дела, может предлагаемая немецкими коллегами «техника судебного разбирательства в гражданском процессе».

Данная методика разбора гражданских дел позволяет реализовать принцип процессуальной экономии, «сузить» предмет доказывания до круга обстоятельств, обязательно подлежащих доказыванию, устранить излишние доказательства, ограничившись лишь необходимыми.

Методика неоднократно апробировалась на учебных семинарах для судей, организованных Верховным Судом Республики Казахстан совместно с ГТЦ:

- региональном семинаре по обязательственному праву - «Отдельные виды обязательств», г.Актау, 8-11 сентября 2008 года;
- региональном семинаре «Судебная практика применения земельного законодательства», г.Талдыкорган, 14-17 апреля 2009 г.;
- региональном семинаре «Судебная практика применения закона «Об акционерных обществах». Проблемы разрешения споров, связанных с корпоративным управлением», г.Костанай, 1-4 сентября 2009 г.

При этом достоинства и преимущества данной методики демонстрировалась на гражданском деле той категории, которая относилась к теме семинара.

Техника судебного разбирательства применима к анализу любого гражданского дела искового производства. В этот раз методика немецких коллег рассмотрена на примере трудового спора.

2. Общие положения о «технике судебного разбирательства в гражданском процессе»

При применении права судом дается правовая оценка фактическим обстоятельствам дела. Следовательно, для анализа дела необходимо иметь Заключение по фактическим обстоятельствам дела и правовое заключение (Экспертную оценку) по указанным фактическим обстоятельствам.

С помощью Заключения по фактическим обстоятельствам выясняется, о каких фактических обстоятельствах идет спор. В Экспертной оценке должно быть установлено, возможно ли вынесение решения без исследования доказательств, в пользу какой стороны будет вынесено решение.

В Заключении по фактическим обстоятельствам должны фигурировать только сообщения о факте и составляется оно исходя из тех утверждений сторон (других лиц, участвующих в деле), которые изложены в иске, возражении на иск, других письменных документах, а также даны в объяснениях.

В Экспертной оценке фактические обстоятельства дела анализируются с правовой точки зрения вначале с позиции истца, а при необходимости повторно, но уже с позиции ответчика. Результатом Экспертной оценки является предложение по решению об обоснованности или необоснованности заявленных требований и юридической судьбе иска.

3. Фабула гражданского дела Трудовой спор

Исковое заявление

Истец обратился в суд с иском о взыскании оплаты за период временной нетрудоспособности, компенсации материального и морального вреда.

В иске указал, что работал в ТОО (Ответчик по делу) инженером, с 20.10.2009 г. по 29.10.2009 г. в связи с обострением гипертонического криза с ним произошел случай временной нетрудоспособности. В день выхода на работу обратился к администрации ТОО с просьбой произвести оплату периода временной нетрудоспособности, предъявив лист нетрудоспособности.

Однако в оплате ему отказали.

Отказ считает необоснованным. В соответствии со ст.159 Трудового кодекса Республики Казахстан (далее ТК), п.3, 4, 5, 17 Постановления Правительства Республики Казахстан от 28.12.2007 г. № 1339 «Об утверждении Правил назначения и выплаты социального пособия, а также определения его размера» работодатель обязан за счет своих средств выплачивать работникам социальное пособие по временной нетрудоспособности. Основанием для выплаты социальных пособий по временной нетрудоспособности являются листы нетрудоспособности, выданные в установленном законодательством Республики Казахстан порядке. Социальные пособия по временной нетрудоспособности выплачиваются работникам с первого дня нетрудоспособности до дня восстановления трудоспособности из расчета их средней заработной платы, исчисленной в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Законодательством установлены конкретные случаи, когда пособие по временной нетрудоспособности не выплачивается:

- 1) работнику, временная нетрудоспособность которого наступила вследствие травм, полученных при совершении им преступления, в случае установления виновности вступившим в законную силу приговором суда;
- 2) за время принудительного лечения работника по определению суда;
- 3) за время нахождения работника под арестом и за время судебно-медицинской экспертизы, в случае установления его виновности вступившим в законную силу приговором или постановлением суда;
- 4) при временной нетрудоспособности работника от заболеваний или травм, наступивших вследствие употребления алкоголя, наркотических и токсикологических средств.

Данные факты не были установлены в отношении Истца, но Ответчик неправоммерно отказался выплатить пособие.

В результате неправоммерных действий Ответчика Истец испытал эмоционально-волевые переживания, что повлекли ухудшение здоровья и обострение гипертонического криза, нанесен моральный вред, который Истец оценил в 30.000 тенге.

Причинен также материальный вред в виде расходов на лекарственные препараты и транспорт, которые подтверждаются кассовыми чеками и рецептами врача.

Истец просил обязать Ответчика начислить и оплатить ему пособие по временной нетрудоспособности 11.736 тенге, взыскать с Ответчика в возмещение морального вреда 30.000 тенге, материального вреда - 13.134 тенге.

Возражение на иск

Ответчик с иском не согласился и указал следующее.

Истец не указал в иске, что в период с 19.10.2009 г. по 30.10.2009 г. находился в отпуске без сохранения заработной платы, что подтверждается заявлением Истца от 19.10.2009 г., приказом № 162-О от 19.10.2009 г.

Согласно п.1, 2 «Правил выдачи гражданам листов нетрудоспособности», утвержденных Приказом Агентства РК по делам здравоохранения от 29.12.2000 г. № 859 временная нетрудоспособность в связи с общим заболеванием и в других случаях, установленных законодательством, удостоверяется листком нетрудоспособности. Листок нетрудоспособности - документ, удостоверяющий факт нетрудоспособности, является основанием для освобождения от работы и получения социальных пособий по временной нетрудоспособности.

Ответчик считает, что в случае заболевания работника в период пребывания его в отпуске, освобождение от работы ему не требуется, следовательно, пособие по временной нетрудоспособности не начисляется.

Истец брал отпуск без сохранения заработной платы по семейным обстоятельствам, для личных целей. Следовательно, освобождение от работы ему не требовалось, так как он уже находился в отпуске без сохранения заработной платы. Кроме того, в Правилах назначения и выплаты социального пособия, а также определения его размера не указано, что работодатель обязан выплачивать листок нетрудоспособности работнику, находящемуся в отпуске без сохранения заработной платы.

Поскольку отказ Ответчика обоснован, Ответчик не причинил Истцу моральный и материальный вред.

Реплика Истца

Истец, действительно, просил предоставить ему отпуск без сохранения заработной платы с 19.10.2009 г. по 30.10.2009 г. В период временной нетрудоспособности он находился в отпуске без сохранения заработной платы. Однако, Ответчик самовольно указал в приказе причину отпуска – «по семейным обстоятельствам».

Реплика Ответчика

Причину отпуска без сохранения заработной платы Ответчик указал самостоятельно, так как в заявлении Истца причина не была указана.

4. Анализ дела с применением «техники судебного разбирательства в гражданском процессе»

Предложенная немецкими коллегами техника судебного разбирательства в гражданском процессе включает два этапа: составление Заключения по фактическим обстоятельствам и проведение Экспертной оценки.

Заключение и Экспертная оценка состоят из нескольких необходимых пунктов.

5. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

по фактическим обстоятельствам

Вначале следует выделить утверждения истца и ответчика по иску, которые подлежат анализу.

5.1. Утверждения сторон по иску

5.1.1 Утверждения Истца:

- 1) истец работал в ТОО, являющегося ответчиком по делу;
- 2) с 20.10.2009 г. по 29.10.2009 г. у Истца произошел случай временной нетрудоспособности;
- 3) истец предъявил лист нетрудоспособности и просил оплатить период временной нетрудоспособности;
- 4) истец в период временной нетрудоспособности находился в отпуске без сохранения заработной платы с 19.10.2009 г. по 30.10.2009 г.;
- 5) ответчик самовольно указал в приказе причину отпуска – «по семейным обстоятельствам»;
- 6) ответчик необоснованно отказал выплатить деньги;
- 7) из-за отказа Ответчика Истец испытал эмоционально-волевые переживания, что повлекло ухудшение здоровья и обострение гипертонического криза, нанесен моральный вред;
- 8) из-за отказа Ответчика Истец понес расходы на лекарственные препараты и транспорт.

5.1.2. Утверждения Ответчика

- 9) Истец в период с 01.10.2009 г. по 30.10.2009 г. находился в отпуске без сохранения заработной платы. В случае заболевания работника в период пребывания его в отпуске, освобождение от работы ему не требуется, следовательно, пособие по временной нетрудоспособности не начисляется;
- 10) причину отпуска без сохранения заработной платы Ответчик указал самостоятельно, так как в заявлении Истца причина не была указана;
- 11) ответчик не причинил Истцу моральный вред;
- 12) ответчик не причинил Истцу материальный вред.

5.1.3. Далее следует обозначить требования сторон по иску:

Истцом заявлены три требования:

- 1) истец просит обязать Ответчика начислить и оплатить ему пособие по временной нетрудоспособности в сумме 11.736 тенге;

2) истец просил взыскать с Ответчика в возмещение морального вреда 30.000 тенге;

3) истец просил взыскать с Ответчика в возмещение материального вреда 13.134 тенге.

5.2. Заключение по фактическим обстоятельствам состоит из трех частей:

А. Бесспорные обстоятельства

Б. Утверждения Истца, которые оспариваются ответчиком

В. Утверждения Ответчика, которые оспариваются истцом

Вначале следует выделить обстоятельства, которые сторонами не оспариваются (бесспорные обстоятельства) и которые, следовательно, не нуждаются в доказывании (нет необходимости привлекать доказательства).

Данные бесспорные обстоятельства (А) вкупе с оспариваемыми утверждениями истца (Б), а затем с оспариваемыми утверждениями ответчика (В) служат фактической основой для последующей Экспертной оценки.

А. Бесспорные обстоятельства по иску

Утверждения Истца, которые Ответчиком не оспариваются

1) истец работал в ТОО, являющемся ответчиком по делу;

2) с 20.10.2009 г. по 29.10.2009 г. у Истца произошел случай временной нетрудоспособности;

3) истец предъявил лист нетрудоспособности и просил оплатить период временной нетрудоспособности;

4) истец в период временной нетрудоспособности находился в отпуске без сохранения заработной платы с 19.10.2009 г. по 30.10.2009 г.;

5) ответчик самовольно указал в приказе причину отпуска – «по семейным обстоятельствам»;

Б. Утверждения Истца, которые оспариваются ответчиком

6) ответчик необоснованно отказался выплатить деньги;

7) из-за отказа Ответчика Истец испытал эмоционально-волевые переживания, что повлекло ухудшение здоровья и обострение гипертонического криза, нанесен моральный вред;

8) из-за отказа Ответчика Истец понес расходы на лекарственные препараты и транспорт;

С. Утверждения ответчика, которые оспариваются истцом

10) ответчик не причинил Истцу моральный вред;

11) ответчик не причинил Истцу материальный вред.

5.3. Экспертная оценка

5.3.1. Обоснованность утверждений истца (А + Б)

Вначале проверяется обоснованность всех утверждений Истца, как бесспорных, так и оспариваемых Ответчиком.

Истец утверждает, а Ответчик не оспаривает, что Истец работал в ТОО. Следовательно, между ними существовали трудовые правоотношения, в которых Истец является Работником, а Ответчик - Работодателем.

С 20.10.2009 г. по 29.10.2009 г. у Истца произошел случай временной нетрудоспособности, что не оспаривается Ответчиком.

Данное обстоятельство может являться основанием для выплаты социального пособия по временной нетрудоспособности в соответствии со ст.159 ТК, согласно которой работодатель обязан за счет своих средств выплачивать работникам социальные пособия по временной нетрудоспособности.

Истец предъявил лист нетрудоспособности и просил оплатить период временной нетрудоспособности. Данное обстоятельство также может являться основанием для выплаты социального пособия по временной нетрудоспособности в соответствии со ст.159 ТК, согласно которой «Основанием для выплаты социальных пособий по временной нетрудоспособности являются листы нетрудоспособности, выданные в установленном законодательством Республики Казахстан порядке».

Далее Истец утверждает, что временная нетрудоспособность наступила в период нахождения его в отпуске без сохранения заработной платы.

Данное обстоятельство может иметь значение для выяснения вопроса о соблюдении установленного законодательством порядка выдачи листов нетрудоспособности.

Согласно пункту 4 «Правил назначения и выплаты социального пособия, а также определения его размера», утвержденных постановлением Правительства Республики Казахстан от 28.12.2007 г. № 1339, основанием для назначения и выплаты пособия является лист нетрудоспособности, выдаваемый в порядке, установленном уполномоченным государственным органом в области здравоохранения.

Согласно пункту 39 «Правил выдачи гражданам листов нетрудоспособности», утвержденных приказом Агентства Республики Казахстан по делам здравоохранения от 29.12.2000 г. № 859, не допускается выдача листка нетрудоспособности лицу, находящемуся в отпуске без сохранения заработной платы.

Следовательно, лист нетрудоспособности выдан Истцу в нарушение установленного законодательством порядка их выдачи.

Данное обстоятельство свидетельствует, что Истец не вправе требовать от Ответчика оплаты листа нетрудоспособности, выданного в нарушение установленного порядка, а отказ Ответчика является правомерным.

Утверждение Истца о том, что Ответчик самовольно указал в приказе причину отпуска – «по семейным обстоятельствам» не имеет правового значения для разрешения спора, поскольку законодательством запрещается выдача листка нетрудоспособности лицу, находящемуся в отпуске без сохранения заработной платы, независимо от причины нахождения лица в отпуске.

Вывод 1: иск Истца в части требования обязать Ответчика начислить и оплатить ему пособие по временной нетрудоспособности является необоснованным. Иск в данной части следует отклонить.

Утверждение Истца о том, что из-за отказа Ответчика Истец испытал эмоционально-волевые переживания, что повлекло ухудшение здоровья и обострение гипертонического криза, ему причинен моральный вред может являться основанием для возмещения Ответчиком морального вреда на основании ст.917 ГК РК, согласно которой «Вред, причиненный ...».

Требование о возмещении морального вреда основывается на утверждении Истца о необоснованности отказа Ответчика.

Однако выше установлено, что отказ Ответчика является правомерным.

Следовательно, отсутствует одно из необходимых условий для возмещения вреда - неправомерность действий Ответчика.

Вывод 2: иск Истца в части требования возместить моральный вред является необоснованным. Иск в данной части следует отклонить.

Утверждение Истца о том, что из-за отказа Ответчика Истец понес расходы на лекарственные препараты и транспорт может являться основанием для возмещения Ответчиком морального вреда на основании той же ст.917 ГК РК.

Требование о возмещении материального вреда также основано на утверждении Истца о необоснованности отказа Ответчика.

Поскольку выше установлена правомерность отказа Ответчика, следует сделать вывод о том, что для удовлетворения данного требования отсутствует необходимое условие - неправомерность действий Ответчика.

Вывод 3: иск Истца в части требования возместить материальный вред является необоснованным. Иск в данной части следует отклонить

Вывод 4: Таким образом, иск в целом является необоснованным.

5.3.2. Обоснованность утверждений ответчика (А + В)

Теперь по методике следовало бы проверить обоснованность всех утверждений ответчика, как бесспорных, так и оспариваемых ответчиком (А + В).

Однако в связи с тем, что по иску Истца в целом сделан вывод о необоснованности предъявленного иска, нет необходимости проводить проверку утверждений ответчика по первоначальному иску.

5.3.3. Доказывание

При очевидности необоснованности иска нет необходимости исследовать представленные доказательства: копии заявления о предоставлении отпуска, приказа о предоставлении отпуска, листа нетрудоспособности; справки о заработной плате Истца, рецепты врача, кассовые чеки о приобретении лекарств и затратах на транспорт, проверять расчеты размера социального пособия. Отсутствует также необходимость привлекать какие-либо дополнительные доказательства.

5.3.4. Предложение по иску

Иск необоснован и следует отказать в удовлетворении иска.

6. Судебные постановления

6.1. Решение суда, вынесенное по делу

Р Е Ш Е Н И Е
ИМЕНЕМ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
К Р А Т К О Е

Суд № 2 г.Петропавловска Северо-Казахстанской области в составе: председательствующего судьи С-ва М.И., при секретаре Г.В.С., истца Ушакова М.А., ответчика – представителя ТОО «Беркут» на основании доверенности б./н. от 11.02.2010 года Петровой Е.К., специалиста – сотрудника Управления координации занятости и социальных программ Северо-Казахстанской области Тимофеевой А.Л., рассмотрев 18 февраля 2010 года в открытом судебном заседании в помещении суда гражданское дело по иску Ушакова Михаила Алексеевича к ТОО «Беркут» о взыскании пособия по временной нетрудоспособности, возмещения ущерба и компенсации морального вреда,

У С Т А Н О В И Л:

Выслушав пояснения сторон, проанализировав их доводы, исследовав и изучив материалы гражданского дела, заслушав пояснения специалиста, суд приходит к следующему.

В силу п.1-3 ст.159 Трудового кодекса Республики Казахстан, работодатель обязан за счет своих средств выплачивать работникам социальные пособия по временной нетрудоспособности; основанием для выплаты социальных пособий по временной нетрудоспособности являются листы нетрудоспособности, выданные в установленном законодательством РК порядке; социальные пособия по временной нетрудоспособности выплачиваются работникам с первого дня нетрудоспособности до дня восстановления трудоспособности или до установления инвалидности из расчета средней заработной платы, исчисленной в соответствии с законодательством РК.

Судом установлено и сторонами не оспаривается, что со 02.08.2004 года истец состоял в трудовых отношениях с ответчиком на должности инженера-строителя-сметчика, что подтверждается приказом № 108-л. На основании решения суда от 15.10.2009 года, Ушаков М.А. восстановлен на работе с 15.06.2009 года в должности инженера-строителя-сметчика ремонтно-строительной бригады, что подтверждается приказом № 104-л от 16.10.2009 года. Согласно листа нетрудоспособности № 7920278, в период с 20.10.2009 года по 29.10.2009 года истец находился на амбулаторном лечении в КГКП «Городская поликлиника № 2», в связи с обострением гипертонического криза. При этом на основании заявления истца от 19.10.2009 года ответчиком предоставлен истцу отпуск без сохранения заработной платы на период с 19.10.2009 года по 30.10.2009 года, что подтверждается приказом № 162-О от 19.10.2009 года и сторонами не оспаривается; в приказе причина отпуска указано – по семейным обстоятельствам. Также сторонами не оспаривается, что истец 30.10.2009 года (пятница) не работал, поскольку находился в отпуске. В дальнейшем по приказам ответчика истцу предоставлялись на основании его заявлений отпуска без сохранения заработной платы (по семейным обстоятельствам) – на период с 02.11.2009 года по 06.11.2009 года,

с 09.11.2009 года по 13.11.2009 года, с 16.11.2009 года по 17.11.2009 года и на 20.11.2009 года. Истцу вручено уведомление о расторжении трудового договора (16.11.2009 года) и приказом руководителя ТОО «Беркут» № 125-П от 20.12.2009 года, с истцом трудовой договор расторгнут, в связи с сокращением штатной численности и в силу п.2 ст.54 Трудового кодекса.

Согласно п.13 Правил назначения и выплаты социального пособия, а также определения его размера, утвержденного постановлением Правительства РК от 28.12.2007 года № 1339, работникам, находящимся в очередном или дополнительном отпуске, в отпуске без сохранения заработной платы, пособие по уходу за временно нетрудоспособным членом семьи не выдается.

В период заболевания (с 20.10.2009 года по 29.10.2009 года) истец находился в отпуске без сохранения заработной платы; в заявлении о предоставлении отпуска без сохранения заработной платы (19.10.2009 года) истец не указывал причину для выхода в отпуск, указав лишь его продолжительность, то есть основания для предоставления отпуска истцом не определено; а в приказе же основанием указано – по семейным обстоятельствам. В законодательстве заболевания, по которым обязательно подлежит выплата пособия по листку нетрудоспособности (на что ссылается истец), не оговариваются. Поэтому в данном конкретном случае оплата истцу пособия по временной нетрудоспособности не подлежит. Данные выводы суда согласуются пояснениями специалиста Тимофеевой А.Л., согласно которого пособие по временной нетрудоспособности за период, когда работник находился в отпуске без сохранения заработной платы, не оплачивается.

Листок нетрудоспособности – документ, удостоверяющий факт нетрудоспособности, является основанием для освобождения от работы и получения социальных пособий по временной нетрудоспособности. В данном случае в силу ст.111 Трудового кодекса, истец в заявлении о предоставлении отпуска от 19.10.2009 года просил освободить его от трудовых обязанностей на определенный период времени, без оплаты его труда, поэтому при последующем наступлении временной нетрудоспособности в период отпуска, пособие не выплачивается.

Иск в части возмещения ущерба (13134 тенге), связанные с расходами на лекарственные препараты и транспорт, также иск в части компенсации морального вреда (30000 тенге) необоснован, поскольку истец связывает понесенные им материальные затраты и компенсацию морального вреда именно в связи с заболеванием; поскольку истец находился на лечении по листу нетрудоспособности в период отпуска, то обязательств по возмещению связанных с заболеванием материальных затрат (приобретение лекарств, передвижение по городу), у ответчика перед истцом не имеется. То есть неправомерных действий со стороны ответчика не установлено (на что ссылается истец), поэтому оснований для компенсации морального вреда нет.

По изложенным основаниям, суд приходит к выводу, что иск необоснован и подлежит оставлению без удовлетворения.

На основании изложенного и руководствуясь ст.ст.217-221, 65, 15 п.2 ГПК, суд
Р Е Ш И Л :

В удовлетворении исковых требований Ушакова Михаила Алексеевича к ТОО «Беркут» о взыскании пособия по временной нетрудоспособности, возмещения ущерба и компенсации морального вреда – отказать.

Решение может быть обжаловано или опротестовано в апелляционную инстанцию Северо-Казахстанского областного суда через суд № 2 г.Петропавловска в течение 15 дней со дня вручения копии данного решения, вынесенного судом.

Судья С-ов М.И.

6.2. Апелляционное постановление

Судья С-ов М.И.

ПО С Т А Н О В Л Е Н И Е № 2а-108/10

Апелляционная судебная коллегия Северо-Казахстанского областного суда Республики Казахстан в составе председательствующего судьи А-ва.С.Т., с участием истца Ушакова М.А., рассмотрев в открытом судебном заседании 15.04.2010 г. в здании областного суда в г. Петропавловске гражданское дело по иску Ушакова Михаила Алексеевича к ТОО «Беркут» о взыскании социального пособия по временной нетрудоспособности, материального ущерба и морального вреда, поступившее по апелляционной жалобе истца Ушакова М.А. на решение (краткое) суда № 2 г. Петропавловска от 11.02.2010 г.,

У С Т А Н О В И Л А :

19.01.2010 года Ушаков М.А. обратился в суд с иском к ТОО «Беркут» (далее по тексту ТОО) о взыскании социального пособия по временной нетрудоспособности, материального ущерба и морального вреда, указывая, что ранее работал в ТОО, при этом, в связи с обострением гипертонического криза в период с 20.10. по 29.10.09года, ему был выдан листок временной нетрудоспособности, однако администрацией ТОО, в нарушение норм Трудового кодекса и Правил назначения и выплаты социального пособия..., в оплате пособия по временной нетрудоспособности ему было отказано.

При этом не учтено, что законодательством установлены конкретные случаи, когда пособие по нетрудоспособности не выплачивается и которые к нему не применимы.

В результате неправомерных действий работодателя он испытывал эмоционально-волевые переживания, а потому ему причинен моральный вред, оцениваемый им в сумме 30 тыс. тенге и подлежащий, в соответствии с законом, возмещению в денежной форме лицом, его причинившим.

Кроме того, действия администрации ТОО повлекли дальнейшее ухудшение состояния его здоровья и обострение гипертонического криза, из-за чего 03.12.09 года ему был выдан очередной листок нетрудоспособности. В результате этих

неправомерных действий ТОО ему был нанесен материальный ущерб, в виде расходов на приобретение лекарственных препаратов и транспорт.

С учетом изложенного просил обязать ответчика начислить и оплатить ему пособие по временной нетрудоспособности, взыскать с ТОО в возмещение морального вреда 30 тыс. тенге и материального ущерба 13134 тенге, а также расходы по оплате государственной пошлины.

В последующем в дополнении к исковому заявлению истец уточнил исковые требования, в части социального пособия и просил обязать ответчика начислить и выплатить ему пособие по временной нетрудоспособности в сумме 11736 тенге.

В суде первой инстанции истец на исковых требованиях настаивал, ссылаясь в обоснование иска на доводы, изложенные в искомом заявлении.

Возражая против предъявленного иска, представитель ТОО просила в удовлетворении исковых требований отказать, указывая, что листок нетрудоспособности выдается для освобождения от работы, тогда как истец находился в отпуске без сохранения заработной платы и требования о выплате за этот период пособия по временной нетрудоспособности неправомерно.

Решением суда № 2 г. Петропавловска от 18 февраля 2010 года года в удовлетворении исковых требований Ушакова М.А. было отказано.

Не согласившись с решением суда, истец Ушаков М.А. обратился с апелляционной жалобой, в которой просит отменить решение суда и внести новое решение об удовлетворении исковых требований, указывая, что судом не учтено, что в Правилах назначения и выплаты социального пособия...установлены конкретные случаи, когда пособие по временной нетрудоспособности не выплачивается и эти случаи к его ситуации не применимы; суд неосновательно сослался на пояснения специалиста, не представившей какой-либо законодательный акт, в обоснование своих слов, а сославшись на разъяснение Министерства труда; судом не учтено, что уполномоченный орган не наделен полномочиями по внесению изменений и дополнений в постановления Правительства; суд неосновательно не применил закон, подлежащий применению, в частности Трудовой кодекс; не учел, что работодатель самостоятельно указал основание предоставления отпуска без сохранения заработной платы; судом не сообщена дата оглашения решения, а потому это решение фактически не оглашено.

Выслушав объяснения истца Ушакова М.А., поддержавшего доводы апелляционной жалобы, изучив материалы дела и дав оценку доводам апелляционной жалобы, апелляционная судебная коллегия приходит к следующему.

В соответствии со ст. 218 ГПК РК - решение суда должно быть законным и обоснованным.

Данное решение, по мнению коллегии, соответствует этим требованиям закона.

Как установлено судом первой инстанции и нашло подтверждение материалами дела, истец Ушаков М.А. работавший в ТОО в должности инженера - строителя-сметчика, 19.10.09 года обратился с заявлением на имя

директора ТОО о предоставлении ему отпуска без сохранения заработной платы с 19.10. по 30.10.09года, приказом № 162-О от 19.10.09 года заявление удовлетворено и Ушакову М.А. предоставлен отпуск без сохранения заработной платы по семейным обстоятельствам на период с 19.10. по 30.10.09 года.

В период нахождения в отпуске без сохранения заработной платы Ушаков М.А. проходил амбулаторное лечение с 20.10.09 по 29.10.09 года в КГКП «2-я городская поликлиника», где ему был выдан листок нетрудоспособности, однако администрацией ТОО в выплате социального пособия по временной нетрудоспособности было отказано.

Принимая решение по делу, и отказывая в удовлетворении исковых требований, суд первой инстанции, сослался на то, что действующим законодательством не предусмотрена оплата пособия по временной нетрудоспособности за период нахождения работника в отпуске без сохранения заработной платы, поскольку листок нетрудоспособности является основанием для освобождения от работы, тогда как в данном случае истец, согласно его заявления находился в отпуске без сохранения заработной платы и соответственно был освобожден от исполнения трудовых обязанностей на весь период заболевания. Отказывая в оплате пособия по временной нетрудоспособности ответчик действовал правомерно, а потому оснований для возмещения материального ущерба и морального вреда не имеется.

Данные выводы суда первой инстанции, по мнению коллегии, основаны на обстоятельствах спора и нормах действующего законодательства.

Так, из приобщенных к материалам дела ксерокопий заявления Ушакова М.А. от 19.10.09года (л/д 79), приказа № 162-О от 19.10.09года (л/д 75), листка нетрудоспособности, выданного КГКП «2-я городская поликлиника» 20.10.09 года (л/д 17), видно, что приказом директора ТОО истцу на основании его заявления был предоставлен отпуск без сохранения заработной платы с 19.10.09 по 30.10.09 года, листок нетрудоспособности был выдан на период с 20.10.09 по 29.10.09 года, т.е. период временной нетрудоспособности полностью приходится на период нахождения его в отпуске без сохранения заработной платы, что истцом не оспаривается.

В силу ст. 159 Трудового кодекса Республики Казахстан - работодатель обязан за счет своих средств выплачивать работникам социальные пособия по временной нетрудоспособности. Основанием для выплаты социальных пособий по временной нетрудоспособности являются листы нетрудоспособности, выданные в установленном законодательством Республики Казахстан порядке. Размеры социального пособия, порядок назначения и выплаты определяются Правительством Республики Казахстан.

Таким образом, указанная выше норма Трудового кодекса Республики Казахстан содержит лишь общие принципы социальной защиты работников, путем возложения на работодателей обязанности по выплате им социального пособия по временной нетрудоспособности, при условии предоставления ими листка нетрудоспособности, тогда как порядок назначения,

выплаты и исчисления размера этих пособий, порядок выдачи листов нетрудоспособности, регулируются иными нормативно-правовыми актами, принятыми уполномоченными на то государственными органами, что не противоречит закону, поскольку согласно ст. 2 Трудового кодекса Республики Казахстан - трудовое законодательство Республики Казахстан состоит из настоящего Кодекса, законов Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан.

При этом, согласно пункта 4 Правил назначения и выплаты социального пособия, а также определения его размера, утвержденных постановлением Правительства Республики Казахстан от 28.12.07 года № 1339- основанием для назначения и выплаты пособия является лист нетрудоспособности, выдаваемый в порядке, установленном уполномоченным государственным органом в области здравоохранения, а тогда как в соответствии с пунктом 39 Правил выдачи гражданам листов нетрудоспособности, утвержденных приказом Агентства Республики Казахстан по делам здравоохранения от 29.12.00 года № 859(с изменениями внесенными приказом министра здравоохранения Республики Казахстан от 28.06.04 года № 513), зарегистрированными в Реестре государственной регистрации нормативных правовых актов за № 1372/1 (действовавших на территории Республики Казахстан на момент возникновения спорных правоотношений) -не допускается выдача листка нетрудоспособности лицу, находящемуся в отпуске без сохранения заработной платы.

С учетом изложенного апелляционная судебная коллегия находит, что листок нетрудоспособности был выдан Ушакову М.А., находящемуся в отпуске без сохранения заработной платы, вопреки положением нормативного правового акта, принятого уполномоченным органом, при этом наличие у него листка нетрудоспособности не влечёт возникновение права на получение социального пособия по временной нетрудоспособности, при этом не имеет правового значения причина предоставления отпуска без сохранения заработной платы.

Следует отметить, что аналогичное разъяснение дано Министерством труда и социальной защиты населения Республики Казахстан, являющегося уполномоченным органом в сфере трудовых отношений, в функции которого в соответствии со ст. 16 Трудового кодекса Республики Казахстан входит организация государственного контроля за соблюдением трудового законодательства Республики Казахстан, а соответственно разъяснение норм действующего законодательства в сфере труда, а потому суд первой инстанции обоснованно сослался на пояснения, привлеченной к участию в деле в качестве специалиста работника Управления координации занятости и социальных программ Северо-Казахстанской области Тимофеевой А.Л.

При этом коллегия находит, что Правилами назначения и выплаты социального пособия, а также определения его размера регламентированы лишь случаи, когда листок нетрудоспособности, выдан в порядке, установленном уполномоченным на то государственным органом.

При изложенных обстоятельствах доводы апелляционной жалобы истца о том, что судом не учтено, что в Правилах назначения и выплаты социального пособия...установлены конкретные случаи, когда пособие по временной нетрудоспособности не выплачивается и эти случаи к его ситуации не применимы; суд неосновательно сослался на пояснения специалиста, не представившей какой - либо законодательный акт, в обоснование своих слов, а сославшейся на разъяснение Министерства труда; судом не учтено, что уполномоченный орган не наделен полномочиями по внесению изменений и дополнений в постановление Правительства; суд неосновательно не применил закон, подлежащий применению, в частности Трудовой кодекс; не учел, что работодатель самостоятельно указал основание предоставления отпуска без сохранения заработной платы, по мнению коллегии, не основаны на обстоятельствах спора и нормах действующего законодательства, а потому не заслуживающими внимания.

Остальные доводы апелляционной жалобы истца, по мнению коллегии, на законность обжалуемого судебного решения не влияют, а потому также не заслуживают внимания.

Обращаясь с иском о возмещении морального вреда и материального ущерба истец, в обоснование иска, сослался на то, что они причинены действиями ответчика отказавшегося оплатить пособие по временной нетрудоспособности, однако в соответствии с действующим законодательством возмещению подлежит лишь вред, причиненный неправомерными действиями, тогда как в данном случае действия администрации ТОО правомерны, а потому, по мнению коллегии, оснований, для возложения на ТОО обязанности по его возмещению не имеется, а потому суд первой инстанции обоснованно отказал в удовлетворении исковых требований и в этой части.

С учетом изложенного, по мнению коллегии, решение суда подлежит оставлению без изменения, а апелляционная жалоба без удовлетворения.

На основании изложенного и руководствуясь ст.358 п.1 ГПК РК,
коллегия

П О С Т А Н О В И Л А:

Решение (краткое) суда № 2 г. Петропавловска от 11.02.2010 г. по данному делу оставить без изменения, апелляционную жалобу истца Ушакова М.А. - без удовлетворения.

Постановление может быть обжаловано или опротестовано в кассационную коллегию Северо-Казахстанского областного суда в течение пятнадцати дней после получения сторонами апелляционного постановления в окончательной форме.

Председательствующий

А-ов С.Т.

6.3. На основе составленных Заключений по фактическим обстоятельствам дела и Экспертных оценок предлагается следующее решение суда по данному делу.

7. Выводы и рекомендации

Из материалов дела, на основе которого проведен данный анализ, следует, что суд первой инстанции полностью исследовал представленные сторонами доказательства: копии заявления о предоставлении отпуска, приказа о предоставлении отпуска, листа нетрудоспособности; справки о заработной плате Истца, рецепты врача, кассовые чеки о приобретении лекарств и затратах на транспорт, расчеты размера социального пособия.

Кроме того, суд первой инстанции принимал дополнение к иску, в котором Истец уточнил сумму социального пособия. Суд также дополнительно привлек для дачи консультации специалиста – работника органа социальной защиты, который дал устную консультацию по вопросу выплаты социального пособия по временной нетрудоспособности, сослался на разъяснительное письмо Министерства труда и социальной защиты. Для совершения данных процессуальных действий суд дважды отложил судебное разбирательство.

Впоследствии в апелляционной и кассационной жалобах Истец оспорил консультацию специалиста, его ссылку на письмо Министерства, которое не является нормативным правовым актом. В связи с этим суду апелляционной и кассационной инстанции пришлось указывать данные доводы в постановлении и опровергать их.

Вместе с тем, из Экспертной оценки следует явная необоснованность иска, в связи с чем отсутствует необходимость исследовать представленные доказательства и привлекать какие-либо дополнительные доказательства.

Применение предлагаемой методики позволило бы сэкономить суду силы и время:

- рассмотреть дело на основании анализа утверждений сторон о фактах;
- рассмотреть дело в одном судебном заседании;
- не указывать в судебных актах лишних обстоятельств, которые дополнительно оспорены в жалобах стороны.

Все это способствовало бы упрощению судопроизводства.

На основании анализа можно также сформулировать рекомендацию по совершенствованию ГПК РК. Согласно ч.2, 4 ст.221 ГПК РК описательная часть решения должна содержать указание на требование истца, возражения ответчика и объяснения других лиц, участвующих в деле.

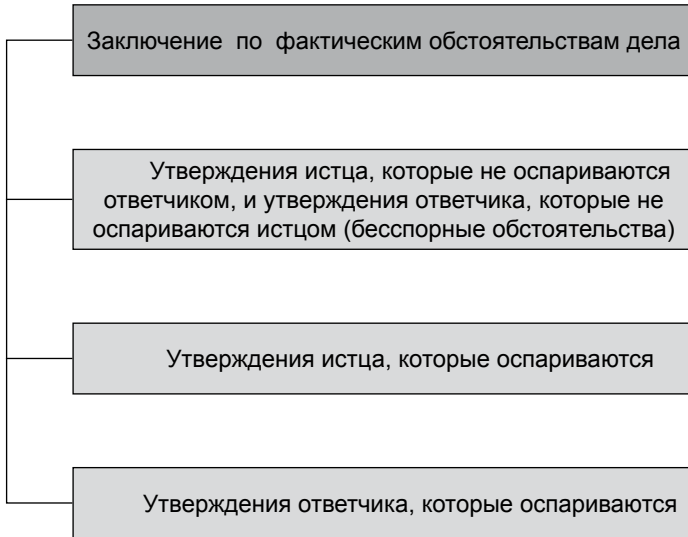
При необоснованности иска, явно очевидной сразу после проверки утверждений истца, нет необходимости отражать в описательной части решения объяснения других лиц, как не имеющих значения для дела.

Следовательно, ч.4 ст.221 ГПК можно изложить в следующей редакции: «4. Описательная часть решения должна содержать указание на требование истца, **и при необходимости** возражения ответчика и объяснения других лиц, участвующих в деле».

Такая формулировка также позволила бы упростить структуру решения суда, сведя ее до указания только необходимых элементов.

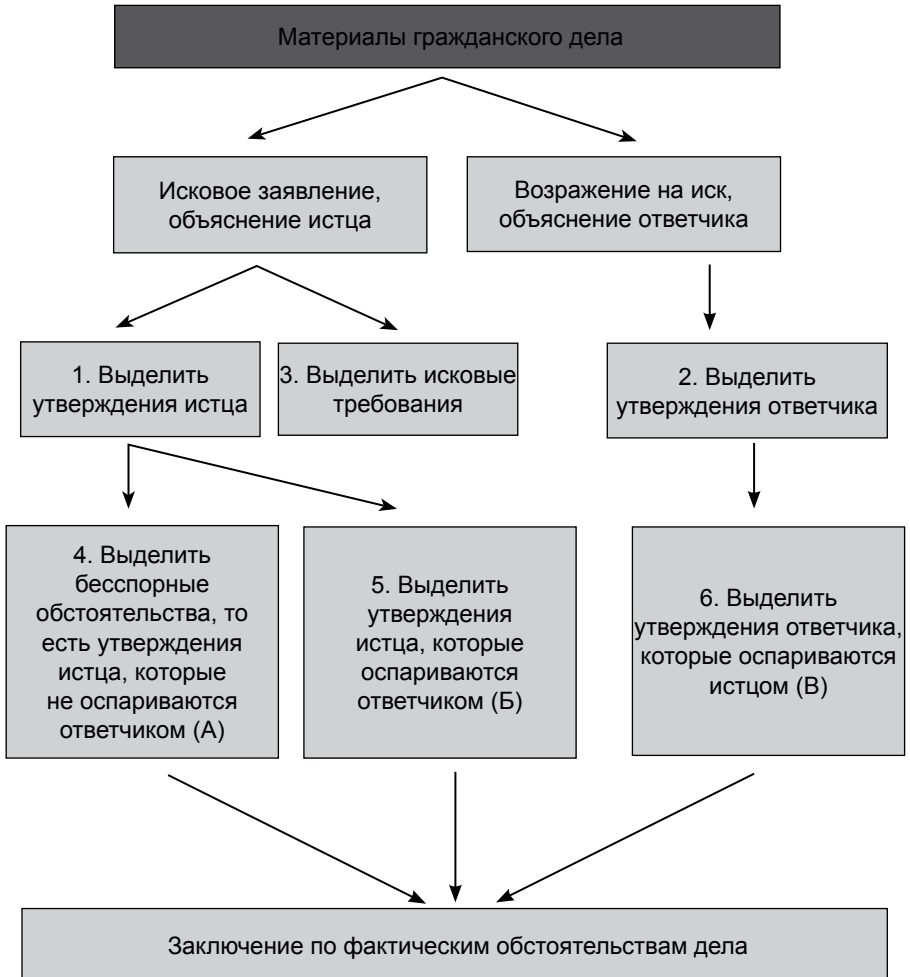
ПРИЛОЖЕНИЕ А

Структура Заключения по фактическим обстоятельствам дела



ПРИЛОЖЕНИЕ Б

Схема составления Заключения по фактическим обстоятельствам дела



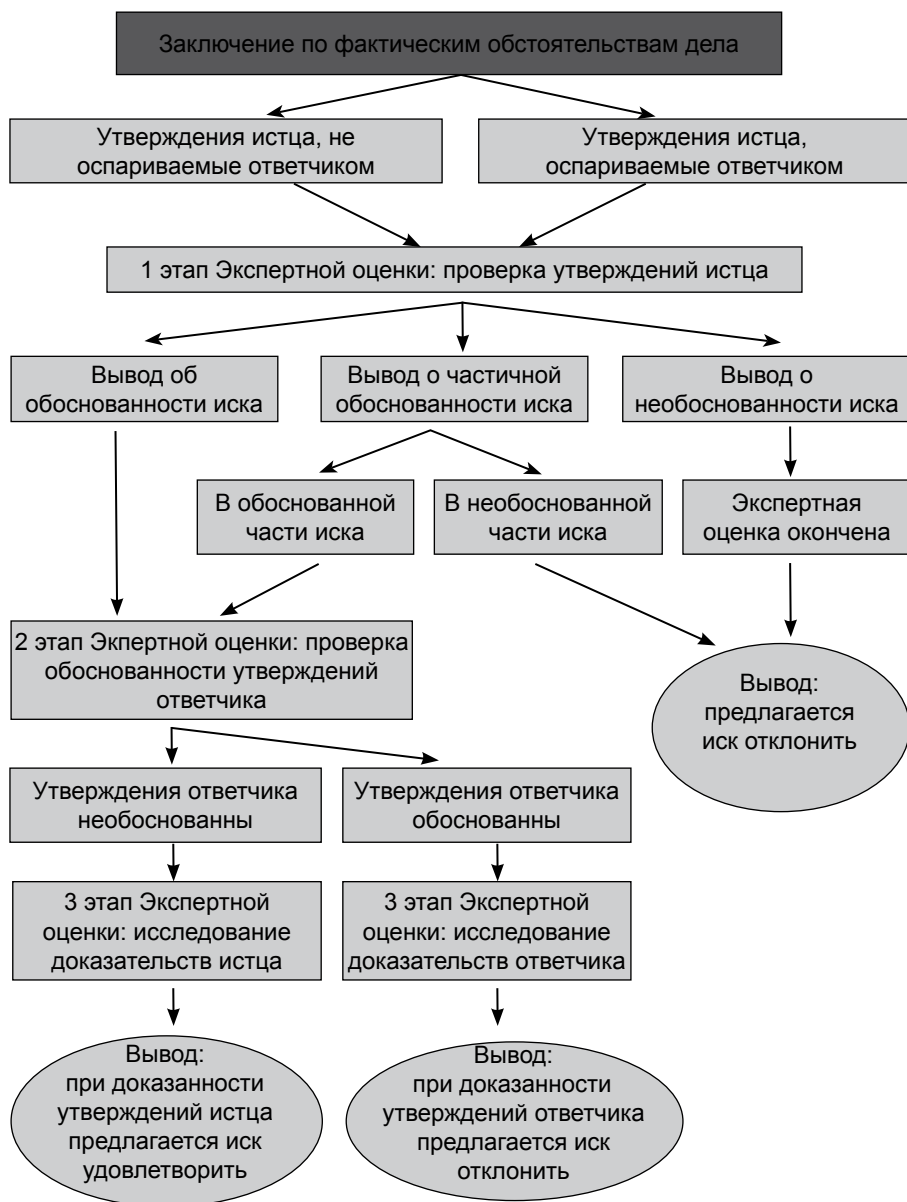
ПРИЛОЖЕНИЕ В

Структура Экспертной оценки



ПРИЛОЖЕНИЕ Г

Схема составления Экспертной оценки



ПРИЛОЖЕНИЕ Д

Схема составления судебного решения



СЕССИЯ 5. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЯ ПО СПОРАМ, РЕГЛАМЕНТИРУЕМЫМ БРАЧНО-СЕМЕЙНЫМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ

Г. Б. Ак-куова,
судья Верховного Суда Республики Казахстан

Доказывание при рассмотрении исковых требований о разделе совместного имущества супругов. Установление отцовства, установление факта признания отцовства

Одним из принципов гражданского судопроизводства является предусмотренный статьей 15 ГПК принцип состязательности и равноправия сторон. Стороны избирают в ходе гражданского судопроизводства свою позицию, способы и средства ее отстаивания самостоятельно и независимо от суда, других органов и лиц.

Статьей 65 ГПК обязанность доказывания возложена на стороны в гражданском процессе.

Данная норма является новеллой действующего кодекса, т.к. по ранее действовавшему ГПК, как известно, суд обязан был принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего полного и объективного выяснения действительных обстоятельств дела прав и обязанностей сторон.

Теперь суд освобожден от сбора доказательств по своей инициативе в целях установления фактических обстоятельств дела, вместе с тем закон оговаривает, что по мотивированному ходатайству стороны суд оказывает ей содействие в получении необходимых материалов в порядке, предусмотренном ГПК.

Суд основывает процессуальное решение лишь на тех доказательствах, участие в исследовании которых на равных основаниях было обеспечено каждой из сторон и это положение закона также свидетельствует о необходимости соблюдения судом принципа состязательности и равноправия сторон при вынесении решения.

Круг обстоятельств, подлежащих доказыванию каждой из сторон по конкретному делу, определяется исходя из содержания нормы материального права.

Позвольте остановиться на отдельных вопросах доказательств и доказывания при рассмотрении некоторых категорий гражданских дел по спорам, вытекающим из семейных правоотношений.

Согласно статистическим данным за 2009 год в суды республики поступило 51 016 исковых заявлений о расторжении брака против 46 635 в 2008 году. С вынесением решения рассмотрено 33 332 дела или 72,2% от общего числа окончательных дел данной категории против 70,5% в 2008 году.

Соответственно увеличилось и количество дел по искам о разделе совместного имущества супругов.

Существенные перемены в экономической сфере нашего государства, развитие рыночных отношений, занятие частным бизнесом одного или обоих

супругов обогатили перечень не только объектов собственности каждого из супругов, но и того имущества, которое можно считать совместным.

Статьей 22 Закона Республики Казахстан «О браке и семье» предусмотрен момент прекращения брака – это существенное положение закона, поскольку именно с этого момента прекращаются личные и имущественные права и обязанности супругов, вытекающие из их брачных отношений.

Если по Кодексу Казахской ССР «О браке и семье» для расторжения брака на основании вступившего в законную силу решения суда была необходима регистрация развода по заявлению одного или обоих супругов в органах ЗАГС и брак считался прекращенным с момента регистрации развода, то по действующему Закону брак считается прекращенным с момента вступления в законную силу решения суда о расторжении брака и нет необходимости обращаться в органы ЗАГС с заявлением о регистрации развода. А если супруги не обращались в суд и имеются основания для расторжения брака в органах ЗАГС, то брак считается расторгнутым с момента регистрации расторжения брака в органах ЗАГС по заявлению.

В связи с указанными изменениями в законе касательно момента прекращения брака отдельными судами допускались ошибки в применении данной нормы закона, что существенно повлияло на принятие правильного решения по делам о разделе совместно нажитого имущества.

Например, дело по иску Т. к М. о выселении из коттеджа в г. Алматы и встречному иску М. к Т. о признании коттеджа совместным имуществом супругов и разделе имущества.

Решением суда первой инстанции и постановлением апелляционной инстанции в удовлетворении как основного так и встречного иска отказано.

Отказ во встречном иске о признании спорного домостроения совместным имуществом и его разделе суд обосновал тем, что брак между сторонами был расторгнут решением суда от 24 апреля 1998 года и стороны при этом заявили об отсутствии споров, связанных с разделом имущества либо воспитанием детей.

Далее суд, ссылаясь на правоустанавливающие документы на земельный участок под строительство дома, оформленные на имя истицы Т. в 1999 году, сдачу дома в эксплуатацию в августе 2000 года с оформлением права собственности на ее имя, приходит к выводу о том, что спорное домостроение было приобретено после расторжения брака между сторонами.

Между тем, из материалов дела следует, что свидетельство о расторжении брака на основании решения суда от 24. 04. 1998 года выдано 01.11.2000 года, таким образом, брак прекращен юридически с указанного момента.

Отменяя состоявшиеся по делу судебные акты, надзорная коллегия Верховного Суда указала, что в соответствии со статьей 37 Закона Республики Казахстан «О нормативно-правовых актах» от 24.03.1998 года действие нормативного правового акта не распространяется на отношения, возникшие до его введения в действие.

Кроме того, в пункте 27 постановления Пленума Верховного Суда Республики Казахстан №5 от 28.04.2000 года «О применении судами

законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» также разъяснено о не распространении пункта 1 статьи 22 Закона Республики Казахстан «О браке и семье», касающегося момента прекращения брака, на случаи, когда брак был расторгнут в судебном порядке до вступления в силу указанного Закона, поскольку в этих случаях брак считается прекращенным с момента регистрации развода (статья 40 Кодекса о браке и семье Казахской ССР).

Таким образом, при рассмотрении данного спора подлежали доказыванию обстоятельства как момента прекращения брака так и в связи с этим требования о признании спорного имущества совместным имуществом.

Ответчик М., доказывая момент прекращения брака, представил в суд свидетельство о расторжении брака, полученное истицей после введения в действие нового Закона «О браке и семье», а также доказательства продолжения совместного проживания с истицей Т. до марта 2005 года, что не отрицалось самой истицей.

Однако судом были нарушены нормы материального права, выразившиеся в применении нормы материального права, не подлежащего применению.

Аналогичные нарушения были допущены судом при рассмотрении дела о разделе совместно нажитого имущества супругов Б., которые расторгли брак в судебном порядке в июне 1998 года, однако продолжали проживать совместно, свидетельство о расторжении брака истица получила лишь в 2005 году. К этому времени они продали частный дом, являвшийся совместной собственностью и приобрели квартиру в г.Алматы, оформив ее на имя истицы, где и проживали совместно. В 2005 году истица, получив свидетельство о расторжении брака, продолжала проживать с ответчиком, а в 2008 году стала препятствовать его проживанию в квартире, поменяв замки и мотивируя тем, что квартира является ее личной собственностью, т.к. приобретена после расторжения брака в судебном порядке.

Удовлетворяя ее требования, суд также как и по предыдущему делу, указал на то, что брак прекращен вступившим в законную силу решением суда, применив нормы действующего закона на правоотношения, возникшие до его принятия.

В соответствии со ст. 32 Закона имущество, нажитое супругами во время брака, является их совместной собственностью, т.е. данной нормой закона установлен законный режим общей совместной собственности имущества супругов, нажитого ими в период брака. Это значит, что при разделе имущества они не должны доказывать правомерность включения каждой конкретной вещи в делимую общность.

В данной норме закона проявляется и принцип равноправия супругов, выражающееся в том, что любое нажитое в период брака имущество является совместной собственностью супругов, независимо от того, на имя кого из них оно приобретено либо на имя кого или кем из супругов внесены денежные средства. Эта норма закона также направлена на защиту имущественных интересов того супруга, который по уважительным причинам не участвовал в создании общего имущества.

Республика Казахстан 29.06.1998 года присоединилась к Конвенции от 18.12.1979 года «О ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин». В соответствии со ст.16 Конвенции государства-участники принимают все соответствующие меры для ликвидации дискриминации женщин во всех вопросах, касающихся брака и семейных отношений, и, в частности, обеспечивают на основе равенства мужчин и женщин равные права супругов в отношении владения, приобретения, управления, пользования и распоряжения имуществом как бесплатно, так и за плату.

Безусловно, положения статьи 32 Закона корреспондируются и соответствуют нормам международного договора, а задача для суда состоит в том, чтобы решения принимались в соответствии с требованиями как национального законодательства, так и с положениями Конвенции, чтобы вопросам гендерного равенства в семейных отношениях, в том числе в вопросах воспитания детей уделялось должное внимание.

Супруг, заинтересованный в исключении какой-либо вещи из общего имущества, напротив, должен доказать обратное, а именно, что спорная вещь принадлежит именно ему и таких споров немало.

Например, дело по иску К. о расторжении брака и разделе совместно нажитого имущества. Истица просила разделить 2-комнатную квартиру в мкр Орбита в г.Алматы. Ответчик предъявил встречный иск о признании указанной квартиры личной собственностью, мотивируя тем, что квартира была приобретена 18 марта 2005 года на денежные средства от продажи 1-комнатной квартиры, полученной им по наследству.

Решением суда от 11 августа 2007 года брак между супругами расторгнут, 2-комнатная квартира передана в собственность истице К., выделена доля ответчика в виде 1/2 части от стоимости квартиры в денежном выражении, которая взыскана с истицы в пользу ответчика.

Из материалов дела следует, что ответчик К. являлся собственником 1-комнатной квартиры в г.Алматы, полученной им в порядке наследования согласно завещания его покойного дяди. По договору купли-продажи от 16.03.2005 года данная квартира была им продана гр-ке Ж. за 4 475 000 тенге, которая приобрела ее под ипотечный кредит через банк.

Покупательница Ж. получила кредит в банке 18.03.2005 года в указанной сумме и в этот же день ответчик К. приобрел спорную 2-комнатную квартиру в мкр.Орбита в г.Алматы за 4 690 000 тенге.

Представленные ответчиком доказательства коллегия Верховного Суда признала допустимыми и пришла к выводу о том, что спорная квартира ошибочно признана судом первой инстанции совместной собственностью супругов.

По делам о признании имущества совместной или раздельной собственностью стороны имеют трудности с доказыванием, поскольку, проживая совместно, не создают и не сохраняют доказательства. Например, при расторжении брака и разделе имущества, одна из сторон просит исключить из перечня совместно нажитого имущества то или иное имущество, мотивируя тем, что оно было подарено лично ему в период брака, однако доказательств этому не представляется.

Вопросы установления отцовства и материнства крайне важны, так как только после их разрешения между родителями и детьми возникают правоотношения.

Установление отцовства судом применяется при отсутствии зарегистрированного брака между родителями и при не достижении ими соглашения о совместной подаче заявления в органы ЗАГС.

Нормы закона, предусматривающие установление отцовства в судебном порядке, претерпели определенные изменения.

Так, статьей 51 Кодекса о браке и семье Каз.ССР предусматривалось, что при установлении отцовства суд принимает во внимание совместное проживание и ведение общего хозяйства матерью ребенка и ответчиком до рождения ребенка или совместное воспитание либо содержание ими ребенка или доказательства, с достоверностью подтверждающие признание ответчиком отцовства.

Из изложенного следовало, что данная статья предусматривает четыре основания или условия, при наличии любого из которых суд может установить отцовство.

1 – совместное проживание матери и ответчика и ведение ими общего хозяйства до рождения ребенка,

2 – совместное воспитание ребенка матерью и ответчиком,

3 – совместное содержание ребенка матерью и ответчиком, т.е. заметное участие ответчика в материальных расходах на ребенка,

4 – признание ответчиком своего отцовства, подтвержденное достоверными доказательствами (устройство ребенка в детское учреждение как своего, представление ребенка третьим лицам, как своего, внесение в сбербанк вклада на имя ребенка и др.)

Статья 47 действующего Закона о браке и семье изложена в ином содержании.

Поскольку в судебной практике возникали трудности в толковании понятия «доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица», Верховный Суд нормативным постановлением №6 от 18.06.2004г. внес дополнения в действующее нормативное постановление от 30.09.1971г. и разъяснил судам какие доказательства следует принимать во внимание как доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица (совместное проживание, ведение общего хозяйства до рождения ребенка, совместное воспитание либо содержание ими ребенка, заключение экспертиз и др.).

Эти обстоятельства должны быть установлены с использованием средств доказывания, перечисленных в части 2 ст.64 ГПК – объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, письменные либо вещественные доказательства, заключения экспертов.

Одним из достоверных доказательств является экспертиза по ДНК, т.е. генетическая экспертиза, которая назначается судом практически по всем делам данной категории.

На практике возникают споры о том, что для установления отцовства недостаточно лишь заключения экспертизы по ДНК, если стороны совместно не проживали, не вели общего хозяйства.

Однако, представляется, что законодатель не случайно при принятии действующего Закона исключил из самой нормы закона об установлении отцовства установление фактов совместного проживания, ведения общего хозяйства, совместного воспитания ребенка как обязательное условие или основание для установления отцовства.

Современные достижения науки, в частности, генетическая экспертиза, заключение которой обладает предельно высокой степенью достоверности, является одним из существенных доказательств, позволяющих установить биологического отца ребенка.

По множеству дел об установлении отцовства суды удовлетворяют иски на основании заключения генетической экспертизы, даже если стороны не проживали совместно, не вели общее хозяйство, а состояли в интимных отношениях.

Одним из примеров принятия судом фактических данных, недопустимых в качестве доказательств, является дело по иску И. к С. об установлении отцовства и взыскании алиментов.

Истица обратилась в суд с указанным иском, мотивируя тем, что с ответчиком находилась в интимных отношениях с ноября 2005 года, встречались в квартире, которую для них снимал ответчик.

27 января 2008 года она родила дочь, отцом которой считает ответчика.

Решением суда первой инстанции, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции в удовлетворении иска отказано со ссылкой на заключение генетической экспертизы, согласно которой отцовство ответчика С. в отношении ребенка истицы И. исключается.

Как следует из материалов дела, истица И. в качестве средства доказывания своих требований, учитывая, что ответчик отрицает свое отцовство, просила суд назначить экспертизу по делу.

Определением суда от 08.04.2008 года была назначена судебная молекулярно-генетическая экспертиза, согласно заключению которой от 22.08.2008 года отцовство ответчика исключается.

В дальнейшем по ходатайству истицы И., которая полагала, что при проведении экспертизы произошла подмена образцов крови, суд определением от 24.09.2008 года назначил повторную экспертизу, указав, что результаты проведенной экспертизы вызывают у суда сомнение, поскольку были допущены грубые нарушения при заборе крови.

Действительно, из материалов дела видно, что при заборе крови на месте указаны одни понятия, а в материалах, представленных на экспертизу, другие.

Однако повторная экспертиза не была проведена ввиду не предоставления дополнительных материалов, в связи с неоднократной неявкой ответчика.

Надзорная судебная коллегия Верховного Суда, отменяя состоявшиеся по делу судебные акты и направляя дело на новое рассмотрение, указала на то, что судом необоснованно в качестве доказательства исключения отцовства ответчика принято заключение первой экспертизы, результаты которой были подвергнуты сомнению самим же судом, в связи с чем была назначена повторная экспертиза.

Кроме того, вышестоящим судом были признаны обоснованными доводы ходатайства истицы о том, что, поскольку ответчик удерживает у себя истребуемое судом доказательство, уклоняется от участия в производстве экспертизы и чинит препятствия ее проведению, то в соответствии с пунктом 10 статьи 66, пунктом 8 статьи 91 ГПК считается, что содержащиеся в удерживаемом доказательстве сведения им признаны.

Статьей 48 Закона «О браке и семье» предусмотрено установление факта признания отцовства в случае смерти лица, которое признавало себя отцом ребенка, но не состояло в браке с матерью ребенка.

Эти дела, как известно, рассматриваются судом в порядке особого производства.

Очевидно, что заявитель должен представить доказательства факта признания лицом своего отцовства при жизни.

Таковыми доказательствами могут быть также, как и при установлении отцовства, совместное проживание и ведение общего хозяйства, совместное воспитание ребенка, письменные доказательства с упоминанием ребенка как своего и другие достоверные доказательства.

В судебной практике имеют место случаи назначения посмертной генетической экспертизы путем изъятия образцов из эксгумированного трупа предполагаемого отца.

К. обратилась в суд с заявлением об установлении факта признания отцовства Б. в отношении дочери Анны 04.02.2002 года рождения, мотивируя тем, что с Б. проживала одной семьей с октября 1999 года до его смерти, Б. скоропостижно скончался 05.09.2004 года, не успев оформить документы дочери.

Решением суда первой инстанции от 10.09.2007 года в удовлетворении заявления отказано по тем основаниям, что проведенной по делу генетической экспертизой достоверно не установлено отцовство Б.

Экспертиза по данному делу проводилась по образцам, изъятых из эксгумированного трупа Б. и согласно заключению экспертизы от 29.05.2006 года установить, является ли Б. биологическим отцом ребенка не представляется возможным из-за деградации выделенной ДНК. Вероятность истинного отцовства Б. составляет 83,79%. Показания свидетелей суд первой инстанции признал противоречивыми и не доказывающими факт признания отцовства Б.

Апелляционная инстанция, отменяя решение суда первой инстанции и принимая новое решение об удовлетворении заявления, сослалась на пункт 12 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 11.07.2003 года №5 «О судебном решении», в соответствии с которым заключение эксперта не обладает преимуществом перед другими доказательствами и не является обязательным для суда, оно должно оцениваться с другими доказательствами.

Апелляционная инстанция указала, что судом не дана надлежащая оценка показаниям других свидетелей, которые подтвердили факт совместного проживания заявительницы с покойным Б.

Более того, факт совместного проживания и ведения общего хозяйства заявительницы с Б. подтверждали первая жена Б. и его дочь.

В частности, дочь Б. поясняла в суде, что Б. проживал с заявительницей с 1999 года до самой смерти, они вели общее хозяйство, после рождения девочки, он заботился о ней, называл ее доченькой, при жизни говорил « не оставяйте ее», общались семьями, отец приводил ребенка к ней, чтобы она поиграла с ее детьми.

Однако в последующем она изменила свои показания, ввиду претензий заявительницы на долю в наследстве Б.

С учетом изложенного, апелляционная коллегия пришла к выводу о возможности установления факта признания отцовства Б.

В соответствии со статьей 290 ГПК дела особого производства суд рассматривает с участием заявителя и заинтересованных лиц.

Зачастую заявления об установлении факта признания отцовства подаются заявителем для получения свидетельства о праве на наследство или оформления права на получение пособия по случаю потери кормильца.

Поэтому, участвуя в судебном заседании наследники умершего лица, которого заявитель считает отцом своего ребенка, не во всех случаях соглашаются с доводами заявителя и представляют свои доказательства об обратном.

В данном выступлении приведены примеры судебных ошибок по оценке доказательств, определения круга обстоятельств, подлежащих доказыванию, лишь по отдельной категории гражданских дел, вытекающих из семейных правоотношений.

Доказывание по этим делам осуществляется по общим правилам, предусмотренным положениями главы 7 ГПК, однако, как указывалось в данном докладе, сложность для сторон представляет отсутствие возможности не во всех случаях представить доказательство в подтверждение того или иного обстоятельства, поскольку имущественные или неимущественные отношения имеют место между близкими людьми, между родственниками и доказательства, имевшие место, не фиксируются.

А.В. Смольянинова,
судья Турксибского районного суда г. Алматы

Свидетельские показания. Особенности доказывания по спорам об определении места жительства детей.

Свидетельские показания

В соответствии со ст.64 ГПК РК доказательствами по делу являются полученные законным способом фактические данные.

Одним из видов доказательства в гражданском судопроизводстве являются свидетельские показания.

Свидетельские показания – это фактические данные, сообщаемые физическим лицом – свидетелем, в установленном законом порядке, об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения гражданского дела.

В соответствии с ч.1 ст.79 ГПК РК свидетелем может быть любое лицо, которому известны какие-либо сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела.

Вместе с тем закон устанавливает, что в качестве свидетеля допускается не любое лицо.

Законом устанавливаются категории лиц, в отношении которых исключается возможность быть свидетелем вообще либо в случае их возражения быть свидетелем.

Кроме того, не допускается дача показаний конкретными лицами по определенным обстоятельствам в предусмотренных законом случаях.

Так, в соответствии с ч.2 ст.79 ГПК РК не подлежат допросу в качестве свидетеля:

1. Лица, которые в силу своего малолетнего возраста, физических или психических недостатков не способны правильно воспринимать факты и давать о них правильные показания, за исключением дел по спорам о воспитании детей.

2. Представители по гражданскому делу или защитники по уголовному делу - об обстоятельствах, которые стали известны им в связи с исполнением обязанностей представителя или защитника.

3. Судья – о вопросах, возникших в совещательной комнате при обсуждении обстоятельств дела при вынесении решения или приговора.

3-1. Третейский судья или арбитр – об обстоятельствах, ставших известными ему в связи с исполнением обязанностей третейского судьи или арбитра.

4. Священнослужители – об обстоятельствах, которые стали им известны от лиц, доверившихся на исповеди.

5. Другие лица, указанные в законе.

Часть 3 ст.79 ГПК РК устанавливает, то лицо вправе отказаться от дачи свидетельских показаний в суде в следующих случаях:

- против самого себя
- против супруга (супруги)
- против близких родственников.

Круг близких родственников определяется Законом РК «О браке и семье».

В соответствии с п/п.13 п.1 Закона РК «О браке и семье» к ним относятся:

- родители
- дети
- усыновители
- усыновленные
- полнородные и неполнородные братья и сестры
- дедушка, бабушка
- внуки.

Свидетельский иммунитет закрепляется в ст.17 ГПК РК.

Подпункт 7 п.3 ст.77 Конституции РК провозглашает:

«Никто не обязан давать показания против самого себя, супруга (супруги) и близких родственников, круг которых определяется законом. Священнослужители не обязаны свидетельствовать против доверившихся им на исповеди».

Указанные лица вправе отказаться от дачи показаний и не могут быть подвергнуты за отказ от дачи показаний какой-бы-то ни было ответственности в соответствии с ч.3 ст.17 ГПК РК.

Не признаются доказательством показания лица, если оно не может указать источник своей осведомленности (ч.1 ст.79 ГПК РК)

Лицо, ходатайствующее о вызове свидетеля, обязано сообщить фамилию, имя и отчество, место жительства и обосновать необходимость допроса этого свидетеля (ч.4 ст.79 ГПК РК).

Показания свидетелей должны быть получены в порядке, предусмотренном законом.

В противном случае они не могут признаваться в качестве судебных доказательств.

Как правило, допрос свидетеля производится в судебном заседании.

При допросе свидетеля председательствующий устанавливает личность свидетеля, разъясняет его обязанности и права, а так же предупреждает его об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний.

Свидетелю так же разъясняется, что он вправе отказаться от дачи показаний против самого себя, супруга (супруги) и близких родственников, а священнослужители – от дачи показаний против доверившихся им на исповеди.

У свидетеля отбирается подписка, которая приобщается к протоколу судебного заседания.

Допрос свидетеля, не достигшего шестнадцатилетнего возраста в ГПК РК, отличается от допроса совершеннолетних лиц - свидетелей.

Так, свидетелю не достигшему шестнадцатилетнего возраста, председательствующий разъясняет обязанность правдиво рассказать все известное им по делу, но он не предупреждается об ответственности за отказ или уклонение от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний (в соответствии с ч.2 ст.196 ГПК РК).

В соответствии с ч.1 ст.197 ГПК РК каждый свидетель допрашивается отдельно.

Свидетели, еще не давшие показаний, не могут находиться в зале судебного заседания во время разбирательства дела.

Допрошенный свидетель остается в зале заседания до окончания разбирательства дела, если суд не разрешит ему удалиться раньше.

Свидетель не достигший шестнадцати лет по окончании его допроса удаляется из зала судебного заседания, кроме случаев, когда суд признает необходимым присутствие этого свидетеля в зале судебного заседания.

Свидетелю, участвующему в деле, предлагается сообщить суду все, что ему лично известно по делу.

Председательствующий выясняет отношение свидетеля к лицам, участвующим в деле.

Свидетель является лицом, не имеющим юридической заинтересованности в исходе дела.

Но это не означает, что свидетель не может иметь личного интереса к исходу дела в связи с тем, что он состоит в родственных отношениях, дружественных или наоборот, неприязненных отношениях со сторонами и другими лицами, участвующими в деле.

Отношения между свидетелем и лицами, участвующими в деле, учитываются судом при оценке его показаний.

Опрос свидетеля проводится следующим образом:

Вначале задает вопрос лицо, по заявлению которого приглашен свидетель и его представитель, а затем другие лица.

Судья вправе задавать вопросы свидетелю в любой момент допроса.

В случае необходимости суд вторично может допросить свидетеля в том, или следующем заседании, произвести очную ставку между свидетелями для выяснения противоречий в их показаниях.

Свидетель при даче показаний может пользоваться письменными материалами в тех случаях, когда показания связаны с киким - либо цифровыми или другими данными, которые трудно удержать в памяти.

Эти материалы предъявляются суду и лицам, участвующими в деле, и могут быть приобщены к делу по определению суда.

Свидетелю разрешается прочтение имеющихся у него документов, относящихся к его показаниям. Эти документы предъявляются суду и по его определению могут быть приобщены к делу (ст.198 ГПК РК).

Закон предусматривает специальный порядок допроса несовершеннолетних свидетелей (ст.199 ГПК РК).

Допрос свидетеля в возрасте до четырнадцати лет, а по усмотрению суда и допрос свидетеля в возрасте от 14 до 16 лет, производится с участием педагога, который вызывается в суд.

В случае необходимости вызываются так же его законные представители. С разрешения председательствующего они могут задать вопросы несовершеннолетнему свидетелю, а так же высказывать свое мнение относительно личности свидетеля и содержания показаний.

В исключительных случаях, когда необходимо для установления обстоятельств дела, на время допроса несовершеннолетнего свидетеля из зала суда судебного заседания по определению суда может быть удалено то или иное лицо, участвующее в деле.

После возвращения этого лица в зал судебного заседания ему должно быть сообщено содержание показаний несовершеннолетнего свидетеля и предоставлена возможность задать свидетелю вопросы.

Свидетель так же может быть допрошен до начала разбирательства дела:

1. В порядке выполнения судебного поручения (ст.73 ГПК), которое производится в судебном заседании по правилам, установленным ГПК РК.

2. Либо для обеспечения доказательств (ст.74 ГПК РК), если лица, участвующие в деле, имеющие основания опасаться, что представление необходимых для них доказательств сделается впоследствии затруднительным или невозможным.

3. А так же при отложении разбирательства дела (ст.190 ГПК РК) суд вправе допросить явившихся свидетелей, если в судебном заседании присутствуют стороны.

Во всех перечисленных случаях показания свидетеля фиксируется в протоколах, которые оглашаются в судебном заседании.

После оглашения показаний лица, участвующие в деле, вправе высказать свое отношение к этим показаниям и дать по ним объяснения.

Права и обязанности свидетеля предусмотрены ст.80 ГПК РК.

Лицо, вызванное в качестве свидетеля, обязано явиться в суд в назначенное время и дать правдивые показания.

За дачу заведомо ложного показания и отказ или уклонение от дачи показаний по основаниям, не предусмотренным законом, свидетель несет ответственность, предусмотренную ст.352-353 УК РК.

Свидетель может быть допрошен судом в месте своего пребывания, если он вследствие болезни, старости, инвалидности или других уважительных причин не в состоянии явиться по вызову суда (п.2 ст.80 ГПК РК).

Помимо прав, указанных в ст.80 ГПК РК, свидетель обладает так же другими правами:

- давать показания на родном языке и пользоваться услугами переводчика (ч.3 и 4 ст.14 ГПК);

- просить суд допросить его при отложении разбирательства дела (ст.190 ГПК РК);

- просить суд удалиться из зала суда судебного заседания до завершения разбирательства дела (ч.5 ст.197 ГПК);

- использовать письменные материалы при даче показаний (ст.198 ГПК РК).

Оценка показаний свидетеля должна производиться с учетом особенностей, связанных со способностями различных лиц по восприятию фактов (обстоятельств) и условиями, в которых произошло их восприятие лицом, так как на процесс запоминания и воспроизведения в последующем наблюдаемых фактов лицом оказывают влияние его специальность, специфические черты характера, уровень общего развития и культуры, возраст и др.

Кроме того, имеют значение и факторы такого рода как время восприятия, т.е. давно или недавно, быстротечность и медленность наблюдаемых обстоятельств, степень освещенности, обычность и необычность происходящих фактов и многое другое.

Считаю, что требования с свидетельским показаниям в ГПК РК изложены полно и в соответствии с Конституционными нормами, поэтому никаких предложений внести не могу.

ОСОБЕННОСТИ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО СПОРАМ ОБ ОПРЕДЕЛЕНИИ МЕСТА ЖИТЕЛЬСТВА ДЕТЕЙ.

В соответствии с ч.1 ст.52 Закона РК «О браке и семье» ребенком признается лицо, не достигшее восемнадцатилетнего возраста.

Закон Республики Казахстан «О браке и семье» закрепил право ребенка жить и воспитываться в семье, знать своих родителей, а так же право на заботу родителей и совместное проживание, если это не противоречит его интересам, а так же если родители проживают совместно.

В целях наиболее полной защиты прав и охраняемых законом интересов несовершеннолетних при разрешении судами споров, связанных с воспитанием детей судами рассматриваются споры о месте жительства ребенка при раздельном проживании родителей (п.2 ст.65 Закона).

При подготовке дела, связанного с воспитанием детей, к судебному разбирательству суду следует правильно определить обстоятельства, имеющие значение для разрешения возникшего спора и подлежащие доказыванию сторонами, обратив особое внимание на те из них, которые характеризуют личные качества родителей, а так же сложившиеся взаимоотношения родителей с ребенком.

Такие дела назначаются к разбирательству в судебном заседании только после получения от органов опеки и попечительства составленных во исполнение определения судьи в установленном порядке актов обследования условий жизни ребенка и лиц, претендующих на его воспитание.

Заключение органа опеки и попечительства по спору о воспитании детей суд оценивает в совокупности с другими доказательствами.

Несогласие с заключением должно быть мотивировано в решении, принятом судом.

Если при разрешении спора, связанного с проживанием детей, будет заявлено ходатайство сторон (стороны) о допросе несовершеннолетнего, и суд придет к выводу о необходимости такого опроса в судебном заседании в целях выяснения мнения ребенка по рассматриваемому вопросу (ст.54 Закона), то суд предварительно выясняет мнение органа опеки и попечительства о том, не окажет ли неблагоприятного воздействия на ребенка его присутствие в суде.

Опрос производится с учетом возраста и развития ребенка в присутствие педагога, в обстановке, исключающей влияние на него заинтересованных лиц.

При этом суд выясняет, не является мнение ребенка следствием воздействия на него одного из родителей или других заинтересованных лиц, осознает ли он свои собственные интересы при выражении этого мнения и как он его обосновывает.

При расторжении брака супругов, имеющих несовершеннолетних детей, суд, в соответствии с п.1 ст.21 Закона должен определить, с кем из родителей будут проживать несовершеннолетние дети после расторжения брака независимо от того, возбужден ли спор о детях.

При разрешении спора между раздельно проживающими родителями о месте жительства несовершеннолетнего независимо от того, состоят ли родители в браке или нет, суд, исходя из установленного ст.60 Закона равенства прав и обязанностей отца и матери, выносит решение, которое соответствовало бы интересам ребенка.

Суд учитывает привязанность ребенка к каждому из родителей, братьям, сестрам, его возраст, нравственные и иные личные качества характера

родителей, отношения, существующие между каждым из родителей и ребенком, возможность создания ему условий для развития и воспитания, т.е. род деятельности, режим работы родителей, их материальное и семейное положение, а так же другие обстоятельства, характеризующие обстановку, которая сложилась в месте проживания каждого из родителей.

Следует иметь в виду, что само по себе преимущество в материально-бытовом положении одного из родителей не является безусловным основанием для удовлетворения требований этого родителя.

В соответствии со ст.54 Закона суд обязательно принимает во внимание мнение ребенка, достигшего десятилетнего возраста, за исключением случаев, когда это противоречит его интересам.

Суд вправе с учетом мнения ребенка отказать родителю в иске, если придет к выводу, что передача ребенка родителю противоречит интересам несовершеннолетнего (ч.2 п.1 ст.66 Закона). Мнение ребенка учитывается судом в соответствии с требованиями ст.54 Закона.

Если в ходе судебного разбирательства будет установлено, в состоянии обеспечить его надлежащее воспитание и развитие, суд отказывает в удовлетворении иска и передает несовершеннолетнего на попечение органа опеки и попечительства с тем, чтобы были приняты меры для защиты прав и интересов ребенка и выбран наиболее приемлемый способ устройства его дальнейшей судьбы. (Ст.66 ч.2 Закона).

Хотелось бы внести следующее предложение.

Статья 65 ч.2 Закона решает вопрос о месте жительства детей при раздельном проживании родителей.

В статье указывается, что при раздельном проживании родителей место жительства детей устанавливается соглашением родителей, а при отсутствии соглашения спор между родителями разрешается судом.

Считаю, что пункт 1 ст.21 Закона дублирует данную статью.

Кроме того, при расторжении брака вопрос о месте жительства детей решается формально, без учета условий, указанных в ч.2 ст.65 Закона.

Е.Г. Буленок,

главный эксперт Южно-Казахстанского регионального научно-производственного Центра судебной экспертизы Министерства юстиции Республики Казахстан

Понятие, правовая природа и место экспертизы в системе доказательств. Необходимые требования, предъявляемые при назначении судебно-почерковедческой экспертизы

Отношения в современном обществе характеризуются постоянным усложнением, как с социальной, так и с научно-технической позиции. Для того чтобы защитить в суде свои права и законные интересы, необходимо представить убедительные доказательства. Порой такие доказательства находятся вне сферы обычных знаний и представлений о существовании предметов

и явлений. Получить и представить суду такие доказательства можно лишь в особом процессуальном порядке путем проведения экспертизы.

Экспертиза и, как результат, заключение эксперта является одним из видов доказательств в судебном процессе. Поэтому экспертизу можно рассматривать как полученные в установленном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд в гражданском процессе устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела.

Согласно статье 5 закона «О судебно-экспертной деятельности в Республике Казахстан» государственная судебно-экспертная деятельность основывается на принципах законности, соблюдения прав и свобод человека и гражданина, прав юридического лица, а также независимости эксперта, объективности, всесторонности и полноты исследований, проводимых с использованием современных достижений науки и техники.

Заключение эксперта, как результат экспертной деятельности, также должно соответствовать требованиям, которые Гражданский процессуальный кодекс РК устанавливает для доказательств. Указанные требования можно сформулировать в виде принципов проведения экспертизы.

Принцип законности. Любое доказательство, в том числе заключение эксперта, может быть положено в основу судебного решения, если оно получено с учетом требований законодательства. Проведение экспертизы может осуществляться по определению суда в конкретном судебно-экспертном учреждении либо конкретным экспертом, которому не заявлен отвод.

В рамках гражданского процесса проведение экспертизы назначается по определению суда. При этом в определении суда обязательно должны быть указаны факты, для подтверждения или опровержения которых назначается экспертиза. Например, наличие психического заболевания, подлинность документа, величина рыночной стоимости и др.

Принцип законности при проведении судебной экспертизы выражается также и в том, что за дачу заведомо ложного заключения эксперт предупреждается об ответственности, предусмотренной Уголовным кодексом РК.

Принцип относимости доказательств. Применительно к заключению эксперта как виду доказательств можно утверждать, что суд вправе принимать только такую экспертизу, которая содержит юридические факты, имеющие значение для рассмотрения и разрешения конкретного дела.

Если в заключении эксперта имеются юридически значимые обстоятельства, но они не относятся к существу рассматриваемого дела, то такие доказательства не могут быть положены в основу данного судебного решения.

Принцип допустимости доказательств. Согласно принципу допустимости доказательств обстоятельства по делу, которые согласно закону должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами. Для заключения эксперта как вида доказательства принцип допустимости имеет особое значение.

В процессе доказывания тех или иных обстоятельств при рассмотрении дела довольно часто возникают вопросы, разрешение которых требует специальных знаний в различных областях науки, техники, искусства, ремесла. Лица, участвующие в деле, как правило, могут дать лишь поверхностную характеристику, достаточно далекую от реального положения.

При этом суд, опираясь на принцип допустимости, принимает решение на основе доказательств, подтвержденных строго определенными средствами. Например, непригодность жилого помещения для проживания может быть подтверждена только на основании заключения экспертов. Никакие иные обстоятельства (например, беспорядок, грязь и пр.) не могут служить основанием признания непригодности жилого помещения для проживания.

Психическое состояние гражданина, дающее суду право признать его недееспособным вследствие психического расстройства, а также факт выздоровления доказываются с помощью заключения судебно-психиатрической экспертизы. При разрешении споров, связанных с правом на воспитание детей, органы опеки и попечительства должны представить суду в качестве обязательных доказательств акты обследования условий жизни и воспитания детей. Причем такие акты должны быть утверждены руководителями соответствующих органов.

В указанных случаях без доказательства, предписанного законом, обойтись нельзя, поскольку его невозможно заменить другим доказательством, но для подтверждения факта или его опровержения можно использовать дополнительно и другие доказательства.

Ходатайствовать о проведении экспертизы могут стороны (истец и ответчик) и другие лица, участвующие в деле. Таким образом, процессуальное законодательство в равной степени обеспечивает право сторон и других лиц, участвующих в деле, представлять доказательства и обеспечивать защиту своих прав и интересов. Для выяснения отдельных вопросов, требующих специальных познаний, участники гражданского процесса вправе просить суд назначить соответствующую экспертизу.

При назначении экспертизы истец, ответчик и другие лица, участвующие в деле, могут представить суду вопросы, которые, по их мнению, следует выяснить при проведении экспертизы. Вопросы, выносимые на экспертизу, должны обладать признаком относимости, то есть быть связанными с существом рассматриваемого дела и представлять собой доказательственную базу. В противном случае суд может отклонить представленные вопросы, мотивировав такое отклонение.

Окончательный круг вопросов, который выносится на экспертизу, определяется судом. В определении о назначении экспертизы суд указывает факты, для подтверждения или опровержения которых назначается экспертиза, а также круг вопросов, поставленных перед экспертом сторонами и иными лицами, участвующими в деле.

Экспертиза представляет собой особый вид исследования объектов, проводимого на научной основе с целью извлечения сведений о фактах, имеющих значение для правильного разрешения дела, в определенном

процессуальном порядке с соблюдением установленных в процессуальном законе правил. Экспертиза выполняется экспертами.

Экспертом является лицо, обладающее специальными знаниями в соответствующей области науки, искусства, техники или ремесла и которое привлекается судом для специального исследования и дачи заключения. При этом эксперт отличается от специалиста. Специалист дает консультации, пояснения, может оказывать техническую помощь без проведения специальных исследований, в силу своего профессионального опыта и знаний.

Экспертиза в гражданском процессе может отличаться как по областям исследования, так и по основаниям назначения экспертизы различных видов.

ГПК РК предусматривает возможность проведения комплексной и комиссионной экспертизы.

Комплексная экспертиза назначается судом, если установление обстоятельств по делу требует одновременного проведения исследований с использованием различных областей знания или с использованием различных научных направлений в пределах одной области знания. При этом комплексная экспертиза поручается нескольким экспертам, которые по результатам проведенных исследований формулируют общий вывод об обстоятельствах и излагают его в заключении (статья 95 ГПК РК).

Для назначения комплексной экспертизы необходима объективная потребность в разрешении вопросов, требующих привлечения специалистов из различных сфер знаний. Здесь главное - синтез знаний из различных сфер и единый вывод специалистов. К понятию «комплексная экспертиза» относят, например, психолого-лингвистическую экспертизу (участвуют психологи и лингвисты), экологическую экспертизу (могут участвовать биологи, химики, агротехники). Медицинская экспертиза может также носить комплексный характер, если к ее выполнению привлекаются специалисты различных направлений медицины: психиатры, терапевты и др.

В заключении комплексной экспертизы указывается, какие исследования и в каком объеме провел каждый эксперт, какие факты он установил и к каким выводам пришел. Если эксперт не привлекался к формулированию общего вывода, то он подписывает только свою часть исследования. Общий вывод по результатам комплексной экспертизы делают эксперты, компетентные в оценке полученных результатов и формулировании окончательного вывода. При наличии разногласий среди экспертов не согласные с выводом эксперты подписывают только свою исследовательскую часть заключения.

Комиссионная экспертиза назначается судом для установления обстоятельств двумя или более экспертами в одной области знания (часть 1 статьи 94 ГПК РК). Основная черта комиссионной экспертизы заключается в том, что она проводится не менее чем двумя экспертами одной специальности. Необходимость в комиссионной экспертизе возникает в случае появления сложностей при установлении обстоятельств дела. Поэтому требуется привлечение нескольких специалистов одной сферы знаний.

При проведении комиссионной экспертизы все участвующие в ней эксперты обладают равными правами. Комиссия экспертов составляет единое

заключение, если их мнения совпали. В случае возникновения разногласий каждый из экспертов, участвовавших в проведении экспертизы, дает отдельное заключение по всем или нескольким вопросам, вызвавшим разногласия.

В отдельных случаях при рассмотрении дела суд может назначить дополнительную или повторную экспертизу (статья 98 ГПК РК).

Дополнительная экспертиза назначается в случае недостаточной ясности или неполноты первоначального заключения эксперта. Суд поручает проведение дополнительной экспертизы тому же или другому эксперту. Так, например, при рассмотрении дела судом была назначена почерковедческая экспертиза. Однако в связи с недостаточным количеством исследованного материала эксперт дал вероятностное заключение, которое не могло быть положено в основу судебного решения. После того, как стороной были представлены дополнительные материалы с образцами почерка, суд назначил дополнительную экспертизу.

В связи с возникшими сомнениями в правильности или обоснованности ранее данного заключения, наличием противоречий в заключениях нескольких экспертов суд может назначить по тем же вопросам повторную экспертизу, проведение которой поручается другому эксперту или другим экспертам (часть 2 статьи 98 ГПК РК). Так, в процессе рассмотрения дела была проведена экспертиза, результатом которой являлась рыночная стоимость объекта недвижимости. При рассмотрении спора, было установлено, что заключение эксперта не достаточно обоснованно. По определению суда была назначена повторная экспертиза.

Исследования экспертов могут проводиться в различных областях знаний. В гражданском процессе наиболее частыми являются почерковедческие, товароведческие, строительно-технические, судебно-медицинские, судебно-психиатрические экспертизы.

При помощи почерковедческой экспертизы может быть установлена подлинность подписей и рукописного текста в письменных доказательствах. Товароведческая экспертиза устанавливает свойства товара, соответствие качества товара (отдельных его частей) государственным стандартам, степень снижения сортности товара, соответствие цены товара прејскурантной или договорной цене.

При рассмотрении гражданских дел о правах на земельный участок может быть назначена землеустроительная экспертиза, а при споре о разделе домовладения — строительно-техническая экспертиза.

Судебно-медицинская экспертиза, в частности метод генотипоскопии, используется при рассмотрении дел об установлении отцовства. Судебно-психиатрическая экспертиза проводится по делам о признании гражданина недееспособным, о признании недействительными сделок в связи с совершением их гражданином, не способным понимать значение своих действий или руководить ими. При рассмотрении дел о защите чести и достоинства суд назначает проведение психолого-лингвистической экспертизы.

Как видно из представленной характеристики и классификации судебной экспертизы, ее значение в гражданском процессе довольно велико, поскольку

заключение эксперта является доказательством и лежит в основе судебного решения. Вместе с тем достижения науки и техники приводят к появлению новых видов экспертиз, которые могут использоваться как доказательства. Поэтому, несмотря на огромное количество исследований, вопросы, посвященные судебной экспертизе, должны постоянно изучаться.

Основные правила подготовки материалов для производства почерковедческой экспертизы и особенности ее назначения

Судебное почерковедческое исследование проводится по гражданским делам, а также по многим категориям уголовных дел, в том числе связанным с расследованием преступлений против конституционных и иных прав и свобод человека и гражданина, против основ конституционного строя и безопасности государства, против собственности, в сфере экономической деятельности, против интересов службы в коммерческих и иных организациях, против интересов государственной службы, против порядка управления.

Научной базой почерковедческой экспертизы является судебное почерковедение - отрасль экспертного знания, направленная на выявление закономерностей формирования почерка и механизма осуществления процесса письма с целью установления лица, исполнившего почерковые реализации, а также обстоятельств, при которых они были исполнены.

Предметом почерковедческой экспертизы являются обстоятельства дела, связанные с установлением:

исполнителя почерковых реализаций (рукописного текста, подписи, цифровых записей);

пола и возраста исполнителя рукописного текста;

психофизиологического состояния исполнителя рукописного текста либо подписи;

условий выполнения почерковых реализаций.

Объектами почерковедческой экспертизы является почерк, цифровые записи, подписи. На экспертизу представляются также материалы уголовного (гражданского) дела, содержащие данные, относящиеся к обстоятельствам исполнения почерковых реализаций, и образцы для сравнительного исследования.

Методика почерковедческого исследования содержит значительный арсенал средств и методов, позволяющих исследовать различные стороны почерковых реализаций. В нее входят как специальные криминалистические, так и иные, в частности, физические, математические методы.

На разрешение почерковедческой экспертизы могут быть поставлены следующие вопросы:

1. Пригоден ли данный рукописный текст, цифровая запись, подпись для установления личности исполнителя?

2. Кем из числа определенных лиц выполнены данный рукописный текст, подпись, цифровые записи?

3. Не исполнены ли данные рукописные тексты, подписи, цифровые записи в различных документах (частях документа) одним лицом?

4. Не выполнен ли данный рукописный текст (подпись) в необычном психофизиологическом состоянии (болезнь, состояние аффекта, алкогольное либо наркотическое опьянение и пр.)?

5. Не выполнен ли данный рукописный текст (подпись) под действием внешних сбивающих факторов (в необычной позе, в затемненном помещении, в движущемся транспорте)?

6. Не выполнен ли данный рукописный текст (подпись) с намеренным подражанием почерку (подписи) определенного лица?

7. Не выполнен ли данный рукописный текст левой рукой (при привычном для исполнителя письме правой рукой);

8. Не выполнен ли данный рукописный текст (подпись) намеренно измененным почерком?

9. Лицом какого пола исполнен данный рукописный текст?

Следует добавить, что в последнее время распространение получают так называемые графологические исследования, которые позволяют по почерку лица определять основные черты его характера, степень проявления личностных качеств, определенные профессиональные характеристики. Результаты указанных исследований реализуются, в частности, в практике агентств и служб, занимающихся вопросами трудоустройства.

Подготовка материалов для назначения почерковедческой экспертизы имеет ряд особенностей.

В постановлении о назначении экспертизы необходима индивидуализация подлежащего исследованию документа. В нем также требуется отобразить сведения, имеющие значение для предстоящего исследования: о необычных условиях исполнения текста, о возрасте исполнителя, наличии у него заболеваний и др.

Для производства экспертного исследования предоставляется подлинник документа. Поскольку направление на исследование копий резко ограничивает возможности экспертизы и нередко ставит под сомнение подлинность документа, их использование допускается лишь в исключительных случаях с особыми гарантиями лица, ведущего уголовный (гражданский) процесс.

Обращение с подлежащими исследованию документами требует исполнения определенных правил, гарантирующих их сохранность: объекты исследования должны быть сохранены от посторонних воздействий, их нельзя подшивать и наклеивать на листы, на них нельзя делать пометок. Объекты исследования должны быть сохранены от посторонних воздействий, для чего требуется их помещение в конверт из плотной бумаги. Особо важным для почерковедческой экспертизы является вопрос о подготовке сравнительных образцов.

В качестве сравнительных материалов в этом случае предоставляются свободные и экспериментальные образцы.

Свободные образцы - рукописи, исполненные предполагаемым исполнителем вне связи с делом, по которому назначается экспертиза, и до возбуждения этого дела. Ими могут являться тексты и подписи в материалах переписки, автобиографиях, анкетах, дневниках, бухгалтерских документах.

При этом достоверность образцов должна быть лично подтверждена лицом, которому они принадлежат.

Свободные образцы должны быть сопоставимы с исследуемым документом по письменности и языку, по времени исполнения, по содержанию и целевому назначению документов, по материалам письма, по условиям выполнения, по состоянию пишущего, по темпу письма.

Экспериментальные образцы исполняются предполагаемым исполнителем по предложению лица, назначающего экспертизу.

Экспериментальные образцы отбираются в присутствии следователя (судьи) в условиях, максимально приближенных к тем, в которых исполнялся документ. Они могут быть получены под диктовку либо путем свободного изложения на предложенную тему.

В ходе получения экспериментальных образцов обеспечиваются привычные для исполнителя условия письма. Текст диктуется в одинаково спокойном темпе 3–4 раза. Если исполнитель пытается изменить почерк, целесообразно прерваться на длительное время, чтобы пишущий забыл о вносимых в свой почерк изменениях либо ускорить темп диктовки.

При получении экспериментальных образцов нельзя давать списывать исследуемый текст, так как в этом случае текст или подпись могут выполняться с подражанием либо изменением почерка.

В качестве дополнения к свободным и экспериментальным образцам могут быть представлены так называемые условно-свободные образцы, выполненные после возбуждения дела, но не специально для экспертизы.

Качество и количество сравнительного материала, направляемого на экспертизу, находится в прямой зависимости от решаемой экспертом задачи.

Так, при направлении на экспертизу текстов большого (не менее 1 листа) и среднего (не менее 0,5 листа) объемов, выполненных в обычных условиях, в качестве свободных образцов достаточно представить 5–6 рукописей, разнообразных по содержанию. Экспериментальные образцы представляются в количестве не менее 12 листов.

При направлении на экспертизу текстов малого объема (4–9 слов) либо кратких записей (1–3 слова) сравнительный материал должен составлять не менее 8–10 документов для свободных и не менее 15 листов для экспериментальных образцов. В случае назначения экспертизы кратких записей количество экспериментальных образцов, сопоставимых с исследуемым текстом по буквенному составу, должно быть не менее 30 (по одному образцу на листе). Образцы цифрового письма должны включать цифры, имеющиеся в исследуемом документе, как порознь, так и в сочетании. Экспериментальные образцы отбираются на 10–15 листах. При исследовании сходных почерков для сравнения следует представить не менее 20 листов текста. Для решения вопросов в отношении записей, выполненных в необычных условиях, на экспертизу в качестве свободных образцов представляются тексты, разнообразные по содержанию и целевому назначению. Особую ценность имеют рукописи, выполненные в быстром темпе (черновые записи, конспекты). Экспериментальные образцы отбираются двух видов — выполненные в

обычных условиях и в условиях, максимально приближенных к условиям выполнения исследуемой записи. При исследовании текстов, выполненных под действием искусственных сбивающих факторов (например, сознательное изменение почерка), необходимо получение специальных экспериментальных образцов, которые отбираются в зависимости от способа изменения. С учетом сложности исследования для его проведения требуется не менее 40 листов свободных и экспериментальных образцов.

Особенности методики исследования подписей определяют специфику подготовки сравнительного материала. В качестве сравнительных образцов представляются:

- свободные образцы подписей лица, от имени которого значатся исследуемые подписи (10—15 образцов), и почерка (3—5 листа);

- свободные образцы подписей предполагаемого исполнителя (10—15 образцов) и его почерка (8—10 листов);

- экспериментальные образцы подписей лица, от имени которого значатся исследуемые подписи (на 5—7 листах или 12—15 бланках по 8—10 подписей на 1 листе);

- экспериментальные образцы почерка лица, от имени которого значатся исследуемые подписи, в виде записей фамилии, имени, отчества (на 3—5 листах);

- экспериментальные образцы почерка предполагаемого исполнителя в виде записей фамилии, имени, отчества (на 1—3 листах по 5—7 записей на каждом).

При подготовке материалов на экспертизу подписей соблюдаются общие требования к свободным и экспериментальным образцам. Кроме того, подписи должны быть сопоставимы с исследуемыми по буквенному составу.

Особенности оформления материалов для проведения судебной почерковедческой экспертизы подписей лиц пожилого и старческого возраста обусловлены тем, что в них проявляются признаки физиологического старения организма, выражающиеся в нарушении координации движений. В этих случаях на экспертизу направляются подписи в документах, составляемых в нескольких экземплярах и нотариально удостоверенных. В постановлении о назначении экспертизы следует отразить подробные сведения о возрасте, образовании, роде занятий, условиях исполнения подписей.

Если в момент подписания документа на организм действовали какие-либо фармакологические препараты и это обстоятельство зафиксировано, оно должно быть также отражено. Разрыв во времени исполнения между исследуемыми подписями и образцами не должен превышать 2-3-х лет лишь при нормальном физиологическом старении. В противном случае, ввиду значительных качественных изменений, образцы должны по времени исполнения максимально приближаться к исследуемым записям.

Материалы по многообъектным экспертизам целесообразно разбивать на группы, в отношении каждой из которых следует вынести отдельное постановление. Группирование может быть произведено по следующему основаниям: по лицам, от имени которых значатся выполненными исследуемые подписи; по исследуемым документам; по предполагаемым исполнителям.

Разбор семейно-брачного спора

1. Фабула дела

Исковое заявление

19 октября 2009 года Истец обратилась в суд с иском к Банку и еще одному Ответчику - бывшему супругу о признании недействительными договора о залоге недвижимого имущества - жилой квартиры в г. Петропавловске, заключенного между Банком и Ответчиком 19.05.2006 г., а также дополнительного соглашения № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 г.

В иске указала, что Истец с 26.01.1985 года состояла в браке с Ответчиком. Решением суда № 2 г. Петропавловска от 06.02.2008 г. брак между ними расторгнут. В период брака супругами была приобретена жилая квартира № 33 по ул. И.Алтынсарина, 231 в г. Петропавловске.

12 мая 2006 года Истец по просьбе Ответчика подписала нотариально удостоверенное заявление о ее согласии передать принадлежащую им квартиру в залог в обеспечение исполнения обязательства Ответчика Банком в сумме 2.000.000 тенге на срок 10 лет.

В сентябре 2009 г. Истцу стало известно, что принадлежащая им квартира без её согласия заложена Ответчиком и принята в залог Банком по обязательству в сумме 16.000 долларов США, увеличенному по дополнительному соглашению от 21.06.2007 г. до суммы 36.000 долларов США на срок 180 месяцев, на что она свое согласие не давала.

Истец просит суд иск удовлетворить, признать недействительными договор о залоге недвижимого имущества, квартиры № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г. Петропавловске, заключенный между Банком и Ответчиком 19.05.2006 г., и дополнительное соглашение № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 г.

Возражение Банка на иск

Банк иск признал частично: в части признании недействительным дополнительного соглашения № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 года.

В части признания недействительным договора залога Банк иск не признал.

В возражении на иск Банк указал, что истец, как сособственник квартиры, дала нотариально удостоверенное согласие на передачу квартиры в залог под кредит в сумме 2.000.000 тенге на 10 лет.

Согласно Генеральному кредитному соглашению от 19.05.2006 г. Банк предоставил Ответчику заем в сумме 16.000 долларов США на срок 120 месяцев на условиях обеспеченности, платности, возвратности.

В обеспечение своевременного исполнения залогодателем обязательств по возврату займа, предоставленного в соответствии с кредитным соглашением и вознаграждения за пользование предметом займа, между

Банком и Ответчиком 19.05.2006 г. заключен договор № PAWP00224/06-PTR о залоге недвижимого имущества (ипотека), согласно которому залогодатель предоставляет залогодержателю в залог принадлежащее ему недвижимое имущество: 2-х комнатную квартиру находящейся по адресу: г. Петропавловск, ул. И.Алтынсарина, 231, квартира № 33.

21.06.2007 г. между Банком и Ответчиком заключено дополнительное соглашение № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 г., которым были внесены изменения в договор о залоге путем увеличения заемной суммы до 36.000долларов США и срока займа до 180 месяцев

На момент совершения сделки курс доллара США к национальной валюте составляла 120 тенге за доллар, следовательно, сумма 16.000 долларов США являлась эквивалентной сумме 2.000.000 тенге. Получение Ответчиком кредита в иностранной валюте не является основанием для удовлетворения иска в части о признании недействительным договора о залоге недвижимого имущества.

Ответчик, надлежащим образом извещенный о месте и времени судебного разбирательства, в суд не явился, возражения на иск не представил.

2. ЗАКЛЮЧЕНИЕ по фактическим обстоятельствам

Вначале следует выделить утверждения истца и ответчика по иску, которые подлежат анализу.

2.1. Утверждения сторон по иску

2.1.1 Утверждения Истца:

- 1) Истец с 26.01.1985 года состояла в браке с Ответчиком.
- 2) Решением суда № 2 г. Петропавловска от 06.02.2008 г. брак между ними расторгнут.
- 3) В период брака супругами была приобретена жилая квартира № 33 по ул. И.Алтынсарина, 231 в г. Петропавловске.
- 4) 12 мая 2006 года Истец по просьбе Ответчика подписала нотариально удостоверенное заявление о ее согласии передать принадлежащую им квартиру в залог в обеспечение исполнения обязательства Ответчика Банком в сумме 2.000.000 тенге на срок 10 лет.
- 5) В сентябре 2009 г. Истцу стало известно, что без ее согласия принадлежащая им квартира заложена Ответчиком и принята в залог Банком по обязательству в сумме 16.000 долларов США по договору от 19.05.2006 г. на срок 120 месяцев.
- 6) Без ее согласия по дополнительному соглашению от 21.06.2008 г. сумма займа увеличена до 36.000 долларов США на срок до 180 месяцев.

2.1.2. Утверждения Ответчика

- 7) Истец дала нотариально удостоверенное согласие на передачу квартиры в залог под кредит в сумме 2.000.000 тенге на срок 10 лет.
- 8) Согласно Генеральному кредитному соглашению от 19.05.2006 г. Банк предоставил Ответчику заем в сумме 16.000 долларов США на срок 120 месяцев.

9) В обеспечение обязательства между Банком и Ответчиком 19.05.2006 г. заключен договор № PAWP00224/06-PTR о залоге недвижимого имущества (ипотека), согласно которому залогодатель предоставляет залогодержателю в залог принадлежащее ему недвижимое имущество: 2-х комнатную квартиру находящуюся по адресу: г. Петропавловск, ул. И.Алтынсарина, 231, квартира № 33.

10) 21.06.2007 г. между Банком и Ответчиком заключено дополнительное соглашение № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 г., которым были внесены изменения в договор о залоге путем увеличения заемной суммы до 36.000 долларов США и срока займа до 180 месяцев.

11) На момент совершения сделки курс доллара США к национальной валюте составляла 120 тенге за доллар, следовательно, сумма 16.000 долларов США являлась эквивалентной сумме 2.000.000 тенге.

2.1.3. Далее следует обозначить требования по иску:

1) Истец просит признать недействительным договор о залоге недвижимого имущества, квартиры № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г. Петропавловске, заключенный между Банком и Ответчиком 19.05.2006 г.,

2) Истец просит признать недействительным дополнительное соглашение от 21.06.2007 г.

2.2. Заключение по фактическим обстоятельствам состоит из трех частей:

А. Бесспорные обстоятельства

Б. Утверждения Истца, которые оспариваются ответчиком

В. Утверждения Ответчика, которые оспариваются истцом.

Вначале следует выделить обстоятельства, которые сторонами не оспариваются (бесспорные обстоятельства) и которые, следовательно, не нуждаются в доказывании (нет необходимости привлекать доказательства).

Данные бесспорные обстоятельства (А) вкупе с оспариваемыми утверждениями истца (Б), а затем с оспариваемыми утверждениями ответчика (В) служат фактической основой для последующей Экспертной оценки.

А. Бесспорные обстоятельства по иску

Утверждения Истца, которые Ответчиком не оспариваются

1) Истец с 26.01.1985 года состояла в браке с Ответчиком.

2) Решением суда № 2 г. Петропавловска от 06.02.2008 г. брак между ними расторгнут.

3) В период брака супругами была приобретена жилая квартира № 33 по ул. И.Алтынсарина, 231 в г. Петропавловске.

4) 12 мая 2006 г. Истец по просьбе Ответчика подписала заявление о ее согласии передать принадлежащую им квартиру в залог в обеспечение исполнения обязательства Ответчика Банком в сумме 2.000.000 тенге.

Б. Утверждения Истца, которые оспариваются ответчиком

5) В сентябре 2009 г. Истцу стало известно, что без ее согласия принадлежащая им квартира заложена Ответчиком и принята в залог Банком по обязательству в сумме 16.000 долларов США по договору от 19.05.2006 г.

6) Без ее согласия по дополнительному соглашению от 21.06.2008 г. сумма займа увеличена до 36.000 долларов США,

С. Утверждения ответчика, которые оспариваются истцом

11) На момент совершения сделки курс доллара США к национальной валюте составляла 120 тенге за доллар, следовательно, сумма 16.000 долларов США являлась эквивалентной сумме 2.000.000 тенге.

3. Экспертная оценка

3.1. Обоснованность утверждений истца (А + Б)

Вначале проверяется обоснованность всех утверждений Истца, как бесспорных, так и оспариваемых Ответчиком.

Истец утверждает, а Банк не оспаривает, что Истец с 26.01.1985 года состояла в браке с Ответчиком. Решением суда № 2 г.Петропавловска от 06.02.2008 г. брак между ними расторгнут. В период брака супругами была приобретена жилая квартира № 33 по ул. И.Алтынсарина, 231 в г. Петропавловске.

Указанные обстоятельства являются исходными положениями для определения правового режима данной квартиры, которая впоследствии стала предметом залога. Ст.31, 32 Закона Республики Казахстан «О браке и семье» (далее ЗоБС) установлен законный режим имущества супругов, приобретенного во время брака: законным режимом имущества супругов является режим их общей совместной собственности, если брачным договором не установлено иное. Кроме того, ст.34 ЗоБС установлены исключения из законного режима общей совместной собственности.

Утверждений о наличии брачного договора либо наличии обстоятельств, предусмотренных ст.34 ЗоБС ни одна из сторон не заявила.

Следовательно, суд при рассмотрении данного спора исходит из презумпции законного режима спорного имущества, то есть считает, что приобретенная квартира является общей совместной собственностью Истца и Ответчика.

Согласно ст.33 ЗоБС для совершения одним из супругов сделки по распоряжению недвижимостью и сделки, требующей нотариального удостоверения и (или) регистрации в установленном законом порядке, необходимо получить нотариально удостоверенное согласие другого супруга.

Поскольку квартира находится в общей совместной собственности Истца и Ответчика, относится согласно ст.117 ГК РК к недвижимости, то для заключения договора залога данной квартиры требовалось нотариально удостоверенное согласие Истца.

12 мая 2006 г. Истец дала свое согласие Ответчику на передачу им в залог квартиры под обеспечение кредита в сумме 2.000.000 тенге, получаемого Ответчиком в Банке, на срок 10 лет.

В сентябре 2009 г. Истцу стало известно, что принадлежащая им квартира заложена Ответчиком и принята в залог Банком по обязательству в сумме 16.000 долларов США по договору от 19.05.2006 г.

Также без её согласия по дополнительному соглашению от 21.06.2008 г. сумма займа увеличена до 36.000 долларов США на срок до 180 месяцев.

Указанные обстоятельства свидетельствуют, что заключенный Ответчиком и Банком договор залога не соответствует волеизъявлению Истца, выраженному в письменном заявлении о согласии на залог квартиры в обеспечение обязательства в сумме 2.000.000 тенге на 10 лет. Несоответствие заключается в виде валюты: согласие дано на обеспечение обязательства в тенге, а фактически заём был предоставлен в долларах США.

Из содержания п.2 ст.115, ст.127, 282 ГК РК следует, что законодатель различает тенге и иностранную валюту как различные виды объектов имущественных прав. Так, указанными статьями ГК РК установлен правовой режим тенге как денежной единицы в Республике Казахстан, в которой должно быть выражено денежное обязательство на территории Республики Казахстан. Предусмотрена специфика правового режима иностранной валюты: она используется в случаях и на условиях, определенных законодательными актами Республики Казахстан или в установленном ими порядке.

Следовательно, обоснованным является утверждение Истца о том, что принадлежащая бывшим супругам квартира заложена Ответчиком и принята в залог Банком по обязательству в сумме 16.000 долларов США по договору от 19.05.2006 г. на срок 120 месяцев без согласия Истца, которое в данном случае является обязательным.

Согласно п.1, 2 ст.157 ГК РК при нарушении требований, предъявляемых к форме, содержанию и участникам сделки, а также к свободе их волеизъявления, сделка может быть признана недействительной по иску заинтересованных лиц, надлежащего государственного органа либо прокурора. Основания недействительности сделки, а также перечень лиц, имеющих право требовать признания ее недействительной, устанавливаются настоящим Кодексом либо иными законодательными актами.

Согласно ч.3 ст.33 ЗобС супруг, нотариально удостоверенное согласие которого, на совершение сделки не было получено, вправе требовать признания сделки недействительной в судебном порядке в течение года со дня, когда он узнал или должен был узнать о совершении данной сделки.

Вывод 1: иск в части требования о признании недействительным договора о залоге недвижимого имущества, квартиры № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г. Петропавловске, заключенного между Банком и Ответчиком 19.05.2006 г., может быть обоснованным.

Теперь следует проверить обоснованность утверждений Истца в части второго требования о признании недействительным дополнительного соглашения от 21.06.2007 г.

Данное требование признано Банком.

Ответчик возражения на иск в данной части не представил.

Следовательно, осталось проверить только обоснованность утверждений Истца в данной части иска.

Дополнительным соглашением № 1 от 21.06.2007 г. между Банком и Ответчиком № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 г. внесены изменения в договор о залоге путем увеличения заемной суммы, обеспеченной залогом, до 36.000 долларов США и срока займа до 180 месяцев.

На дополнительное соглашение также распространяется требование закона об обязательном согласии супруга на распоряжение общим имуществом. Истец утверждает, что не давала требуемое нотариально удостоверенное согласие.

Вывод 2: Данное обстоятельство свидетельствует о том, что иск в части требования о признании недействительным дополнительное соглашение от 21.06.2007 г. является обоснованным.

2. Обоснованность утверждений ответчика (А + В)

Утверждения ответчика 7), 8), 9) 10) соответствуют по содержанию утверждениям Истца 4), 5), 6).

Из данных утверждений Банка, которые не оспариваются Истцом, следует, что Истец дала нотариально удостоверенное согласие на передачу квартиры в залог под кредит в сумме 2.000.000 тенге на срок 10 лет. Согласно Генеральному кредитному соглашению от 19.05.2006 г. Банк предоставил Ответчику заем в сумме 16.000 долларов США на срок 120 месяцев. В обеспечение обязательства между Банком и Ответчиком 19.05.2006 г. заключен договор № PAWP00224/06-PTR о залоге недвижимого имущества (ипотека), согласно которому залогодатель предоставляет залогодержателю в залог принадлежащее ему недвижимое имущество: 2-х комнатную квартиру находящуюся по адресу: г. Петропавловск, ул. И.Алтынсарина, 231, квартира № 33. 21.06.2007 г. между Банком и Ответчиком заключено дополнительное соглашение № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 г., которым были внесены изменения в договор о залоге путем увеличения заемной суммы до 36.000 долларов США и срока займа до 180 месяцев.

Единственным оспариваемым утверждением Банка является утверждение 11) о том, что на момент совершения сделки курс доллара США к национальной валюте составляла 120 тенге за доллар, следовательно, сумма 16.000 долларов США являлась эквивалентной сумме 2.000.000 тенге.

Из данного утверждения следует позиция Банка по первому требованию: согласие Истца, данное на сумму 2.000.000 тенге является по существу согласием Истца на передачу в залог квартиры под заем 16.000 долларов США, поскольку данные суммы являются эквивалентными.

Согласно ст.307 ГК РК в договоре о залоге должны быть указаны предмет залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом. Несоблюдение данных правил влечет недействительность договора о залоге.

Однако эквивалентность суммы договора займа не является условием, определяющим существо обязательства Ответчика, поскольку, как было отмечено выше, национальная валюта и иностранная валюта являются различными видами объектов имущественных прав.

Иные возражения Банком не представлены. В части второго требования Иск Банком признан.

Вывод 3: утверждения Банка не содержат ничего существенного против иска Истца в части первого требования, не опровергают обоснованность его утверждений. Второе требование Истца Банком признано.

4. Доказывание

По делу не требуется проверка доказательств и привлечение дополнительных доказательств.

5. Предложение по решению

На основе проведенной Экспертной оценки предлагается удовлетворить иск, признать недействительными договор о залоге недвижимого имущества, квартиры № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г. Петропавловске, заключенный между Банком и Ответчиком 19.05.2006 г., а также дополнительное соглашение от 21.06.2007 г.

6. Судебные постановления

6.1. Решение суда первой инстанции

РЕШЕНИЕ

Именем Республики Казахстан

14 января 2010 года

г. Петропавловск

Суд № 2 г. Петропавловска в составе председательствующего Е-ва С.К. при секретаре Галимбаевой М.Ж. гражданского истца в лице представителя Тимербаева К.Б. доверенность № 19728 от 17.10.2009 года ответчика Банка в лице представителя Касенова Д.К. доверенность от 20.11.2009 года рассмотрев в открытом судебном заседании 14 января 2010 года в помещении суда № 2 г. Петропавловска дело по иску Мининой Людмилы Николаевны к Банку, Минину Алексею Александровичу о признании сделок недействительными

У С Т А Н О В И Л :

19 октября 2009 года Минина Л.Н. обратилась в суд с иском к Банку, Минину А.А. о признании недействительными договора о залоге недвижимого имущества, жилой квартиры № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г. Петропавловске заключенный между Банком и Мининым А.А. 19.05.2006 года, дополнительного соглашения № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 года.

Представитель истца Тимербаев К.Б. в суде иск поддержал и пояснил, что Минина Л.Н. с 26.01.1985 года состояла в браке с Мининым А.А. Решением суда № 2 г. Петропавловска от 06.02.2008 года брак между истцом и Мининым А.А. расторгнут. В период брака супругами была приобретена жилая квартира № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г. Петропавловске.

12 мая 2006 года истец по просьбе Минина А.А. подписала заявление о ее согласии передать принадлежащую им квартиру в залог в обеспечение исполнения обязательства Минина А.А. перед Банком в сумме 2.000.000 тенге.

В сентябре 2009 года истцу стало известно, что принадлежащая им квартира без ее согласия заложена ответчиком и принята в залог Банком по обязательству в сумме 16.000 долларов США, увеличенному до суммы 36.000 долларов США, на что она свое согласие не давала.

Просит суд иск удовлетворить, признать недействительными договор о залоге недвижимого имущества, жилой квартиры № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г. Петропавловске заключенный между Банком и Мининым А.А. 19.05.2006 года, дополнительное соглашение № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 года.

Представитель Банка Касенов Д.К. иск признал частично, в части признании недействительной дополнительного соглашения № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 года. В остальной части иск не признал.

Минина А.А. надлежало известить не представилось возможным, так как его место жительства суду не известно.

Выслушав стороны, изучив материалы дела, суд приходит к следующему;

Установлено, что согласно Генеральному кредитному соглашению № GKSP00111/06-PTR от 19.05.2006 года заключенный между Банком и Мининым А.А. банк предоставил ответчику заем в сумме 16.000 долларов США на срок 120 месяцев на условиях обеспеченности, платности, возвратности. По условиям договора погашение ссудной задолженности должно производиться ежемесячно, как по возврату основного долга, так и по оплате вознаграждения.

В обеспечение своевременного исполнения залогодателем обязательств по возврату займа предоставленного в соответствии с кредитным соглашением и вознаграждения за пользование предметом займа между Банком и Мининым А.А. 19.05.2006 года заключен договор о залоге недвижимого имущества (ипотека), согласно которому залогодатель предоставляет залогодержателю в залог принадлежащее ему недвижимое имущество; 2-х комнатную квартиру находящейся по адресу г. Петропавловск, ул. И.Алтынсарина 231 квартира № 33.

21 июня 2007 года между Банком и Мининым А.А. заключено дополнительное соглашение № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 года.

Минина Л.Н. обратилась в суд с иском к Банку, Минину А.А. о признании недействительным договора о залоге недвижимого имущества, жилой квартиры № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г. Петропавловске, заключенного между Банком и Мининым А.А. 19.05.2006 года, дополнительного соглашения № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 года, указывая, что она свое согласие на получение кредита в иностранной валюте не давала.

Ответчик иск в части о признании недействительной дополнительного соглашения № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 года признал, подтвердив признание иска в данной части письменным заявлением, иск в остальной части не признал.

Суд приходит к выводу, что иск в части о признании недействительным дополнительного соглашения № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 года подлежит удовлетворению. Представитель ответчика иск в данной части признал, подтвердив признание иска письменным заявлением.

Как было установлено, Минина Л.Н. заявлением от 12.05.2006 года безотзывно дает свое согласие супругу Минину А.А. на передачу им в залог, приобретенного ими в совместном браке имущества, двухкомнатной квартиры находящейся по адресу г. Петропавловск, ул. И.Алтынсарина 231 квартира №

33, под обеспечение кредита получаемого Мининым А.А. в сумме 2 000 000 тенге на срок 10 лет.

Истец, предъявив иск, указывает, что она давала свое согласие супругу Минину А.А. на передачу им в залог, приобретенного ими в совместном браке имущества, под обеспечение кредита получаемого Мининым А.А. в сумме 2.000.000 тенге, однако договор банковского займа был заключен на сумму 16.000 долларов США, в связи с чем, она считает, что данная сделка недействительна.

Суд приходит к выводу, что доводы истца о недействительности договора о залоге недвижимого имущества, жилой квартиры № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г. Петропавловске, заключенного между Банком и Мининым А.А. 19.05.2006 года необоснованны.

На момент совершения сделки курс доллара США к национальной валюте составляла 120 тенге за доллар, следовательно, сумма 16.000 долларов США являлась эквивалентной к 2.000.000 тенге. Получение Мининым А.А. кредит в иностранной валюте не является основанием для удовлетворения иска в части о признании недействительным договора о залоге недвижимого имущества № РАWP00224/06-PTR, заключенного между Банком и Мининым А.А. 19.05.2006 года.

При вышеуказанных обстоятельствах, суд приходит к выводу, что иск в части о признании договора о залоге недвижимого имущества, жилой квартиры № 33 по ул. И.Алтынсарина 231 в г.Петропавловске заключенный между Банком и Мининым А.А. 19.05.2006 года недействительным подлежит отказу в удовлетворении.

В силу ст.110 ГПК РК, стороне в пользу которой состоялось решение, суд присуждает с другой стороны все понесенные по делу судебные расходы, хотя бы эта сторона и была освобождена от уплаты судебных расходов.

На основании изложенного, руководствуясь ст. ст. 300, 301, 302, 304 ГК РК, п.1 ст. 157, п.1 ст. 158 ГК РК, ст. 49, 110, 217-221 ГПК РК, суд

Р Е Ш И Л :

Иск Мининой Людмилы Николаевны к Банку, Минину Алексею Александровичу о признании сделок недействительными удовлетворить частично.

Признать недействительным дополнительное соглашение № 1 к договору о залоге № РАWP00224/06-PTR от 19 мая 2006 года заключенный между Банком и Мининым Алексеем Александровичем 21 июня 2007 года.

Истцу в удовлетворении остальной части иска отказать.

Взыскать с Банка и Минина Алексея Александровича в пользу Мининой Людмилы Николаевны в возмещении издержек по оплате госпошлины в сумме 648 (шестьсот сорок восемь) тенге в равных долях.

Решение может быть обжаловано или опротестовано в коллегия по гражданским делам Северо-Казахстанского областного суда через суд № 2 г. Петропавловска в течение пятнадцати дней.

Судья :

С.Е-ов

6.2. Апелляционное постановление

ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 2а-217/10

Апелляционная судебная коллегия Северо-Казахстанского областного суда Республики Казахстан в составе председательствующего судьи М-ова А.А., с участием представителя истца Тимербаева К.Б.(доверенность от 17.10.09 года), представителя Банка Космагамбетова Е.Ш. (доверенность от 20.11.2009 года), рассмотрев в открытом судебном заседании 03 марта 2010 года в здании областного суда в г. Петропавловске гражданское дело по иску Мининой Людмилы Николаевны к Банку, Минину Алексею Александровичу о признании недействительными договора залога и дополнительного соглашения, поступившее по апелляционной жалобе истца Мининой Л.Н. на решение суда № 2 г. Петропавловска от 14 января 2010 года,

УСТАНОВИЛА:

19.10.2009 года Минина Л.Н. обратилась в суд с иском Банку, Минину А.А. о признании недействительными договора залога недвижимого имущества и дополнительного соглашения, указывая, что 28.01.85 года между ней и ответчиком Мининым А.А. был заключен брак, который расторгнут решением суда от 06 февраля 2008 года. В период брака 17.06.03 года ими была приобретена квартира № 33 по ул. И. Алтынсарина, 231 в г. Петропавловске.

12.05.2006 года по просьбе Минина А.А. ею было подписано заявление о согласии передать, принадлежащую им квартиру в залог в обеспечение исполнения обязательства Минина А.А. перед Банком в сумме 2.000.000тенге.

В сентябре 2009 года от работников Банка ей стало известно о том, что кредит в сумме 2.000.000 тенге Минину А.А. не выдавался, а принадлежащая им квартира передана последним, без ее согласия, в залог в обеспечение займа 16.000долларов США, в последующем увеличенному 36.000долларов США.

С учетом изложенного просила признать недействительными договор о залоге недвижимого в виде жилой квартиры № 33 по ул. И. Алтынсарина, 231 в г. Петропавловске и дополнительное соглашение к договору о залоге, заключенные между Банком и Мининым А.А.

Представитель Банка искивые требования признал частично, указывая, что согласны лишь в части иска о признании недействительным дополнительного соглашения № 1 к договору о залоге от 19.05.2006 года.

Решением суда № 2 г. Петропавловска от 14 января 2010 года в искивые требования удовлетворены частично, признано недействительным дополнительное соглашение от 19.05.06года к договору о залоге, заключенное между Банком и Мининым А.А., а также взысканы с ответчиков расходы истца по оплате государственной пошлины. В остальной части иска отказано.

Не согласившись с решением суда, истец Минина Л.Н. обратилась с апелляционной жалобой, в которой просит решение суда изменить и вынести решение об удовлетворении искивых требований в полном объеме, указывая, что судом неправильно применены нормы материального закона и не учтено, что ею было дано согласие на передачу в залог квартиры в обеспечения займа

в сумме 2.000.000тенге, а не займа в иностранной валюте, тогда как вид валюты займа имеет существенное значение.

Выслушав объяснения представителя истца Тимербаева К.Б., поддержавшего доводы апелляционной жалобы, представителя Банка Космагамбетова Е.Ш., возразившего против доводов апелляционной жалобы и просившего решение суда оставить без изменения, изучив материалы дела, коллегия приходит к следующему.

В силу ст.ст. 31, 32 Закона «О браке и семье» - законным режимом имущества супругов является режим их общей совместной собственности, если брачным договором не установлено иное.

Имущество, нажитое супругами во время брака, является их общей совместной собственностью.

В соответствии со ст. 218 ГПК РК- решение суда должно быть законным и обоснованным.

Данное решение, по мнению коллегии, не в полном объеме соответствует этим требованиям закона.

Как установлено судом первой инстанции и нашло подтверждение материалами дела отделом ЗАГСа Макушинского района Курганской области 26.01.1985года был зарегистрирован брак между Мининым А.А. и Ивановой Л.Н., после регистрации брака последней присвоена фамилия Минина. Брак расторгнут решением суда от 06.02.08года.

В период брака по договору купли-продажи от 17.06.03 года, ими была приобретена 2-х комнатная квартира по ул. И.Алтынсарина, 231, кв. 33 в г. Петропавловске.

12.05.06 года Мининой Л.Н. написано и нотариально удостоверено заявление в адрес Банка, согласно которому она дала согласие на передачу Мининым А.А. в залог Банку квартиры по ул. И.Алтынсарина, 231, кв. 33 в г. Петропавловске, в обеспечение исполнения им обязательств по договору займа 2.000.000 тенге.

19.05.06 года между Банком и Мининым А.А. был заключен договор о залоге недвижимого имущества (ипотека), по условиям которого Мининым А.А. представлена Банку в залог квартира по ул. И.Алтынсарина, 231, кв. 33 в г. Петропавловске, в обеспечение полученного им банковского займа в сумме 16.000долларов США.

В последующем 21.06.07 года между ними было заключено дополнительное соглашение, которым были внесены изменения в договор о залоге путем увеличения заемной суммы до 36.000 долларов США и срока займа до 180 месяцев

Принимая решение по делу и отказывая в удовлетворении исковых требований о признании недействительным договора о залоге недвижимого имущества суд первой инстанции сослался на то, что на момент совершения оспариваемой сделки курс доллара США к национальной валюте составлял 120 тенге за доллар, а потому заемная сумма 16 000 долларов США была эквивалентной к 2.000.000 тенге, получение же Мининым А.А. кредита в иностранной валюте не является основанием для удовлетворения иска.

Данные выводы суда первой инстанции, по мнению коллегии, не основаны на установленных судом обстоятельствах спора и нормах закона.

Тогда как доводы апелляционной жалобы Мининой Л.Н. о том, что судом неправильно применены нормы материального закона и не учтено, что ею было дано согласие на передачу в залог квартиры в обеспечения займа в сумме 2.000.000 тенге, а не займа в иностранной валюте, тогда как вид валюты займа имеет существенное значение, по мнению коллегии, заслуживают внимания.

Так, согласно ст. 157 ГК РК - при нарушении требований, предъявляемых к форме, содержанию и участникам сделки, а также к свободе их волеизъявления, сделка может быть признана недействительной по иску заинтересованных лиц, надлежашего государственного органа либо прокурора.

В силу ст. 33 Закона РК «О браке и семье»- для совершения одним из супругов сделки по распоряжению недвижимостью и сделки, требующей нотариального удостоверения и (или) регистрации в установленном законом порядке, необходимо получить нотариально удостоверенное согласие другого супруга.

Супруг, нотариально удостоверенное согласие которого, на совершение указанной сделки не было получено, вправе требовать признания сделки недействительной в судебном порядке в течение года со дня, когда он узнал или должен был узнать о совершении данной сделки.

Переданная по оспариваемому договору в залог Банку квартира находится в общей совместной собственности Мининых А.А. и Л.Н., а потому, для заключения договора о её залоге, требовалось нотариально удостоверенное согласие истца.

Причем, существо обязательства, в том числе размер и валюта займа, в обеспечение исполнения которого передана квартира в залог, по мнению коллегии, имеет существенное значение, поскольку курс валют не стабилен, при этом курс доллара США по отношению к тенге имеет тенденцию к значительному повышению.

В данном случае истцом дано письменное согласие на передачу квартиры в залог в обеспечение займа в сумме 2.000.000 тенге, а потому действия Банка и Минина А.А., заключивших договор о залоге квартиры в обеспечение исполнения обязательства по договору займа в сумме 16.000 долларов США, без учета волеизъявления истца, изложенного ею в нотариально удостоверенном заявлении, неправомерны и нарушают её права, как собственника квартиры.

Причем Банком каких-либо доказательств того, что истец знала и была согласна на передачу в залог квартиры, в обеспечение полученного Мининым А.А. займа в долларах США, не представлено.

С учетом изложенного коллегия находит решение суда подлежащим изменению, с отменой в части отказа в удовлетворении исковых требований о признании недействительным договора залога и вынесением нового решения об удовлетворении исковых требований.

Согласно ст. 110 ГПК РК- стороне, в пользу которой состоялось решение, суд присуждает с другой стороны все понесенные по делу судебные расходы,

хотя бы эта сторона и была освобождена от уплаты судебных расходов. Если иск удовлетворен частично, то издержки присуждаются истцу пропорционально размеру удовлетворенных судом исковых требований, а ответчику - пропорционально той части исковых требований, в которой истцу отказано.

Если суд вышестоящей инстанции изменит состоявшееся или вынесет новое решение, не передавая дела на новое рассмотрение, он соответственно изменяет и распределение судебных расходов.

На основании изложенного и руководствуясь ст.358 п.2 ГПК РК, коллегия

П О С Т А Н О В И Л А:

Решение суда № 2 г. Петропавловска от 14 января 2010 года по данному делу изменить, отменить в части отказа в удовлетворении исковых требований и вынести в этой части новое решение: Признать недействительным договор о залоге недвижимого имущества, в виде жилой квартиры № 33 по ул. И. Алтынсарина, 231 в г. Петропавловске от 19.05.06 года, заключенный между Банком и Мининым Алексеем Александровичем.

Увеличить размер госпошлины, подлежащей к взысканию в пользу Мининой Л.Н. в равных долях с Банка и Минина А.А. с 648 тенге до 1296 (одна тысяча двести девяносто шесть) тенге.

В остальной части решение оставить без изменения.

Апелляционную жалобу Мининой Л.Н. - удовлетворить.

Постановление может быть обжаловано или опротестовано в кассационную коллегиям Северо-Казахстанского областного суда в течение пятнадцати дней после получения сторонами апелляционного постановления в окончательной форме.

Председательствующий

М-ов А.А.

7. Выводы и предложения

Из приведенных выше судебных постановлений следует, что суд первой инстанции допустил ошибку и вынес незаконное решение в части отказа в удовлетворении одного искового требования.

Суд апелляционной инстанции изменил решение суда, вынес по исковому требованию противоположное решение об удовлетворении иска.

При этом свой вывод апелляционная инстанция мотивировала небесспорными доводами о том, что существо обязательства, в том числе размер и валюта займа, в обеспечение исполнения которого передана квартира в залог имеет существенное значение, поскольку курс валют не стабилен, при этом курс доллара США по отношению к тенге имеет тенденцию к значительному повышению.

В случае, если бы курс валют был бы стабилен или курс доллара США по отношению к тенге имел бы тенденцию к значительному понижению, то данная мотивация отпала бы и суд, возможно, пришел бы к тому же выводу, что и суд первой инстанции.

Из Экспертной оценки следует, что несовпадение волеизъявления Истца с существом обязательства (залог в национальной валюте) является

обстоятельством, достаточным для вынесения решения об удовлетворении иска в соответствии со ст.33 ЗоБС, ст.307 ГК РК.

В связи с этим отпала необходимость проверять утверждения Истца и банка о соответствии воли Истца и размере обязательства, а также срок исполнения обязательства.

Мотивировка решения, составленного с применением анализируемой методики, существенно отличалась бы от доводов судов, указанных в реально внесенных судебных актах.

Б. А. Раисова

адвокат Южно-Казахстанской областной коллегии адвокатов

Экспертиза как доказательство в гражданском процессе. Особенности доказывания по семейным спорам

Деятельность адвоката в судебном заседании можно разделить на две составляющие: работу с доказательствами и выступления в суде. **Работа с доказательствами в суде** состоит в том, чтобы с помощью имеющихся доказательств убедить суд в обоснованности избранной адвокатом правовой позиции по делу в интересах доверителя, а также в умении нейтрализовать доказательства противоположной стороны процесса, что является одним из эффективных способов защиты и отстаивания интересов клиента.

Работа адвоката с доказательствами в суде связана с осознанием понимания: к каким правовым последствиям может привести то или иное процессуальное действие, совершаемое адвокатом от имени доверителя.

Основное бремя доказывания в суде законодателем возложено на стороны, суд лишь содействует им в получении доказательств и исследует их.

Уровень квалификации адвоката, сочетающий правовые знания и практическую деятельность, напрямую влияет на исход дела. Ошибки, допущенные адвокатом в работе с доказательствами, приводят к получению отрицательного решения для доверителя.

Брачно-семейные отношения регулируются Законом РК «О браке и семье» от 17.12.1998 г. за № 321-1.

Категории семейных споров:

- 1) о расторжении брака;
- 2) о признании недействительности брака;
- 3) имущественные споры;
- 4) об установлении происхождения детей;
- 5) споры, связанные с воспитанием детей;
- 6) о правах ребенка;
- 7) о правах и обязанностях родителей;
- 8) об усыновлении (удочерении);
- 9) споры, связанные с опекой и попечительством, патронатом;
- 10) по алиментным обязательствам.

В соответствии со ст.91 ГПК РК экспертиза, как доказательство в гражданском процессе, назначается в случаях, когда обстоятельства, имеющие значение для дела, могут быть установлены в результате исследования материалов дела, проводимого экспертом на основе специальных научных знаний. Порядок производства экспертизы регулируется ст.93 ГПК РК.

Виды экспертиз:

- 1) единоличная и комиссионная;
- 2) комплексная;
- 3) дополнительная и повторная.

Особенности проведения экспертиз, как вида доказывания по семейным спорам:

Раздел общего имущества супругов при расторжении брака производится по правилам ст.36, 37 Закона о браке и семье и ст.218 ГК РК, при этом стоимость имущества, подлежащего разделу, при отсутствии согласия сторон определяется судом на основании заключения эксперта, в том числе заключения государственного органа по оценке имущества (п.17 Нормативного Постановления ВС РК от 28 апреля 2000 г за № 5). Полагаю спорным момент оценки имущества экспертом, так как в соответствии с Законом РК «Об оценочной деятельности в РК» от 30.11.2000 г. оценочная деятельность – это предпринимательская деятельность, осуществляемая оценщиками, направленная на установление в отношении объектов оценки рыночной или иной стоимости на определенную дату, если иное не предусмотрено законами (ст.2 п.4). При этом оценщиком является физическое или юридическое лицо, имеющее лицензию на осуществление оценочной деятельности (ст.2 п.7).

В соответствии с п.4 ст.27 Закона РК «О лицензировании» от 11.01.2007 г. для оценки имущества требуется наличие лицензии.

Судебная экспертиза, проводимая в настоящий момент региональными научно-производственными лабораториями судебной экспертизы Государственного учреждения «Центр судебной экспертизы», на предмет оценки вышеуказанного объекта, *не будет являться оценкой недвижимого имущества по следующим основаниям:*

1. Исполнителем является эксперт Государственного учреждения, в то время как оценочная деятельность относится законодательством РК к предпринимательской.
2. Деятельность Государственного учреждения «Центр судебной экспертизы» не лицензирована, так как учреждение является уполномоченным государством органом на проведение определенных исследований в процессуальных рамках рассмотрения дел и не подлежит лицензированию в соответствии с законодательством РК.

При признании брака недействительным в соответствии с ч.3 ст.24 Закона о браке и семье, если одно из лиц, вступающих в брак, скрыло от другого наличие у него болезни, создающей реальную угрозу членам образованной

семьи, личной и общественной безопасности. Необходимо наличие судебно-медицинской экспертизы, подтверждающей наличие заболевания, создающего реальную угрозу.

Об установлении происхождения детей в соответствии со ст.47 Закона при установлении отцовства в судебном порядке суд принимает во внимание доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица. На основании ч.1 ст.50 Закона в случаях оспаривания отцовства (материнства) в судебном порядке.

О правах и обязанностях родителей:

1. **В случаях лишения родительских прав** в соответствии с подпунктами 4 и 5 ч.1 ст.67 Закона, например, когда жестоко обращаются с детьми, в том числе осуществляют физическое или психическое насилие над детьми, покушаются на их неприкосновенность; признаны в установленном законодательством порядке больными алкоголизмом, наркоманией и токсикоманией.
2. **В случаях ограничения родительских прав** в соответствии со ст. 71 Закона когда оставление ребенка с родителями (или одним из них) опасно для его жизни, в частности на основании подпункта 1 ч.2 ст.71 Закона, по обстоятельствам, от родителей не зависящим (психическое расстройство или иное хроническое заболевание).

Об отмене усыновления (удочерения): в соответствии с ч.1 ст.95 Закона основаниями для отмены усыновления (удочерения) является жестокое обращение с усыновленным, физическое или психическое насилие, покушение на половую неприкосновенность, наличие болезни: алкоголизма, наркомании или токсикомании.

	Разновидность экспертиз	Обязательное проведение экспертизы	Необязательное проведение экспертизы	Категории дел
1	Товароведческая		В случае отсутствия договоренности между сторонами относительно стоимости общего имущества супругов	Имущественные споры
2	Судебно-медицинская	Наличие заболевания, создающего угрозу		Признание брака недействительным
3	Судебно-медицинская	Доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица		Об установлении происхождения детей

4	Судебно-медицинская	Жестокое обращение, психическое насилие, половая неприкосновенность. Наличие заболеваний: алкоголизма, наркомании, токсикомании		Лишение родительских прав
5	Психологическая	Жестокое обращение, психическое насилие, половая неприкосновенность		Лишение родительских прав
6	Судебно-медицинская	Психическое расстройство или иное хроническое заболевание		Ограничение родительских прав
7	Психологическая Судебно-медицинская	Жестокое обращение с усыновленным, физическое или психическое насилие, покушение на половую неприкосновенность, наличие болезни: алкоголизма, наркомании или токсикомании.		Отмена усыновления (удочерения)

Таким образом, на основании полученных **заключений экспертов** в письменной форме в виде выводов по вопросам, поставленным перед экспертом судом или сторонами, основанным на исследовании материалов дела, проведенных с использованием специальных научных знаний, можно законно и обоснованно получить фактические данные в виде **доказательств по делу**, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, имеющих значение для правильного разрешения дела.

СЕССИЯ 6. ВОПРОСЫ ГЕНДЕРНОГО РАВЕНСТВА

У.А. Сулейменова,
судья Верховного Суда Республики Казахстан, к.ю.н.

О гендерной политике и включении гендерного компонента в программу обучения судей

Гендер, гендерные отношения, гендерная культура – эта совокупность понятий прочно вошла в современные процессы конструирования общества и общественных отношений.

Они стали неотъемлемой частью формирования нового социального порядка, predeterminedного развитием человечества на современном этапе.

В документах, публикациях, касающихся вопросов гендера, звучит и вопрос: **Почему** для обеспечения гендерного равенства необходимо уделить большее внимание решению **проблем женщин?**

В Путеводителе по гендерной экспертизе законодательства Узбекистана, подготовленном ПРООН указывается, что документы ООН по человеческому развитию утверждают, что ни в одном обществе женщины не располагают такими же возможностями, какие имеют мужчины.

Этот неравноправный статус ведет к сохранению существенных диспропорции между значительным вкладом, который вносят женщины в развитие человеческого потенциала, и тем, **насколько** мала их доля в предоставляемых этим процессом льготах.

В Путеводителе приводится статистика ООН, из которой усматривается, что:

- 2/3 мировой работы выполняют женщины;
- Женщины получают 1/10 мировой прибыли;
- Женщины составляют 2/3 неграмотных в мире;
- Женщины владеют 1/100 мировой собственности;
- Женщины занимают лишь 1% должностей исполнительных директоров в мире, только 6% должностей в кабинетах национальных правительств и 10% парламентских мест.

Между тем, всеобщая декларация прав человека гласит, что все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах, каждый человек должен обладать всеми правами и свободами, провозглашенными Декларацией, без какого-либо различия, в том числе различия в отношении **пола**.

В Казахстане равенство всех провозглашено Конституцией страны. Запрет дискриминации, в том числе и по мотивам пола, также является конституционной гарантией.

За годы независимости Казахстан достиг определенного прогресса в области защиты прав и законных интересов мужчин и женщин.

Сформирована институциональная система гендерной и семейно-демографической политики.

На республиканском уровне - Национальная комиссия по делам женщин и семейно-демографической политике при Президенте.

На региональном и местном – комиссии по делам женщин и семейно-демографической политике при акимах соответствующих административно-территориальных единиц.

Кроме того, создан **экспертный совет** из числа ученых и компетентных представителей общественных организаций.

Во всех государственных органах определены **ответственные сотрудники** за формирование и реализацию государственной гендерной политики.

Казахстан присоединился и ратифицировал ряд международных договоров, касающихся положения женщин, в частности:

- Конвенции ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, а также Факультативный протокол к ней
- О политических правах женщин
- О гражданстве замужней женщины
- Пекинской платформы действий по улучшению положения женщин
- Подписаны международные пакты о гражданских и политических, об экономических, социальных и культурных правах и другие.

Всего Казахстан присоединился к более чем к 60 международным договорам по правам человека.

Если же говорить о законодательстве Республики Казахстан. То в первую очередь вопросы гендерного равенства, как было указано выше, регламентированы в Конституции далее

- Законом «О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей мужчин и женщин»
- «Стратегией гендерного равенства в Республике Казахстан на 2006-2016 годы» и в определенной степени в других законах, например:
- Законом «О профилактике бытового насилия»
- Законом «О противодействии бытовому насилию»

В разделе «Права женщин» отчета о деятельности Уполномоченного по правам человека в Республике Казахстан за 2009 год указывается, что выполняя свои международные обязательства в отношении прав женщин, Казахстан дважды представлял отчеты в Комитет ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин и, очередной доклад предполагается в 2011 году.

Кроме того, в 2007 году Казахстан взял на себя дополнительные обязательства в рамках реализации Целей развития тысячелетия ООН по принятию законодательных и институциональных мер по обеспечению равенства мужчин и женщин, искоренению насилия в отношении женщин, введению технологий гендерного бюджетирования в процесс формирования и планирования бюджета.

Государственная программа «Путь в Европу» на 2009-2011 годы в рамках расширения сотрудничества в гуманитарном измерении предусматривает создание дальнейших условий для развития в Казахстане сбалансированной гендерной политики с использованием опыта европейских традиций.

Вместе с позитивными изменениями в сфере обеспечения прав женщин, обозначены и существующие в ней проблемные вопросы, среди которых доминирует бытовое насилие в семье.

Латентный характер данного вида насилия, а также отношение общества к этой проблеме зачастую не как к преступлению, а как к «личному делу» супругов, усугубляет ситуацию.

В отчете указывается, что именно по этой причине обращения по указанному вопросу, поступающие в адрес Уполномоченного по правам человека, немногочисленны, а поступившие обращения в адрес Уполномоченного подтверждают существование насилия в отношении женщин в семье.

Приведен пример по гор.Шымкент:

В адрес Уполномоченного обратилась М. о неприятии сотрудниками органов внутренних дел и прокуратуры мер в отношении бывшего мужа, который применяет к ней насилие, другие действия унижающие человеческое достоинство.

ДВД г. Шымкента в отношении М. возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 121 Уголовного кодекса (насильственные действия сексуального характера).

Однако, по утверждению заявительницы у сотрудников Аль-Фарабийского РОВД г. Шымкента к данному делу субъективное отношение, следственные действия проводятся с нарушениями норм уголовно-процессуального законодательства.

По обращению Уполномоченного в Генеральную прокуратуру и Министерство внутренних дел доводы заявительницы были проверены и возбужденное ранее уголовное дело в ходе расследования переклассифицировано на п. «б» ч. 2 статьи 121 Уголовного кодекса РК (насильственные действия сексуального характера соединенные с угрозой убийством, а также совершенное с особой жестокостью по отношению к потерпевшей).

В отчете указывается, что бытовое насилие в семье является одной из причин, способствующих вовлечению женщин и детей в сексуальную эксплуатацию и рабство.

Согласно данным, представленным в статистическом сборнике Агентства РК по статистике «Женщины и мужчины Казахстана» (Астана, 2009 год), в Казахстане, за исключением Западно-Казахстанской, Жамбылской, Кызылординской и Мангистауской областей, функционируют 20 кризисных центров по борьбе с насилием в отношении женщин. В 2008 году в названные организации поступило 21 679 звонков о фактах насилия, в том числе физического – 6 165, психологического – 5 539, экономического – 1 251, сексуального – 556, по вопросам трафика женщин – 906, по другим вопросам – 7 262.

Представленные данные свидетельствуют и о том, что в основном жертвами насилия становятся женщины до 40 лет.

В разрезе занятости женщин в обозначенном году среди работающих женщин подвержено насилию 9 055, среди не работающих – 7 223, учащихся – 2 251, пенсионеров – 849.

Другая группа обращений, поступивших в адрес Уполномоченного, касается вопросов оформления статуса матери-одиночки, взыскания алиментов, общения с ребенком, защиты прав казахстанских женщин за рубежом.

Еще одной проблемой обозначена преступность среди женщин. В связи с чем предлагается усилить деятельность по профилактике преступности среди женщин. Поскольку при отбывании наказания за совершение того или иного преступного деяния, женщины в большинстве случаев изолируются от детей, которые без должного воспитания и контроля со стороны матерей могут встать на криминальный путь.

Постановлением Правительства от 27 ноября 2003 года N 1190 одобрена Концепция гендерной политики в Республике Казахстан.

Она определила основные направления гендерной политики в нашей стране:

- Обеспечение равных прав и равных возможностей мужчин и женщин во всех сферах государственной и общественной жизни
- Совершенствование и развитие законодательства
- Разработка, принятие и реализация концепций, стратегических и программных документов, направленных на достижение гендерного равенства мужчин и женщин и устранения дискриминации по признакам пола
- Воспитание и пропаганда среди населения страны культуры равноправия мужчин и женщин, недопущение дискриминации по признакам пола
- Выполнение общепризнанных принципов и норм международного права и международных обязательств
- Повышение уровня правовой и политической культуры общества для обеспечения равенства полов во всех сферах жизнедеятельности, включая политику, социально-трудовые и семейные отношения.

Стратегия гендерного равенства в Республике Казахстан является основополагающим документом, направленным на реализацию гендерной политики государства, инструментом ее реализации и осуществления мониторинга со стороны государства и гражданского общества, важным фактором становления демократии.

В этой связи в каждый раздел Стратегии включены разработанные совместно с региональным офисом Женского фонда ООН (ЮНИФЕМ) индикаторы по достижению гендерного равенства в политике, экономике, образовании, семье, вопросах охраны здоровья и предотвращения насилия в отношении женщин и детей.

Несколько остановимся на Законе «О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей мужчин и женщин» от 20.12.2009 года.

Так статья 11 Закона прямо закрепляет обеспечение гендерного равенства прав и обязанностей мужчин и женщин в брачно-семейных отношениях и воспитании детей. Обеспечение гендерного равенства прав и обязанностей мужчин и женщин в брачно-семейных отношениях воспитании детей осуществляется путем:

- повышения престижа семьи, укрепления брачно-семейных отношений, пропаганды ценностей брака и семьи;
- равного разделения ответственности мужчин и женщин за воспитание детей;
- реализации социальной политики, направленной на поддержку и повышение качества семьи.

В связи с чем не случайно вопросы гендерного равенства обсуждаются на семинаре после сессии о практике применения брачно-семейного законодательства.

Кроме того, подготовлен Проект «Руководство для государственных органов по вопросам функционирования национального механизма по достижению гендерного равенства, в котором определены задачи для каждого государственного органа на Республиканском, региональном и местном уровнях.

Республиканский Уровень: Президент, Парламент, Правительство

Региональный и местный уровень: Маслихаты и другие органы местного самоуправления в местных сообществах, акиматы.

В плане мероприятий на 2009-2011 гг. по реализации стратегии гендерного равенства на 2006-2016 годы поставлены задачи перед каждым органом.

В частности в П. 3 для Генеральной прокуратуры подготовка ежегодного обобщений практики применения законодательства, направленного на защиту трудовых, жилищных и иных прав женщин.

В П. 8 для Верховного Суда – Изучение соблюдения гендерного равенства в процессе кадровых назначений в судебной системе.

Данная работа Верховным Судом проводится, что видно из следующей таблицы:

№	Количественный состав судей Верховного суда				
	период	2006 г.	2007 г.	2008 г.	2009 г.
1.	штатная численность	48	48	48	48
2.	фактическая численность	48	46	39	38
3.	Численность и удельный вес женщин, занимающих должность судьи	16, или 33%	16, или 33%	10, или 25, 6%	10, или 27%

Что же касается удельного веса женщин в местных и других судах, то их количественный состав указан в ниже приведенной таблице:

	Количественный состав судей местных и других судов				
	период	2006	2007	2008 г.	2009г.
1.	штатная численность	2062	2060	2059	2433
2.	фактическая численность	1963	1925	1934	2277
3.	численность и удельный вес женщин	1027 или 52,3% 52%	957 или 50%	1024 ИЛИ 52,3%	1023 или 45%

Как показывает анализ количественного состава судей по Республике, за последние два года (2008-2009 года) наблюдается снижение удельного веса женщин в местных и других судах с 52,3% до 45%.

Данная тенденция, в основном, связана с достижением определенного количества женщин пенсионного возраста.

Возможно наличие и других причин, которые еще следует изучать.

Вместе с тем следует отметить, что специальным законом, регламентирующим деятельность судов и судей, установлен единый для женщин и мужчин предельный возраст пребывания в должности судьи – 65 лет. (Закон дополнен статьей 34-1 в соответствии с Конституционным законом от 17 ноября 2008 года).

При этом, женщина-судья вправе по своему усмотрению уйти на пенсию по достижению 58 лет, либо, при желании, возможности, выйти в отставку по достижению предельного возраста – 65 лет.

В информации Верховного Суда для национальной комиссии по делам женщин и семейно-демографической политике при Президенте указывалось, что поскольку вопросы гендерного равенства являются для Казахстана одним из приоритетных, то гендерный компонент будет включаться в программу обучения судей.

Относительно вопросов обучения

Верховным Судом, в пределах своих полномочий, уделяется большое внимание вопросам подготовки судебных кадров. Этому пример и сегодняшний семинар.

Как известно, для модернизации системы судебного образования и в целях повышения качества подготовки, переподготовки кадров для судебной системы, Верховным Судом разработана Стратегия судебного образования на 2009-2011 годы.

В Стратегии систематизированы существующие образовательные программы, определены основные направления и указаны организаторы непрерывного судебного образования, которыми являются Верховный Суд, Комитет по судебному администрированию при Верховном Суде, Институт правосудия Академии государственного управления при Президенте Республики Казахстан. Учебные центры областных и приравненных к ним судов, Союз судей Республики Казахстан, вузы.

В рамках реализации данной Стратегии Верховный Суд организует обучающие семинары для судей областных и приравненных к ним судов, исходя из потребностей в тематике.

Данные мероприятия проходят с участием международных экспертов, представителей государственных органов, неправительственных общественных и коммерческих организаций.

Стратегия судебного образования реализуется через обязательные и дополнительные образовательные программы: стажировка, наставничество, менторство, курсы повышения квалификации в Институте правосудия и другие мероприятия научно-практического плана.

В течение 2006-2009 гг. при сотрудничестве с международными организациями было проведено 10 обучающих семинаров по вопросам противодействия торговле людьми для 154 судей областных и районных судов. Во всех регионах республики имеются судьи, специализирующиеся на рассмотрении уголовных дел, связанных с незаконными вывозом и торговлей людьми с целью их сексуальной, трудовой и иной эксплуатации.

В 2010 году продолжено обучение судей на семинарах и тренингах по противодействию торговле людьми.

Миссией Международной организации (МОМ) в Республике Казахстан в рамках совместной работы с Верховным Судом в период с февраля по апрель 2010 года проведены 6 региональных семинаров для 90 судей и 60 прокуроров по борьбе с торговлей людьми. В июне и сентябре т.г. МОМ планирует провести аналогичные 10 региональных семинаров для 90 судей местных судов и 60 прокуроров.

На наш взгляд, необходимо данный вопрос изучать в рамках рассмотрения гражданских дел.

В конце текущего года планируется заслушивание отчета Верховного Суда на заседании Национальной комиссии по делам женщин и семейно-демографической политике при Президенте Республики Казахстан по итогам 2010 года в рамках выполнения Конвенции ООН «О ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин» (1979 год).

Для координирования работы в названном направлении по поручению Председателя Верховного Суда предложено областным судам назначить ответственных лиц за формирование и реализацию государственной гендерной политики – это конечно должен быть судья областного суда.

На наш взгляд ответственному лицу необходимо:

- наладить сотрудничество с общественными объединениями, неправительственными организациями (НПО) по делам женщин, детей для проведения форумов: семинаров, круглых столов, дискуссий, иной работы информационно-разъяснительного характера.

Верховным Судом предложено, ежеквартально (к 10 числу месяца, следующего за отчетным), представлять в надзорную судебную коллегия по гражданским и административным делам аналитическую справку по сведенной информации из рай(гор)судов по следующим категориям гражданских дел с показателями (в динамике):

Расторжение брака

Всего поступило заявлений, дел	из них по иску супруги		Прекращено в связи с отзывом иска (ввиду примирения сторон)
	рассмотрено с вынесением решения	из них удовлетворено	

Определение места жительства ребенка

Всего поступило заявлений, дел	Всего рассмотрено	Место жительства ребенка определено с матерью
--------------------------------	-------------------	---

Следует учитывать, что при определении режима воспитания несовершеннолетнего ребенка, разводящиеся родители, как правило, просят определить дни общения с ребенком, место общения, время, наличие либо отсутствие при общении с ребенком другого родителя и т.д.

Нередки случаи, когда один из родителей не исполняет определенный судом режим воспитания ребенка. При этом, в соответствии с нормами Закона «О браке и семье» (статья 65) при невыполнении решения суда к виновному применяются меры, предусмотренные законодательством. При злостном невыполнении решения суда, по требованию родителя, проживающего отдельно от ребенка, может вынести решение о передаче ему ребенка.

Данное обстоятельство, при наличии таких случаев, также должно находить отражение в аналитической справке.

По делам о взыскании алиментов

Информация должна учитывать сведения утвержденной статистической формы с выделением отдельно категорий дел о взыскании алиментов на содержание детей, и отдельно на содержание бывших супругов, имеющих право требовать предоставления алиментов.

Совместно с администраторами судов необходимо проанализировать исполнение судебных решений по взысканию алиментов.

По делам о восстановлении на работе

Информация должна также учитывать данные утвержденной статистической формы с указанием отдельно сведений по искам, инициированным женщинами, с указанием результатов их рассмотрения с приведением характерных примеров, в частности, незаконного отказа в приеме на работу по половому признаку.

При наличии иных показателей, точно отражающих картину изучаемых категорий дел, возможно расширение названных данных.

Мы считаем, что в справку необходимо включать и результаты анализа

- по административным делам в рамках принятого 4 декабря 2009 года Закона «О профилактике бытового насилия», по статье 86-1 главы 10 КоАП «Административные правонарушения, посягающие на права личности», предусматривающей новый состав административного правонарушения - ответственность за разглашение сведений о частной жизни лица, пострадавшего от бытового насилия
- по подпункту 1) статьи 620 КоАП, которым расширен перечень оснований для применения административного задержания включением правонарушений в сфере семейно-бытовых отношений.

Если имеется информация по уголовным преступлениям, связанным с трафиком людей и эти данные уже кем-нибудь систематизируются, то следует об этом также указывать.

Ответственному лицу предлагается предварительно изучать проблемы реализации гендерной политики по названным выше направлениям и совместно с координатором учебных программ в обязательном порядке **до конца первого полугодия 2010 года** провести семинары для судей местных

судов по вопросам изучения и применения в судебной практике международных договоров (Конвенций, Соглашений), ратифицированных Казахстаном, касающихся вопросов семьи, женщин, детей (в частности, Конвенции ООН 1979 года, Факультативного протокола к ней от 2000 года и др.).

Мы рассчитываем, по итогам нашей сессии получить дополнительные рекомендации по вопросам разработки иных инструментов измерения, анализов.

А.Н. Ерманов,
судья Кызылординского областного суда

О ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин О конвенции от 18 декабря 1979 года

Вопросы гендерного равенства особо актуальны и относятся к числу наиболее важных социальных проблем современности. Гендерная политика представляет собой государственную и общественную деятельность.

В декларации тысячелетия ООН (2000), которую подписало большинство стран мира, поощрение равенства мужчин и женщин, расширение прав и возможностей женщин определены в качестве основных целей развития человечества в третьем тысячелетии.

О приверженности принципу равенства мужчин и женщин перед законом ООН впервые заявила в своем главном документе – во Всеобщей декларации прав человека – «Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах».

С образованием международного сообщества – Организации Объединенных Наций в области прав женщин был принят не один международный документ.

Особое внимание ООН к вопросу равноправия между мужчинами и женщинами нашло свое логическое отражение в принятии более 100 документов, направленных на обеспечение гендерного равенства.

К числу важнейших международных документов в этом ряду следует отнести: Конвенцию о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами (1949), Конвенцию о политических правах женщин (1952), Конвенцию о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979), Факультативный Протокол к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1999) и т.д.

Особо следует выделить Конвенцию о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 18 декабря 1979 года и вступившая в силу 3 сентября 1981 года и которая четко определяет план национальных действий, направленных на достижение гендерного равенства, а также явления, выступающие по отношению к женщинам дискриминирующими.

Данный документ часто называют международным биллем о правах женщин, поскольку в отличие от других деклараций она определяет обладающие законной силой принципы и стандарты реализации прав женщин.

Конвенция является тем основополагающим документом, в котором четко очерчен круг гендерных проблем, от успешного решения которых зависит достижение фактического равенства женщины с мужчиной, реальное использование ею своих законных прав.

Комплекс проблем очерченных данной Конвенцией, отличается своей многогранностью. В ней не только определяется актуальность проблемы искоренения дискриминации, проявляющейся в самых разнообразных формах.

Одновременно речь идет о повышении статуса женщины как равноправного носителя прав человека, ее материнских, политических, социально-экономических и культурных правах, ее равной с мужчиной правоспособности.

Общесоциальная значимость отмеченных проблем обязывает государства как членов ООН внедрять каждое положение «Женской» Конвенции в свое национальное законодательство.

Однако практика соблюдения конвенциональных положений не всегда оказывается на должном уровне, о чем свидетельствуют периодические национальные доклады, представляемые в Комитет ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин. Получая ответы, названный Комитет в своих заключительных замечаниях по конкретным отчетам обращает внимание соответствующего государства на положения, вызывающие его обеспокоенность относительно недостаточности мер, направленных на преодоление дискриминации в отношении женщин.

Особое значение на международном уровне придается укреплению законодательной основы гендерного равенства на основе международных стандартов, проведению гендерно ориентированной политики, способствующей достижению фактического равенства женщины с мужчиной. В свете таких требований возрастает практическая значимость гендерной экспертизы в совершенствовании и укреплении демократической направленности законов, служащих правовой основой искоренения всех форм и видов дискриминации женских прав и свобод.

Диапазон гендерных проблем, охватываемых «Женской» Конвенцией настолько широк, что она, по существу, представляет обширную программу конкретных мер, направленных на достижение таких стратегических целей как осознание социальной значимости гендерной проблемы, необходимости решения ее совместными усилиями государства и общества.

Данная конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин является, таким образом, ключевым документом, на который должны ориентироваться государства, включая Казахстан, при определении гендерной политики в своих странах в целях достижения реального равенства женщин и всестороннего их развития.

Согласно статьи 2 Конвенции, Государства-участники осуждают дискриминацию в отношении женщин во всех ее формах, соглашаются

безотлагательно всеми соответствующими способами проводить политику ликвидации дискриминации в отношении женщин и с этой целью обязуются:

а) включить принцип равноправия мужчин и женщин в свои национальные конституции или другое соответствующее законодательство, если это еще не было сделано, и обеспечить с помощью закона и других соответствующих средств практическое осуществление этого принципа;

б) принимать соответствующие законодательные и другие меры, включая санкции, там, где это необходимо, запрещающие всякую дискриминацию в отношении женщин;

в) установить юридическую защиту прав женщин на равной основе с мужчинами и обеспечить с помощью компетентных национальных судов и других государственных учреждений эффективную защиту женщин против любого акта дискриминации;

г) воздерживаться от совершения каких-либо дискриминационных актов или действий в отношении женщин и гарантировать, что государственные органы и учреждения будут действовать в соответствии с этим обязательством;

д) принимать все соответствующие меры для ликвидации дискриминации в отношении женщин со стороны какого-либо лица, организации или предприятия;

е) принимать все соответствующие меры, включая законодательные, для изменения или отмены действующих законов, постановлений, обычаев и практики, которые представляют собой дискриминацию в отношении женщин;

ж) отменить все положения своего уголовного законодательства, которые представляют собой дискриминацию в отношении женщин.

Также в соответствии со статьей 16 Конвенции:

1. Государства-участники принимают все соответствующие меры для ликвидации дискриминации в отношении женщин во всех вопросах, касающихся брака и семейных отношений, и, в частности, обеспечивают на основе равенства мужчин и женщин:

а) одинаковые права на вступление в брак;

б) одинаковые права на свободный выбор супруга и на вступление в брак только со своего свободного и полного согласия;

в) одинаковые права и обязанности в период брака и при его расторжении;

г) одинаковые права и обязанности мужчин и женщин как родителей, независимо от их семейного положения, в вопросах, касающихся их детей; во всех случаях интересы детей являются преобладающими;

д) одинаковые права свободно и ответственно решать вопрос о числе детей и промежутках между их рождениями и иметь доступ к информации, образованию, а также средствам, которые позволяют им осуществлять это право;

е) одинаковые права и обязанности быть опекунами, попечителями, доверителями и усыновителями детей или осуществлять аналогичные функции, когда они предусмотрены национальным законодательством; во всех случаях интересы детей являются преобладающими;

ж) равные личные права мужа и жены, в том числе право выбора фамилии, профессии и занятия;

3) равные права супругов в отношении владения, приобретения, управления, пользования и распоряжения имуществом как бесплатно, так и за плату.

2. Обручение и брак ребенка не имеют юридической силы, и принимаются все необходимые меры, включая законодательные, с целью определения минимального брачного возраста и обязательной регистрации браков в актах гражданского состояния.

Республика Казахстан присоединилась к настоящей Конвенции в соответствии с Законом РК от 29.06.98 г. N 248-1, ратифицирован также Факультативный протокол к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (Нью-Йорк, 6 сентября 2000 г.).

Конвенция, тексты которой на английском, арабском, испанском, китайском, русском и французском языках являются равно аутентичными, сдается на хранение Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций.

Открыта для подписания, ратификации и присоединения 1 марта 1980 г. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 34/180 от 18 декабря 1979 г. Вступила в силу 3 сентября 1981 г. По состоянию на 1 января 1989 г. 95 участников. СССР подписал 17 июля 1980 г. Ратифицирована Президиумом Верховного Совета СССР 19 декабря 1980 г. с оговоркой. Ратификационная грамота СССР депонирована Генеральному секретарю ООН 23 января 1981 г. Вступила в силу для СССР 3 сентября 1981 г.

Указом Президиума Верховного Совета СССР от 10 февраля 1989 г. Советский Союз признает юрисдикцию Международного Суда ООН.

К.Ж. Жаппасова,
судья Енбекшинского районного суда г. Шымкента

Вопросы гендерного равенства при рассмотрении гражданских дел

Тема моего доклада связана с вопросами гендерного равенства при рассмотрении гражданских дел.

Обычно мы часто говорим и слышим о гендерном равенстве в политике, в социальной сфере, в сфере экономики.

Включение данной темы в программу конференции показывает актуальность проблемы и о гендерном равенстве в судопроизводстве, в том числе в гражданском судопроизводстве.

Для начала, что мы понимаем под словом гендер.

Слово «гендер» происходит от латинского слова «genus» - «род», означает социальный пол, определяющий поведение человека в обществе и то, как это поведение воспринимается.

Словоупотребление грамматической категории «гендер» подразумевает то, что видимые различия личностных и поведенческих характеристик мужчин и женщин, не связаны напрямую с действием биологических факторов, а определяются спецификой социального взаимодействия.

Понятие слова «гендер» в Законе Республики Казахстан «О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей мужчин и женщин» обозначено следующим образом - это социальный аспект отношений между мужчинами и женщинами, который проявляется во всех сферах жизни. Гендерное равенство – правовой статус, обеспечивающий мужчинам и женщинам равные права и равные возможности и реальный доступ к участию в политической, экономической, социальной, общественной и культурной сферах жизни.

Проще говоря, гендерное равноправие – это равноправие мужчин и женщин перед законом. Гендерное равноправие является одним из путей достижения гендерного равенства и требует создания правовых механизмов обеспечения гендерного равенства в конкретных ситуациях и правовой ответственности за его нарушение.

Со стороны государства в этом направлении проводится определенная работа.

В Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 года заложена норма о равенстве полов во всех сферах деятельности человека.

В 1998 году Казахстан присоединился к Конвенции ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, приняв тем самым обязательства по обеспечению и реализации необходимых мер по выполнению положений международного документа.

Главным положением государственной гендерной политики является формирование современного общества, в котором и мужчины, и женщины имеют равные права, возможности и обязанности.

Государственная гендерная политика реализуется в соответствии со Стратегией гендерного равенства в Республике Казахстан на 2006-2016 годы. Постановлением Правительства от 15 января 2009 года №7 утвержден план мероприятий на 2009-2011 годы по реализации этой стратегии, включивший ряд вопросов по совершенствованию законодательства, направленного на защиту трудовых, жилищных и иных прав женщин, профилактику бытового насилия в отношении женщин, в сфере семейно-брачных отношений.

Результатом указанных мероприятий являются подписанные Главой государства 08 декабря 2009 года Законы «О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей мужчин и женщин», «О профилактике бытового насилия», направленные на обеспечение государственных гарантий равных прав и равных возможностей мужчин и женщин, на предупреждение и пресечение насилия в отношении женщин, установившие основные принципы равноправия полов во всех сферах государственной и общественной жизни, обязывающие все органы и организации обеспечить соблюдение равных прав и равных возможностей мужчин и женщин в соответствии с законами Республики Казахстан.

Необходимо отметить, что Казахстан активно участвует в реализации международных соглашений по проблемам семьи, женщин и детей. Принимаются меры для обеспечения женщины свободой выбора в любой сфере деятельности, будь это наука, искусство, промышленность или политика, для достижения гендерного равенства в экономике, развития предпринимательства

среди женщин, равного доступа к процессу государственных закупок, кредитам малого и среднего бизнеса. За годы независимости Казахстана возросла и гражданская активность женщин, их социальная роль в жизни общества.

Вопрос гендерного равноправия является одним из актуальных вопросов и в гражданском судопроизводстве, хотя в самом гражданском, гражданско-процессуальном законодательстве отсутствует само понятие гендер.

Задачами гражданского судопроизводства являются защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и охраняемых законом интересов граждан, укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений.

Гендерное равноправие при рассмотрении гражданских дел обеспечивается посредством реализации принципов гражданского судопроизводства – точного соблюдения судами требований законов; недопущения решений и действий, унижающих честь или умаляющие достоинство лиц, участвующих в гражданском процессе; равенства всех перед законом и судом; состязательности и равноправия сторон; открытости, гласности и прозрачности разбирательства дел; обеспечения безопасности участников процесса.

Для суда вовлеченные в процесс граждане – это прежде всего стороны и другие участвующие в деле лица независимо их пола. Не ставится какая-либо грань в зависимости от пола сторон.

Задачей суда является установление истины по делу, обеспечение в этих целях полноты, объективности и всесторонности исследования обстоятельств дела, принятие решения в соответствии с законом и внутренним убеждением.

Целью гендерного равенства при рассмотрении гражданских дел является предоставление женщинам, менее защищенному слабому полу, возможности защиты своих прав и интересов наравне с сильным полом – мужчинами.

По гражданско-процессуальному законодательству для достижения цели установление истины по делу участвующим в деле лицам, будь это женщина или мужчина, в равной степени предоставляются права и возможности по реализации их процессуальных прав и обязанностей, закрепленных ст.ст.47,49 ГПК Республики Казахстан, никому не отдается предпочтение по мотивам их пола. Вопрос в том, какова степень реализации сторонами предоставленных им прав и возможностей, в том числе по предоставлению доказательств, зависит ли это от пола сторон.

Практика показывает, что стороны, в том числе женщины не всегда понимают юридическую суть оспариваемых их прав, сделок в силу своей правовой неграмотности, не имеют возможности получить квалифицированную юридическую помощь до подачи исков в суд, а суд в силу своего процессуального положения не вправе давать какие-либо разъяснения, консультации в ходе рассмотрения спора, иначе это толкуется как проявление заинтересованности судьи в пользу одной стороны. В результате граждане неправильно определяют предмет и основания иска, не могут в полной мере реализовать свои процессуальные права, а в соответствии с действующим гражданско-процессуальным законодательством суд не вправе по своей инициативе выйти за пределы иска, в конечном итоге это приводит к отказу судом в иске,

затягиванию тем самым процесса восстановления нарушенных прав и законных интересов граждан. В определенной степени этого можно добиться путем оставления иска без движения, указания на них в определениях о подготовке дела к судебному разбирательству, т.е. до рассмотрения дела по существу. Ст.49 ГПК гласит, что суд с согласия истца может выйти за пределы иска. В таком случае суду в любом случае следует сначала разъяснить, либо довести до сведения истца о неправильности предмета и оснований предъявленного иска, затем спросить его согласие на изменение предмета и основания иска, получить от него соответствующее заявление. И как понимается это действие судьи другой стороной. Необходимо сказать, что в ГПК не определен механизм, способ получения согласия истца на выход судьи за пределы иска.

Следует указать, что на практике фактически бездействует закрепленное частью 2 статьи 18 ГПК Республики Казахстан право граждан на получение бесплатной юридической помощи, не в полной мере обеспечивается доступность к бесплатной юридической помощи, что объясняется также отсутствием заинтересованности со стороны адвокатов в оказании безвозмездных услуг, надлежащего разъяснения гражданам возможности получения такой помощи. Тем не менее бездействуют нормы, предоставляющие право председательствующему судье, в целях обеспечения безопасности участников процесса распорядиться о проведении личного досмотра и досмотра приносимых вещей лиц, желающих присутствовать при разбирательстве дела. Эти действия, как правило, воспринимается как нарушение неприкосновенности гражданина.

Вопросы гендерного равноправия обычно вытекают из самой сути рассматриваемого судом гражданско-правового спора, чаще всего возникает по спорам, вытекающим из трудовых, семейно-брачных правоотношений.

Чаще это обращения в суд с иском в связи с необоснованным отказом в приеме на работу по мотивам беременности женщин либо наличия малолетних детей, нарушения прав женщин при расторжении трудовых договоров.

Такие дела суды разрешают строго руководствуясь нормами Трудового Кодекса, направленными на защиту женщин, - ст.25 о гарантиях равенства прав и возможностей при заключении трудового договора, главы 17, определяющей особенности регулирования труда женщин и иных лиц с семейными обязанностями. Но, не всегда удается доказать, что работодатель отказал в принятии женщины на работу именно по мотивам беременности либо наличия маленьких детей. Ведь работодатель никогда напрямую и официально не указывает на такие причины. В большинстве случаев, предлагается предоставить резюме, затем сообщают, что она не подходит им, хотя истинной причиной отказа являются другие обстоятельства.

Необходимо отметить, что новым Трудовым Кодексом устранено неравенство между мужчиной и женщиной, имеющих несовершеннолетних детей до 3-х и 14-лет.

Так, введены нормы, предоставляющие отпуск без сохранения заработной платы и мужчинам, занятым уходом за ребенком; установлены ограничения при расторжении трудового договора с мужчинами, воспитывающими детей до 14-лет без матери.

Однако, эти нормы закона фактически бездействуют. Редко, когда мужчины воспользуются этим преимуществом и фактически нет споров, связанных с нарушением прав мужчин, закрепленных Трудовым Кодексом. Скорее всего, наши мужчины и работодатели еще не знают об этих нормах закона, хотя кодекс действует уже 3 года.

При рассмотрении дел, связанных с семейно-брачными отношениями, суды руководствуются принципами равенства полов в семейных отношениях, защиты материнства, детства и отцовства, равного разделения ответственности мужчин и женщин за воспитание детей, нормами ст.29 Закона «О браке и семье» о равенстве супругов в семье.

Практика показывает, что если чаще всего инициаторами расторжения брака, взыскания алиментов, установления отцовства, лишения родительских прав выступают женщины, и причины кроются в неуважительном отношении мужчины к супруге, применении психического и физического насилия, уклонении его от выполнения обязанностей по содержанию супруги и детей, то инициаторами исков об определении места проживания, определения порядка общения с детьми выступают мужчины, что связано с созданием со стороны женщин разных препятствий (известно, что в большинстве случаев детей оставляют с матерью, чем они злоупотребляют).

По действующему Закону «О браке и семье» состоящие в гражданском браке женщине, несмотря на признание их ребенка отцом, остаются ущемленными по сравнению с такими женщинами, состоящими в зарегистрированном браке.

Например, согласно ст.133 Закона «О браке и семье» право на получение алиментов на свое содержание до достижения ребенку трех лет имеют только жены, состоящие в зарегистрированном браке, женщины, состоящие в гражданском браке, несмотря на признание их ребенка отцом, такой возможности лишены. Следует сказать, что в Законе вообще отсутствует понятие гражданский брак.

Вопросы гендерного равноправия проявляются и в спорах, связанных с имущественными правами и обязанностями супругов.

При разрешении таких споров суды исходят из положений Закона о праве на общее имущество и супруги, осуществившей в период брака ведение домашнего хозяйства, уход за детьми или не имевшей самостоятельного дохода по другим уважительным причинам. Сложнее дело обстоит, когда имущество, в особенности приобретенное во время брака недвижимое имущество, оформляется дарением, либо на родителей одного из супругов, как правило, мужа, или по доверенности (например, автомашины) либо когда недвижимость приобретена в гражданском браке. При рассмотрении таких дел суды руководствуются нормами гражданского законодательства.

К сожалению, фактически не действует введенная норма о брачном договоре.

Определенную сложность представляют споры, вытекающие из семейно-брачных обычаев, на которые докладчик Бекназаров тоже остановился.

Так, по обычаю невесте родители выдают приданое, приданое родители готовят с рождения девочки до замужества, это обычно вещи бытового назначения и домашнего обихода, необходимые для замужней женщины. В наше время, приданое не собирают, а просто покупают перед замужеством или свадьбой (мебель, ковры и т.п.). Оно, как правило, считается имуществом, полученным женщиной в дар и ее собственностью, исходя из норм ст.34 Закона «О браке и семье». Руководствуясь этой нормой, суды обычно удовлетворяют иски женщин об истребовании такого имущества, вместе с тем, в таких спорах иногда трудно доказуемо наличие, количество имущества, переданного в качестве приданого (имущество остается у стороны мужа, чем она может воспользоваться и утаить, имущество не передается по акту, зачастую отсутствуют документы, подтверждающие их приобретение).

Также по обычаю жених или его родители платят калым (выкуп) за невесту, преподносят дорогие подарки ее родителям и близким, на что уходят немалые денежные средства. При рассмотрении таких споров переданные в качестве таковых деньги и вещи считаются подарками родителям невесты и не охватываются нормами законного режима имущества супругов. Как правило, в таких случаях суды, руководствуясь нормами гражданского законодательства, отказывают в иске мужа, что вызывает недоумение и недовольство с их стороны.

Получается, что в отношениях, вытекающих из семейно-брачных обычаев, мужчины остаются ущемленными по сравнению с женщинами.

В связи с этим, необходимо разъяснение того, можно ли считать все, что дарит сторона невесты на свадьбе или перед свадьбой, приданым, считать их только подарком для невесты или также и жениху.

При рассмотрении споров об установлении отцовства, истцами всегда выступают женщины, что связано с отказом или уклонением ответчика от признания себя отцом ребенка. Не всегда женщинам удается доказать отцовство ответчика. Несмотря на то, что заключение экспертизы не имеет преимуществ перед другими доказательствами, суды обычно отдают предпочтение судебно-молекулярной экспертизе, определяющей на 99,99 процентов биологическое отцовство. К сожалению, из-за того, что такая экспертиза стоит дорого, и проводятся не во всех лабораториях Центра экспертизы, ответчики, отрицая факт отцовства, не предъявляют требования о назначении такой экспертизы, женщины, не имея возможности оплатить экспертизу, и полагая, что дело без экспертизы проигрышное, зачастую отказываются от иска либо просят их оставить без рассмотрения. В данном случае, исходя из интересов матери и ребенка, суду и нужно применить нормы ГПК о назначении экспертизы по собственной инициативе. С первого дня семинара мы обсуждаем вопрос о возможности и необходимости назначения экспертизы, вопросы оплаты экспертизы в таких случаях. В связи с этим, в дополнение к сказанным, хочу сказать, что вопрос финансирования экспертизы по гражданским делам четко определен в ст.22 Закона «О судебной экспертизы» (при наличии оснований, указанных в ГПК, подтвержденных мотивированным определением суда, экспертиза проводится за счет государства).

Указанные выше примеры показывают, что существует немало проблем в обеспечении гендерного равенства и равноправия в гражданском судопроизводстве, разрешение которых требует совершенствования законодательства.

Г.Ш. Мырзахметова,
представитель гендерной комиссии Южно-Казахстанского областного акимата

Уважаемые участники семинара!

Общеизвестно, что об уровне цивилизованности государства судят по его отношению к женщине, детям, пожилым людям. В нашей стране, благодаря ответственной политике Главы государства Нурсултана Абишевича Назарбаева, делается все необходимое для того, чтобы женщины смогли занять достойное место в жизни общества.

В последнее время женское движение в Казахстане стало реальной силой. Увеличивается количество женских организаций, растет их влияние на политическую и общественную жизнь страны. И это вполне естественно: наша страна на пути к обществу равных прав и возможностей, в том числе равных прав и возможностей женщин и мужчин. И хотя считается, что у нас запрещена какая-либо дискриминация - запрещена она только формально.

В сознании общества, в том самом менталитете, на который мы обычно списываем свои недостатки, глубоко укоренилось убеждение, что женщины - «слабый пол».

В первую очередь это сложившиеся веками традиционные стереотипы и, как следствие - дискриминация женщин практически во всех сферах жизни: экономической, социальной, политической, трудовой, бытовой.

Экономическая дискриминация женщин наиболее заметно проявляется в профессиональной сегрегации. Женщины, как правило, с трудом допускаются к высокооплачиваемым сферам труда, а сложившиеся в обществе отрасли женской занятости и «женские профессии» - самые низкооплачиваемые, хотя по сложности работы, требуемой квалификации и необходимости для общества работа учителя или врача просто несравнима со многими более высокооплачиваемыми «мужскими» профессиями.

Социальная дискриминация женщин связана с её репродуктивной функцией. Рождение и воспитание детей болезненно сказывается на карьере и доходах. Такая ситуация искусственно поддерживается общественной мифологией. Идейная нагрузка таких стереотипов, как «хранительница домашнего очага», «природное предназначение женщины», «слабый пол» сводится к примитивному стремлению удерживать «прекрасную половину» на ступеньку ниже. Это не мешает мужчинам считать детей равно и своими детьми, а государству - своими гражданами. При этом и государство и мужчины одинаково отстраняются от большинства тягот, связанных с их воспитанием.

В трудовых организациях имеет место негативное отношение работодателей к женщинам, решившим стать матерями. Семейная нагрузка женщин рассматривается работодателями как препятствие в трудовой деятельности, причина их низкой инициативности. Поскольку женщины выполняют важную для общества материнскую функцию, необходимы специальные меры защиты их интересов в области социально-трудовых отношений.

Основным институциональным механизмом по защите прав женщин в Республике Казахстан является Национальная комиссия по делам женщин и семейно-демографической политике при Президенте Республики Казахстан.

Комиссия по делам женщин и семейно-демографической политике при акиме Южно-Казахстанской области ведет отчет своей деятельности с 1999 года. В составе комиссии 29 человек, куда входят представители государственных, правоохранительных органов, НПО и СМИ, а также бизнес структур. Во всех городах и районах области организованы региональные комиссии при акимах.

Основная задача комиссии - участие в разработке и реализации региональных программ в контексте Стратегии развития Казахстана до 2030 года, Стратегии гендерного равенства в Республике Казахстан, международных договоров по вопросам семьи и гендерного равенства, участником которых является Республика Казахстан.

Если говорить о конкретных целях, то в Стратегии гендерного равенства поставлена задача добиться 30-процентного представительства женщин на уровне принятия решений. И здесь свидетельством дальнейшей демократизации казахстанского общества является подписание Главой государства Закона «О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей мужчин и женщин».

Сегодня можно с уверенностью говорить о том, что комиссия стала реальным инструментом продвижения идеи гендерного равенства и ее практической реализации в государственной политике.

Совместно с государственными органами, неправительственными организациями и средствами массовой информации реализуется План мероприятий ЮКО по реализации Стратегии гендерного равенства на 2009-2011 годы. С этой целью проведена большая разъяснительная и организационная работа по политическому и экономическому продвижению женщин, улучшению репродуктивного здоровья, по защите прав и законных интересов женщин, укреплению института семьи и пропаганде семейных ценностей.

Важным направлением стало обеспечение гендерного равенства в общественно-политической жизни.

В целях достижения паритетного представительства женщин в принятии решений, комиссия целенаправленно занималась работой по продвижению женщин в органы представительной и исполнительной власти. В 2004 году по инициативе комиссии была создана постоянно действующая школа политического лидерства женщин, финансируемая из областного бюджета. В 2009 году в целях реализации поручений Главы государства, данных на

пятом Форуме женщин Казахстана, создан кадровый резерв из числа молодых, активных и успешных женщин.

Нужно отметить, что представленность женщин в представительных органах власти оставляет желать лучшего. Так, например, по данным статистики депутатом областного маслихата является одна единственная женщина, в районах и городах области - 15 женщин депутатов, среди руководителей департаментов и управлений области - 5 женщин. Возможно, такой низкий процент вызван высокой конкуренцией на рынке рабочих мест среди мужчин, возможно, сыграл свою роль и южный менталитет. Темне менее, можно с уверенностью сказать, что уровень политической, гражданской активности женщин за последние несколько лет значительно вырос.

Свидетельство тому - результаты мониторинга гендерного равенства, проводимого комиссией на территории области с 2003 года. Если всего 4 года тому назад женщины ставили на первое место семью, то последние результаты свидетельствуют о том, что вырос процент женщин, отметивших в числе важных составных своей жизни - карьерный рост.

Большую работу по формированию лидерских качеств среди мододых проводят ЮКФ Ассоциации деловых женщин Казахстана, ПЦЖИ «Сана сезим», ОО «Интеллект», Центр поддержки инициатив, женский ресурсный центр и другие, отрадно отметить, что к работе подключились и сельские НПО. В этом направлении нужно отметить ощутимый вклад Ассоциации «Гражданский Альянс ЮКО», которая открыла сельские ресурсные центры в каждом районе области.

Следующим направлением деятельности является достижение гендерного равенства в экономике.

Меры по экономическому продвижению женщин способствуют дальнейшему развитию женского предпринимательства, повышению их конкурентоспособности на рынке труда. Сегодня в Южно-Казахстанской области зарегистрировано порядка 150 тысяч субъектов малого и среднего бизнеса. Более 30 процентов экономически активного населения области занято в сфере предпринимательства. 40 процентов руководителей действующих предприятий МСБ - женщины, 57 процентов работающих в бизнесе также составляют женщины.

По инициативе комиссии при финансовой поддержке областной торгово-промышленной палаты в 2009 году создана школа экономического продвижения женщин, целью которой является выезды в города и районы области с целью обучения навыкам предпринимательской деятельности, ознакомление с законодательством и внесенными изменениями в сфере предпринимательской деятельности, правильное написание проектов, проведение психологических тренингов как среди начинающих женщин-предпринимателей, так и уже состоявшихся.

Ежегодные Форумы женщин-предпринимателей стали также традиционными, в 2009 году выпущен каталог о деловых женщинах области.

Одним из приоритетных направлений работы является активное содействие увеличению численности неправительственных организаций

занимающихся решением проблем женщин и детей. Ярким показателем результатов этой работы является функционирование в области более 40 женских НПО. Женские организации работают по самым разным направлениям. В сферу их интересов входит борьба с насилием против женщин, гендерное просвещение, гендерные исследования, экспертиза законодательства и многое другое. Но цель у всех женских НПО одна-достижение равенства между женщинами и мужчинами, причем равенство между полами не означает, что все должны быть одинаковыми. Подлинное равенство должно не приспосабливать законы и нормы к интересам какого-то одного пола, а учитывать различия, присущие мужчинам и женщинам.

В сотрудничестве с НПО, госорганами проводится большая разъяснительная и организационная работа по укреплению института семьи в нашем обществе, достижению гендерного равенства в семейных отношениях.

С 2003 года в области проводятся широкомасштабные мероприятия, такие, как конкурсы семейных пар, фестивали семьи. Наша область стала инициатором проведения фестиваля семьи «Шанырак шаттығы», который сегодня проводится в масштабе республики.

Впервые на республиканском уровне совместно с Администрацией Президента РК проведены общественные слушания на тему «Совершенствование брака и семьи в условиях социально-экономической модернизации и демократизации общества».

В то же время существует ряд проблем, требующих консолидации действий всех институтов власти, общественных организаций и СМИ. Вместе с ростом количества заключенных браков (в 2009 году - 21068, в 2008 году - 19863), растет и **количество зарегистрированных расторжений брака** (в 2009 году - 2625, в 2008 году - 2263).

Индекс здоровья южноказахстанских женщин на порядок ниже, чем республиканский (20% - в ЮКО, 30% - в РК), уровень материнской смертности в 2009 году составил 37,1 (2008г - 31,8) на 100 тысяч живорожденных. По прежнему высок уровень заболеваемости анемией среди женщин - 58,1% (2008 - 52,1%).

Главой государства в прошлом году был подписан Закон «О профилактике бытового насилия», который позволяет квалифицировать его в уголовном, административном и гражданском законодательстве, а главное -вводятся меры, предусматривающие повторное совершение насилия в семье. В 2009 году зарегистрировано 7693 (на 1.04.10г - 1891,) **преступлений, совершенных против женщин** (в 2008 году - 7606). Невозможно назвать точную цифру людей, подвергающихся бытовому насилию, так как не все обращаются в специальные органы. Также не секрет, что в большинстве случаев женщины сами отказываются от возбуждения уголовного дела, так как большинство преступлений совершаются на почве бытовых, семейных конфликтов.

Благодаря усилиям работы комиссии удалось «привить» обществу демократические ценности равноправия мужчин и женщин, постепенно внедрить в жизнь гендерные стандарты. С каждым годом увеличивается количество женщин, представленных в органах госуправления. Неуклонно

повышается в обществе роль и место женских НПО в сфере защиты женщин и детей от насилия. Комиссия стала прочным связующим звеном между государственными органами и НПО, вся ее работа направлена на проведение комплексной политики в отношении семьи, женщин и детей.

В завершение хотелось бы сказать о том, что продвижение принципов гендерного равенства на основе международных норм позволит Казахстану решить ряд задач, стоящих перед ним в контексте председательства, и послужит созданию дальнейших условий для развития сбалансированной гендерной политики с использованием опыта европейских традиций, так как Гендерная политика выделена отдельным приоритетом в рамках казахстанской повестки председательства в ОБСЕ.

А.С.Елибаева,
преподаватель Южно-Казахстанского государственного университета

Гендерное образование и правовое просвещение

В настоящее время во всем мире исторически сложившееся доминирование мужчин над женщинами претерпевает изменения. В промышленно развитых и социально ориентированных странах женщины практически достигли равенства с мужчинами своих прав и возможностей.

Сегодня в сфере образования республики происходят глубокие изменения, создаются благоприятные условия для эффективного развития национальной модели системы образования, обеспечивающей широкий доступ населения к качественному образованию на всех уровнях и ступенях образования.

В соответствии с поручением Главы государства разработана Государственная программа развития образования в Республике Казахстан до 2010 года, определяющая образование в качестве общенационального приоритета.

Статьей 3 Закона предусмотрено, что одним из основных принципов государственной политики в области образования являются равенство прав всех граждан Республики Казахстан на образование и доступность образования всех уровней для населения с учетом интеллектуального развития, психофизиологических и индивидуальных особенностей каждого гражданина. Девочки и мальчики (девушки, юноши) имеют одинаковое право изучать одинаковые предметы. В системе образования Республики Казахстан все учебные программы, учебники, учебные материалы по отношению ко всем учащимся одинаковы по содержанию.

В Республике Казахстан реализуются образовательные программы, которые подразделяются на общеобразовательные (основные и дополнительные) и профессиональные (основные и дополнительные).

Основные общеобразовательные программы разрабатываются на основе соответствующих государственных общеобязательных стандартов образования и предназначены для всех обучающихся, независимо от пола.

Государство устанавливает общеобязательные стандарты образования. Деятельность любых учебных заведений должна соответствовать этим стандартам (п.4. ст. 30 Конституции РК).

Согласно официальной статистике (Агентство по статистике РК) в Казахстане охват девочек начальным образованием является практически всеобъемлющим. На начало 2005—2006 учебного года из числа обучающихся в 1—4 классах 48,9% составляли девочки, 51% — мальчики; в 5—9 классах 49,05% учащихся — девочки; в 10—11 (12) классах — 52,5% девочки и 48% мальчики (сноска).

Концепция соблюдения гендерного равенства прослеживается на всех уровнях образования.

Во всех высших учебных заведениях республики девушки пользуются равными с юношами возможностями на получение высшего образования, стипендий и иных, установленных законодательством, льгот и пособий.

Формирование студенческого контингента вузов осуществляется через комплексное тестирование, обеспечивающее равные возможности для получения высшего образования.

В учебные планы организаций образования республики введен обязательный предмет “Этика и психология семейной жизни”. Одновременно ведется работа по возрождению этнопедагогике. Прогрессивные идеи, богатейшие традиции и опыт воспитания реализуются как в процессе преподавания учебных дисциплин, так и в процессе воспитания детей и подростков.

В соответствии с приказом министра образования и науки РК от 21 марта 2002 года № 204 в учебно-воспитательный процесс общеобразовательных школ и дошкольных организаций республики с 1 сентября 2002 года введен курс “Самопознание”.

Определенное количество часов отводится гендерной проблеме в процессе преподавания учебных дисциплин социально-гуманитарного цикла в учебных заведениях среднего профессионального образования. В частности, в процессе изучения раздела “Социальная культура” курса “Культурология” раскрываются проблемы происхождения семьи, роль женщины в семье, влияние религии на формирование семейно-брачных отношений.

В этой связи предусмотрена разработка методик по гендерному образованию для педагогов, организация курсов повышения квалификации по гендерному образованию, круглых столов, тренингов, разработку учебной программы для детей и молодежи по ненасильственному поведению и т.д. В частности, научно-исследовательским институтом социальных и гендерных исследований ведется разработка учебно-методического комплекса (УМК) для 5-11 классов общеобразовательной школы, который включает образовательную программу “Грамматика гендера” для учащихся 5—8 классов, “Основы гендерных знаний” для учащихся 9—11 классов, учебное пособие для школьников, методические рекомендации для учителей.

Использование УМК в учебном процессе обеспечит преодоление в сознании школьников гендерных стереотипов и конструирование современных

моделей гендерного самосознания, ориентированного на гендерный баланс, на идеологию равных прав и возможностей.

Гендерное образование и правовое просвещение ускорит развитие культуры отношений между мужчинами и женщинами на основе равноправия, толерантности, уважения прав человека на самореализацию и индивидуальную неповторимость.

Рекомендации регионального семинара «Доказательства и доказывание в гражданском процессе. Методика разбора гражданских дел»

Участники регионального семинара обсудив актуальные вопросы применения норм материального и процессуального права выработали следующие рекомендации.

1. Внести изменения в статью 64 Гражданского процессуального кодекса Республики (далее-ГПК) и изложить понятие «доказательство в гражданском процессе» аналогично статье 55 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации: «Доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения внести изменения в статью 59 ГПК Республики Казахстан и исключить подпункт 7), согласно которому другие лица, не имеющие соответствующую подготовку, участвуют в процессах в качестве представителей сторон. Полагаем, что отсутствие юридической квалификации и аккредитации представителей сторон влечет некачественное представление интересов последней и необоснованное затягивание процесса;

1) внести изменение в статью 92 ГПК Республики Казахстан и исключить после слов «обжаловать решения и действия» слова «суда и иных», т.е. исключить предоставленное законом право эксперта обжаловать решение и действия суда;

2) часть 1 статьи 75 ГПК Республики Казахстан изложить в следующей редакции: «Заявление (ходатайство) об обеспечении доказательств подается в суд по месту рассмотрения гражданского дела. Совершения процессуальных действий по обеспечению доказательств в другом городе или районе осуществляется путем дачи судебных поручений»;

3) исключить из текста части 3 статьи 71 ГПК Республики Казахстан после слов «данном лицом» и запятой фразу «а также в отношении других установленных приговором обстоятельств и их правовой оценке». То есть, учитывать при рассмотрении гражданского дела преюдициальность только самого факта совершения преступления и виновность лица, его совершившего, а остальные обстоятельства, установленные приговором, оценивать на общих основаниях, предусмотренных ГПК Республики Казахстан;

4) разработать механизм реализации части 8 статьи 108 ГПК Республики Казахстан, определяющей оплату услуг экспертов и специалистов, при назначении экспертизы по инициативе суда, когда оплата производится из республиканского бюджета;

7) принять административный кодекс;

8) принять административно-процессуальный кодекс;

9) внести изменения и дополнения в некоторые нормативные правовые акты Республики Казахстан по вопросам рассмотрения дел, по главам 25-29

ГПК Республики Казахстан, отнести дела указанной категории к подсудности специализированных административных судов;

10) внести изменения и дополнения в ГПК Республики Казахстан по вопросам обжалования действий (бездействия) судебного исполнителя при исполнении решения (статья 240-5 ГПК Республики Казахстан). Полагаем, что является правильным рассмотрение данных дел в порядке главы 27 ГПК Республики Казахстан;

11) статью 240-4 ГПК Республики Казахстан дополнить частью «Порядок рассмотрения представления судебного исполнителя об объявлении розыска в отношении должника», в котором конкретизировать, по каким категориям взысканий необходимо объявлять розыск за счет республиканского бюджета;

12) внести изменения и дополнения в ГПК Республики Казахстан и увеличить срок рассмотрения дел особого искового производства с одного месяца до двух месяцев, поскольку в течение месячного срока не всегда заявитель может истребовать и получить необходимые документы (доказательства);

13) внести изменения и дополнения в ГПК Республики Казахстан и увеличить сроки подготовки и рассмотрения дел по трудовым спорам;

14) внести дополнения в пункт 4 статьи 150 ГПК Республики Казахстан, обязать истца указывать в исковом заявлении суть нарушения и угрозы нарушения прав, свобод или законных интересов со ссылкой на законы и иные нормативные правовые акты, поскольку такое требование содержится в статье 161-1 ГПК Республики Казахстан, касающейся отзыва ответчика на исковое заявление. Полагаем, что таким образом будет обеспечено равенство обеих сторон;

15) название статьи 65 ГПК Республики Казахстан изменить на «Бремя доказывания»;

16) исключить из части 3 статьи 91 ГПК Республики Казахстан положение о том, что суд вправе назначать экспертизу по своей инициативе. Полагаем, что суду достаточно разъяснять сторонам их право ходатайствовать перед судом о назначении экспертизы, а также предупреждать о последствиях отсутствия такого ходатайства.

17) устранить, имеющиеся противоречия в пунктах 1, 2 статьи 8 Закона Республики Казахстан «О браке и семье» «Применение срока исковой давности». Так, в пункте 1 указано: «Исковая давность не распространяется на требования, вытекающие из брачно-семейных отношений, за исключением случаев, когда срок для защиты нарушенного права установлен настоящим Законом». В пункте 2 – «При применении норм, устанавливающих исковую давность, суд руководствуется правилами статей 177, 179, 180, 182-185 ГК Республики Казахстан».

Такое противоречие в норме права приводит к неоднообразному толкованию норм, регулирующих исковую давность по брачно-семейным отношениям.

В одних случаях, руководствуясь пунктом 1, утверждают, что исковая давность не распространяется на споры, регламентированные брачно-семейным законодательством.

В других случаях – со ссылкой на пункт 2 – распространяется.

18) внести изменения в статью 22 Закона Республики Казахстан «О браке и семье» «Момент прекращения брака». Установить единый момент прекращения брака, расторгаемого в органах записи актов гражданского состояния и в суде – со дня регистрации расторжения брака в книге записи актов гражданского состояния. Определенный по действующему законодательству момент прекращения брака в зависимости от того, в каком органе расторгается брак: в органах записи органов гражданского состояния или в суде, - приводит к тому, что стороны не всегда пользуются добросовестно предоставленными законом правами. При этом не несут никакой ответственности. Иногда по небрежности работников аппарата суда, либо из-за перебоев в средствах связи копия вступившего в законную силу решения суда не поступает в органы ЗАГС.

19) продукт интеллектуальной деятельности является результатом творческой деятельности автора, согласно авторскому праву никто не имеет право претендовать на творение автора, поэтому следует исключить в пункте 2 статьи 32 Закона Республики Казахстан «О браке и семье» «Общая совместная собственность супругов» результаты интеллектуальной собственности. Включение в перечень совместного имущества результатов интеллектуальной деятельности противоречит Закону Республики Казахстан «Об авторском праве и смежных правах» и нормам патентного права.

Вариант. Сохранить прежнюю редакцию, в связи с тем что, в каждом конкретном случае необходимо исходить из исключительных и неисключительных прав авторов.

20) исключить из пункта 2 статьи 21 Закона Республики Казахстан «О браке и семье» подпункт 1), поскольку в силу пункт 2 статьи 65 данного Закона места жительства детей при раздельном проживании родителей устанавливается соглашением родителей;

21) внести изменения в статью 134 Закона Республики Казахстан «О браке и семье», после слова «средствами», добавить слова «женщина, у которой брак не зарегистрирован, но в отношении ее ребенка установлен факт отцовства вступившим в законную силу решением суда либо запись об отце произведена в органах ЗАГС на основании заявления мужчины»;

22) по делам, связанным с международным усыновлением следует увеличить срок общения кандидата в усыновители с ребенком. Необходимо наличие письменного заключения органа опеки и попечительства по месту нахождения усыновляемого ребенка, составленного с участием педагогов, психологов и психиатров по результатам общения с усыновителем;

23) создать законодательную базу в целях взыскания выплаченных из фондов сумм с должников в доход республиканского бюджета;

24) разработать сроки привлечения к дисциплинарной ответственности судьи, предусмотренные Конституционным Законом Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей», в соответствии с Правилами привлечения административных государственных служащих, утвержденных Указом Президента Республики Казахстан;

25) в части 1-3 статьи 30 ГПК Республики Казахстан «Подсудность гражданских дел специализированным судам» внести изменения и дополнения, отнести к подсудности специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних дела о взыскании алиментов на содержание несовершеннолетних;

26) в части 4 статьи 334 ГПК Республики Казахстан внести дополнения, после слова «судом» добавить слова «лицами, участвующими в деле, не присутствовавшим в судебном заседании, а остальными со дня оглашения». При сложившейся практике у суда зачастую не имеется достоверных данных, подтверждающих вручение копии решения, что затрудняет исчисление сроков подачи апелляционных жалоб, протестов; определения даты вступления решения в законную силу;

27) в части 4 статьи 344 ГПК Республики Казахстан внести изменения, после слов «обжалуемого определения» добавить слова «через суд, вынесший определение». Существующий порядок подачи частной жалобы, минуя районный суд, затрудняет определение даты вступления определения в законную силу, исполнение определения в случаях подачи частной жалобы. Кроме того, проблема, поднятая в частной жалобе, теряет свою актуальность к моменту фактического истребования дела с районного суда;

28) в статье 346 ГПК Республики Казахстан исключить в первом предложении фразу «а также в случае установления нарушений законности со стороны суда при рассмотрении дела» и второе предложение: «Суд апелляционной инстанции частным определением может также указать на грубые нарушения норм права и ошибки, допущенные судом первой инстанции, которые явились основанием к отмене решения». Полагаем, что существуют достаточно механизмы воздействия на судью, допустившего отмену: личная беседа у председателя районного суда, председателей коллегий и председателя областного суда, обсуждение на пленарном заседании областного суда, в том числе при подведении итогов отчетного периода, в дисциплинарной коллегии, в комиссии по судейской этике, по результатам проведения мониторинга и т.д. Кроме того, факт отмены или изменения судебного акта уже достаточен для судьи, чтобы сделать соответствующие выводы и принять меры к недопущению впредь подобных нарушений;

29) в Закон Республики Казахстан «О государственной службе», установив единый предельный возраст нахождения на государственной службе для женщин и мужчин;

30) в случае ухода в декретный отпуск судьи (женщины) нужно рассмотреть возможность замещения ее вакансии другим судьей на период декретного отпуска;

31) принять нормативное постановление «О применении законодательства о доказательствах и доказывании в гражданском процессе», в котором дать разъяснения о допустимости доказательств, полученных с использованием аудио-, видеотехники;

32) разъяснить судам, может ли быть оспорена в отдельном гражданском производстве законность актов оценки недвижимого имущества, бухгалтерских

и аудиторских актов и т.д., которые являются доказательством по рассматриваемому или уже рассмотренному гражданскому делу;

33) разъяснить судам, может ли быть достоверным и допустимым доказательством протокол судебного заседания по рассматриваемому или рассмотренному гражданскому делу, в которых истец, ответчик или свидетели признают определенные факты;

34) разъяснить, могут ли быть признаны достоверными и допустимыми доказательствами по гражданским делам сведения, переданные факсимильной связью;

35) дополнить нормативное постановление Верховного Суда «О практике применения некоторых норм гражданско-процессуального законодательства» пунктом следующего содержания: «При рассмотрении гражданских дел в судах первой инстанции необходимо разъяснять лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, предусмотренные статьей 47 ГПК Республики Казахстан, а также пункты 2 и 3 статьи 15 ГПК Республики Казахстан, согласно которым непредставление имеющихся у стороны доказательств расценивается как ее процессуальное упущение». Полагаем, что непредставления доказательств в суде первой инстанции в целях их возможного представления в вышестоящих судебных инстанциях противоречит требованию части 1 статьи 47 ГПК Республики Казахстан: «Лица, участвующие в деле, должны добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами»;

36) разъяснить судам апелляционной инстанции о необходимости правильного применения подпунктов 1) и 2) части 1 статьи 364 ГПК Республики Казахстан при проверки законности и обоснованности решений суда, вынесенных с учетом требований статьи 65 ГПК Республики Казахстан;

37) дать разъяснения основополагающим принципам гражданского судопроизводства и их соотношения с учетом значимости принципа состязательности сторон;

38) разъяснить, что бремя доказывания также возлагается и на третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования, поскольку они являются участниками гражданского процесса и имеют процессуальные права и обязанности стороны в силу статьи 52 ГПК Республики Казахстан;

39) разъяснить судам о доказательственной базе решения суда по делам, вытекающих из споров, связанных с национальными обычаями и традициями (в частности, по делам о возврате имущества, переданного ответчику в виде приданного, выкупа и т.д.). Можно ли по таким делам использовать свидетельские пояснения в качестве доказательств, если цена иска превышает 100-кратный месячный расчетный показатель? Насколько обоснованным и законным является применение норм статей 223 и 260 ГК Республики Казахстан, если законодательство не предусматривает понятий «приданое имущество» и «выкуп»? Как обосновать решение суда, если брак между ними еще не зарегистрирован и применение статьи 34 Закона Республики Казахстан «О браке и семье» и статьи 223 ГК Республики Казахстан невозможно? Если «приданое имущество» и ценные предметы, подаренные ответчиком истице в виде «выкупа» утеряны и вернуть их в натуре невозможно, возможно ли

компенсировать стоимость этих вещей? Как сформулировать предмет иска по делам, в которых истец должен просить возврат имущества или раздел имущества между супругами?

40) разъяснить судам понятие доказательств, например, о видах вещественных доказательств при рассмотрении гражданских дел о возмещении ущерба, нанесенного скотом, и о возврате скота. Можно ли в таких случаях в качестве вещественных доказательств использовать сам оспариваемый скот с учетом того, что у этого скота имеются особые отметины во внешнем виде (на них имеются особые «танба», «подковы» и т.д.).

41) разъяснить в нормативном постановлении о некоторых вопросах защиты избирательных прав граждан и общественных объединений, участвующих в выборах, референдумах. Разъяснение необходимо, в части сроков рассмотрения дел данной категории, поскольку в ГПК Республики Казахстан предусмотрен пятидневный срок, а в Законе Республики Казахстан «О выборах» по заявлениям, поступившим за пять дней до голосования, в день голосования и до объявления итогов выборов немедленно, предусмотрены различные сроки (3, 5, 7 и 10 дней). Должны ли эти сроки соблюдаться при рассмотрении этих дел в апелляционной, кассационной и надзорной инстанциях;

42) разрешить положительно вопрос введения института помощника судьи (референта суда);

43) рекомендуется внедрять в местных судах немецкую технику судебного разбирательства по гражданским делам, как прогрессивную методику подготовки дела к судебному разбирательству, поручив региональным учебным центрам, провести семинары по использованию данной методики;

44) включить в программу обучения магистрантов судебной магистратуры изучение немецкой техники судебного разбирательства;

45) внести изменения в нормативное постановление «О применении некоторых норм гражданского процессуального законодательства» №2 от 20.03.2003 года, дать разъяснения понятиям: «судебные доказательства в гражданском судопроизводстве» и «предмет доказывания». Практика показывает, что отсутствие толкования этих понятий приводит к принятию противоречивых решений;

46) в нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан №2 от 10.07.2008 года «О некоторых вопросах применения законодательства о товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» исключить пункт 9, поскольку положения данного пункта противоречит пункту 8 постановления: «Участник ТОО вправе продать или иным образом уступить свою долю третьим лицам»;

47) в соответствии с пунктом 2 нормативного постановления Верховного Суда №4 от 28.04.2000 года «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» дела данной категории назначаются к разбирательству в судебном заседании только после получения от органов опеки и попечительства, составленных во исполнение определений суда в установленном порядке актов обследования условий жизни ребенка

и лица (лиц), претендующих на его воспитание. Таким образом, указанное нормативное постановление возлагает на суд обязанность назначения обследования жилищно-бытовых условий и возможность рассмотрения только после получения заключения. Данное положение нормативного постановления не согласуется с положениями ст.15 ГПК Республики Казахстан, освобождающих суд от сбора доказательств. Предлагается внести изменения в соответствующий пункт указанного нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан и обязанность по предоставлению актов обследования возложить на стороны. Судебная практика свидетельствует о том, что настоящее время при обращении в суд с исками указанной категории стороны представляют в суд акты органов опеки и попечительства при подаче исковых заявлений (заявлений);

48) сформировать государственный фонд для оплаты из средств республиканского бюджета алиментов женщинам, не получающим их из-за уклонения от уплаты должниками;

49) обязать представительства консульских учреждений ежеквартально проверять состояние детей, усыновленных (удочеренных) иностранными гражданами, и представлять отчеты в органы опеки и попечительства о них.

**Материалы регионального семинара
«Судебная практика применения закона «О долевом участии
в жилищном строительстве. Доказательства и доказывание
в гражданском процессе»**

*г. Астана
11-13 октября 2010 года*

Приветственное слово председателя надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан Ташеновой Алмаз Дулатовны

Уважаемые участники семинара! Уважаемые коллеги!

Рада приветствовать Вас на мероприятии, посвященном таким актуальным вопросам.

Полагаю, немецкие коллеги поддержат меня во мнении, что настоящий форум является результатом нашего плодотворного сотрудничества. Пользуясь случаем, хочу еще раз поблагодарить Немецкое общество по техническому сотрудничеству – сегодня представленное в лице Йорга Пуделька – судьи административного суда г.Берлин, и Ханса-Йоахима Шрамма – профессора–ассистента Бременского университета, за их весомый вклад в реформирование судебной системы и повышение профессионализма казахстанских судей.

На сегодняшний день одним из актуальных вопросов является практика применения Закона «О долевом участии в жилищном строительстве». Именно этот закон установил государственное регулирование, контроль и надзор в области долевого строительства многоквартирных домов. Его принятие имело огромное значение в сфере стимулирования жилищного строительства.

Закон действует с 1 января 2007 года. Основные изменения в части ужесточения требований к застройщикам были внесены в 2009 году.

Несмотря на широкое применение Закона, практика обозначила некоторые проблемы его реализации.

Кризисные явления в экономике также наложили свой отпечаток. Следствием стали многочисленные злоупотребления со стороны застройщиков.

И одной из серьезных проблем в сфере строительства жилых домов стала проблема соблюдения прав граждан - участников долевого строительства.

Не менее интересной является тема доказательств и доказывания в гражданском процессе.

Задачами гражданского судопроизводства являются правильное и быстрое рассмотрение и разрешение дел, защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов как физических, так и юридических лиц во всех сферах деятельности, содействие укреплению законности и предупреждению различных правонарушений. Несмотря на то, что суд не имеет материально - правовой заинтересованности в исходе дела, его обязанность своевременно и качественно рассматривать дела свидетельствует об определенной процессуальной заинтересованности, которая выражается в правильности определения предмета доказывания, оценки доказательств и вынесении законного и обоснованного судебного постановления.

Вместе с тем в настоящее время продолжает оставаться дискуссионным вопрос о роли суда в гражданском судопроизводстве в доказывании. На него однозначно трудно ответить, так как среди ученых нет единого мнения по данному вопросу.

Я надеюсь, обсуждение названных вопросов, и поиск решений на этом международном семинаре будет иметь плодотворный результат.
Желаю всем успешной работы!

СЕССИЯ 1. СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНА «О ДОЛЕВОМ УЧАСТИИ В ЖИЛИЩНОМ СТРОИТЕЛЬСТВЕ»

Д.А.Тумабеков,
судья Верховного Суда Республики Казахстан

Закон Республики Казахстан «О долевом участии в жилищном строительстве» и его применение при исполнении своих обязательств сторонами договора. Расторжение договора и правовые последствия

При раскрытии данной темы хотелось бы вначале обратиться в целом к истории долевого строительства.

Принципы долевого строительства зародились в Аргентине во времена гиперинфляции.

Вначале этот термин в переводе с английского и испанского звучал как **«строительство по справедливости»**.

Этот лозунг «Строительство по справедливости» в 1985 году выдвинул президент Аргентины Рауль Альфонсин.

Его суть заключалась в том, что люди, которые хотят построить себе жилье, должны будут содействовать материально девелоперам в строительстве новых домов. По этой программе, аргентинцы, получив трехдневную зарплату (месячную и даже недельную не выдавали из-за очень высокой инфляции), вносили в созданное специально для этого акционерное общество взносы. Взнос подтверждался покупкой акции, стоимость которой выражалась в квадратных метрах будущего жилья. Когда набиралось достаточное количество акций, их можно было обменять на жилье (квартиру или дом). Благо строительные компании располагали не только новыми домами, но и домами, построенными до кризиса, на которых не было покупателей.

Новый президент ввел в практику продажу домов поквартирно, у девелоперов наконец-то, появились оборотные средства, и они смогли списать с баланса дома, которые не продавались.

Передовой опыт Аргентины не остался незамеченным.

Английские девелоперы обратились к «строительству по справедливости», желая гарантировать себе сбыт новых объектов недвижимости. Причем не столько в Великобритании, сколько в бурно застраивающихся Арабских Эмиратах, в Египте, Кувейте, Катаре. Именно британцы стали первыми изобретателями схемы, по которой не создавались акционерные общества, а просто продавались «воздушные замки», то есть недостроенные здания. Вначале это вызывало недоверие со стороны покупателей, но многолетняя безупречная репутация солидных английских строительных компаний сделала свое дело, и эта схема начала работать. Арабские покупатели решительно приобретали «воздух», зная, что потом смогут продать готовый объект по более высокой цене. В то время цены на недвижимость находились в прямой зависимости от стоимости нефти. Арабам надо было срочно вложить быстрые

деньги во что-то реальное, этим оказалась строящаяся недвижимость. Строительный бум в арабских странах совпал с нефтяным бумом.

В Казахстан, как и в Россию, долевое строительство пришло в 90-е годы, когда государство прекратило финансировать строительную сферу.

Тогда девелоперы стали на первых этапах строительства привлекать деньги народа. Бум казахстанского долевого строительства пришелся на 2006 год.

В связи с тем, что долевое строительство набирало обороты, эта часть общественных отношений стала нуждаться в ее более детальном законодательном урегулировании, в принятии специального закона. Нужно отметить, что четкого определения договоров, регулирующих отношения по долевному участию в жилищном строительстве ни в действующем Гражданском кодексе РК, ни в специальных законах не содержалось.

В связи с этим судебные инстанции по-разному квалифицировали их: одни договоры о долевым участии в жилищном строительстве рассматривали как договоры подряда, другие - как особые инвестиционные договоры, не предусмотренные ГК РК, третьи - как договоры купли-продажи квартиры, в том числе в рассрочку, как предварительные договоры, как договоры возмездного оказания услуг и т.п.

Между тем, нельзя говорить о том, что правоотношения по долевному участию в жилищном строительстве не были законодательно урегулированы.

Уже принятый 24 декабря 1994 года новый Гражданский кодекс Республики Казахстан включает главу 12 «Договор о совместной деятельности» (простое товарищество), содержащую общие положения, регулирующие взаимоотношения лиц, которые приняли на себя обязательства совместно действовать для получения доходов или достижения иной не противоречащей закону цели.

Вместе с тем, нормы статьи 234 данной главы закрепляют, **что отдельные виды совместной деятельности регулируются в соответствии с настоящим Кодексом законодательством Республики Казахстан.**

В связи с этим, а также с тем, что сложившиеся правоотношения между дольщиками и застройщиками требовали более детального законодательного регламентирования, и всё больше назревала необходимость в принятии специального законодательного акта, 7 июля 2006 года был принят и с 1 января 2007 года введен в действие **Закон РК «О долевым участии в жилищном строительстве».**

Данный Закон впервые в статье 1 дал понятие договора о долевым участии в жилищном строительстве, как договора, заключаемого между застройщиком и дольщиком и регулирующего правоотношения, связанные со строительством жилых зданий путем привлечения денег дольщиков.

Этим же Законом было определено, что он не распространяется на отношения, не основанные на договоре о долевым участии в жилищном строительстве, связанные с инвестированием в строительство объектов недвижимости, а также с индивидуальным жилищным строительством (пункт 3 статьи 2 Закона).

Таким образом, данная норма исключала возможность отнесения данной категории договоров к инвестиционным, договорам строительного подряда.

Между тем, данный Закон показал и определенные изъяны.

При доказанной принципиальной правильности идеи, реальные схемы долевого строительства порой оказывались в нашей практике порочными. Имели место обманы дольщиков недобросовестными застройщиками. Впрочем, чаще это была неосмотрительность застройщиков, неоправданно надеявшихся на преодоление трудности за счет новых дольщиков, что и создавало риск раскручивания «пирамид».

С другой стороны дольщики, доверив свои деньги застройщику, проявляли полное безразличие ко всем действиям застройщика, не обеспечив надлежащий контроль за правильностью расходования денег и ведения строительства в целом, что они вправе и обязаны были делать по условиям заключенных договоров о долевом участии в жилищном строительстве. При этом наметилась закономерность увеличения количества дольщиков, заключивших не один, а несколько договоров о долевом участии в жилищном строительстве.

Чтобы уменьшить негатив, ограничив сложившиеся на практике схемы, Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам долевого участия в жилищном строительстве» от 11 июля 2009 года были внесены существенные изменения и дополнения в Закон РК «О долевом участии в жилищном строительстве».

Так, расширился состав участников договора о долевом участии в жилищном строительстве, в который помимо застройщика и дольщика были введены такие участники, как проектная компания, банк-агент.

В связи с этим **под договором о долевом участии в жилищном строительстве** стал пониматься договор, заключаемый между застройщиком, проектной компанией, дольщиком и банком-агентом, **регулирующий правоотношения, связанные со строительством жилых зданий за счет привлечения денег дольщиков** (ст. 1 Закона).

В соответствии со ст. 7 Закона по договору о долевом участии в жилищном строительстве:

застройщик обязуется в предусмотренный договором о долевом участии в жилищном строительстве срок организовать строительство жилого здания и обеспечить сохранение в течение гарантийного срока качества показателей объекта строительства, указанных в проектной (проектно-сметной) документации и договоре о долевом участии в жилищном строительстве;

проектная компания обязуется в установленный договором о долевом участии в жилищном строительстве срок построить жилое здание и после получения разрешения на ввод его в эксплуатацию передать дольщику соответствующую долю в жилом доме (жилом здании);

дольщик обязуется заключить договор банковского счета и внести деньги на депозит дольщика в размере и порядке, обусловленных договором о долевом участии в жилищном строительстве, и принять долю в жилом доме (жилом здании) при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию жилого здания;

банк-агент обязуется принять депозит дольщика с начислением ставки вознаграждения не менее ставки рефинансирования Национального Банка Республики Казахстан на условиях договора банковского счета.

После получения дольщиком **доли** в жилом доме (жилом здании) банк-агент перечисляет деньги с депозита дольщика проектной компании, а деньги в размере накопленного вознаграждения возвращает дольщику.

Таким образом, хотя с самого начала было видно, что договор о долевом участии в жилищном строительстве - это разновидность договора о совместной деятельности (простого товарищества), внесенные изменения и дополнения в Закон еще раз четко определили данную позицию.

Для более детального рассмотрения данного вопроса, вновь обратимся к нормам главы 12 ГК РК.

Понятие договора совместной деятельности (простого товарищества) содержится в ст. 228 ГК РК.

По договору о совместной деятельности (договору простого товарищества) стороны обязуются совместно действовать без образования юридического лица для получения доходов или достижения иной не противоречащей закону цели. Для достижения своих целей участники договора о совместной деятельности вносят взносы деньгами или другим имуществом либо путем трудового вклада (ст. 230 ГК РК)

- Из данного легального определения договора о совместной деятельности (договора простого товарищества) следует, что квалифицирующими для данного типа договора будут являться следующие признаки:
- совместная деятельность сторон по договору;
- наличие у сторон по договору общей цели;
- соединение сторонами по договору своих вкладов.

Из легального определения договора простого товарищества, установленного ст. 228 Гражданского кодекса Республики Казахстан, следует, что существенным условием договоров данного вида является наличие у сторон по договору общей цели.

Наличие общей цели означает на практике, что ни одна из сторон не покупает у другой стороны товары, работы или услуги (в силу чего требования одной из сторон по договору к другой стороне о взыскании с нее стоимости выполненных работ, оказанных услуг, внесенных в качестве вклада, не подлежат удовлетворению) и ни одна из сторон не может извлекать прибыль и обогащаться за счет другой стороны. Общность цели у сторон по договору долевого участия в строительстве должна быть четко обозначена и сформулирована в предмете договора (объединение вкладов в целях совместного создания конкретного объекта, например, строительство жилого комплекса «А»).

Поэтому думается, что точка зрения о том, что к правоотношениям, возникающим по договору о долевом участии в жилищном строительстве не применяются нормы о простом товариществе (совместной деятельности), так как конечной целью участия граждан в строительстве многоквартирных

домов является получение квартиры для проживания и взнос гражданина предназначен только для финансирования строительства конкретной квартиры, являются ошибочными.

В связи с этим является ошибочным мнение по отнесению договора о долевом участии в жилищном строительстве к договору купли-продажи строящейся квартиры, в том числе и в рассрочку, или к предварительному договору, к договору подряда, а также мнение о том, что правоотношения, возникающие по договору о долевом участии в жилищном строительстве регулируются Законом РК «О защите прав потребителя» от 4 мая 2010 года.

Отношения между участниками договора о долевом участии в жилищном строительстве **не регулируются Законом РК «О защите прав потребителей»**, поскольку законодательство о защите прав потребителей регулирует отношения между **гражданином** (потребителем), имеющим намерение заказать или приобрести либо заказывающим, приобретающим и (или) использующим товары (работы, услуги) для удовлетворения своих потребностей, т.е. исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, с одной стороны, и физическим лицом либо юридическим лицом, производящими товары для реализации потребителям, реализующими товары потребителям по договору купли - продажи, выполняющими работы или оказывающими услуги потребителям по возмездному договору, с другой стороны (статья 1 Закона РК «О защите прав потребителя» от 4 мая 2010 года).

В соответствии с пунктом 13 статьи 1 Закона РК «О долевом участии в жилищном строительстве» дольщиком может быть не только физическое лицо (за исключением временно пребывающих иностранных граждан), но юридическое лицо, что согласуется с нормами пункта 2 статьи 228 ГК РК, устанавливающими, что договор о совместной деятельности (договор простого товарищества) заключается между гражданами, гражданами и юридическими лицами, между юридическими лицами (консорциум).

При этом по договору долевого участия в строительстве взять на себя обязанность объединить вклады могут несколько лиц, причем возможен вариант, когда новое лицо входит в договор уже в процессе строительства объекта.

Позиция по вопросу не тождественности договора о совместном участии в долевом строительстве с договором простого товарищества содержится в ряде научно-практических статей, и в последнее время сводится к тому, что в законодательстве Российской Федерации, и в частности в пункте 9 статьи 4 Федерального закона РФ 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» закреплено, что 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 в части, не урегулированной настоящим Федеральным законом.

По мнению многих авторов, вопреки требованию ст. 228 ГК РК совместных действий участника долевого строительства - дольщика и застройщика не происходит, (никто не обязывает дольщика к участию в строительстве, его единственной обязанностью является обязанность оплатить свою долю в строительстве (деньгами или иным имуществом)).

Это действительно так. В большинстве договоров лица участвуют не своей деятельностью, а денежными средствами.

Вместе с тем, нормы статьи 230 главы 12 ГК РК определяют, что для достижения своих целей участники договора о совместной деятельности вносят взносы деньгами или другим имуществом либо путем трудового вклада.

Ведение общих дел участников договора о совместной деятельности осуществляется по их общему согласию. По соглашению между собой они могут поручить руководство совместной деятельностью и ведение общих дел одному из участников (статья 229 ГК РК).

Таким образом, ведение общих дел, порученное одному из участников, может отождествляться с поручением ему осуществлять юридические и фактические действия за всех участников на основании договора простого товарищества, т.е. то, что можно было бы назвать именно совместной деятельностью.

Участников договора о долевом участии в жилищном строительстве объединяет совместная цель - не построение конкретной отдельной квартиры, а всего жилого дома со всей его инфраструктурой, т.к. после получения доли от участия в долевом строительстве в виде определенной квартиры (а Закон РК «О долевом участии в жилищном строительстве» прямо определяет, что дольщик получает долю) дольщик приобретает право доли на имущество в объекте кондоминиума, в который входят лестничные клетки, лифты, подвалы, технические этажи, крыша, коммуникации, земельный участок, на котором расположен дом и т.п.

То есть получаемая как доля от участия в долевом строительстве квартира не может рассматриваться как самостоятельный объект, не имеющий отношения ко всему дому в целом или жилому комплексу.

Таким образом, строительство жилого дома (жилого комплекса) является единственной совместной целью для участников договора о долевом участии в жилищном строительстве. Другие цели, как извлечение прибыли для застройщика, для дольщика можно воспринимать как производные от первоначальной цели.

Кроме того, нормами статьи 231 ГК РК, еще с момента принятия ПС РК в 1994 году и введения его в действие, четко закреплён механизм общих расходов и убытков участников договора совместной деятельности (простого товарищества).

Согласно ст. 231 ГК РК порядок покрытия общих расходов по совместной деятельности и возникших в ее результате убытков определяется договором участников. Если договором такой порядок не предусмотрен, общие расходы и убытки покрываются за счет общего имущества участников договора, а недостающие суммы раскладываются между ними пропорционально их долям в этом имуществе.

Как видно из практики, основная масса договоров о долевом участии в жилищном строительстве полностью предусматривает порядок покрытия общих расходов по совместной деятельности и возникших в ее результате убытков. Кроме того, имеется Типовой договор о долевом участии в жилищном строительстве, форма которого в соответствии с требованиями статьи 7 Закона «О долевом участии в жилищном строительстве» утверждена Правительством РК постановлением от 10 ноября 2009 г. № 1798.

Более того, сам Закон в настоящее время регулирует многие положения, по порядку покрытия общих расходов, по совместной деятельности и возникших в ее результате убытков, а также определяет ответственность сторон по договору о долевом участии в жилищном строительстве.

Так, пунктом 4 статьи 17 Закона установлено, что Дольщик в силу договора о долевом участии в жилищном строительстве не несет ответственности за финансовые и прочие риски застройщика, проектной компании и инвестора при осуществлении строительства жилого здания. В случае невозможности проектной компанией завершить строительство и (или) передать долю в жилом доме (жилом здании) банк-агент возвращает дольщику деньги с депозита дольщика и деньги в размере накопленного вознаграждения.

Кроме того, Законом РК «О долевом участии в жилищном строительстве» отрегулирован порядок изменения и расторжения договора о долевом участии в жилищном строительстве.

В соответствии со статьей 13 Закона по соглашению застройщика, проектной компании, дольщика и банка-агента условия договора могут быть изменены после его заключения, если договором и (или) дополнительными соглашениями к нему предусмотрены случаи и условия его изменения.

Дольщик вправе досрочно расторгнуть договор о долевом участии в жилищном строительстве и истребовать сумму депозита дольщика в течение тридцати календарных дней с момента заключения договора банковского счета. По истечении данного срока истребование денег дольщиком возможно только в случаях:

- прекращения действия лицензии проектной компании на деятельность по организации строительства жилых зданий за счет привлечения денег дольщиков;

- нарушения проектной компанией сроков ввода жилого здания в эксплуатацию, указанных в договоре о долевом участии в жилищном строительстве.

При расторжении договора о долевом участии в жилищном строительстве в случаях, предусмотренных пунктом 1-1 статьи 13 Закона, банк-агент возвращает дольщику деньги с депозита дольщика и деньги в размере накопленного вознаграждения.

В случае нарушения обязательных условий договора о долевом участии в жилищном строительстве любая из сторон в одностороннем порядке вправе отказаться от исполнения договора и потребовать приведения его в первоначальное положение с уплатой неустойки в соответствии со статьей 17 названного Закона, а также возмещения убытков в соответствии с Гражданским кодексом РК.

Таким образом, из всего сказанного выше следует, что договор о долевом участии в жилищном строительстве является разновидностью договора о совместной деятельности (простого товарищества).

В связи с этим при заключении, исполнении, изменении и расторжении его, сторонам договора необходимо руководствоваться как общими нормами главы 12 ПС РК, так и специальными нормами Закона РК «О долевом участии в жилищном строительстве».

Вместе с тем, необходимо отметить, что согласно статьи 19 Закона РК «О долевом участии в жилищном строительстве» действие данного Закона не распространяется на отношения долевого участия в жилищном строительстве, которые возникли до введения в действие настоящего Закона.

Более того, если разрешение на очередной этап строительства жилого здания путем долевого участия было выдано застройщику до введения в действие названного Закона, то положения, предусмотренные этим Законом, на застройщика не распространяются.

Учитывая, что из анализа судебных дел следует, что большая часть правоотношений между участниками договора о долевом участии в жилищном строительстве сложилась до принятия Закона РК «О долевом участии в жилищном строительстве», либо разрешение на очередной этап строительства жилого здания путем долевого участия было выдано застройщику до введения в действие этого Закона и, следовательно, положения, предусмотренные этим Законом, на застройщика не распространяются, то в своих взаимоотношениях участники договора о долевом участии в жилищном строительстве должны руководствоваться общими нормами главы 12 Гражданского кодекса РК, регулирующими правоотношения между участниками договора о совместной деятельности (договора простого товарищества).

Данный подход позволит как участникам указанных правоотношений, так и судам правильно определить взятые сторонами договора на себя обязательства, определить права и обязанности сторон, порядок покрытия общих расходов по совместной деятельности и возникших в ее результате убытков, а также решить вопрос об ответственности.

В заключении хотелось бы отметить, что такой подход заставит пересмотреть позиции и отношения по вопросам о недобросовестности застройщиков и обманутых дольщиков, исключит вопросы почему в настоящее время государство оказывает помощь дольщикам по завершению строительства жилых домов для получения дольщиками только одной, а не двух, трех, сорока квартир.

В своих выступлениях глава нашего государства Нурсултан Абишевич Назарбаев, неоднократно отмечал, что для разрешения сложившейся ситуации в отношениях между дольщиками и застройщиками государство по собственной инициативе взяло на себя обязанности по оказанию помощи своим гражданам в завершении строительства замороженных объектов для решения проблем в получении жилья, т.к. граждане, вступая в договорные

отношения по долевому строительству добровольно шли на них, в том числе и на определенные риски.

Данные выступления нашего президента еще раз подтверждают правильность позиции того, что по договору о долевом участии в жилищном строительстве, ее участники (в данном случае застройщик и дольщик) имеют равные права и обязанности, т.к. данный договор является разновидностью договора о совместной деятельности (простого товарищества).

То есть здесь очень осторожно нужно подходить к оценке того, насколько застройщик обманул, а дольщик дал себя обмануть, и насколько этого можно было избежать. Ведь у дольщика есть не только обязанность вложить свои деньги в долевое участие и право получить в качестве доли от этого участия определенную квартиру, но и право и обязанность контролировать весь процесс строительства, не давая ему остановиться на полдороге или обмануть себя, оставив с незавершенным строительством и без доли.

С. П. Мороз,
заведующий кафедрой частно-правовых дисциплин
Каспийского общественного университета,
ГНС Института законодательства Министерства юстиции РК, д.ю.н., профессор

Договор долевого участия в строительстве по законодательству Республики Казахстан

Долевое участие в строительстве – это новая договорная форма, появление которой было обусловлено стремительным ростом цен на объекты недвижимости и жизненно важной необходимостью сделать их более доступными по цене для обычных потребителей и субъектов малого и среднего бизнеса.

Существует несколько версий происхождения договора долевого участия в строительстве. По одной из них договор долевого участия в жилищном строительстве впервые был применен в практике Бразилии при реализации государственной программы «Доступное жилье», по другой – долевое участие – это одна из особенностей строительного рынка именно в России, в США и Европе, как правило, денежное обеспечение строительства осуществляет банк через механизм кредитного договора с застройщиком-заказчиком⁵¹. Несмотря на различия в подходах, следует признать, что конструкция договора долевого участия в строительстве была заимствована и применена в практике РК, но с определенными особенностями.

В РФ специальный закон в данной сфере был принят 30 декабря 2004 г. – Федеральный Закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» № 214-ФЗ⁵², который вступил в

⁵¹ См., подробнее об этом: Майфат А.В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования: монография / А.В. Майфат. – М.: Волтерс клувер, 2007. – С. 162-166.

⁵² Российская газета. - 2004, 31 декабря.

действие с 1 апреля 2005 г. В соответствии с п. 1 ст. 1 ФЗ о долевом участии в строительстве, в сферу регулирования данного закона входят 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. Это означает, что в сферу регулирования данного закона входят не только отношения, связанные с долевым участием в жилищном строительстве, но в строительстве нежилых помещений и иных объектов недвижимости. При этом, как следует из п. 3 ст. 1 ФЗ о долевом участии в строительстве действие настоящего закона не распространяется на отношения *юридических лиц и (или) индивидуальных предпринимателей, связанные с инвестиционной деятельностью по строительству (созданию) объектов недвижимости (в том числе многоквартирных домов) и не основанные на договоре участия в долевом строительстве.* Указанные отношения регулируются ГК РФ и законодательством РФ об инвестиционной деятельности, но отношения с участием юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, основанные на договоре участия в долевом строительстве под регулирование данного закона подпадают. 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.

Следует отметить, что Закон РФ об инвестиционной деятельности прямо устанавливает, что инвесторами являются те участники строительного процесса, которые осуществляют вложение собственных, заемных или привлеченных средств и обеспечивают их целевое использование (п. 3 ст. 2 Закона)⁵³. Следовательно, инвесторами могут выступать юридические и физические лица, которые имеют право самостоятельно распоряжаться собственными (заемными или привлеченными) средствами, тогда как юридические лица, обладающие имуществом на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, должны быть наделены своими учредителями соответствующими полномочиями по осуществлению инвестиций.

В Республике Казахстан довольно продолжительное время долевое участие в строительстве активно применялось на практике, но специального закона не было. Отношения долевого участия в строительстве регулировали Гражданский кодекс РК⁵⁴; Закон РК от 16 апреля 1997 г.

53 Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. - 1991. - № 29. - Ст. 1005.

54 Гражданский кодекс (Общая часть) от 27 декабря 1994 г. // Ведомости Верховного Совета РК. - 1994. - №№ 23-24 /приложение/. - Ст. 282.; Гражданский Кодекс РК (Особенная часть) от 1 июля 1999 г. № 409-І. // Ведомости Парламента РК. - 1999. - № 16-17. - Ст. 642.

№ 94-І «О жилищных отношениях»⁵⁵; Закон РК от 16 июля 2001 г. № 242-ІІ «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан»⁵⁶; Закон РК от 31 января 2006 г. № 124-ІІІ «О частном предпринимательстве»⁵⁷; и др. Конечно, указанные законодательные акты определяли только общие начала осуществления долевого участия в строительстве без учета тех гарантий, которые должны были быть предоставлены участникам долевого участия в строительстве и тех мер защиты, которые должны были быть им предоставлены, не было даже самой договорной конструкции долевого участия в строительстве. В результате застройщики стали активно привлекать денежные средства на началах долевого участия в строительстве. Примечательно, что большая часть договоров долевого участия в строительстве была заключена до 1 января 2007 г., когда был введен в действие Закон РК от 7 июля 2006 г. № 180-ІІІ ЗРК «О долевом участии в жилищном строительстве». Данный закон при всех своих недостатках и упущениях сыграл решающую роль в регулировании отношений долевого участия в жилищном строительстве – недобросовестные застройщики стали уходить со строительного рынка, потому что не отвечали законодательным требованиям, и, возможно, если бы не международный финансовый кризис, то таких серьезных проблем на этом рынке и не было. Однако ситуация на строительном рынке только осложнялась: начались банкротства строительных компаний, строительство многих объектов недвижимости остановилось, а некоторых – даже не начиналась. Как следствие принимается постановление Правительства РК от 6 ноября 2007 г. № 1039 «Об утверждении Плана первоочередных действий по обеспечению стабильности социально-экономического развития Республики Казахстан»⁵⁸, которым в целях обеспечения стабильности экономики РК были утверждены План первоочередных действий по обеспечению стабильности социально-экономического развития Республики Казахстан, План мероприятий по реализации Плана действий и План рекомендуемых мероприятий по реализации Плана действий (постановлением Правительства РК от 28 августа 2009 г. № 1271 «О внесении изменения в постановление Правительства Республики Казахстан от 6 ноября 2007 года № 1039» отдельные положения данного постановления были изменены). В последующем были приняты постановление Правительства РК от 10 ноября 2009 г. № 1795 «Об утверждении Правил осуществления учета договоров о долевом участии в жилищном строительстве»⁵⁹; постановление Правительства РК от 10 ноября 2009 г. № 1798 «Об утверждении типового договора о долевом участии в жилищном строительстве»⁶⁰; и др. акты. В целом, можно сказать, что система законодательства о долевом участии в жилищном строительстве в РК сформировалась, но проблемы, и весьма существенные остались.

55 Казахстанская правда. – 1997, 19 апреля.

56 Ведомости Парламента РК. - 2001. - № 17-18. - Ст. 243.

57 Казахстанская правда. - 2006, 7 февраля. - № 27 (24998).

58 САПП Республики Казахстан. – 2007. - № 42. - Ст. 489.

59 Казахстанская правда. – 2009, 25 ноября. - № 277 (26021).

60 Казахстанская правда. – 2009, 21 ноября 2009. - № 275 (26019).

Самый главный недостаток, которым страдает специальное законодательство РК о долевом участии в жилищном строительстве – это чрезмерно узкая сфера регулирования. В современных условиях даже обычный многоквартирный дом – это многофункциональный комплекс, состоящих из жилых и нежилых помещений – магазины, офисы, стоянки и пр. Все эти объекты составляют единое целое и потому нельзя ограничивать сферу специального законодательства только жилищным строительством. Необоснованность такого подхода законодателя стала еще более явной после принятия постановления Правительства РК № 1039, в соответствии с которым было определено, что нежилые площади первых этажей, переданные ЖСК уполномоченной организации, будут обустроены за счет целевых трансфертов на развитие, выделенных из республиканского бюджета акиматам, в дошкольные мини-центры, для последующей передачи в коммунальную собственность. Здесь сразу же возникает вопрос о том, что почему в одном комплексе – многоквартирном доме у жилых и нежилых помещений различный правовой режим? Понятно, что они различаются по цели использования, но они связаны между собой коммуникациями, лестничными пролетами и т.п., т.е. составляют единое целое. Конечно, государство не должно брать на себя предпринимательские риски – как это случилось в отношении участников долевого строительства нежилых помещений в многоквартирных домах, но если они полностью выплатили ту сумму, которая определена договором или даже частично, у них уже возникает право требования возмещения причиненных убытков не только в отношении недобросовестных застройщиков, но и государства. При этом у них есть право доплатить ту сумму, которая еще потребуется для завершения строительных работ, и получить этот объект недвижимости в собственность. Аналогичным образом и в отношении тех участников долевого строительства, у которых оказалась не одна квартира, а несколько. Разумеется, что государство не должно компенсировать их потери, но если дольщик имеет средства для завершения работ, то нет никаких законодательных ограничений для этого. В условиях рыночных отношений нет никаких различий между его участниками, все обладают равными правами и введение каких-либо ограничений и изъятий просто недопустимо. Другое дело, что государство, беря на себя расходы по завершению строительства объектов недвижимости, выполняет социальную функцию – защищает права и интересы своих граждан, понесших убытки в результате недобросовестных действий застройщиков и пр. Именно этим вызван такой подход – по одной квартире каждому дольщику. Но другие дольщики – это тоже граждане РК или юридические лица РК, права которых гарантированы Конституцией РК и другими законодательными актами. На наш взгляд, всех этих проблем можно было бы избежать, если бы в специальном законодательстве о долевом участии в жилищном строительстве была бы правильно определены природа договора долевого участия в жилищном строительстве. Законодатель совершенно не учитывает, что договор долевого участия в жилищном строительстве многогранен и может выступать в двух основных формах – долевое участие потребителя в жилищном строительстве и долевое участие

в жилищном строительстве в предпринимательских целях. Первый договор является потребительским и к нему должны применяться нормы Закона РК «О защите прав потребителей» от 4 мая 2010 г. № 274-IV и именно он должен подпадать под меры государственной поддержки дольщиков. Второй вид договора – это предпринимательский договор, и по нему все риски в полной мере несет предприниматель-участник долевого строительства.

Вообще вопрос о правовой природе договора долевого участия в строительстве является весьма дискуссионным. Д.Е. Потяркин полагает, что договор долевого участия с участием граждан не относится к числу инвестиционных: вложения денежных средств граждан в проект по строительству многоквартирного жилого дома (приобретение жилья), по своему содержанию к инвестициям не относятся, поскольку такие инвестиции не приводят к росту капитала и получению прибыли, это потребительские вложения⁶¹. По мнению О. Пановой, если цель участия гражданина в инвестировании строительства жилья – потребительская, не связанная с извлечением прибыли, его следует считать потребителем и соответственно применять законодательство о защите прав потребителей, если при заключении договора физическое лицо изначально преследовало цель получения прибыли – Закон о защите прав потребителей к нему не применим⁶². Следовательно, в основе разграничения опять-таки лежит цель – либо это получение прибыли, либо это удовлетворение своих насущных жилищных потребностей, т.е. либо это договор предпринимательский либо нет. Применительно к долевному участию в жилищном строительстве понятия «предпринимательский договор» и «инвестиционный договор» совпадают.

Переходя к характеристике договора долевого участия в строительстве, следует сказать, что и здесь позиции ученых и практиков серьезно разнятся. Например, Р.Р. Мифтахов считает, что этот договор является договором простого товарищества в силу того, что: 1) цель дольщика – приобретение для потребления, а цель застройщика – получение прибыли; 2) застройщик не требует от дольщика никакого другого участия кроме вклада; 3) дольщик не принимает участия ни в управлении общими делами общества, ни в заключении договоров с третьими лицами; 4) дольщику приходится оплачивать не только стоимость строительства причитающейся ему части здания, но и прибыль застройщика (оплату его «содержания»); 5) отсутствует многосторонняя правовая связь между дольщиками, которые не являются, таким образом, участниками одного договора⁶³. Ю.В. Романец также поддерживает эту позицию, относя договор долевого участия в строительстве к договорам о совместной деятельности⁶⁴. Противоположная точка зрения высказана Л.Н. Мошкиной, которая считает, что договор о долевого участия в инвестировании

61 Потяркин Д.Е. Застройщик – сторона договора инвестирования при строительстве многоквартирного жилого дома. // Юрист. – М., 2002. – № 12. – С. 49.

62 Панова О. Цель договора инвестирования строительства жилья физическими лицами и Закон «О защите прав потребителей». // Юрист. – М., 2005. – № 1. – С. 31.

63 Мифтахов Р.Р. Проблемы согласования совместного строительства. // Юрист. – М., 2002. – № 4. – С. 23.

64 Романец Ю.В. Как квалифицировать договоры долевого участия в строительстве // Хозяйство и прав. – 2000. - № 3. – С. 74-76.

строительства жилья и договор простого товарищества – это два совершенно различных по своей правовой природе договора⁶⁵. В продолжение этого С. Фокин указывает, что договор простого товарищества не может быть связан с предпринимательской деятельностью для одной стороны (застройщика) и не связан для другой (дольщика)⁶⁶. Таким образом, резюмирует А.Б. Савельев, договор, заключаемый между застройщиком многоквартирного жилого дома и инвесторами и именуемый обычно как договор долевого участия, не является договором о совместной деятельности, поскольку ему не присущи признаки указанного договора⁶⁷. Несмотря на схожесть договоров долевого участия в строительстве и договора строительного подряда, отдельные ученые высказывают мнение о том, что этот договор не является подрядным. В качестве аргументов Б.В. Муравьев приводит следующее: если предположить, что инвестиционный договор может квалифицироваться как договор строительного подряда, то в качестве объекта строительных работ в этом договоре должна указываться только часть объекта недвижимости, которую инвестор заказывает, оплачивает и принимает от подрядчика⁶⁸. А. Ильина в дополнение к этому указывает, что квартира, являющаяся предметом договора долевого участия, строится за рамками и вне зависимости от заключения конкретного договора долевого участия; более того, дольщик часто присоединяется на этапе, когда строительство дома практически завершено, утверждение, что договор долевого участия является договором подряда на строительство отдельной квартиры также представляется несколько странным, так как нельзя построить квартиру на пятом этаже без строительства всего здания⁶⁹. Здесь весьма интересно мнение В.В. Витрянского, который предположил, что договор долевого участия может быть договором продажи с предоплатой⁷⁰.

Анализируя все вышеприведенные позиции, следует сказать, что каждая из них заслуживает внимания, но не может быть принята. На наш взгляд, договор долевого участия – это смешанный договор, который может содержать элементы различных договоров, и в первую очередь, договора строительного подряда. Что касается договора о совместной деятельности, то эта договорная форма может быть применима только в случае, когда участники долевого участия объединяют свои средства с тем, чтобы возвести объект недвижимости (как правило, коммерческой недвижимости) и в последующем совместно его использовать (как правило, в предпринимательских целях). В принципе, возможно и включение условий других договоров – банковского займа, о залоге и пр. Но, к сожалению, специальное законодательство о долевом участии в

65 Мошкина Л.Н. Договор о долевом участии в инвестировании строительства и договор простого товарищества. // Юрист. – М., 2002. – № 2. – С. 32.

66 Фокин С. Договор долевого имущества в строительстве // Закон. – 2003. - № 6. – С. 121.

67 Савельев А.Б. Договор простого товарищества // Актуальные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 285.

68 Муравьев Б.В. Договор с участием инвесторов в строительстве // ЭЖ-Юрист. – 2003. - № 4. – С. 13.

69 Ильина А. Справедливость или закон // ЭЖ-Юрист. – 2003. - № 50. С. 13.

70 Витрянский В.В. Стенограмма семинара «Актуальные проблемы применения гражданского законодательства и законодательства о банкротстве в практике Высшего арбитражного суда РФ» // Цивилистическая практика. – Екатеринбург, 2002. – Вып. 4. – С. 53.

жилищном строительстве все эти особенности не учитывает, что и приводит к весьма печальным последствиям на практике.

Как показывает практика, в основном проблемы с дольщиками и недобросовестными застройщиками возникли в двух крупных городах Казахстана – Астане и Алматы, в регионах ситуация более спокойная, но в «обеих столицах» она остается напряженной. Например, по информации Управления государственного архитектурно-строительного контроля г. Алматы по состоянию на 1 августа 2010 г. в городе Алматы ведется мониторинг строительства 27 жилых комплексов с участием 6 153 дольщиков, в том числе 2-я очередь ЖК «Отырар» (ТОО МЖК «Отырар»):

3 жилых комплекса с участием 1 593 дольщиков достраиваются через АО ФНБ «Самрук-Казына» (объекты, достраиваемые по схеме «АО ФНБ «Самрук-Казына» - АО «Альянс Банк» - Застройщик» и объекты, финансируемые по линии АО «Фонд недвижимости «Самрук-Казына»;

7 жилых комплексов с участием 2 273 дольщиков финансируются по линии АО «Фонд стрессовых активов» (жилые комплексы в мегарайоне «Сайран» и жилой комплекс «Уш тебе»);

10 жилых комплексов, в том числе ТОО «Отырар» 2-очередь достраиваются самостоятельно, без помощи государства, где имеется 1 216 дольщиков;

3 жилых комплекса находятся в группе проблемных объектов ЖК «Тристар» (ТОО «Казтранскомсервис») и ЖК «Жайлы-2, 3», АО «Серт», с участием 503 дольщиков;

по 4 жилым комплексам с участием 568 дольщиков продолжается работа Межрегионального департамента Комитета по работе с несостоятельными должниками Министерства финансов РК. По ТОО «Кереге инвест» в соответствии с судебным решением продолжается процедура банкротства застройщика⁷¹. Следовательно, вопросы завершения строительства этих 4 жилых комплексов еще не решены, так же как и проблемы 568 дольщиков.

С учетом вышеизложенного и в целях совершенствования правового регулирования отношений в сфере долевого участия в строительстве предлагаем внести следующие изменения и дополнения в Закон о долевом участии в жилищном строительстве:

1. Название Закона о долевом участии в жилищном строительстве изложить в новой редакции: «О долевом участии в строительстве».

2. Преамбулу Закона о долевом участии в жилищном строительстве изложить в новой редакции: *«Настоящий Закон регулирует общественные отношения, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства объектов недвижимости на основании договора участия в долевом строительстве и возникновением у участников долевого строительства права собственности на объекты долевого строительства и права общей долевой собственности на общее имущество в объекте недвижимости, а также устанавливает гарантии защиты прав и законных интересов участников долевого строительства».*

71 www.Almaty.kz

3. Подпункт 7 ст. 1 Закона о долевом участии в жилищном строительстве изложить в новой редакции: «7) объект долевого строительства – жилое или нежилое помещение, общее имущество в объекте недвижимости, подлежащие передаче участнику долевого строительства по передаточному акту».

4. Подпункт 8 ст. 1 Закона о долевом участии в жилищном строительстве изложить в следующей редакции: «8) долевое участие в строительстве – отношения сторон договора о долевом участии в строительстве, в том числе – договоров о долевом участии в жилищном строительстве и в строительстве коммерческой недвижимости».

5. По всему тексту Закона о долевом участии в жилищном строительстве исключить слово «жилищное» применительно к строительству, когда речь идет о строительстве вообще либо о строительстве коммерческой недвижимости.

6. Подпункт 10 ст. 1 Закона о долевом участии в жилищном строительстве изложить в новой редакции:

«10) договор долевого участия в жилищном строительстве – смешанный договор, в котором могут содержаться элементы договоров строительного подряда, о совместной деятельности и др., в соответствии с которым застройщик обязуется в предусмотренный договором срок своими силами и (или) с привлечением других лиц построить (создать) объект недвижимости и по передаточному акту передать его участнику долевого строительства, а другая сторона (участник долевого строительства) обязуется уплатить обусловленную договором цену и принять объект долевого строительства по передаточному акту. Долевое участие в жилищном строительстве может осуществляться в двух основных формах: долевое участие потребителя в жилищном строительстве и долевое участие в жилищном строительстве в предпринимательских целях».

7. Дополнить ст. 1 Закона о долевом участии в жилищном строительстве новым подпунктом 10-1) следующего содержания:

«10-1) долевое участие потребителя в жилищном строительстве – договор, заключаемый между застройщиком и физическим лицом для строительства жилого помещения в многоквартирном жилом доме (в том числе нежилых помещений), предназначенного для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью».

8. Дополнить ст. 1 Закона о долевом участии в жилищном строительстве новым подпунктом 10-2) следующего содержания:

«10-2) долевое участие в жилищном строительстве в предпринимательских целях - договор, заключаемый между застройщиком и физическим или юридическим лицом для строительства жилого помещения в многоквартирном жилом доме (в том числе нежилых помещений) в предпринимательских целях, в том числе для последующей перепродажи с целью извлечения прибыли (дохода)».

9. Исключить из договора таких участников, как проектная компания и банк-агент, так как их права и обязанности и права и обязанности застройщика и дольщика не корреспондируют друг другу, т.е. не являются взаимными.

10. Статью 1 Закона о долевом участии в жилищном строительстве дополнить подпунктом 12) следующего содержания:

«12) договор долевого участия в строительстве коммерческой недвижимости – договор, заключаемый между застройщиком и коммерческой организацией или индивидуальным предпринимателем для долевого строительства объекта недвижимости, который будет использоваться в предпринимательской деятельности последнего».

11. Пункт 3 ст.2 Закона о долевом участии в жилищном строительстве изложить в другой редакции: *«Настоящий закон не распространяется на отношения, связанные с индивидуальным жилищным строительством, и отношения, связанные с инвестированием в объекты недвижимости коммерческих организаций или индивидуальных предпринимателей, не основанные на договоре долевого участия в строительстве».*

12. Следует изменить условия и порядок заключения договора долевого участия в строительстве – земельный участок должен быть в собственности застройщика. Участник долевого строительства приобретает право собственности на часть земельного участка, определяемого в зависимости от размера жилого или нежилого помещения, приобретаемого по договору после оплаты первоначального взноса, размер которого должен быть не менее 40% от общей стоимости объекта недвижимости, создаваемого по договору долевого участия в строительстве.

В постановление Правительства РК об утверждении типового договора долевого участия в строительстве следует внести соответствующие изменения и установить следующий порядок расчетов по договору долевого строительства: 1 – первоначальный взнос в размере 40% для проведения начальных работ по возведению объекта, 2 – взнос в размере 30% для проведения работ по черновой отделке, 3 – взнос в размере 20% для чистовой отделки помещений, 4 – взнос в размере 10% до введения объекта в эксплуатацию. Участник долевого строительства имеет право досрочно погасить суммы, причитающиеся по договору. Этот порядок и очередность выплаты должны контролироваться уполномоченным органом, выдавшим лицензию на привлечение средств физических и юридических лиц для участия в долевом строительстве объектов недвижимости.

13. Застройщик обязан застраховать риск невозврата денег участнику долевого участия в строительстве или получить поручительство (гарантию) от третьих лиц (банков).

В целом, нужна тщательная редакция положений Закона с учетом меняющейся концепции – договор долевого участия двусторонний – с участием застройщика и участника долевого строительства. Обязательное участие банка в качестве стороны договора приводит к дополнительным расходам участников долевого строительства.

Во-вторых, нужно внести соответствующие изменения в Закон РК «О лицензировании», предусмотрев, что *«лицензированию подлежат деятельность по привлечению денежных средств физических и (или) юридических лиц для строительства объекта недвижимости»*, с тем, чтобы

недобросовестные участники строительного бизнеса, не имеющие лицензий ни на осуществление строительной деятельности ни на осуществление деятельности по привлечению средств дольщиков, вместе с тем такой деятельностью занимаются, используя в своих корыстных интересах пробелы законодательства РК о долевом участии в жилищном строительстве – чрезмерно узкую сферу регулирования специального Закона.

В-третьих, следует внести изменения в постановление Правительства Республики Казахстан от 6 ноября 2007 г. № 1039 «Об утверждении Плана первоочередных действий по обеспечению стабильности социально-экономического развития Республики Казахстан» о том, что: *«Настоящее постановление распространяется на отношения, связанные с долевым участием потребителя в жилищном строительстве, основанном на договоре, заключаемом между застройщиком и физическим лицом для строительства жилого помещения в многоквартирном жилом доме (в том числе нежилых помещений), предназначенного для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью».*

Таковы наши предложения по совершенствованию законодательства РК о долевом участии в жилищном строительстве.

Г.К. Жусупбекова,

судья апелляционной судебной коллегии суда г. Астаны

Споры, связанные с реализацией договоров долевого участия, и вытекающие из них последствия

Изучение практики рассмотрения судами г. Астаны гражданских дел по спорам в сфере строительства жилья с долевым участием за период с 2008 г. по 2010 г. показало, что судами рассматривались дела различных категорий: о взыскании неустойки и суммы задолженности по ДДУ, признании сделки недействительной, расторжении договора и взыскании суммы, уплаченной по ДДУ, взыскании убытков, вызванных нарушением условий ДДУ (непредставление квартиры в оговоренный срок; изменение оговоренной жилой площади квартиры), изменении договора.

Например, судами рассматриваются иски о взыскании разницы в площадях.

Частично удовлетворен иск Носаевой Л.И. о взыскании 1.931.250 тенге за излишне оплаченные 6,18 кв.м. согласно ценам на момент строительства в связи с передачей нежилого помещения в ЖК «Москва» фактической площадью 116,1 кв. м. при оплате по договору помещения площадью 122,28 кв. м.

Как следует из материалов дела, на основании заключенного с ТОО «Агентство Держава КЗ» договора переуступки от 26.05.2008 г. Носаевой Л.И. перешло право требования доли в виде нежилого помещения общей площадью 122,28 кв. м. в ЖК «Москва».

Пунктом 7.2 договора от 08.08.2006 г. стороны установили, что расхождение (разница как в сторону уменьшения, так и увеличения) между проектной и общей площадью квартиры меньше, чем на 5% (включительно) является приемлемым (допустимым), соответственно, возмещению ни одной из сторон другой стороне не подлежит.

По договору от 30 декабря 2008 г. Носаевой Л. И. передано нежилое помещение площадью 122,6 кв.м., при оформлении правоудостоверяющего документа площадь помещения согласно замерам специалиста РГКП «Центр по недвижимости по г. Астана» составила 116,1 кв.м., что нашло отражение в выданном ими техпаспорте. Разница между проектной и фактической площадью составила 6,18 кв.м., то есть, превысило 5%.

Из содержания пункта 7.2 договора прямо следует, что стороны установили приемлемую для них разницу в площадях, как в сторону уменьшения, так и увеличения, меньше чем на 5%, при которой ни одна из сторон не имеет взаимных притязаний относительно ее возмещения. Следовательно, исходя из буквального толкования данного пункта, разница, превышающая 5%, подлежит возмещению, в том числе, при отсутствии возражений сторон путем оформления дополнительного соглашения, как это установлено пунктом 7.3 этого же договора. Тем самым, разница, соответствующая 5%, сторонами не возмещается, поэтому доводы истца о взыскании в ее пользу 1.931.250 тенге равной стоимости 6,18 кв.м., являются необоснованными и не вытекают из условий договора.

Судом установлено, что разница между проектной и фактической площадями, равная 6,18 кв.м., составляет не 5,1%, а 5,32%, соответственно, возмещению подлежит стоимость излишне оплаченной площади, составляющей 0,32% или 115.718 тенге.

В соответствии со ст. 401 ГК РК по требованию одной из сторон договор может быть расторгнут по решению суда при существенном нарушении договора другой стороной.

Баялбаева М.К. обратилась с иском к ТОО «Бакылау Н», ТОО «Asia Group Company LTD» о расторжении договора, взыскании убытков в размере 3 829 400 тенге оплаченных по договору, мотивируя свои доводы тем, что ответчиком существенно нарушены условия ДДУ по строительству жилого дома «Бейбитшлик» по ул. Ауэзова и передаче ей квартиры сроком до 31 марта 2008 года. Обязательства по оплате денежных сумм по ДДУ истица выполнила, что подтверждается квитанцией к приходному кассовому ордеру и платежным поручением. Однако ответчик в оговоренный срок квартиру не предоставил, более того, строительство находится на нулевом цикле, разрешительная документация не получена, работы по строительству не ведутся.

20 октября 2008 года истцом ответчиком, по адресу, указанному в ДДУ с ТОО «Бакылау», было по почте отправлено с уведомлением заявление о расторжении ДДУ и возврате денежных средств, внесенных истцом, однако ответ от ответчика не последовал, письмо почтой было возвращено в виду отсутствия получателя по указанному адресу.

Истица сослалась на п.3 ст.39 ГК РК, что в отношениях с третьими лицами юридическое лицо не вправе ссылаться на несоответствие своего фактического адреса адресу, внесенному в единый государственный регистр юридических лиц. При этом третьи лица вправе направлять юридическому лицу почтовую и иную корреспонденцию как по адресу, внесенному в государственный регистр, так и по фактическому адресу.

В силу того, что приведенные обстоятельства нашли свое подтверждение в суде, иск решением 4 декабря 2008 года был удовлетворен.

Формально обязательный порядок предварительного досудебного разрешения спора по данному делу не был соблюден, так как с момента отправки предложения о расторжении (20 октября) на момент обращения в суд (28 октября 2008 года) 30 дней не прошло, в адрес второго ответчика предложение не направлялось.

Однако, судья, решила рассмотреть иск в порядке ч.1 ст.135 ГПК РК - по последнему известному адресу ответчика, учитывая, установленный решением СМЭС факт неизвестности места нахождения ответчиков и их руководителей. Кроме того, ТОО «Бакылау», действительно отсутствует по указанному в учредительных документах адресу (рапорт судебного пристава от 1 декабря 2008 года), поэтому суд не нашел основания для возврата или оставления иска без рассмотрения в виду его не соблюдения досудебного порядка урегулирования спора, возможность которого не утрачена. К моменту вынесения решения 30-дневный срок был соблюден.

В связи с изложенным возникла необходимость дачи разъяснения Верховным Судом о возможности в определенных случаях (при доказанности факта неизвестности места нахождения ответчиков и их руководителей, а возможно и при других обстоятельствах), принятия судом иска о расторжении или изменении договора к рассмотрению, не дожидаясь установленного договором или законом срока, а также целесообразности и возможности включения в срок предупреждения о расторжении или изменении договора времени до вынесения решения (подготовки дела к разбирательству).

В соответствии с п.1 ст. 159 ГК РК «Недействительна сделка, совершенная без получения необходимой лицензии либо после окончания срока действия лицензии».

Жулдызбаева Р.С. обратилась с иском к ТОО СК «Стройкласс» о признании сделки недействительной и взыскании денежной суммы по ДДУ.

Свои требования истица мотивировала тем, что ответчик при заключении сделки скрыл факт отсутствия лицензии на занятие деятельностью по организации строительства жилых зданий за счет привлечения денег дольщиков, кроме того, содержание и форма оспариваемой сделки не соответствует требованиям Закона РК «О долевом участии в жилищном строительстве». Суд удовлетворил исковое заявление истицы, основываясь на п.1 ст. 159 ГК РК.

Неправильное применение (толкование) норм о взыскании убытков.

Решением суда отказано в иске Лесной Т. И. к ТОО «Концерн «Найза-Курылыс» о возмещении убытков. Иск мотивирован тем, что принятые

ответчиком обязательства по ДДУ своевременно не были исполнены, в связи с чем истица вынуждена была арендовать для проживания квартиру с месячной стоимостью 82 000 тенге и понесла расходы в сумме 492 000 тенге.

Суды руководствовались следующим.

Из п.9.4 ДДУ от 6 апреля 2006 года следует, что в случае нарушения обязательств по срокам передачи квартиры Инвестору, определенным в соответствии с п.8.1 Договора более чем на 1 календарный месяц, Концерн уплачивает Инвестору неустойку в размере 0,02% от оплаченной суммы по договору за каждый календарный день просрочки, но не более 5% от оплаченной суммы.

В соответствии со статьей 350 ГК РК должник, нарушивший обязательство, обязан возместить кредитору вызванные нарушением убытки (пункт 4 статьи 9 настоящего Кодекса). Возмещение убытков в обязательствах, обеспеченных неустойкой, определяется правилами, предусмотренными статьей 351 настоящего Кодекса.

В силу требований статьи 351 ГК РК, если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена неустойка, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой. Законодательством или договором могут быть предусмотрены случаи, когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков.

Поскольку названным пунктом 9.4 договора, установлена только ответственность в виде взыскания неустойки, а возмещение убытков - непредвиденных расходов не предусмотрено, основания для удовлетворения иска отсутствовали, так как эти требования истца не вытекают из содержания договора.

В данном примере усматривается не правильное толкование нормы, по смыслу которой в договоре должно быть четко и ясно указано, что допускается взыскание только неустойки, но не убытков. В приведенном же ДДУ такого указания нет, поэтому взыскание убытков по закону допускается, но в части, не покрытой неустойкой.

Лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет имущественную ответственность, не зависимо от вины, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы.

Фомина Т.В. обратилась с иском к ТОО «Адалстройсервис НС» о взыскании пени в сумме 426 760 тенге, мотивируя свои требования тем, что ответчик ненадлежащим образом выполнил обязательства по ДДУ от 31 марта 2005 года между сторонами о строительстве жилого комплекса «Коктем», по которому ответчик обязался передать Фоминой Т.В. однокомнатную квартиру в третьем квартале 2005 года, а она внести стоимость жилья в сумме 4 267 600 тенге. Обязательства, предусмотренные договором, истицей выполнены и не оспариваются, ответчиком же обязательство исполнено с нарушением установленного срока. Передача квартиры истице по акту состоялась 31.08.2006 года, что в соответствии с п.6.1. Договора влечет взыскание

неустойки в размере 0,05% от суммы договора за каждый день просрочки, но не более 10% от суммы договора.

Решением суда в удовлетворении иска отказано. Надзорная коллегия указанные судебные акты отменила, иск удовлетворила.

Отказывая в иске, суды исходили из требований п.1 ст. 359 ГК РК, что должник отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств при наличии вины, если иное не предусмотрено законодательством или договором.

Однако, из п.2 ст. 359 ГК РК следует, что лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет имущественную ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств (стихийные явления, военные действия и т.п.)

В п. 7.2 ДДУ перечислены обстоятельства, которые могли являться таковыми, например землетрясение, наводнение, пожар, забастовка, изменения в действующем законодательстве, военные действия любого характера, препятствующие выполнению предмета договора.

Выводы обеих инстанций о наступлении форс-мажорных обстоятельств, выразившихся в виде неприсоединение построенного дома к тепловым сетям АО «Астана-Теплотранзитом» по вине последнего, что приравнивается к непреодолимой силе, надзорная коллегия посчитала не верным, результатом не правильного применения указанных норм материального права.

Вместе с тем, возникают новые категории дел, вытекающие из ДДУ с недобросовестными застройщиками, руководители (учредители) которых привлечены к уголовной ответственности за хищение денежных средств путем мошенничества.

Решением суда удовлетворены иски Нурмухаметовой А.Г. и др. к ЖСК «Үміт-2», ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс» **о понуждении заключить трехсторонние договора** по приобретенным площадям, расположенным на первых этажах жилого комплекса «Европейский».

Позиция ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс» такова, что судом неправильно истолковано постановление Правительства РК от 06.11.2007 г., не учтено, что согласно поручению Главы государства все первые этажи проблемных объектов подлежат передаче государству для размещения дошкольных мини-центров.

Как следует из материалов дела, истцы состояли в договорных отношениях долевого участия с застройщиком ТОО «Бразерс Компани». В соответствии с договорами, по выполнению обязательств по финансированию строительства, в качестве доли участия истцы приобретали в собственность квартиры, расположенные на 1 этаже возводимого жилого дома. Выполнение истцами обязательств по финансированию строительства и оплате стоимости квартир в полном объеме подтверждается представленными платежными документами и ответчиками не оспаривается. В свою очередь, застройщик ТОО «Бразерс

Компани» нарушил принятые обязательства и не завершил строительство объекта в оговоренные сроки.

Постановлением Правительства Республики Казахстан № 1036 от 06.11.2007 г. в целях обеспечения стабильности экономики страны утвержден «План первоочередных действий по обеспечению стабильности социально-экономического развития Республики Казахстан», которым разработан механизм завершения объектов строительства с участием дольщиков и защиты прав дольщиков. Его исполнение подлежало обеспечению местными исполнительными органами путем заключения договоров уполномоченными органами с жилищно-строительными кооперативами (ЖСК), созданными гражданами - дольщиками проблемных объектов, при наличии решений судов о взыскании в пользу ЖСК незавершенных объектов жилищного строительства и других активов с недобросовестных застройщиков в счет возмещения задолженности по невыполненным обязательствам.

Во исполнение постановления Правительства акиматом г.Астана принято постановление № 34-713п от 23.06.2008 г. «О создании товарищества с ограниченной ответственностью «АҚҚБ Жаңа құрылыс». Правительством на строительство незавершенных объектов долевого строительства в г.Астане выделено 17,2 млрд. тенге, указанные денежные средства включены в уставной капитал созданного товарищества.

В связи с разработанным механизмом, прокуратурой города Астаны в целях защиты прав и интересов дольщиков ряда незавершенных объектов, объединившихся в ЖСК, в их числе, дольщиков ЖК «Европейский», были инициированы иски о расторжении договоров долевого участия и передаче доли каждого из дольщиков в ЖСК.

Решениями СМЭС г. Астана от 22.09.2008 г. и 18.03.2009 г. иски прокурора удовлетворены в полном объеме, расторгнуты 314 договоров долевого участия в строительстве ЖК «Европейский», в пользу ЖСК «Үміт-2» взысканы взносы дольщиков, в том числе, внесенные истцами по данному делу - Нурмухаметовой А.Г., Сеселкиной Е.И., Таласбаевой Г.А., Жетписбаевой К.А.

Во исполнение судебных решений ЖСК «Үміт-2» передал незавершенный объект ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс», а в августе 2009 г. заключил с истцами договора об участии в завершении строительства, предметом которых явились квартиры на 1 этаже незавершенного строительством ЖК «Европейский».

Согласно ст. 7 ГК РК гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законодательством, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены им, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности.

По делу установлено и не оспаривается сторонами, что ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс» приняло незавершенным строительством объект ЖК «Европейский» для завершения строительных работ. Следовательно, у ответчика возникли обязательства по передаче дольщикам-истцам квартир, обусловленных как договором долевого участия с ТОО «Бразерс Компани», так и договором об участии в завершении строительства с ЖСК «Үміт-2».

Учитывая, что постановлением № 1039 от 06.11.2008 г. обязанность по заключению трехсторонних договоров с ЖСК и каждым членом ЖСК для определения условий передачи квартир застройщика возложена на уполномоченную организацию, каковой в данном случае является ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс», суд обоснованно постановил понудить ответчика заключить трехсторонний договор с ЖСК «Үміт-2» и дольщиками-истцами о передаче квартир, расположенных на 1 этаже ЖК «Европейский».

Доводы ответчика о невозможности предоставления истцам квартир на 1 этаже жилого комплекса по мотивам того, что эти условия предусмотрены договорами долевого участия с недобросовестным застройщиком ТОО «Бразерс Компани», и противоречат утвержденному проекту о размещении на первом этаже здания нежилых офисных помещений, не могут быть приняты во внимание. Как было указано выше, предоставление истцам квартир на 1 этаже возводимого жилого комплекса предусмотрено также договорами об участии в завершении строительства с ЖСК «Үміт-2». А проектно-сметная документация объекта, несмотря на неоднократные запросы суда, ответчиком так и не была представлена, поэтому его доводы в указанной части являются голословными и ничем объективно не подтверждаются.

Не является основанием для отмены решения и утверждение ответчика со ссылкой на постановление Правительства № 1039 от 06.11.2008 г., с внесенными изменениями постановлением № 1271 от 28.08.2009 г., о передаче всех первых этажей проблемных объектов государству для размещения дошкольных мини-центров. Из содержания постановления ясно следует, что обустройство площадей первых этажей завершенных строительством объектов жилищного строительства с участием дольщиков в дошкольные мини-центры производится из числа свободных нежилых площадей, переданных ЖСК уполномоченной организации для последующей передачи в коммунальную собственность. Учитывая, что по условиям договоров долевого участия истцы выкупили и, соответственно, приобрели право получения в собственность жилые помещения, положения названного постановления в указанной части к возникшим правоотношениям не применимо.

Поскольку соответствующие изменения относительно подлежащих передаче дольщикам квартир сторонами в договора не вносились, согласно пояснениям председателя ЖСК «Үміт-2» Агниязова А. выкупленные истцами жилые помещения до настоящего времени никому не распределены, доводы ответчика о предоставлении истцам квартир на других этажах жилого комплекса не могут быть приняты во внимание.

По другим спорам дольщики обращаются с иском о понуждении ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс» заключить договора о строительстве и передаче квартир в связи с отказом по мотивам их иностранного гражданства.

Решением суда удовлетворен иск Кулик С.А. к ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс», третьему лицу ЖСК «Әділет-НС» о понуждении к заключению договора о строительстве и передаче однокомнатной квартиры в ЖК «Байконур».

Установлено, что 13 апреля 2006 г. ТОО «Baykonur Kurylys» и Кулик С. А. заключили договор о долевом участии в строительстве комплекса жилых домов, расположенного по адресу: г. Астана, пр. Б. Момышулы (бывшая 13-ая Магистральная). Выполнение истцом обязательства по финансированию строительства и оплате стоимости квартиры в полном объеме подтверждается платежными документами и ответчиком не оспаривается.

По данному делу в связи с разработанным механизмом, прокуратурой города Астаны в целях защиты прав и интересов дольщиков ряда незавершенных объектов, объединившихся в ЖСК, в их числе, дольщиков ЖК «Байконур», также были инициированы иски о расторжении договоров долевого участия и передаче доли каждого из дольщиков в ЖСК.

Решением СМЭС г. Астаны от 09.09.2008 г. по иску прокурора г. Астаны расторгнуты 34 договора долевого участия с ТОО «Массара» и 205 договоров долевого участия с ТОО «Baykonur Kurylys» в строительстве ЖК «Байконур», в том числе, договор с Кулик С. А. Этим решением в пользу ЖСК «Әділет-НС» взысканы оплаченные денежные средства - с ТОО «Массара» в сумме 191.352.851 тенге, с ТОО «Baykonur Kurylys» в сумме 1.358.066.978 тенге. Постановлено обратиться взыскание на недостроенный объект ЖК «Байконур» в пользу ЖСК «Әділет-НС», обязать ответчиков передать ему проектно-сметную, исполнительскую и разрешительную документацию по данному объекту.

9 октября 2008 г. между ЖСК «Әділет-НС» и новым застройщиком ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс» заключен договор № 001/10/08 о совместной деятельности для завершения строительства ЖК «Байконур», в рамках которого незавершенный объект передан ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс». Следовательно, у ответчика возникли обязательства по передаче истцу-дольщику квартиры, обусловленной договором долевого участия с ТОО «Baykonur Kurylys».

В соответствии с пунктом 4 ст. 399 ГК, если сторона, для которой в соответствии с настоящим Кодексом или иными законодательными актами заключение договора обязательно, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор.

Учитывая, что постановлением № 1039 от 06.11.2008 г. обязанность по заключению трехсторонних договоров с ЖСК и каждым членом ЖСК для определения условий передачи квартир застройщика возложена на уполномоченную организацию, каковой в данном случае является ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс», суд обоснованно постановил понудить ответчика заключить договор с дольщиком Кулик С. А. о передаче квартиры № 105 (старая нумерация) (квартира № 110 по новой нумерации).

Доводы ответчика о невозможности заключения договора с истцом по причине того, что она имеет гражданство другого государства (Российской Федерации), судом обоснованно признаны несостоятельными, поскольку они не основаны на нормах закона.

Согласно пункту 4 ст. 12 Конституции Республики Казахстан иностранцы и лица без гражданства пользуются в Республике правами и свободами, а также

несут обязанности, установленные для граждан, если иное не предусмотрено Конституцией, законами и международными договорами.

В соответствии со ст. 9 Закона РК «О правовом положении иностранцев» иностранцы могут иметь в Республике Казахстан на праве собственности жилище (за исключением, временно пребывающих иностранцев). Иностранцы, постоянно проживающие в Республике Казахстан, пользуются своими имущественными и личными неимущественными правами наравне с гражданами Республики Казахстан.

В данном случае Кулик С. А. имеет вид на жительство в Республике Казахстан, поэтому в соответствии со ст. 23 Закона РК «О миграции населения» является иностранцем, постоянно проживающим в Республике Казахстан.

Ссылка ответчика на подпункт 43 ст. 2 Закона РК «О жилищных отношениях», определяющий понятие жилищного кооператива (жилищно-строительного кооператива) как некоммерческое объединение граждан с целью приобретения (строительства) и эксплуатации жилого дома является необоснованной, поскольку названная норма подразумевает участие в создании ЖК (ЖСК) граждан – физических лиц. В суде председатель ЖСК «Әділет-НС» Куанышбаев М.А. подтвердил, что Кулик С. А. является членом ЖСК, а кооператив готов подписать с ней трехсторонний договор о передаче квартиры.

Не являются основанием для отмены решения и доводы ответчика о разработке рабочей комиссией рекомендаций по решению вопросов, связанных с предоставлением квартир некоторым категориям граждан, в том числе, иностранцам и лицам без гражданства, поскольку какие-либо изменения в связи с этим в постановление Правительства № 1039 не вносились.

Вместе с тем, при обращении с иском иностранных граждан, имеющих статус временно пребывающих иностранцев, суды отказывают в удовлетворении иска.

Вызывает вопрос, насколько это является законным и как обеспечить соблюдение прав истцов-дольщиков, оплативших в полном объеме стоимость жилища по ДДУ.

Возникают споры между дольщиками, заключившими ДДУ на одну и ту же квартиру (перепродажа). В этих случаях суды признают приоритет прав за первым дольщиком, добросовестно исполнившим свои обязательства по внесению доли долевого участия.

Решением суда удовлетворен иск Алимбетовой Б.Т. о признании недействительными договора о долевом участии в строительстве жилого дома № 24 от 20.06.2005 г. на квартиру № 15, между АО «Столичная недвижимость» и Ахатовой Г. Х., договоров передачи квартиры №15 от 16.02.2009 г. и 22.02.2006 г., отмене государственной регистрации и выселении Ахатовой Г. из квартиры №15 дома № 17/1 по ул. Ташенова со всеми проживающими членами семьи.

Установлено, что 28 августа 2004 г. ТОО «Жана Курылыс Трейдинг» и Алимбетова Б.Т. заключили договор о долевом участии в строительстве 96-квартирного 2-х подъездного 12-ти этажного жилого дома, находящегося по адресу: г. Астана, мкр. Молодежный. По его условиям застройщик обязался по

окончании строительства передать участнику двухкомнатную квартиру №15, расположенную в 1 подъезде на 4 этаже жилого дома общей площадью 76,45 кв. м. стоимостью 4.800.295 тенге. Исполнение Алимбетовой Б. обязательства по оплате стоимости квартиры в полном объеме подтверждается платежными документами.

Вступившим в законную силу решением Алматинского районного суда от 18 октября 2006 г. на застройщика ТОО «Жана Курылыс Трейдинг», возложена обязанность, по передаче в собственность Алимбетовой Б.Т. квартиры № 15 площадью 76,45 кв. м. в 96-квартирном 12-ти этажном доме в мкр. Молодежный в качестве ее доли участия в строительстве.

В судебном заседании установлено, что в 2004 году застройщик изменил проект строительства объекта в связи с изменением планировки этажа, подтверждением чему является письмо директора ТОО «Жана Курылыс Трейдинг» Омаркулова Б. от 19.097.04 г. в адрес ТОО «Проектно-строительная компания «ППК» о рассмотрении изменений в проект 96-квартирного жилого дома. Однако об изменении проекта дома застройщик в известность Алимбетову Б. не поставил.

Согласно акту приемки от 18.02.2008 г. в эксплуатацию принят 113-квартирный жилой дом. Из эскизного проекта и плана первого этажа видно, что изменение проекта дома повлекло изменение планировки и нумерации квартир. Так, в первом подъезде на каждом этаже расположено по 5 квартир - четыре 2-х комнатные и одна 1-комнатная, вместо предусмотренных первоначальным проектом четырех 2-х комнатных квартир. Всего в первом подъезде расположено 60 квартир, во втором – 53. Соответственно, двухкомнатная квартира №15, ранее по проекту располагавшаяся на 4 этаже, фактически расположена на 3 этаже.

11 июля 2004 года ТОО «Жана Курылыс Трейдинг» и АО «Столичная недвижимость» заключили договор о совместной деятельности в строительстве административно-жилого комплекса в мкр. Молодежный, в районе дома №2, в рамках которого застройщик выдал партнеру доверенности от 05.08.04 г. и 31.11.04 г. на предоставление эксклюзивного права на продажу всех площадей в строящемся объекте. На основании доверенности от 05.08.04 г. АО «Столичная недвижимость» повторно реализовало двухкомнатную квартиру №15, расположенную по измененному проекту на 3 этаже дома, Ахатовой Г., заключив с ней договор долевого участия № 24 от 20 июня 2005 г.

Признавая данную сделку недействительной по основанию, предусмотренному пунктом 1 ст. 158 ГК, ввиду несоответствия ее содержания требованиям законодательства, суд исходил из того, что застройщик либо уполномоченное им лицо имели право реализовать квартиру №15 в качестве доли в строящемся объекте лишь при расторжении первого договора с Алимбетовой Б.Т.

Заключив сделку с Ахатовой Г., застройщик нарушил условия договора с Алимбетовой Б., поскольку в соответствии с пунктом 3.4 гарантировал ей, что на момент подписания договора и до регистрации права собственности квартира №15 не продана, не сдана в аренду и не отчуждена иными способами.

В свою очередь, Алимбетова Б. согласилась с возможным вхождением новых участников долевого строительства, при условии, что новые договора долевого участия не будут изменять ее прав в отношении ее доли в виде квартиры, размера и условий внесения платежа (пункт 3.7).

Учитывая, что сделка с Ахатовой Г. совершена в результате нарушения застройщиком обязательств по ранее заключенному договору с Алимбетовой Б., не расторгнутого сторонами и не признанного в установленном порядке недействительным, истица имеет приоритет перед последующими покупателями спорной недвижимости, суд удовлетворил ее требования в полном объеме.

В соответствии с пунктом 8 ст. 157 ГК недействительная сделка не влечет юридических последствий и недействительна с момента ее совершения.

Поскольку договор долевого участия от 24.06.2005 г. признан судом недействительным, все последующие сделки в отношении этого имущества, а именно, акт и договор приема-передачи квартиры, также правомерно признаны недействительными, что влечет отмену регистрации права собственности Ахатовой Г.Х. на спорную недвижимость и ее выселение из квартиры со всеми членами семьи.

Судами удовлетворяются иски дольщиков о выселении ответчиков из квартир, составляющих долю долевого участия, при отсутствии сведений о принадлежности им спорных квартир на праве собственности.

Так, судом удовлетворен иск Балтабаевой А.Ш. о выселении Темирова М.К. с членами семьи из двухкомнатной квартиры № 20 в жилом комплексе «Енлик» в г. Астана.

Как следует из материалов дела, по договору долевого участия № от 4 ноября 2005 г. Балтабаева А.Ш. приняла участие в строительстве многоквартирного жилого дома по адресу : г. Астана, пересечение улиц Махтумкули и Рыскулбекова, возле гаражного кооператива «Степной», путем внесения в кассу застройщика ТОО «Жана Курылыс Трейдинг» денежной суммы в размере стоимости жилья 5.351.122 тенге. В свою очередь, застройщик обязался после завершения строительства передать ей по передаточному акту долю в виде двухкомнатной квартиры №20 площадью 65,4 кв. м., расположенной на 4 этаже жилого дома.

Исполнение истцом договорных обязательств по оплате стоимости квартиры подтверждается представленными платежными документами. Между тем, застройщик ТОО «Жана Курылыс Трейдинг», в нарушение требований законодательства, при наличии не расторгнутого с Балтабаевой А. Ш. договора, повторно заключил в отношении квартиры №20 договор долевого участия от 02.03.2006 г. с ТОО «Мега Сервис Плюс». Последнее распорядилось данным жилым помещением в строящемся объекте путем продажи в числе других 9 квартир, Комитету Внутренних войск МВД РК по договору купли-продажи № 73 от 15.03.2006 г.

На основании приказа Комитета Внутренних войск МВД РК от 28.12.2006 г. №383 и договора найма служебного жилья от 28.04.2009 г. спорная квартира выделена ответчику Темирову М.К.

Вступившим в законную силу решением Алматинского районного суда г. Астаны от 02.03.2009 г. по иску Балтабаевой А.Ш. вышеуказанные сделки касательно квартиры №20 и приказ о распределении жилья Темирову М. К. признаны недействительными. В этой связи Балтабаева А.Ш. обратилась в суд с иском о выселении Темирова М.К. и членов его семьи из спорного жилища.

Согласно ст. 271 ГК обязательства возникают из договора, причинения вреда или иных оснований, указанных в статье 7 настоящего Кодекса.

С учетом изложенного, основанием возникновения обязательства может выступать двусторонний договор. Таковым является договор долевого участия № 01/110-С от 04.11.2005 г. между ТОО «Жана Курылыс Трейдинг» и Балтабаевой А. Ш., в соответствии с которым истец по окончании строительства получает по передаточному акту в качестве доли участия в строительстве жилого дома на пересечении улиц Махтумкули и Рыскулбекова в г. Астане (ЖК «Енлик») двухкомнатную квартиру №20 общей площадью 65,4 кв. м.

В соответствии со статьями 260, 264 ГК собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения. Собственник вправе требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения.

Согласно ст. 265 ГК права, предусмотренные статьями 259-264 настоящего Кодекса, принадлежат также лицу, хотя и не являющемуся собственником, но владеющему имуществом по иному основанию, предусмотренному законодательными актами или договором. Это лицо имеет право на защиту его владения также против собственника.

Исходя из содержания вышеназванной нормы, закон обеспечивает защиту не только права собственности и иных вещных прав, но также иного законного (титulyного) владения, в том числе, вытекающего из обязательственного права.

Поскольку право истца на получение и владение жилым помещением основано на договоре долевого участия, признано ответчиком и не оспаривается третьими лицами, а факт незаконного занятия ответчиком спорного жилища в силу принятого судебного решения от 02.03.2009 г. является бесспорным и не подлежит повторному доказыванию, Балтабаева А. Ш. вправе требовать устранения всяких нарушений прав в отношении своего имущества как субъект обязательственных прав в порядке ст. 265 ГК.

Суд не учел, что ее право требования выселения ответчика основано на нормах ст. 14 Закона РК «О долевом участии в жилищном строительстве», предусматривающей возможность передачи доли участнику долевого строительства до ввода дома в эксплуатацию. Тем самым, право на долю в строящемся доме приравнено к праву владения, поэтому к возникшим правоотношениям суду следовало применить нормы закона о защите права собственности (ст. 260 ГК).

Для обеспечения гарантии дольщикам принят Закон «О долевом участии в жилищном строительстве», введенный в действие с 01 января 2007 года. Основные положения данного закона.

В соответствии со ст. 4, 5 Закона РК «О долевом участии в жилищном строительстве» уполномоченный орган:

осуществляет мониторинг деятельности застройщиков по организации долевого участия в жилищном строительстве;

ежеквартально осуществляет проверку соблюдения требований о наличии собственного капитала застройщика на конец отчетного квартала в объеме не менее 12% от привлеченных денег по неисполненным договорам долевого участия в жилищном строительстве;

запрещает и получает необходимые документы в порядке установленном законами РК;

выносит предписание об устранении выявленных нарушений законодательства РК о долевом участии в жилищном строительстве, а также принимает решение о применении к застройщикам принудительных мер;

выдает, приостанавливает действие или лишает в судебном порядке лицензии застройщика на осуществление деятельности по организации строительства жилых зданий за счет привлечения денег дольщиков предусмотренные законодательными актами РК.

Застройщик и дольщик вправе осуществлять страхование своей гражданско-правовой ответственности по отношению к средствам дольщика на условиях, которые определяются соглашением сторон.

Указанный закон предусматривает типовой договор о долевом участии в жилищном строительстве утверждаемый Правительством РК.

В соответствии со ст. 15 указанного закона реклама жилых зданий в целях привлечения денег дольщиков для возведения жилого здания до выдачи разрешения на строительство нулевого цикла не допускается.

Слабым звеном обязательства является дольщик.

А) для экономии денежных средств договора по рассматриваемым делам заключались в получении квартиры в черновом варианте.

Б) как правило, средства дольщиками получены по кредитным договорам с Банком по чрезмерно высоким процентам.

В) нарушение сроков сдачи объекта или в последующем не завершение строительства.

Г) по рассмотренным делам дольщик не застрахован от предпринимательского риска застройщика.

Д) не сданное жилье в срок или не завершенное строительство не является основанием к расторжению кредитных договоров с Банком.

Ж) правовая безграмотность физических лиц, отсутствие надлежащей правовой помощи со стороны юридических фирм коллегии адвокатов.

Правовые отношения сторон по договору в договоре о долевом участии в жилищном строительстве

I. Введение

Обеспечение населения жильём относится, как с экономической, так и с социально-политической точки зрения, к самой важной сфере, требующей определённых правовых норм. Хотя и здесь так же действует принцип свободы договора, однако в области строительства жилья имеют место быть определённые риски, которые должны быть равномерно распределены между договаривающимися сторонами. Если исходить из основного принципа, что инвестор сначала должен воздвигнуть здание и лишь затем продавать квартиры, то он несёт на себе риск окупаемости построенных квартир. Если же инвестор одолжил деньги на строительство у банка, то в данном случае рискует банк, а вдруг заёмщик обанкротится. Если же сначала квартира продаётся, прежде чем её построили, то рискует покупатель квартиры — получит ли он соответствующую услугу за свои деньги.

Вследствие свободы договора на практике образовалось множество различных юридических конструкций. Отправным пунктом всегда является вопрос — от какого имени и за чей счёт будет выстроено здание. Как правило, в случае многоквартирных домов это общество/сообщество, приобретающее от своего имени участок земли, выстраивающее дом и продающее квартиры членам сообщества. Данная конструкция может меняться в том плане, что будущие владельцы квартир объединяются в организацию, приобретают участок земли и строительная компания выстраивает дом. То есть строительная компания получает заказ на строительство дома для приобретателей.

Эти и иные формы практикуются в Германии без специальной законодательной базы на этот счёт. Лишь общественно-правовые вопросы и некоторые аспекты договорных взаимоотношений между сторонами регулируются постановлением правительства. Но в основном для договорных отношений действует ГК ФРГ. В других же странах в данной сфере действуют специальные законные правила/нормы, как например, в России или Австрии.

Перед Казахстаном стоит такая же задача урегулирования касательно специальных правовых правил, поскольку спрос на новые квартиры здесь достаточно высок. Для решения проблемы в июле 2006 года был принят Закон о долевом участии в жилищном строительстве (4) и на его основании в ноябре 2009 года Типовой договор о долевом участии в жилищном строительстве в форме постановления правительства (5). Данные положения содержат с одной стороны публично-правовые положения в форме правил лицензирования. Однако основная задача — это установление частноправовых отношений между сторонами по договору. Ниже я более подробно остановлюсь на этой теме.

II. Стороны договора о долевом участии в жилищном строительстве и их договорные отношения.

1. Казахстанское право

Как упоминалось выше, количество участников строительства не дано свыше, оно зависит от того, каким образом будут распределены различные задачи. В соответствии с казахстанским правом в подобном договоре *о долевом участии в жилищном строительстве* присутствует четыре стороны.

1.1 Застройщик

Его задачи описываются следующим образом: *юридическое лицо, осуществляющее деятельность по организации долевого строительства жилых зданий на земельных участках, принадлежащих ему,... путем учреждения проектной компании для строительства каждого жилого здания за счет привлечения денег дольщиков.*

Из этой дефиниции следует, что хотя Застройщику и принадлежит участок земли на правах собственности либо на иных правах пользования, он, тем не менее, не является лицом, иницирующим от своего имени строительство здания. Он ответственен за организацию строительства. Если эти обязанности перенести на типы договоров по казахстанскому гражданскому кодексу, то согласно этому, отношения в форме договора подряда будут выстраиваться между проектной компанией, застройщиком согласно статье 616 или ст.651 Гражданского кодекса. При этом учитывается и трудовой договор об оплате согласно ст.683 ГК.

Далее касательно личности застройщика, закон устанавливает определённые требования по отношению к минимальному капиталу и к опыту его работы в данной сфере. Однако в законе не установлено обязательное лицензирование для деятельности застройщика.

1.2 Проектная компания.

Её функции описываются следующим образом – проектная компания это *юридическое лицо, более пятидесяти процентов уставного капитала которого сформировано застройщиком, осуществляющее лицензируемую деятельность по организации строительства жилых зданий за счет привлечения денег дольщиков.*

Решающим здесь является тот факт, что согласно ст.7 и ст.14 ГК проектная компания обязана построить здание жилой дом и передать дольщику соответствующую долю в жилом доме. Кроме этого закон не содержит иных данных по проектной компании, что достаточно проблематично, так как нет такой правовой формы, как «проектная компания». Учитываются лишь регулируемые законом формы юридических лиц, предположительно речь в таких случаях идёт о товариществах с ограниченной ответственностью. Законом установлено лишь то, что эта компания должна иметь уставной капитал, в котором доля застройщика составляет минимум 50%. Параллельно с этим проектная компания имеет право, привлекать для строительства здания средства в размере не более 75% от стоимости строительства жилого здания.

При этом важно, что согласно ст.6-1 ГК деятельность проектной компании должна быть лицензирована. Выдача лицензии зависит от различных критериев, которые в первую очередь связаны с проектом.

1.3 Дольщик

Дольщик это физическое или юридическое лицо, которое участвует в строительстве жилых зданий путем внесения денег на текущий счет (депозит дольщика) в банк-агент, предназначенных для дальнейшего перечисления проектной компании. Из этой дефиниции не совсем понятно, с какой целью дольщик должен переводить деньги. Кроме того, из ст.9 следует, что дольщик должен заплатить цену, то есть сумму денег, подлежащих внесению дольщиком на депозит дольщика по договору банковского счета, исходя из расчета за квадратный метр общей площади жилого и (или) нежилого помещений. Решающим является, однако то, что дальнейший перевод денег из банка в проектную компанию должен быть произведён лишь в тот момент, когда дольщик получит свою часть жилого дома. (10) Таким образом, дольщик за свои деньги получает услугу в форме доли в жилом доме. Данная доля составляет собственность на квартиру и общую долевую собственность в общем имуществе жилого дома. (11).

Исполнение платежа особенно важно для таких вопросов, как – какие договорные отношения существуют между дольщиком и проектной компанией.⁷² Выбор самого слова «цена», установление цены на основе площади квартиры и исполнение платежа на момент передачи доли покупателю в соответствии с представленным здесь мнением говорят о том, что речь идёт о договоре купли-продажи. Подобная квалификация договора в свою очередь важна для вопроса, какими правами обладает дольщик, в случае если в квартире обнаружатся недостатки, касающиеся площади квартиры, к примеру, площадь квартиры оказывается меньше зафиксированной в договоре. В подобном случае в Германии предусматривается выплата дольщику материального ущерба. Ущерб будет подтверждён в том случае, если дольщик будет вынужден купить другую квартиру желаемой им площади, но за более высокую цену.

1.4 Банк-агент

В данном случае речь идёт о банке второго уровня, принимающем депозит дольщика. Данные деньги могут быть переведены на счёт проектной компании после того, как дольщик получил свою долю в жилом доме. В промежуточное время банк выдаёт проектной компании кредит в размере выплаченных дольщиком средств.⁽¹²⁾ Для правовой квалификации выплаты решающим является тот факт, на чьё имя записан счёт в банке. В соответствие с буквой закона речь идёт о счёте дольщика. В таком случае отношения между дольщиком и банком-агентом фиксируются в форме обычного договора о вкладе в банк согласно ст.756 казахстанского ГК. В качестве исключения из правил дольщик в данном случае не обладает правом самостоятельного расторжения договора. Это право связано с правом расторжения договора через договор приобретения недвижимости на правах собственности. Кроме того, договор о вкладе в банк считается условно расторгнутым через передачу доли в жилом доме дольщику. С наступлением данного условия банк обязан перевести эту сумму на счёт проектной компании. Так как речь при этом идёт о деньгах дольщика, то это означает выплату дольщика проектной компании.

⁷² Art. 1 7) Gesetz о долевом участии в жилищном строительстве

1.5 Выводы

Если обобщить казахстанские правила, то речь идёт о четырёх лицах. Дольщик платит цену и получает от проектной компании за неё долю в жилом доме. Согласно представленному здесь мнению, речь идёт о договоре купли недвижимости. Цена, однако, выплачивается не прямо, а на счёт в банке. При этом речь идёт о вкладе в банк согласно условиям ГК. Банк переводит деньги на счёт проектной компании, если дольщик получил свою долю в жилом доме. До этого момента банк может предоставить проектной компании кредит. Основатели проектной компании являются так же одними из застройщиков, которые ответственны за организацию строительства здания. На постоянной основе здесь можно говорить о договоре подряда.

2. Правила в других странах

Если сравнивать казахстанское решение вопроса с ситуацией в других странах, то можно установить, что там доминируют иные конструкции. В особенности, что касается создания специальных проектных компаний - это юридически возможно. В соответствии с немецким правом подобная проектная компания будет подчиняться тем же требованиям лицензирования, как и сама строительная компания. Различие, достойное внимания заключается в том, что в Германии лицензирование привязано не к проектам, а к лицам. Определяющий критерий при этом – надёжность того, кто будет осуществлять строительство. Создание же специальных проектных компаний, которые в свою очередь заключают договора со своими же участниками, будет расцениваться как улика об их неблагонадёжности.

В соответствии с этим в Германии покупатель имеет дело не с несколькими партнёрами по договору, а только со строительной компанией. Она обязана самолично построить здание и передать дольщику его частную собственность в форме недвижимости. Затем покупатель выплачивает сумму непосредственно строительной компании, а не на свой собственный счёт.

В России так же посредством соответствующего закона договор ограничивается лишь двумя сторонами – дольщик и застройщик. Согласно ст.3 (2) российского закона застройщик ответственен не только за строительство дома, но и за передачу доли собственности в здании дольщику.

3. О квалификации договора о долевом участии в жилищном строительстве.

Из сказанного выше вырисовывается особенность казахстанского права, когда речь идёт о договоре, в котором принимает участие сразу несколько сторон. При этом возникает вопрос о квалификации подобного договора. Типичная форма многостороннего договора – простое общество согласно ст. 238 ГК. Характерным признаком такого общества является общая, связывающая всех участников договора цель – прибыль. Но в нашем случае такой цели нет, более того, участники договора имеют различные права и обязанности, установленные договором. В особенности цель получить прибыль не преследует дольщик, он хочет получить квартиру.

С другой же стороны статья 278 ГК в общей форме регулирует многосторонний договор. Отсюда можно предположить, что в случае договора

о долевом участии в жилищном строительстве речь идёт о своего рода многостороннем договоре. Но для этого подобный договор должен выполнять общие критерии договора, и этим критерием является обоюдное совпадение волеизъявлений всех участников. **В данном случае сие сомнительно, так как каждый участник преследует свою соответствующую цель. И это говорит о том, что договор о долевом участии в жилищном строительстве нельзя представлять как единый договор, это скорее подбор нескольких двусторонних договоров, собранных в одном документе.**

Подобная интерпретация однако не соответствует статье 13.1 Закона, которая гласит, что *по соглашению застройщика, проектной компании, дольщика и банка-агента условия договора могут быть изменены после его заключения, если договором и (или) дополнительными соглашениями к нему предусмотрены случаи и условия его изменения.* Данную норму можно понять следующим образом – изменения в договоре возможны лишь с согласия всех участников. Однако и подобное толкование весьма сомнительно. Ведь это не разумно, почему застройщик должен иметь право решения в вопросах, касающихся отношений между дольщиком и проектной компанией, либо банк в вопросах между проектной компанией и застройщиком. Более того, данное условие посредством того, что соглашение между участниками зависит от предпосылки согласия третьего лица, которого данный вопрос не касается, нарушает конституционное положение о частной автономии. И потому нашему предположению согласно ст.13 Закона о том, что в данном случае речь идёт о группе двусторонних договоров, ничто не противоречит.

III. Особенности риски, связанные с договором о долевом участии

Приобретение недвижимости для покупателя является не только сделкой, имеющей для последнего огромное значение. Это связано с особенной опасностью, поскольку, как правило, застройщик желает продать квартиру, прежде чем он её построит, этим самым минимизируя свои риски в отношении последующей продажи квартир. Если же квартиры будут проданы прежде, чем они будут построены, то покупатель рискует, будут ли его деньги использованы застройщиком целенаправленно. Для равномерного распределения рисков между сторонами существуют различные механизмы безопасности, о которых ниже пойдёт речь.

1. Риск неполучения публично-правового разрешения.

Любое строительство зданий предполагает наличие официального разрешения на строительство. Отсюда возникает вопрос, имеет ли право застройщик заключать с дольщиком договор, прежде чем он получит разрешение на строительство. Данный вопрос отрицается как немецким, так и казахстанским правом. Согласно казахстанскому праву проектная компания получает лицензию лишь после предъявления разрешения на строительство. В Германии приём денег от покупателя, прежде чем будет выдано разрешение на строительство, является причиной отзыва лицензии у застройщика.

2. Права собственности приобретателя на участок и квартиру.

В Германии, как и в Казахстане, основная правовая конструкция в отношении объекта приобретения идентична. В Казахстане дольщик приобретает общую собственность на жильё согласно ст.209 ГК и частную собственность на квартиру. Данная конструкция соответствует собственности на жильё в немецком праве. Различие заключается лишь во времени, с которого покупатель получает право собственности. В Казахстане дольщик получает это право тогда, когда здание построено. В Германии же покупатель с самого начала имеет частичное право собственности на ещё не застроенный участок земли. По мере развития строительных работ происходит рост ценности этой части, так как на период общих \ внешних строительных работ не возникает никаких иных особых прав. Более того, здесь действует принцип ГК, так называемый *superficies solo cedit*. Это значит, что собственность на землю распространяется на всё, что связано с землёй, то есть здания и незавершённые здания в том числе. Как следует из ст. 117 ГК в Казахстане данный принцип не действует.

Необходимо заметить, что в Германии участок земли не может быть обременён ипотекой либо иным образом.

3. Защита от неправомерного использования заранее выплаченных денег.

Основная проблема подобных договоров – это защита от неправомерного использования застройщиком выплаченных дольщиками денег. В Казахстане было найдено решение данной проблемы, которое практикуется и в других странах: принцип разделения имущественной массы. В Казахстане данная мысль осуществляется следующим образом – для каждого здания, которое должно быть построено, предусматривается проектная компания, имущество которой должно быть использовано лишь для строительства определённого здания. Данный принцип действует и в Германии. Но всё это реализуется на уровне бухгалтерии, для этого не создаётся отдельное юридическое лицо.

Интересна форма, в которой в Казахстане осуществляются выплаты. Дело сводится к тому, что покупатель может оставлять за собой платёж \ взнос до того момента, пока здание не будет выстроено и он не получит свою квартиру. Собственно строительные работы финансируются банковским кредитом. Без сомнения это вполне приемлемый выход. Однако с экономической точки зрения строительство здания облагается налогом, так как за кредит надо платить процентные ставки, которые в конечном итоге выплачивает покупатель.

В Германии проблему предоплаты пытаются решить следующим образом – чётко прописывается, в какой момент и какую сумму от стоимости приобретения застройщик может затребовать от покупателя. Так, в соответствии со ст.3 абзац 2 Процессуального порядка маклеров и застройщиков, застройщик может затребовать 30% от стоимости после начала земельных работ на участке, 40% - после неотделанной постройки (черновое здание), 8% - после возведения крыши и т.д.

4. Гарантия обратной выплаты.

Следующая проблема, возникающая, при такого рода договорах – это ситуация, когда договор расторгается и дольщик требует возврата денег. И так как опасность того, что у застройщика этих денег нет существует, имеет смысл предписать дополнительные гарантии в этом пункте. Немецкое право

в этом смысле строже казахстанского. В Казахстане на этот случай имеется возможность заключить страховой договор.⁷³ Согласно же немецкому праву предписание гарантии \ безопасности носит обязательный характер. При этом у застройщика есть выбор: либо он предоставит поручительство, либо заключит так называемое страхование от убытков, которые могут возникнуть из-за доверия к действительности договора. Подобное страхование защищает и предпринимателя в случае, когда какой-либо из его сотрудников позволяет себе неразрешённое действие в отношении другого лица, в результате чего возникает ущерб.

5. Защита от двойной сделки.

Следующая опасность, с которой может иметь дело дольщик в подобных договорах, это риск того, что застройщик может несколько раз продать доли или собственность на квартиру нескольким покупателям. В Германии правовые нормы, регламентирующие ведение реестров, исключают такой риск. Так как в соответствие с этими правовыми нормами возможно завести реестровый лист на квартиру, прежде чем она будет выстроена. Данный реестровый лист содержит сведения о том, что имеется лицо, претендующее на право собственности на квартиру. И подобная предварительная запись в реестре не позволяет продавать одну и ту же квартиру третьим лицам.

6. Правовые положения, устанавливающие правила оформления определённых сделок.

Следующее, достойное внимания, различие между немецким и казахстанским правом заключается в том, что подобный договор согласно казахстанскому праву должен быть заключён в письменной форме. А ГК Германии требует от каждого покупателя недвижимости нотариального заверения приобретения.

7. Защита потребителей.

В заключение необходимо затронуть вопрос, касающийся следующего – не следует ли путём специальных предписаний о защите прав потребителя дополнительно защитить дольщика. Интересной в этом смысле является статья 13 Закона, которая гласит:

1-1. Дольщик вправе досрочно расторгнуть договор о долевом участии в жилищном строительстве и истребовать сумму депозита дольщика в течение тридцати календарных дней с момента заключения договора банковского счета.

Подобное право действует в Германии и в Европе также с целью защиты потребителя, по крайней мере, в случаях кредитных договоров, но только если они не заверены нотариально. Решающим является срок в две недели и вопрос, каким образом потребитель узнает о своем праве на отзыв («аннулирование»). Европейское право гласит: срок наступает лишь с того момента, когда предприниматель надлежащим образом разъяснил потребителю о его праве отзыва.

73 § 3 (3) Makler und Bauträger VO

Некоторые вопросы правового регулирования долевого участия в жилищном строительстве

В настоящее время одним из распространенных оснований приобретения жилища в собственность гражданами является долевое участие в жилищном строительстве. Основанием возникновения отношений по долевному участию в жилищном строительстве является договор долевого участия в жилищном строительстве. В юридической литературе существует дискуссия по вопросу о правовой природе названного договора. Как известно, правовая регламентация отношений по долевному участию в жилищном строительстве нашла отражение в действующем законодательстве с принятием Закона РК от 7 июля 2006 «О долевого участия в жилищном строительстве»⁷⁴, который был призван регулировать уже существовавшие на тот момент отношения долевого участия в строительстве, восполнив, таким образом, пробелы в нормативном регулировании указанных общественных отношений.

Не согласимся с утверждениями некоторых авторов о том, что отношения по долевному участию в жилищном строительстве появились совсем недавно. Анализ действовавшего ранее жилищного законодательства позволяет прийти к совершенно противоположному выводу. В частности, еще в Жилищном кодексе РСФСР от 24 июня 1983 года в ст. 30 встречается прямое указание на то, что предприятия, учреждения и организации могут принимать долевое участие в жилищном строительстве с последующим предоставлением жилых помещений нуждающимся в жилье гражданам. Далее упоминание на возможность заключения подобных договоров можно было встретить и в Жилищном кодексе Республики Казахстан от 1 июля 1992 года⁷⁵. Так, ст. 32 ЖК РК устанавливала, что «учет нуждающихся в улучшении жилищных условий граждан, работающих на предприятиях, в учреждениях, организациях, имеющих жилищный фонд и ведущих жилищное строительство или *принимающих долевое участие в жилищном строительстве*, осуществляется по месту работы, а по их желанию - также и по месту жительства. П.6 ст. 47 ЖК РК в качестве одного из видов договорных обязательств по предоставлению жилых помещений указывал договор *о предоставлении жилого помещения лицу, участвующему собственными средствами в финансировании строительства дома*. Последняя норма перекечевала в ст. 115 Закона РК от 16 апреля 1997 года «О жилищных отношениях».

Таким образом, отношения по долевному участию в жилищном строительстве не являются совершенно новыми для нашего законодательства. Однако, несомненно, наибольшая активность заключенных договоров

74 Закон Республики Казахстан от 7 июля 2006 года «О долевого участия в жилищном строительстве» // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2006 г., № 16, ст. 101; 2007 г., № 2, ст. 18

75 Жилищный кодекс Республики Казахстан от 1 июля 1992 года № 1473-XII (утратил силу в соответствии с Законом РК от 16 апреля 1997 года № 95-1).

пришлась на начало 2000 годов. Для многих эти отношения принесли не тот результат, которого они ожидали, заключая указанные договоры. Связано это, конечно же с отсутствием в то время их детальной регламентации на законодательном уровне.

Действующий Закон РК «О долевом участии в жилищном строительстве» за небольшой отрезок своего существования успел претерпеть существенные изменения. Связано это с попыткой законодателя найти баланс между интересами сторон договора долевого участия в жилищном строительстве, ведь, как известно, гражданин, вложивший свои денежные средства в строительство жилого дома, - это заведомо слабая сторона договора, и именно поэтому цель законодателя – принять превентивные меры и найти нужные правовые рычаги для надлежащего исполнения обязательств застройщиком и проектной компанией принятых на себя обязательств.

Хотелось бы отметить тот факт, что в период отсутствия законодательного регулирования, не было единого мнения относительно квалификации договорных отношений, основанных на долевом участии в жилищном строительстве. В юридической литературе по данному вопросу существует несколько точек зрения. В частности, были высказаны следующие мнения: рассматриваемый договор относится к договорам о совместной деятельности; он является договором строительного подряда либо его разновидностью; это договор купли-продажи недвижимости; договор купли-продажи с рассрочкой платежа; предварительный договор по отношению к будущему договору купли-продажи жилья; инвестиционный договор; смешанный договор, содержащий элементы нескольких договоров; это новая договорная конструкция, не противоречащая действующему законодательству и потому имеющая право на существование в силу п. 2 ст. 380 ГК РК.

Не останавливаясь на анализе сходных и отличительных черт договора долевого участия в жилищном строительстве и указанных выше смежных договорных институтов, отметим, что на сегодняшний день можно с уверенностью утверждать, что он является самостоятельной договорной конструкцией со своим специфичным предметом, содержанием, ответственностью, и, наконец, самостоятельной нормативно-правовой базой.

Таким образом, как точно подметил М.И. Брагинский: «Поскольку в ГК такие договоры не были выделены, при отсутствии специальных законодательных актов на этот счет возникла необходимость либо признать соответствующие договоры разновидностью выделенных в ГК договоров или отнести их к числу непоименованных договоров, считая их тем самым договорами *sui generis*»⁷⁶.

Считаем, что нормы о договоре долевого участия в жилищном строительстве необходимо включить в отдельную главу особенной части Гражданского кодекса Республики Казахстан, придав, таким образом, особую значимость указанной договорной конструкции, и, наконец, разрешив дискуссию о правовой природе указанного договора. Ведь, как известно, некоторые договоры, такие как перевозка, факторинг, франчайзинг и другие в свое

⁷⁶ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 5. В 2 т. Т. 1: Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. М., 2006. С.690

время не были предусмотрены Гражданским кодексом, но теперь нашли свое достойное место в нем. Предлагаем подобную судьбу и для рассматриваемого договора долевого участия в строительстве.

Как известно, 4 мая 2010 года был принят Закон РК № 274-IV «О защите прав потребителей»⁷⁷, который определяет правовые, экономические и социальные основы защиты прав потребителей, а также меры по обеспечению потребителей безопасными и качественными товарами (работами, услугами).

В связи с указанным, возникает вопрос, распространяется ли Закон РК «О защите прав потребителей» на отношения, возникающие из договора долевого участия в жилищном строительстве, стороной которого выступает гражданин? Ответ кроется в определении понятия «потребитель», которое дается в Законе о защите прав потребителей.

Так, согласно п. 15) ст. 1 указанного Закона *потребителем* может быть физическое лицо, имеющее намерение заказать или приобрести либо заказывающее, приобретающее и (или) использующее товар (работу, услугу) для удовлетворения своих потребностей. Следовательно, особый статус потребителя в соответствии с указанным определением проявляется посредством целевой направленности заключаемых договоров, а именно, приобретаемый товар, работа или услуга должны быть направлены на удовлетворение личных потребностей граждан, не связанных с извлечением прибыли. Находясь в подобном положении, потребитель выступает в качестве слабой стороны договора, поэтому защита его прав, в первую очередь, нуждается в правовой регламентации на законодательном уровне. Соответственно, напрашивается вывод, что в случаях, когда гражданин намеревается приобрести жилое помещение по договору долевого участия в жилищном строительстве для проживания в нем, то в случае нарушения его прав, вытекающих из договора, он может обратиться в суд за защитой нарушенных прав, ссылаясь при этом также и на нормы Закона о защите прав потребителей.

Однако, как видно из вышеуказанного определения, физическое лицо выступает потребителем трех элементов: товаров, работ и услуг. В статье 1 Закона «О защите прав потребителей» впервые дается определение товарам, работам и услугам:

- *товар* - продукт деятельности изготовителя (исполнителя), предназначенный для реализации (п. 11);
- *работа* - деятельность, направленная на удовлетворение потребностей потребителей, результаты которой имеют материальное выражение (п. 3);
- *услуга* - деятельность, направленная на удовлетворение потребностей потребителей, результаты которой не имеют материального выражения (п. 6);

Это значит, что законодательством о защите прав потребителей не регулируются отношения, вытекающие из гражданско-правовых договоров,

⁷⁷ Закон Республики Казахстан от 4 мая 2010 года № 274-IV «О защите прав потребителей» // "Казахстанская правда" от 18.05.2010 г., № 123 (26184); "Егемен Қазақстан" 2010 жылғы 18 мамырдағы № 189-191 (26037); САПП Республики Казахстан, 2010 г., № 9 (2562), ст. 43

не связанных с приобретением товаров, выполнением работ, оказанием услуг. Как же быть тогда с теми договорами, которые не подпадают под определения «товар», «работа», «услуга», указанных в ст. 1 Закона о защите прав потребителей, как, например, договоры имущественного найма (аренды), найма жилища, долевого участия в жилищном строительстве, в которых граждане несомненно выступают слабой стороной в договоре. Ведь, как известно, в гражданском праве существуют также и такие договоры, которые невозможно подвести под три вышеуказанные дефиниции, существуют смешанные договоры, содержащие элементы нескольких договоров, не всегда предусматривающих намерение заказать или приобрести товар (работу, услугу).

Таким образом, считаем, что Закон о защите прав потребителей несправедливо сужает круг отношений, подпадающих под сферу его регулирования. В то время, как договорные отношения долевого участия в жилищном строительстве, сторонами которых выступают граждане, приобретающие одну квартиру для личного в нем проживания, несомненно должны иметь возможность защитить свои права будучи потребителями того продукта, который должен быть им предоставлен по заключенному договору. Для достижения указанной цели, считаем, что необходимо внести изменения в Закон о защите прав потребителей и расширить сферу его действия, а также внести дополнения в Закон о долевом участии в жилищном строительстве и прямо предусмотреть в нем возможность применения законодательства о защите прав потребителей для защиты прав тех граждан, которые намереваются в будущем проживать в построенном застройщиком жилком помещении.

А. Т. Шайхина,

адвокат, член коллегии адвокатов г.Астаны

Правовое регулирование защиты прав участников долевого строительства

Разрешение проблем участников долевого строительства, поднятых и поддерживаемых Главой государства Н. Назарбаевым, возможно только путем судебного регулирования. Обеспечение точного и неуклонного соблюдения законности при защите прав граждан, пострадавших вследствие преступных действий застройщиков возложено на правоохранительные органы и суд.

По указанию Президента страны Правительством Республики Казахстан принято Постановление №601 от 20 июня 2008 года о выделении из резерва Правительства- 17, 2 млрд. тенге для окончания строительства ряда проблемных объектов города Астаны. Постановлением Акимата города Астаны от 23 июня 2008 года №34-712 при ГУ «Управление строительства города Астаны» образовано ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс». Сумма, выделенная из резерва Правительства, поступила в уставный капитал данного предприятия. С целью истребования объектов от застройщиков Акиматом города Астаны

дольщикам было рекомендовано создать жилищно-строительные кооперативы, которые бы выступали от имени дольщиков и в их интересах.

Организационно-правовая форма в виде ЖСК действительно является единственно приемлемой для претворения в жизнь программы Правительства, поскольку подразумевает объединение граждан для достижения единой цели-реализация прав на жилище. Создание и деятельность ЖСК регулируется ст. 108 Гражданского кодекса. Законом РК «О потребительском кооперативе», Законом РК «О жилищных отношениях», согласно которым граждане вправе на основе членства и объединения своих имущественных (паевых) взносов создать ЖСК.

В отличие от жилищных кооперативов, в функции которого входит лишь эксплуатация жилья, ЖСК законодательством разрешено строительство. Кроме того, в соответствии со ст. 55 Закона Республики Казахстан «О жилищных отношениях» прямо предусмотрена возможность ЖСК получать в установленном законодательством порядке денежные ссуды и иную материальную помощь от государства, а также получать кредиты на общих основаниях. Такая организационно-правовая форма позволяет принимать адресную финансовую помощь со стороны государства непосредственно самим ЖСК. В этом случае представляется излишним создание дополнительного звена в виде ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс», что естественно потребует дополнительных затрат из выделенных средств на содержание этой структуры. Учитывая то, что размер помощи государства фиксирован, то в эту сумму не могли быть включены дополнительные расходы, помимо средств, необходимых непосредственно для завершения строительства проблемных объектов.

По указанию Президента страны в целях реализации программы Правительства по вопросам помощи обманутым дольщикам возникла острая необходимость скорейшего и оперативного решения вопроса о передаче объектов для завершения строительства. Для решения этой задачи были привлечены органы прокуратуры и суда, которые призваны обеспечить строгое соблюдение законности, не допуская нарушения прав и интересов как дольщиков, так и других лиц.

С этой целью в суд предъявлены иски прокурором. При этом исковые требования заключались в расторжении договоров долевого участия и взыскании внесенных дольщиками денежных сумм в пользу ЖСК. В связи с отсутствием денежных средств у компаний застройщиков судами взыскание обращено на имущество должников, куда вошли незавершенные строительством объекты жилищного строительства.

Предъявление и разрешение требований в таком аспекте, на наш взгляд представляется не совсем правильным, так как законом предусмотрен определенный порядок изменения и расторжения договора, а именно:

1. Требование об изменении и расторжении договора может быть заявлено в суд только при получении отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законодательством либо договором, а при его отсутствии – в тридцатидневный срок. При несоблюдении установленного законодательством для данной категории дел порядка предварительного

досудебного разрешения спора, если возможность применения этого порядка не утрачена, суд возвращает исковое заявление.

2. Правовая природа и последствия расторжения договора четко определены законодательством. В соответствии со ст. 403 ГК РК при расторжении договора обязательства сторон прекращаются. Это означает, что участник долевого строительства, расторгнувший договор долевого участия, тем самым однозначно выражает свое намерение об отказе от своих прав на квартиру в доме, выстроенном с привлечением его средств, а застройщик, в свою очередь, освобождается от обязанности передать квартиру участнику после завершения строительства. При этом у дольщика возникает лишь право требовать возвращения, внесенных им денежных средств, а также возмещения убытков, причиненных расторжением договора. В случае отсутствия у должника денежных сумм, законодательством допускается обращение взыскания на принадлежащее должнику имущество.

При этом обращение взыскания на имущество должника -строительной компании может быть осуществлено только лишь при определенных условиях: это имущество должно принадлежать единолично должнику на праве собственности, это имущество должно быть оценено в установленном порядке, взыскание на имущество должника обращается в том размере, который необходим для удовлетворения требований кредитора. Поэтому с учетом существа исковых требований и изложенных выше положений закона, обращение взыскания на незавершенные строительством объекты жилищного строительства полностью исключено, так как, с одной стороны, дольщики, расторгнувшие договор долевого участия, не могут претендовать на жилище, которое им передается в незавершенном виде, с другой стороны – незавершенный строительством объект, созданный в результате совместной деятельности участников долевого строительства и застройщика, является их общей долевой собственностью, что прямо предусмотрено ст. 230 ГК РК, соответственно, при передаче этого объекта дольщикам, расторгнувшим договор долевого участия, затрагиваются права дольщиков, сохранивших отношения с застройщиком по договору долевого участия, а также самого застройщика, имеющего свою долю в строительстве. Следует принимать во внимание, что доли участников долевого строительства, в соответствии с условиями договора, не могут быть отчуждены никаким способом в собственность других лиц. На эти доли ни в коем случае не может быть обращено взыскание по обязательствам застройщика. На деле же получилось, что в собственность ЖСК решениями судов были переданы жилые комплексы, на строительство которых привлекались средства граждан, не расторгнувших договоры долевого участия, граждан, внесших денежные средства для строительства нежилых помещений, а также средства юридических лиц, не являющихся членами ЖСК.

Более того, эти объекты, а также земельные участки под ними, как правило, находятся в залоге у банков, что также немаловажно, поскольку права залогодержателей в данном случае также могут быть нарушены.

Самый важный момент – это то, что объекты должны быть предварительно оценены. Состоявшимися решениями судов незавершенные строительством

объекты переданы в собственность ЖСК без предварительной оценки с грубым нарушением положений закона, который четко и однозначно предписывает, что при присуждении имущества в натуре суд указывает в решении его индивидуально-определенные признаки и стоимость.

В результате принятых судебных решений наряду с изложенными мы видим нарушение имущественных прав дольщиков также и в том, что имущество без предварительной оценки передано в собственность ЖСК без достаточных оснований, так как ЖСК не состоит ни в каких правовых отношениях с компанией-застройщиком, а также не получил от дольщиков права требования имущества в свою пользу. Это на деле привело к тому, что ЖСК, созданные как правило несколькими гражданами, стали в результате принятого судом решения, собственниками незавершенных объектов долевого строительства, а дольщики, не узаконившие надлежащим образом членство и внесение имущественного пая в кооперативе, вследствие расторжения договора долевого участия и передачи всех прав на имущество ЖСК, полностью лишены гарантированной возможности осуществления своего права на получение квартиры после завершения строительства объектов. Такое положение сложилось во всех ЖСК, образованных по городу Астане. Представляется совершенно правильным то, что дольщики должны быть включены в состав учредителей ЖСК, им вручаются соответствующие документы, подтверждающие как членство в ЖСК, так и факт внесения ими паевого взноса, а также с ними должен заключаться договор о передаче доли в распоряжение ЖСК на период завершения строительства с последующей передачей члену кооператива предусмотренной договором долевого участия квартиры.

В связи с тем, что все проблемные объекты переданы в собственность образованных ЖСК, возникают проблемы с включением в состав ЖСК тех дольщиков, которые не вошли в свое время в состав жилищно-строительных кооперативов. Представляется наиболее правильным рекомендовать указанным лицам в судебном порядке признать за собой право на долю в незавершенных объектах, перешедших в собственность ЖСК от застройщика на основании уже состоявшегося решения суда, а затем эту долю передать в качестве паевого взноса в ЖСК.

В целях реализации программы решения проблем участников долевого строительства необходимо принимать меры к тому, чтобы все без исключения дольщики проблемных объектов вступили в ЖСК в качестве его учредителей и этот факт следует зарегистрировать в органах юстиции. Важно, чтобы каждый член ЖСК имел на руках документ, подтверждающий это обстоятельство. Это должно быть свидетельство установленного образца, а также протокол общего собрания ЖСК.

Порядок формирования паевого фонда ЖСК также должен быть регламентирован Уставом ЖСК или решением общего собрания. При этом внесение паевого взноса может происходить двумя способами: первый, это в момент вступления в ЖСК и в этом случае передаваться будет право на долю, основанное на договоре долевого участия. При этом ЖСК передается право требования выдела доли от застройщика, по договору долевого участия; второй,

это когда участникам долевого строительства передается доля, выделенная решением суда по его самостоятельному иску. В этой связи рекомендуется состоявшиеся решения судов о расторжении договоров долевого участия и взыскании внесенных дольщиками денежных средств расценивать как доказательство того, что указанные в решении суда лица, полностью внесли свой паевой взнос за квартиры.

В связи с тем, что передача объектов вследствие расторжения договора долевого участия приводит к изложенным выше нарушениям норм действующего законодательства и ущемляет права дольщиков, не включенных в состав истцов, на наш взгляд целесообразно было бы предъявлять иски об определении и истребовании доли в общей долевой собственности в натуре. Однако, в связи с тем, что объекты не завершены строительством, квартиры как таковые не готовы, то в качестве доли следует понимать часть целого, пропорциональную внесенному вкладу. После чего эти доли объединяются в имущественный (паевой) фонд ЖСК. В связи с этим переход права от застройщика к ЖСК возможен только при условии 100% формирования имущественного фонда, то есть реального участия всех обманутых дольщиков в данном ЖСК. Состав членов ЖСК может быть сформирован на основании сведений, имеющихся у застройщиков. В любом случае истребование доли от компании-застройщика возможно только в судебном порядке с последующим внесением этой доли в ЖСК в качестве паевого взноса.

Однако такой подход также представляется спорным, так как согласно действующего законодательства, членами ЖСК не могут быть юридические лица, а также в связи с тем, что выделенные государством денежные средства могут быть направлены только лишь на завершение строительства жилья, тогда как в объектах долевого строительства также присутствует доля нежилых помещений. Поэтому объединение дольщиков в форме жилищно-строительных кооперативов на наш взгляд является не совсем правильным, в связи с чем заслуживает внимание мнение о том, что участие в долевом строительстве представляет собой такую организационно-правовую форму, как простое товарищество, создание и деятельность которого регулируются главой 12 ГК РФ.

Поэтому, на наш взгляд, все эти вопросы следовало разрешать в рамках уголовного процесса, так как параллельно с защитой имущественных прав обманутых дольщиков в гражданском процессе, в отношении руководителей и учредителей компаний-застройщиков возбуждены и расследуются уголовные дела. Следствием устанавливаются размеры хищения, средств, отвлеченных от строительства, а также средств, использованных при строительстве объектов. Последняя цифра должна приниматься во внимание в качестве оценки объекта при его передаче дольщикам. При этом в затраты нельзя включать те расходы, которые по договорам долевого участия входят в обязанность застройщика. Из этого следует, что в стоимость передаваемых объектов могут войти только затраты на высвобождение земельного участка под объектом, а также стоимость использованных строительных материалов. В рамках уголовного процесса устанавливаются суммы хищения средств, которые и составляют сумму средств, недостающую для завершения объекта. Именно в этих

размерах и должна определяться сумма выделенных государством денежных средств, направленных для завершения строительства объектов. Только в уголовном процессе потерпевшие-дольщики могут воспользоваться правом предъявления гражданского иска на сумму причиненного им имущественного ущерба и обратиться взыскание на объект строительства, как возведенный на средства участников долевого строительства.

Такое решение проблемы представляется наиболее правильным в свете указаний Главы государства, которым была поставлена конкретная задача: установить виновных в нарушении прав дольщиков, наказать их, и законным путем отобрать и передать обманутым дольщикам незавершенные объекты. Завершение же строительства в таком случае происходит с привлечением средств, выделенных Государством для этих целей в определенном размере на каждый объект в отдельности. При этом затраты должны быть строго фиксированными, чтобы не допустить необоснованных затрат, отвлечения этих средств не на цели строительства, исключить возможные злоупотребления.

В настоящее время мы столкнулись с такими вопросами, как защита прав дольщиков, внесших денежные средства на строительство двух и более квартир, офисных помещений, юридических лиц, также участвующих в долевом строительстве. Указанные лица лишены возможности получить свои площади в соответствии с Постановлением Правительства РК от 01 апреля 2010 года № 227. Полагаю такое положение не соответствующее действующему законодательству, поскольку оно входит в явное противоречие с состоявшимися судебными решениями, которыми объекты переданы в собственность ЖСК, а последние, в свою очередь, передали их для завершения строительства ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс». Никаких других полномочий, кроме строительства, указанному ТОО не предоставлялось. Поэтому совершенно непонятно требование о заключении трехсторонних договоров с участием дольщика, ЖСК и ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс», если с последним непосредственно дольщики в силу состоявшегося судебного решения, не вступили и не могли вступить в гражданские правоотношения. На наш взгляд, объект после завершения строительства, должен быть возвращен ЖСК, который в соответствии с действующим законодательством единственный полномочен распределить квартиры и нежилые помещения между своими членами в соответствии с внесенными паевыми взносами. Постановление Правительства № 277 не может применяться в отношении членов ЖСК, которые полностью внесли свой паевой взнос путем передачи своей доли в ЖСК. Это обстоятельство дает право бывшим дольщикам, а ныне –членам ЖСК, в соответствии с п.4 ст. 235 ГК РК требовать признания права собственности на указанное имущество. В этой связи представляется наиболее правильным жилищно-строительным кооперативам инициировать иски о передаче выстроенных объектов от ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс» к ЖСК для передачи дольщикам, за исключением тех площадей, на которые отсутствуют договоры долевого участия, т.е. свободные площади, которые передаются государству в качестве частичного возмещения понесенных затрат, как предусмотрено договорами между ЖСК И ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс».

Судебная практика применения закона о долевом участии в жилищном строительстве

Как было сказано предыдущими моими коллегами, судебная практика по вопросам долевого строительства уже сформировалась.

Наиболее распространенными исками являются требования о взыскании неустойки ввиду нарушения застройщиком сроков исполнения условий договора, а также иски об обязанности заключения трехсторонних договоров с ЖСК и ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс» в отношении вторых, третьих и т.д.. квартир. При рассмотрении гражданских дел о взыскании неустойки в связи с нарушением условий договора, суд исходит, прежде всего, из самого договора.

Так, гр. И. обратился с иском к застройщику о взыскании неустойки, мотивируя тем, что он по договору долевого строительства выполнил все условия, то есть произвел оплату за квартиру, однако ответчиком обязательства по передаче квартиры не выполнены. На основании договора за нарушение сроков передачи квартиры предусмотрена неустойка в размере 1% от суммы, уплаченной дольщиком по договору за каждый день просрочки, но не более определенной суммы.

Суд отказал во взыскании неустойки, апелляционная инстанция согласилась с мнением суда 1 инстанции, поскольку невыполнение застройщиком обязательств по своевременной передаче квартиры истцу вызвано невозможностью подключения построенного уже дома к городским сетям канализации по причине задержки управлением коммунального хозяйства ввода в эксплуатацию городских сетей водопровода и канализации для многоквартирного жилого дома, то есть по вине третьих лиц.

Строительство сетей водопровода и канализаций является проектом городского масштаба, срок сдачи которого нарушен по независящим от застройщика обстоятельствам.

Суд также сослался на ст.14 Закона «О долевом участии в жилищном строительстве», которым предусмотрено, что передача дольщику его доли осуществляется застройщиком не ранее получения им разрешения на ввод в эксплуатацию жилого здания. Акт ввода в эксплуатацию не был утвержден, поэтому и застройщик не имел права передавать квартиру дольщику.

В некоторых случаях суд только снижает размер неустойки, взыскиваемый за несвоевременную передачу квартиры со ссылкой на ст.. 297 ГК РК, согласно которой если подлежащая уплате неустойка (штраф, пеня) чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора, суд вправе уменьшить неустойку (штраф, пеню), учитывая степень выполнения обязательства должником и заслуживающие внимания интересы должника и кредитора.

Так, истец обратился в суд с иском к АО «TAMIZ INVEST GROUP» о взыскании неустойки в размере 4 831 480 тенге.

В обоснование иска в исковом заявлении указано, что между истцом и ответчиком был заключен договор долевого участия от 18 июля 2007г.,

по которому истец обязался оплатить до 23 июля 2007г. за однокомнатную квартиру 7 584 740 тенге, а ответчик обязался построить жилое здание «Алтын Раид» и передать истцу по передаточному акту не позднее сентября 2008 года однокомнатную квартиру. Он свои обязательства выполнил своевременно и в полном объеме, а ответчик на протяжении длительного времени свои обязательства не исполняет. Согласно п. 41 Договора в случае нарушения Застройщиком даты передачи Дольщику его доли (жилища) в построенном жилом здании, Застройщик уплачивает Дольщику неустойку (пеню) в размере 0,1% от суммы, уплаченной дольщиком по договору, за каждый день просрочки.

Но суд удовлетворил иск частично, при этом учел обстоятельства, свидетельствующие о степени выполнения обязательства ответчиком, учесть интересы истца, который ожидает передачи ему квартиры, и ответчика, который пытается завершить строительство и передать дольщикам квартиры, в том числе и истцу его квартиру, и то, что если ответчик каждому дольщику вынужден будет уплачивать неустойку в таком большом размере (более 60% от стоимости квартиры), то будет проблематичным завершить строительные работы и ввести дом в эксплуатацию по причине недостатка финансовых средств.

Но, вы знаете, что на сегодня имеется Постановление Правительства РК от 6 ноября 2007 г. №1039 принятое в целях обеспечения стабильности социально-экономического развития РК, в частности, на ипотечном рынке страны, защиты прав дольщиков и завершения объектов строительства. Этим Постановлением разработан План первоочередных действий. Этот План касается в основном тех строительных компаний, которые не имеют ресурсы и вызывающих сомнения в возможности завершения строительства, то есть компании, где руководители сбежали, осуждены и т.д.

1 апреля 2010г было принято дополнительно Постановление Правительства № 277, которым в одни руки передается не более одной квартиры. Но оказалось, что есть у нас много граждан, которые заключали договора на свое имя на две и более квартиры, они все пошли в суд, поскольку с ними ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс» заключил договора на передачу только одной квартиры.

Правда, мы решения по таким делам не выносили, но полагаем, что в каждом конкретном случае необходимо разбираться, и выяснять при каких обстоятельствах, почему заключались договора на одно лицо.

Но имели место в суде иски, когда ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс» отказывал в заключении договоров и на одну квартиру, ссылаясь на то, что дольщик является гражданином другого государства, хотя это лицо имеет вид на жительство.

Исковые требования были удовлетворены. При этом суд мотивировал свое решение тем, что в соответствии с Законом «О правовом положении иностранцев» иностранцы могут иметь в РК на праве собственности жилище (за исключением временно пребывающих иностранцев). Иностранцы, постоянно проживающие в РК пользуются всеми имущественными и личными неимущественными правами наравне с гражданами РК. Гр.Г. является гражданской РФ, но имеет вид на жительство в РК, то есть в соответствии со ст.23 Закона «О миграции населения» является иностранцем, постоянно проживающим на территории РК.

Такие иски у нас были, но в каждом случае выяснялся вопрос, является дольщик иностранцем, постоянно проживающим на территории Казахстана или временно, поскольку именно государство за свой счет достраивала дома, не построенные недобросовестными застройщиками. (гр.дело Шульпиной).

Другое дело, рассмотренное в нашем суде.

Гр.С. обратилась в суд с иском о понуждении заключения договора между ней, ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс» и ЖСК «Адилет-НС» на передачу двухуровневой квартиры в ЖК «Байконур», поскольку ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс» в заключении такого договора отказал, ссылаясь на Постановление Правительства №1039, что на две квартиры два кадастровых номера. Суд удовлетворил требования истца, при этом мотивировал тем, что хоть и были заключены два договора на 2 однокомнатные квартиры, но волеизъявление истца было направлено на покупку одной двухуровневой квартиры, этот вопрос застройщиком был согласован с проектировщиками и были приняты меры по перепланировке, было сделано между этажами отверстие для устройства лестницы, прежний застройщик предусмотрел усиление арматурой перекрытия между этажами, так как перекрытие является несущей конструкцией, влияющей на прочность всего здания, была установлена единая схема электропроводки, внутриквартирного водоснабжения.

Суд посчитал, что квартира истца, как одна квартира –дуплекс, не подпадает под запрет, предусмотренный Постановлением Правительства, обязал заключить трехсторонний договор.

Кроме того, как мы все знаем, договора долевого участия заключались не только с целью приобретения жилых помещений, но и нежилых, находящихся на первых этажах зданий.

В заключение трехстороннего договора и передаче нежилых помещений дольщикам ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс» отказывает, в связи с тем, что Постановлением Правительства нежилые помещения первых этажей будут обустроены в дошкольные мини-центры, для последующей передачи в коммунальную собственность.

С исками об обязанности ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс» заключить с ними договора о передаче нежилых помещений обращаются в суд. При этом истцы ссылаются на ст.235 ГК указывая, что они являются собственниками офисных помещений, как члены кооператива, полностью уплатившие свой взнос.

Но суды отказывают в связи с тем, что право собственности на вновь создаваемое недвижимое имущество всегда возникает с момента государственной регистрации, это закреплено в п. 1 ст. 118 ГК, где указано, что право собственности и другие права на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации.

В соответствии с п.3 ст.236 ГК, в случаях, когда недвижимое имущество подлежит государственной регистрации, право собственности на него возникает с момента такой регистрации.

Из изложенного следует, что право собственности у заявителей на офисные помещения не возникло, так как данные помещения не зарегистрированы в уполномоченном органе.

Кроме того, суды отказывают, в связи с тем, что имеется Постановление Правительства, согласно которому о том, что нежилые помещения первых этажей, переданные ЖСК уполномоченной организации, то есть в данном случае ТОО «АҚҚБ Жаңа-Құрылыс», будут обустроены за счет целевых трансфертов на развитие, выделенных из республиканского бюджета акиматам, в дошкольные мини-центры, для последующей передачи в коммунальную собственность.

Постановлением Правительства определены жилые комплексы, первые этажи которых будут переданы в коммунальную собственность под мини-центры.

При разрешении споров, возникающих по долевому строительству, судьи, как правило, исходили из наименования договоров, никак не оценивая правовую природу таких договоров, ссылаясь на ст.378 ГК, которым предусмотрено, что граждане свободны в заключении договора и в определений их условий, на ст.272, 277 ГК, в соответствии с которым указывается, что обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства. И в зависимости от условий договора разрешают спор.

Между тем, в некоторых исковых заявлениях истцы при обращении в суд в связи с нарушением договорных обязательств ссылаются на закон РК «О защите прав потребителей», просят взыскать неустойку и моральный вред и т.д., при этом считают, что гражданин, выступивший в качестве дольщика в договоре долевого участия в жилищном строительстве является потребителем одновременно купленного товара (квартиры как доли жилого дома) и выполненных работ (строительные работы по возведению жилого дома и внутренняя отделка) застройщик является продавцом, изготовителем и исполнителем одновременно.

Я все таки считаю, что на правоотношения между сторонами не может распространяться действие Закона «О защите прав потребителей», так как здесь не идет речь об оказании услуг, здесь отношения сторон другие, одна сторона привлекает денежные средства, а другая- предоставляет деньги для строительства, между сторонами договор о совместной деятельности, как договор простого товарищества, когда несколько лиц соединяют свои вклады для строительства дома, есть элементы и строительного подряда. Правильнее всего, по моему мнению, что это смешанный договор.

Если в казахстанской юридической литературе вопросы долевого строительства вовсе не освещены, то небольшое изучение российской практики показало, что мнение практиков и ученых по этому вопросу неоднозначное. Например, из обобщения практики рассмотрения судами РФ дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства для строительства многоквартирных жилых домов, следует, что там неоднозначная практика, некоторые считают, что между сторонами фактически заключаются договора строительного подряда, к которым применим Закон « О защите прав потребителей».

Хотелось бы услышать мнение наших ученых и практиков-судей по этому вопросу.

Разбор дела и его обсуждение

Несколько слов о том, что Верховный Суд постоянно уделяет внимание не только обучению судей правильности применения норм материального и процессуального права, но постепенно дают методологические рекомендации по их применению на практике. Одно из таких направлений это выработка рабочего метода судьи. Если у нас пока только нарабатываются и делаются определенные шаги по возможности проведения спецкурса, то к примеру в Германии данный специальный курс применяется при подготовке будущих судей, прокуроров, нотариусов, адвокатов и является обязательным предметом. В Германии он называется реляционная техника.

Если перечислить, что входит в этот инструмент, то это следующие действия и навыки судьи: выработка системной подготовки дела с определением «матрицы» действий при изучении фактических обстоятельств дела, представленных сторонами, концентрации только на определяющих результат рассмотрения спора обстоятельств, с исключением всех второстепенных данных, проверки допустимости иска, правовой оценки в виде юридического заключения важного для принятия решения обстоятельства дела, выработки **спорных для сторон** вопросов и фактов, **определяющих решение**, и, под конец, составление мотивировочной части решения уже после разъяснения этих спорных вопросов в рамках истребования доказательств. И в окончании получают данные, которые ложатся в основу самого решения.

Значимость реляционной техники составляет то, что при ее использовании происходит значительная экономичность процесса, заключающаяся в том, что сбор доказательств осуществляется только в отношении тех доказательств, которые являются важными (решающими) для правильной правовой оценки и разрешения дела по существу. ***Именно это правило является элементарным принципом реляционной техники, что, по фактическим вопросам, не являющимися особо важными по правовому соображению, недопустимо истребование или принятие доказательств.***

Итак, как этим пользоваться. На практике, судья очень редко сталкивается со спорами, где установлены бесспорные фактические обстоятельства, подтверждающие двумя сторонами и такие случаи не представляют большого интереса.

Наибольшую сложность, и что встречается достаточно часто, представляют споры, где фактические обстоятельства дела предлагаются сторонами в диаметрально противоположных версиях. Осложняется все это различным описанием обстоятельств, непоследовательностью изложений, многочисленными письменными доказательствами, изменение, порой диаметрально своей позиции сторонами.

Поэтому для того, чтобы не запутаться и не потерять из виду всех полученных в ходе процесса данных, судье как раз и необходима выработка

той систематической последовательности своих действий и суждений, которые помогут ему в достижении поставленных выше задач.

Для облегчения своей работы судье в первую очередь необходимо определить: в чем стороны соглашаются друг с другом (**бесспорные фактические обстоятельства**) и в чем они противоречат друг другу (**спорные показания сторон**).

Релляционная техника предлагает следующие действия. Учитывая, что наш спор не состоит только из одного искового требования, а имеется встречный иск, мы делим его на несколько частей, в зависимости от процессуальных позиций участвующих в деле. Учитывая, что фактически у нас рассматриваются в связи со встречностью иска два требования изложить последовательно позицию каждого.

Конкретный пример.

Обстоятельства дела.

П. заключил договор долевого строительства ЖК «Астана» №193 от 29.04.2005 года с АО «А-Н». По договору П. обязался внести ответчику взнос в размере 50% предоплаты в 4 592 770 тенге в течение 5-ти банковских дней после подписания Договора, а оставшийся взнос не позднее 30.04.2006 года. АО «А-Н» обязался в срок до 30.06.2006 года передать истцу 2-х комнатную квартиру. Первый внос был оплачен П., однако АО в оговоренный срок завершить строительство комплекса не смог. С 2006 по 2008 год стороны между стороной подписали 5 дополнительных соглашений, по которым продлевался как срок передачи ответчиком квартиры, так и срок внесения истцом второго денежного взноса. Последним доп.соглашением от 13.08.2008 года конечный срок обеих сторон был установлен до 30.09.2008 года. АО «А-Н» строительство к указанному времени не закончило, П. оплатил 3000000 тенге 15.05.2009 года. В августе месяце П. было получено уведомление от 20.08.2009 года о расторжении договора. 22.09.2009 года оставшаяся сумма в размере 1 592 770 тенге была перечислена, а также добровольно уплачена пеня за просрочку платежа в сумме 289 395 тенге. Претензия П. о передаче ему квартиры осталась без удовлетворения.

П. предъявил иск об обязывании АО «А-Н» передать ему квартиру. АО «А-Н» предъявило встречный иск к П. о расторжении договора долевого участия.

Исходя из содержания иска следует, что **требованием П.** является обязать АО «А-Н» выполнить условия договора долевого участия и передать ему квартиру.

Требованием АО «А-Н» является расторгнуть договор долевого участия в связи с нарушением П. условий оплаты.

Для составления правового заключения по делу судья определяет последовательно следующие основные моменты. Так как фактически мы рассматриваем два иска для удобства делаем самостоятельные правовые заключения по каждому.

По иску П. к АО «А-Н»

А. Бесспорные обстоятельства

Б. Утверждения истца П., которые оспариваются ответчиком АО «А-Н»

В. Утверждения ответчика АО «А-Н», которые оспариваются истцом.

По встречному иску АО «А-Н» к П.

А. Бесспорные обстоятельства

Б. Утверждения встречного истца АО «А-Н», которые оспариваются ответчиком

В. Утверждения ответчика П., которые оспариваются истцом АО «А-Н».

В технике, которую мы Вам предлагаем, предлагается составление табличной формы изложения всех обстоятельств как по первоначальному иску, так и по встречному. Для удобства я разбиваю отдельными блоками исковые требования П., и встречные требования застройщика, но в последующем при применении такой методики их можно объединить в единую табличную форму.

Для удобства судьи предлагается следующий вариант составления таблицы для того, чтобы видеть какие обстоятельства бесспорны, а следовательно по ним нет необходимости собирать доказательства, а какие спорные и в зависимости от этого определить какие необходимы доказательства с той или другой стороны.

Изложения истца П.	Изложения «АО «А-Н»
<p><u>1. Требования/ ходатайства</u> Передать квартиру</p> <p>Фактические обстоятельства дела</p> <p>- между П. и АО «А-Н» был заключен договор долевого строительства ЖК «Астан» №193 от 29.04.2005 года;</p> <p>-первый взнос по договору в размере 50% предоплаты в 4 592 770 тенге должен был быть и был оплачен П. в срок, указанный в Договоре;</p> <p>- условия об оплате оставшейся суммы П. и передачи квартиры АО менялись неоднократно дополнительными соглашениями между П. и АО «А-Н»</p> <p>- последним доп.соглашением от 13.08.2008 года конечный срок исполнения обязательств обеих сторон был установлен до 30.09.2008 года</p> <p>-АО «А-Н» условия дополнительного соглашения не выполнило, дом введен в эксплуатацию 27.03.2009 года</p> <p>+ не оспаривается</p>	<p><u>Не признает</u></p> <p>+ не оспаривается</p> <p>+ не оспаривается</p> <p>+ не оспаривается</p> <p>+ не оспаривается</p> <p>+ не оспаривается</p>

<p>- оспаривается П. утверждает, что никакого уведомления о сдаче объекта и необходимости погашения долга не получал.</p> <p>П. оплатил 3000000 тенге 15.05.2009 года</p> <p>- оспаривает частично по срокам получения П. утверждает, что получил его позже, узнал, что строительство закончилось, и перечислил остаток</p> <p>-Остаток долга в сумме 1 592 770 тенге и пеня 289 395 тенге перечислены застройщику 22.09.2009 года</p> <p>-Считает, что в связи с невыполнением обязательств со стороны АО, он со своей стороны также не должен был оплачивать оставшуюся сумму до окончания строительных работ и сдачи объекта</p>	<p>П. в срок до 30.09.2008 года также не оплатил оставшуюся сумму</p> <p>05.05.2009 года АО направило уведомление П. о необходимости погашения оставшейся суммы и подписания документов для принятия квартиры <i>Доказательство: письмо АО «Казпочта», что уведомление получено П. 12.05.2009 года, о чем свид. его роспись в журнале</i></p> <p>+ не оспаривается</p> <p>Компания отправила уведомление от 20.08.2009 года о расторжении договора</p> <p>+ не оспаривается</p> <p>- оспаривается Приводит доводы, что условия соглашения об оплате не связаны с условием окончания строительства</p>
---	--

Исходя из вышеприведенной таблицы достаточно четко видно какие фактически данные не оспариваются сторонами, а следовательно не надо предлагать сторонам по ним представлять дополнительные доказательства.

В связи с чем мы определяем бесспорные обстоятельства по иску дольщика.

А. Бесспорные обстоятельства: Обе стороны спора не оспаривают следующие фактические данные. Между П. и АО «А-Н» был заключен договор долевого строительства ЖК «Астана» №193 от 29.04.2005 года. Первый взнос по договору в размере 50% предоплаты в 4 592 770 тенге должен был быть и был оплачен П. в срок, указанный в Договоре. Условия об оплате оставшейся суммы П. и передачи квартиры АО менялись неоднократно дополнительными соглашениями между П. и АО «А-Н». Последним доп.соглашением от 13.08.2008 года конечный срок исполнения обязательств обеих сторон был

установлен до **30.09.2008 года**. Как АО «А-Н» условия дополнительного соглашения не выполнило, так как дом был введен в эксплуатацию 27.03.2009 года, так и П. в срок до **30.09.2008 года** также не оплатил оставшуюся сумму. П. оплатил 3000000 тенге 15.05.2009 года, а оставшаяся часть 1 592 770 тенге и пени 289 395 тенге была перечислена застройщику 22.09.2009 года.

Это является бесспорными доказательствами, в связи с этим суду не надо входить в обсуждение 1) о существовании договорных отношений между сторонами и подписания дополнительных соглашений; 2) фактов и дат оплаты по договору со стороны П.; 3) доказательств принятия дома в эксплуатацию 27.03.2009 года.

Теперь определяем оспариваемые факты каждой стороны:

Б. Утверждения П., которые оспариваются АО «А-Н». Что в связи с невыполнением обязательств со стороны АО, он со своей стороны также не должен был оплачивать оставшуюся сумму до окончания строительных работ и сдачи объекта.

В. Утверждения АО «А-Н», которые оспариваются П. Компания утверждает: **1)** что 05.05.2009 года АО направило уведомление П. о необходимости погашения оставшейся суммы и подписания документов для принятия квартиры; **2)** Компания отправила уведомление от 20.08.2009 года о расторжении договора.

Как видно, из собранных материалов достаточно легко можно будет составить описательную часть судебного решения. И фактически суду следует определиться только со спорными положениями.

Предлагается, что в первую очередь суд должен обсудить вопрос о допустимости иска. Это то, что препятствует возбуждению дела и является основанием для отказа в принятии иска. В рассматриваемом случае – иск допустим.

Следующий этап. Судья проверяет, насколько обоснован иск, если учитывать только бесспорные обстоятельства дела и спорные суждения истца, **т.е. А+Б.** Если он приходит к противоположному выводу, то иск считается необоснованным и этим завершается правовая проверка судьей дела. После этого фактически уже неважно что скажет ответчик, ибо это приобретает для принимаемого решения второстепенное значение. Иск не обоснован уже после изложенных истцом суждений и должен быть отклонен из-за необоснованности.

Пример такого подхода наиболее характерен случаю рассмотрения судом гражданского дела в порядке заочного производства. То есть когда нет ответчика, суд выносит свое решение на представленных доказательствах и суждениях только истца. Если суд установит, что иск необоснован, то суд выносит решение об отказе в удовлетворении иска, без каких-либо возражений и суждений ответчика.

В этом случае следует принять как положительным положения Германского процессуального уложения, в котором оговаривается, что в случае отклонения иска при отсутствии ответчика, такое решение заочным не называется. И в этом есть определенный смысл.

Исходя из бесспорных обстоятельств дела и спорных суждений П. можно предложить следующее правовое заключение:

А+Б. Правовым основанием для предъявления иска для П. является условие договора, что в случае оплаты стоимости вноса, он может требовать от застройщика предоставления ему квартиры. В соответствии со ст.272 ГК обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства. Исходя из представленного дела П. часть денежных средств оплатил в предусмотренный договорами срок. Однако остаток денежных средств в сумме 3000000 тенге был перечислен застройщику 15.05.2009 года, а 1 592 770 тенге - 22.09.2009 года, т.е. позже установленного срока - 30.09.2008 года. Однако фактически установлено, что сумма оплачена П. в полном объеме.

Суждение П. о том, что он имел право не платить денежные средства до окончания строительства не основано на норме закона. В соответствии с вышеназванной ст.272 ГК обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства. Дополнительное соглашение, заключенное между сторонами не содержало в себе условие оплаты в зависимости от окончания строительства.

Однако, учитывая, что в последующем вся сумма была все-таки уплачена, задержка платежа не может быть принята судом как основание для отказа в иске, но может служить основанием для возможного начисления неустойки.

В связи с чем, если бы не было каких-либо возражений застройщика, а тем более встречного иска, можно говорить об обоснованности требований П. и удовлетворении иска.

Следующий шаг.

Если после юридической проверки стадии истца выявится, что иск **обоснован** на основании общего рассмотрения бесспорных обстоятельств дела со спорными суждениями истца по делу, тогда судья должен перейти **ко второму юридическому заключению**: можно ли считать обоснованным иск, когда в основу правового исследования кладутся только **бесспорные обстоятельства дела и спорные суждения ответчика**?

То есть это **А+В**. Получение или неполучение П. уведомления от 05.05.2009 года о необходимости погашения оставшейся суммы и подписания документов для принятия квартиры не влечет за собой основания для отказа в иске П. Это может служить доказательством ненадлежащего исполнения П. условий договора, что в принципе в судебном заседании и установлено и П. не оспаривается. Отправка уведомления от 20.08.2009 года о расторжении договора также не влияет на изменение мнения об обоснованности иска, так как в случае неполучения ответа, застройщик в силу ст.402 ГК должен обратиться с соответствующим иском в суд. В связи с чем суду нет необходимости требовать предоставления доказательств от сторон по данным моментам, а тем более проверять доводы П. о том, что подпись в журнале получения корреспонденции не его и назначать почерковедческую экспертизу, так как такая проверка нецелесообразна, а ее результаты никак не могут повлиять на правовую оценку исковых требований.

Вывод: Спорные суждения АО «А-Н» без самостоятельных каких-либо исковых требований не влияют на обоснованность иска П., а следовательно суд должен иск удовлетворить.

Теперь перейдем по такому же анализу по встречным исковым требованиям АО «А-Н» к П. о расторжении договора долевого участия в строительстве. Те бесспорные утверждения и доказательства сторон в которые были установлены при рассмотрении иска П. нет необходимости вновь отражать в таблице. Поэтому остается только определиться с бесспорными моментами встречного иска АО и спорными суждениями, обстоятельствами сторон по встречному иску.

Изложения «АО «А-Н»	Изложения П.
<p>1. Требования/ ходатайства Расторгнуть договор долевого строительства ЖК «Астан» №193 от 29.04.2005 года</p> <p>Отменить меры по обеспечению иска в виде запрета отчуждения квартиры</p> <p>Фактические обстоятельства дела</p> <p>- между П. и АО «А-Н» был заключен договор долевого строительства ЖК «Астан» №193 от 29.04.2005 года;</p> <p>-срок оплаты П. по дополнительному соглашению был определен</p> <p>-оплата оставшейся суммы взноса по условиям дополнительного соглашения должны была быть произведена П. до 30.09.2008 года</p> <p>05.05.2009 года АО направило уведомление П. о необходимости погашения оставшейся суммы и подписания документов для принятия квартиры</p> <p><i>Доказательство: письмо АО «Казпочта» что уведомление получено П. 12.05.2009 года, о чем свид. его роспись в журнале</i></p>	<p><u>Не согласен с иском</u></p> <p>+ не оспаривается</p> <p>+ не оспаривается</p> <p>- оспаривается частично Считает, что в связи с невыполнением обязательств со стороны АО, он со своей стороны также не должен был оплачивать оставшуюся сумму до окончания строительных работ и сдачи объекта</p> <p>- оспаривается П. утверждает, что никакого уведомления о сдаче объекта и необходимости погашения долга не получал.</p>

<p>Компания отправила уведомление от 20.08.2009 года о расторжении договора</p> <p>- от П. поступило письмо от 26.08.2009 года, в котором он ставит вопрос о заключении доп.соглашения в котором будут определены сроки передачи квартиры, и только после получения квартиры он отдаст деньги.</p> <p>- признает просрочку уплаты П. существенным нарушением договора являющегося основанием для расторжения договора</p>	<p>- оспаривает частично</p> <p>П. утверждает, что получил его позже, узнал, что строительство закончилось, и перечислил остаток</p> <p>+ не оспаривается</p> <p>-оспаривается</p>
---	---

А) Бесспорные доказательства практически остаются теми же. Добавляются следующие обстоятельства, что от П. поступило письмо от 26.08.2009 года, в котором он ставил вопрос о заключении доп.соглашения в котором будут определены сроки передачи квартиры, и только после получения квартиры он отдаст деньги. А также добавляется факт принятия судом мер по обеспечению иска в виде запрета ответчику совершать отчуждение квартиры, которое определено АО «А-Н» как самостоятельное исковое требование.

Б) Утверждения АО «А-Н», которые оспариваются дольщиком в полном объеме или частично . 1) 05.05.2009 года АО направило уведомление П. о необходимости погашения оставшейся суммы и подписания документов для принятия квартиры (*Доказательство: письмо АО «Казпочта» что уведомление получено П. 12.05.2009 года, о чем свид. его роспись в журнале*), 2) позднее получение П. уведомления застройщика о расторжении договора, 3) считает просрочку суммы оплаты существенным нарушением обязательств со стороны дольщика, что является основанием для расторжения договора.

В) Утверждения дольщика, которые оспариваются АО «А-Н». Считает, что в связи с невыполнением обязательств со стороны АО, он со своей стороны также не должен был оплачивать оставшуюся сумму до окончания строительных работ и сдачи объекта.

Как и в предыдущем варианте суд определяется в вопросе о допустимости иска. *Первое исковое требование* – о расторжении договора исходя из правовой конструкции допустимо и подлежит рассмотрению.

Анализ второго искового требования свидетельствует о его не допустимости. Запрет застройщику производить отчуждение квартиры

принят в рамках гражданского дела определением суда в целях обеспечения исковых требований в порядке ст.158-159 ГПК. В случае несогласия с данным определением АО могло его обжаловать в апелляционном порядке в соответствии со ст.164 ГПК, следовательно, для обжалования такого рода определений существует установленный законом порядок, но не путем предъявления самостоятельного иска. В связи с чем, суду при решении вопроса о принятии к рассмотрению встречного иска следовало его либо оставить без движения с предложением устранить недостатки, либо отказать отдельным определением в принятии такого искового требования, но никак не выносить по такому требованию решение. Вроде процессуальная мелочь, но была бы соблюдена процессуальная чистота (*примечание: не исправили эту процессуальную ошибку и вышестоящие судебные инстанции*).

Следующий этап. Судья проверяет, насколько обоснован иск, если учитывать только бесспорные обстоятельства дела и спорные суждения истца- застройщика, т.е. **А+Б**. Как отмечалось ранее если он приходит к противоположному выводу, то иск считается необоснованным и этим завершается правовая проверка судьей дела. После этого фактически уже неважно суждения и доказательства ответчика – дольщика.

Исходя из бесспорных обстоятельств дела и спорных суждений застройщика предлагается следующее правовое заключение:

А+Б. Правовым основанием для предъявления встречного иска являются условия договора (п.5.2, п.п.5.2.1), определяющие возможность расторжения договора по инициативе застройщика в случае задержки поступления на счет застройщика платежа, предусмотренного п.4.2 (в срок до 30.09.2008 года) свыше 5 календарных дней. При этом на 6-й день договор автоматически считается расторгнутым без дополнительного уведомления. В других случаях в соответствии с п.5.3 Договора, инициатор расторжения отправляет другой стороне соответствующее уведомление в срок 30 календарных дней со дня расторжения.

При рассмотрении дела установлен бесспорный факт нарушения обязательств по перечислению денежных средств со стороны дольщика, довод которого, что он должен был платить только после сдачи объекта строительства, в выше приведенном правовом заключении признан необоснованным. Установлено и не оспаривается сторонами, что застройщик при расторжении договора пошел по п.5.3 договора и уведомлением от 20.08.2008 года сообщил о расторжении договора.

В рассматриваемом споре неоспариваемость отправления застройщиком уведомления и его получения дольщиком (пусть и позднего) указывает на два обстоятельства и не требует собиранию доказательств о том, что: 1) застройщик пошел на расторжение договора по п.5.3 договора; 2) досудебный порядок урегулирования процедуры расторжения договора, установленный ст.402 ГК, застройщиком соблюден.

В силу ч.2 ст.401 ГК по требованию одной из стороны договор может быть расторгнут по решению суда только при его существенном нарушении другой стороной. Существенным признается нарушение договора одной из сторон,

которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

В связи с чем суду следует только дать правовую оценку тому, является ли не оплата 1 592 770 тенге на день направления уведомления о расторжении договора (а это всего 35% от всей суммы договора) таким существенным нарушением, которое причинило застройщику такой ущерб, что он **в значительной** степени лишился того, на что вправе был рассчитывать при заключении договора. При этом следует учесть и ненадлежащее исполнение обязательств и со стороны застройщика, который просрочил свои обязательства по первому договору на 4 года.

Очевидно, что неуплата данной суммы не может быть признана как существенное нарушение условий договора, являющегося основанием для расторжения договора. На что может претендовать застройщик это на взыскание неустойки по договору, однако дольщик самостоятельно уплатил штрафные санкции при оплате последнего взноса.

Суждения АО «А-Н», которые оспариваются дольщиком: - о неполучении уведомления о необходимости оплатить оставшуюся сумму, с доказательством соответствия либо несоответствия подписи; - о позднем получении П. уведомления о расторжении договора не влияют на правовую суть спора, а следовательно вообще не обсуждаться.

В связи с чем, уже из анализа бесспорных доказательств и спорных суждений застройщика можно сделать вывод о необоснованности иска и вынесения решения об отказе в его удовлетворении.

И как мы уже говорили, что если из первой правовой оценки бесспорных обстоятельств и спорных суждений истца будет сделан вывод о необоснованности иска, то к следующей стадии к оценке бесспорных обстоятельств и спорных суждений ответчика уже можно не переходить.

Приведенное выше правовое заключение может быть положено в основу решения.

Вывод данного спора: исковые требования П. к АО «А-Н» о понуждении к исполнению обязанности передать 2-х комнатную квартиру по договору долевого участия №193 от 29.04.2005 года подлежит удовлетворению. В удовлетворении встречных исковых требованиях АО «А-Н» к П. о расторжении договора долевого участия №193 от 29.04.2005 года – отказать.

Отдельным определением гражданское дело в части исковых требований АО «А-Н» об отмене определения суда о принятии мер по обеспечению иска в виде запрета отчуждения квартиры производством прекратить, как не подлежащее рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства.

В принципе, приведенные выше приемы конечно же используются нашими судьями, однако в данном случае акцент делается на последовательность действий. Просто данный метод позволяет значительно сэкономить процесс, и сбор доказательств, а, следовательно, действия судьи, сторон будут осуществляться только в отношении тех доказательств, которые являются важными (решающими) для правильной правовой оценки и разрешения дела по

существо. **То есть мы говорим об обучении правильной методологической обработки дела.**

В раздаточном материале Вам предлагается решение суда первой инстанции (мы не стали вкладывать решения апелляции и кассации, оставившие решение в силе), решение, которое предлагается нами, по вышеназванной методике, и постановление надзорной коллегии Верховного Суда, которым судебные акты отменены и вынесено новое решение. Если Вы проанализируете представленные судебные решения, то увидите, какие действия не надо было принимать суду. И судебное решение могло быть по объему меньше, а по структуре более логичным. К примеру, зачем было опрашивать свидетеля Пахирдинова К.К., который показал, что тоже получил уведомление от 05.05.2009 года от работника почты, о чем расписался в журнале регистрации о доставке. Но это его уведомление, и к уведомлению Пак он никакого отношения не имел. Вопросы получения либо неполучения уведомления о необходимости погасить долг, также не имели для суда значения, так как на существо спора это никак не влияло. То есть суд предпринял много действий по оценке тех доказательств, представленных сторонами, которые не влияли на результат спора, а это заняло достаточно много рабочего времени судьи и усложнили судебный процесс.

Б. Т. Жумагулов,

председатель апелляционной судебной коллегии Карагандинского областного суда

Споры по вопросам долевого участия в жилищном строительстве. Особенности рассмотрения дел по спорам, связанным с долевым строительством жилых помещений.

Как гласит статья 1 Конституции, «Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы».

На конституционном уровне закреплено, что в Республике Казахстан создаются условия для обеспечения граждан жильем.

В настоящее время, с переходом на рыночные отношения, центр тяжести в реализации права на жилище перемещается с государственного обеспечения на самообеспечение граждан за счет собственных средств. Подавляющее большинство жилых зданий строится за счет средств частных инвесторов (дольщиков), физических и юридических лиц.

Государство свое участие в жилищном строительстве ограничивает, как правило, предоставлением на определенных условиях земельных участков, находящихся в государственной собственности. Эти условия обычно выражаются в выполнении каких-либо работ по созданию городской инженерной инфраструктуры. Средства частных инвесторов привлекаются в строительство посредством заключения гражданско-правовых договоров о долевом участии.

Особенность возникающих между сторонами отношений по договору строительного подряда заключается в том, что гражданин вступает в правоотношения по строительству своей квартиры непосредственно с подрядчиком, а именно со строительной организацией, осуществляющей строительство жилого дома.

С начала девяностых годов этот вопрос решился использованием так называемого договора долевого участия в строительстве. При этом новая форма отношений обладала рядом преимуществ в сравнении с прямой покупкой жилья на первичном и вторичном рынках – это: - поэтапная оплата (в большинстве случаев) – затраты на приобретение жилья при долевом участии, как правило, ниже рыночной стоимости готового жилья на 10-30% - возможность учета интересов дольщика при планировке жилого помещения.

Для застройщика договор долевого участия в строительстве также представляет значительный интерес, чем и объясняется его практическая распространенность, так как позволяет эффективно аккумулировать средства большого количества инвесторов. Объединяя разные по величине вклады частных лиц, застройщику удается сформировать достаточные для строительства финансовые активы.

Таким образом, долевое участие в строительстве вышло на первый план по сравнению со всеми иными формами финансирования строительства жилья: такими, как долгосрочное и краткосрочное банковское кредитование, ипотечное кредитование и т.д.

Договор долевого участия в строительстве, являясь разновидностью договора строительного подряда регулируемого нормами ГК, получил детальную правовую регламентацию в Законе Республики Казахстан от 07.07.2006 года «О долевом участии в жилищном строительстве», который введен в действие с 1 января 2007 года.

Это первый в истории нашей страны закон, регламентирующий отношения в сфере долевого участия в жилищном строительстве. Важность данного Закона для граждан, участвующих в долевом жилищном строительстве, безусловно, огромна.

Прежде всего, необходимо указать, что Законом введено лицензирование деятельности застройщиков по привлечению денег дольщиков для организации строительства жилых домов. Лицензирование позволяет государству вести мониторинг деятельности строительных компаний по организации долевого участия в жилищном строительстве, контролировать исполнение предъявляемых к застройщикам квалификационных требований. Кроме того, Законом на компании возложена обязанность по расходованию денег дольщиков исключительно на цели, связанные с возведением жилого здания, в строительстве которого участвует дольщик. Такое положение Закона позволяет дольщику в любое удобное для него время контролировать расходование застройщиком инвестируемых в строительство денег.

Указанным Законом, и это очень важно, определен объем информации, которую застройщик обязан предоставить потенциальному дольщику, а также исчерпывающий перечень обязательных условий, которые должен содержать

письменный договор о долевом участии в жилищном строительстве. Более того, при отсутствии в договоре одного из обязательных условий, установленных Законом, такой договор не может быть поставлен на учет в уполномоченных органах по местонахождению строящегося жилого здания. Наличие такой нормы позволяет государству исполнять дополнительные функции по осуществлению контроля над деятельностью застройщика.

Повышением защиты прав дольщиков, вложивших свои средства в строительство жилья, явились принятые 10 ноября 2009 года Правительством Республики Казахстан постановления «Об утверждении типового договора о долевом участии в жилищном строительстве» и «Об утверждении Правил осуществления учета договоров о долевом участии в жилищном строительстве», которые разработаны в соответствии с вышеуказанным законом.

Согласно данным постановлениям внесены следующие изменения и дополнения:

- 1) для реализации единой государственной политики введено понятие государственного органа в сфере долевого участия в жилищном строительстве, компетенция которого будет заключаться в контроле за складывающимися взаимоотношениями застройщика и дольщика;
- 2) ужесточены требования, предъявляемые к платежеспособности (финансовой устойчивости) застройщика, а также предусмотрены введение требования о наличии у застройщика опыта возведения жилых зданий и построенных квартир;
- 3) внесена поправка в Закон Республики Казахстан «О лицензировании», которая устанавливает, что по объему деятельности лицензия на строительство жилых зданий за счет привлечения денег дольщиков является разовой и выдается застройщику на строительство каждого жилого здания.

В целях усиления защиты дольщиков внесены следующие изменения и дополнения.

1. Увеличено число участников долевого строительства жилья – по законопроекту в процессе строительства участвуют две стороны – застройщик и дольщик, а по внесенным поправкам количество участников увеличено до четырех – застройщик, проектная компания, дольщик и банк-агент.

2. Предусмотрено строительство жилых зданий застройщиками путем учреждения проектной компании – при этом застройщик не сам участвует в долевом строительстве, а создает проектную компанию для долевого строительства (по принципу: одна проектная компания – одно жилое здание).

3. Изменен порядок лицензирования местными исполнительными органами проектной компании, который будет производиться на основании разовой лицензии на каждое жилое здание в два этапа.

В целом механизм долевого строительства состоит в следующем:

1) заключается четырехсторонний договор между застройщиком, проектной компанией, дольщиком и банком-агентом в письменной форме на

основании типового договора, утвержденного Правительством Республики Казахстан, который подлежит учету в местных исполнительных органах и считается заключенным с момента такого учета;

2) застройщик обязуется в предусмотренный договором о долевом участии в жилищном строительстве срок организовать строительство жилого здания и обеспечить сохранение качества показателей объекта строительства в течение гарантийного срока;

3) проектная компания обязуется в установленный договором о долевом участии в жилищном строительстве срок построить жилое здание, и после получения разрешения на ввод его в эксплуатацию передать дольщику соответствующую долю в жилом здании;

4) дольщик вносит на депозит банка-агента первоначальный вклад и в дальнейшем пополняет его в соответствии с договором;

5) банк-агент обязуется принять депозит дольщика на условиях договора банковского счета на срок, определенный договором о долевом участии в жилищном строительстве, и после получения дольщиком доли в жилом здании перечислить их проектной компании.

Следует отметить, что отношения, возникшие на основании договора о долевом участии в строительстве жилых домов, регулируются законодательством о защите прав потребителя, поскольку договор об участии в долевом строительстве заключается для удовлетворения личных потребностей в жилье и по своему содержанию является договором подряда на строительство жилого дома. В данном случае в соответствии с гл. 32 ГК к заключенному договору должны применяться правила, относящиеся к договору подряда.

Законодатель устанавливает общее требование о возможности расторжения договора по требованию одной из сторон при существенном нарушении договора другой стороной. Из этого следует, что любое несвоевременное исполнение договорных обязательств, в частности нарушение застройщиком сроков исполнения условий договора, может явиться основанием для расторжения договора о долевом участии в жилищном строительстве, а также принудительном расторжении договоров и возмещении неустойки за несвоевременную сдачу объектов в эксплуатацию.

Изложенное означает, что при рассмотрении подобных дел необходимо четко толковать нормы законодательства о долевом участии в жилищном строительстве, не допуская каких-либо отклонений от содержания и смысла указанных норм законодательства.

Анализ дел, рассмотренных судами Карагандинской области за 2009 год и 1 квартал 2010 года по спорам, связанным с долевым строительством жилых помещений показал, что основаниями исков послужили такие причины, как нарушение условий договоров о долевом участии в жилищном строительстве.

В соответствии со ст. 192 ГПК рассмотрение дела по существу начинается с выяснения председательствующим вопроса о том, поддерживает ли истец свои требования, признает ли ответчик требования истца и не желают ли стороны окончить дело мировым соглашением или передать дело на рассмотрение в третейский суд.

Судьями области данные требования закона выполняются в полном объеме, о чем свидетельствуют следующие данные. Согласно статистическим данным из общего числа рассмотренных дел данной категории три дела оставлено без рассмотрения в связи с отзывом заявления, по трем делам производство прекращено в связи с заключением мирового соглашения, что составляет 6 дел или 42, 8 %.

Основными причинами обращения сторон с требованием о расторжении договора явилось несвоевременное исполнение договорных обязательств, в частности нарушение сроков строительства.

В соответствии со ст. 401 ГК, по требованию одной из сторон, договор может быть расторгнут по решению суда при существенном нарушении договора другой стороной.

Как показывает судебная практика, не во всех случаях суды за неисполнение условий договора долевого участия в финансировании строительства жилого дома правильно определяют ответчика, чем нарушают права сторон.

Так, разрешая требования Джумагалиевой Л.А. к ТОО «SAD» о возврате внесенной суммы Жезказганский городской суд установил, что между сторонами был заключен договор долевого участия в финансировании строительства жилого дома, расположенного в г. Сатпаев. ТОО «Столичная недвижимость – Сатпаев» (застройщик), действовавший на основании Устава и доверенности от 20 декабря 2006 года выданной ТОО «SAD», было предоставлено право на строительство и продажу строящегося жилого дома. Поскольку основной строительной компанией на строительство дома выступило ТОО «SAD», а ТОО «Столичная недвижимость – Сатпаев» субподрядчиком, которая выполняла заказы на строительство домов непосредственно в интересах ТОО «SAD», суд обязанность возврата внесенного взноса в связи с нарушением условий договора заключенного между ТОО «Столичная недвижимость – Сатпаев» и признанием иска ответчиком возложил на ТОО «SAD». Между тем, как следует из материалов дела, сторонами заключенного договора долевого участия в финансировании строительства жилого дома, на который ссылается суд, являются ТОО «Столичная недвижимость – Сатпаев» и Джумагалиева Л.А. Истребуемый взнос был внесен Джумагалиевой Л.А. в кассу ТОО «Столичная недвижимость – Сатпаев». Действительно в материалах дела имеется договор подряда заключенный между ТОО «SAD» и ТОО «Столичная недвижимость – Сатпаев». Однако, отсутствуют доказательства, свидетельствующие о возложении на ТОО «SAD» ответственности за неисполнение условий договора заключенного между Джумагалиевой Л.А. и ТОО «Столичная недвижимость – Сатпаев». При отсутствии вышеназванных доказательств выводы суда о принятии признания иска ответчиком противоречат требованиям ч.2 ст. 49 ГПК, поскольку нарушают права ТОО «SAD».

Представляется правильной практика, когда при взыскании убытков, в удовлетворении требований истцов о взыскании морального вреда причиненного нарушением имущественных прав, судами отказывается.

Рассматривая дело по иску Мустафина Д.Г. к ТОО «МГТ-Астана» о возмещении убытков и морального вреда суд установил, что 28.02.2007 года между ТОО «МГТ-Астана» (сторона-1) и Мустафиным Д.Г. (сторона-2) был заключен договор долевого участия в строительстве, согласно которого последний принял участие в финансировании строительства трехкомнатной квартиры. Во исполнение условий договора (п.1.2) Мустафин Д.Г. перечислил застройщику денежную сумму в размере 8 988 747 тенге, что подтверждается квитанцией к приходному ордеру, чеком, а также платежным поручением. В связи с нарушением срока завершения строительства, истец обратился в суд с иском о расторжении договора долевого участия. Решением суда № 2 Района им. Казыбек би г. Караганды договор долевого участия от 28.02.2007 года был расторгнут, в связи с существенным нарушением условий договора со стороны ответчика. Истец, считая, что в результате расторжения договора по вине ответчика ему был причинен ущерб, обратился в суд с иском о взыскании убытков 8 988747 тенге в размере вложенных средств в строительство квартиры, которую он так и не смог приобрести в собственность, а также о возмещении денежной компенсации морального вреда в размере 2 млн. тенге.

Удовлетворяя исковые требования истца частично, судом обоснованно признано, что причиной расторжения договора послужило неисполнение обязательства ответчиком, а именно, существенное нарушение условий договора о сроках окончания строительства. Также судом обоснованно, в удовлетворении заявленного истцом требования, о взыскании морального вреда, отказано. При этом суд исходил из положений ст. 951 ГК о том, что моральный вред – это нарушение, умаление или лишение личных неимущественных благ и прав физических лиц, испытываемых потерпевшим в результате совершенного против него правонарушения.

В связи с ростом объектов строительства, на наш взгляд, увеличится возможность поступления дел указанной категории, что вызовет необходимость постоянного изучения судебной практики по рассмотрению таких дел.

Что касается вопроса о дальнейших перспективах развития института долевого участия, то можно с уверенностью заявить, что этот институт будет действенным на протяжении долгого времени. В любом случае, по законам рыночной экономики, после стагнации начнется постепенный ее рост, что безусловно, положительно скажется и на состоянии рынка недвижимости, оживит его юридические инструменты.

Изменение условий договора о долевом участии в жилищном строительстве. Добросовестность участников договора

Рамками обсуждаемой темы охвачены весьма злободневные вопросы, многие из которых носят явный, очевидный характер, в силу их освещения в СМИ, общеизвестных судебных споров. В основном, это неисполнение застройщиками обязательств по своевременной сдаче объекта, как правило, в виде жилища, взыскание имущественных договорных санкций за нарушение обязательства. В тени находятся весьма узкие вопросы, связанные с изменением условий договоров долевого строительства, предлагаемых «застройщиками», а, если, прямо говорить, то навязываемых этих дополнений «дольщикам».

В этой связи, предлагаю рассмотреть следующие ситуации:

Как известно, что Закон «О долевом участии в жилищном строительстве» введен в действие с 01.01.2007 года. Массовое долевое строительство было начато в нашей стране значительно раньше, распространенный характер приняло в 2000-2001 г.г. В введенном Законе прямо указано, что он не распространяется на правоотношения долевого участия в жилищном строительстве, которое возникло до введения в действие Закона (ст.19). Таким образом, на заключенные до 01.01.2007 г. договора, Закон не распространяется. Следовательно, правомерно считать, что правоотношения, возникшие по договорам, заключенным до 01 января 2007 г., регулируются нормами гражданского законодательства – ГК, Законом «Об архитектурной и градостроительной деятельности в РК...» и др. нормативно-правовыми актами.

А вместе с тем, правоотношения, возникшие по долевому строительству до введения Закона, по многочисленным примерам до сих пор не завершены. Механизм защиты дольщиков, заключивших договор до введения Закона, - крайне слаб. Дольщик оказался самым слабым звеном в этой ситуации. Слабая сторона в этих правоотношениях проявилась в следующем:

Общеизвестно, что по договорам, заключенным до введения Закона, строительство жилья во многих случаях только завершается, и сдается оно также и в нынешнем году. Застройщик в этих случаях вооружен тем, что введенный Закон на него не распространяется. Массовый характер получила практика вселения дольщиков в квартиры, когда дом в установленном порядке не сдан в эксплуатацию. От безысходности, связанной с длительным ожиданием завершения строительства жилья, в квартирах дольщики делали ремонты, въезжали в них и проживают. Договора долевого участия, как правило, содержат условия, о запрете эксплуатации квартир, о запрете проведения в них ремонта до ввода объектов в эксплуатацию. Нарушение этих условий влечет имущественные санкции, налагаемые на нарушителя, которым в рассматриваемом случае является дольщик. Пришел момент, когда «Застройщик», наконец, завершил строительство, жилье подлежит сдаче дольщику по акту приема-передачи. Заведомо зная, что дольщик произвел ремонт, а некоторые произвели незначительные реконструкции

первоначального квартирного проекта и проживают в квартирах, застройщик, вместе с тем, инициирует откровенный «шантаж», по навязыванию подписания дополнения к договору долевого участия, содержание которого сводится к отказу Дольщика от каких-либо претензий имущественного характера к Застройщику за несвоевременную сдачу объекта в эксплуатацию, за пороки качества строительства.

Такой же подход практикуется «Застройщиком» и в случаях, когда общий объект не сдан в эксплуатацию, но жилье готово для возможности проведения в нем чистовой отделки. Застройщик в этом случае допускает «дольщика» к ремонту квартир лишь после подписания аналогичного, такого же рода дополнения к договору долевого участия. Как показала практика, Дольщик вынужден подписывать такие дополнения, в силу общеизвестных обстоятельств долгостроя и естественного стремления получить квартиру.

Недобросовестность застройщика, как участника договора долевого участия, очевидна. Возможность восстановить «Дольщику» свое право путем судебной защиты, не исключена. В перспективу сказать, здесь со стороны Застройщика усматривается и «злоупотребление правом» и имеются элементы «кабальности» сделки, к которой правомерно отнести такое дополнение к договору. Вопрос стоит в том, насколько «Дольщик» сможет доказать как «злоупотребление правом», так и «кабальность». Мы знаем, что в судебной практике доказуемость этих правовых признаков весьма не проста, ибо подписание обоими участниками договора долевого участия, дополнения к нему, как изменение его условий, является исключительным волеизъявлением сторон, и такая судебная оценка этим действиям сложилась в практике.

В этой связи, пользуясь специальным обсуждением данной актуальной темы, хотелось бы выразить мнение о необходимости инициировании вопроса разработки механизма защиты прав дольщика в предложенной в выступлении проблеме. Представляется, что механизм защиты должен найти свою реализацию не столько путем выработки судебной практики (для этого требуется значительное время), эту проблему необходимо урегулировать на законодательном уровне.

Кроме приведенной проблемы, судебная практика имеет примеры, когда дольщики оспаривают условия заключенных с застройщиками договоров или дополнений к договорам долевого строительства, связанных с изменениями в сторону уменьшения площади доли в объекте недвижимости без соразмерного уменьшения цены договора. Как правило, мотивами иска являются навязывание этого условия застройщиком дольщику «на всякий случай» и заверения застройщика исполнить обязательство по передачи доли, соответствующей и соразмерной произведенной дольщиком оплате. Суды, разрешая такие споры, при оценке действиям сторон по подписанию дополнения к договору, исходят, как и в предыдущем примере, из волеизъявления сторон. Вместе с тем, основания заявленных исков, как кабальность сделки, в том случае также заслуживает внимание, ибо явная, значительная несоразмерность переданной доли и произведенной оплаты свидетельствует о «кабальности», и очевидной недобросовестности застройщика. Однако, суды находятся, в затруднительном

положении, ибо установленных критериев несоразмерности в этом случае не существует.

Надо признать, Закон о долевом участии в жилищном строительстве введен в самый разгар правовой анархии, созданной «застройщиками» и своевременно. Однако, озвученных проблем Закон не решает. Более того, аналогичной судьбы может не избежать и Дольщик в рамках действующего Закона, ибо его статьи 7, 13 изначально предусматривают возможность «по согласию стороны внесения в договор о долевом участии в жилищном строительстве после его заключения изменений и дополнений». Более конкретизированное в этой части содержание статьи 13 не спасает дольщика от попадания в такую ситуацию, ибо звучит она так: «по соглашению застройщика, проектной компании, дольщика и банка-агента Условия договора могут быть изменены после его заключения, если договором и (или) дополнительными оглашениями к нему предусмотрены случаи и условия его изменения».

Практики понимают, что такие «случаи и условия» могут быть оговорены в договоре буквально следующим выражением «в договор по соглашению его участников могут быть внесены изменения и дополнения». Толкование такой оговорки позволяет внести в договор изменение и дополнение любого содержания, и оно будет оцениваться правомерным.

Надо признать, что примеров своевременного ввода жилищного строительства в срок, установленный договором о долевом участии, вряд ли мы сможем привести. А действующий Закон предусматривает, что передача жилья дольщику производится после получения разрешения на ввод его в эксплуатацию. Значит, приведенная в озвученных примерах проблема продолжается, независимо от введения Закона и им не устраняется, что, по сути, не обеспечивает защиту прав дольщика на своевременное получение качественного жилья по договору долевого участия. В то же время следует откровенно признать, что, независимо от возникших массовых проблем в долевом строительстве, оно являлось и является востребованным. Амплитуда востребованности может лишь колебаться, и, в большей мере, как показала реальность, от причин общего экономического характера. В этой связи предлагаемый для обсуждения вопрос представляется, не утратил свою актуальность, а потому требует разрешения.

Необходимость правовой регламентации механизма защиты «дольщика» от недобросовестного «застройщика» в рассматриваемом аспекте назрела, и ее разрешение видится также во внесении изменений в действующий Закон о долевом участии в жилищном строительстве, путем введения императивных норм, запрещающих заключение дополнений к договору долевого участия, ухудшающих положение дольщика, либо признания таких дополнений недействительными.

Судебных споров массового характера с таким предметом пока не наблюдается, но реальность проблемы имеется. Представляется, что обсуждение данного вопроса актуально также с точки зрения его предупредительности.

Правовые последствия заключения договоров о долевом участии

В Республике Казахстан принят Закон Республики Казахстан от 7 июля 2006 года «О долевом участии в жилищном строительстве», который регулирует общественные отношения, связанные со строительством жилых зданий путем привлечения денег физических и юридических лиц для долевого участия в их строительстве, а также устанавливает гарантии защиты прав и законных интересов сторон договора о долевом участии в жилищном строительстве.

До принятия, настоящего Закона договоры носили различные названия: договор купли-продажи, предварительный договор, договор подряда, долевое участие в строительстве. Принципиальное отличие договора долевого участия от договора купли-продажи в том, что купля-продажа предполагает передачу квартиры как существующего объекта недвижимости, находящего в собственности продавца, взамен денежных средств покупателя. На момент же заключения договора долевого участия, доля, как объект недвижимости, зачастую еще и не существует, поскольку фактически не построена. По этой же причине договор долевого участия в строительстве не является и предварительным, так как тогда он не содержит условий, позволяющих установить предмет, а также другие существенные условия основного договора. К тому же в случае заключения предварительного договора возникает вопрос о правовой природе вносимых дольщикам денежных средств. То есть являются ли они до заключения основного договора займом, задатком, платой за приобретаемый объект или рассрочкой платежа. Все эти обстоятельства не позволяют отнести договор долевого участия ни к предварительному договору, ни к договору купли-продажи.

В соответствии со ст. 9 Закона Договор о долевом участии в жилищном строительстве заключается в письменной форме на основании типового договора, утвержденного Правительством Республики Казахстан, подлежит учету и считается заключенным с момента такого учета. Обязательными условиями договора о долевом участии в жилищном строительстве являются:

- определение для дольщика в соответствии с проектной (проектно-сметной) документацией его доли в жилом доме (жилом здании), подлежащей передаче ему проектной компанией после получения разрешения на ввод его в эксплуатацию; срок передачи проектной компанией доли в жилом доме (жилом здании) дольщику; цена договора, то есть сумма денег, подлежащих внесению дольщиком на депозит дольщика по договору банковского счета, исходя из расчета за квадратный метр общей площади жилого и (или) нежилого помещений; гарантийный срок на жилое здание, построенное по договору о долевом участии в жилищном строительстве; обязательное приложение к договору части архитектурной проектной (проектно-сметной) документации (планов застройки жилого помещения, этажности), относящейся к жилому помещению в жилом здании, подлежащей передаче дольщику; указание размера неустойки (пени) в

случае нарушения проектной компанией предусмотренного договором срока передачи дольщику его доли в жилом доме (жилом здании); указание размера неустойки (пени) в случае нарушения дольщиком установленного договором срока внесения платежа; порядок и сроки передачи денег дольщика банком-агентом проектной компании; указание о необходимости наличия первоначального взноса на депозите дольщика по договору банковского счета в размере не менее пятнадцати процентов от цены договора о долевом участии в жилищном строительстве. Гарантийный срок на жилое здание не может быть менее двух лет со дня приемки объекта строительства в эксплуатацию.

В случае смерти гражданина - участника долевого строительства или объявления его умершим его права и обязанности по договору переходят к наследникам в соответствии с гражданским законодательством Республики Казахстан. Застройщик, проектная компания, банк-агент не вправе отказать таким наследникам в переходе прав и обязанностей участника долевого строительства. В случае если дольщик, заключивший договор о долевом участии в жилищном строительстве, уплачивает цену договора в полном объеме согласно условию договора, то дальнейшее изменение цены за 1 квадратный метр общей площади жилого здания не допускается.

Застройщик и проектная компания информируют дольщиков с обязательным их уведомлением в случае изменения фактического адреса и режима работы.

По договору: Застройщик организывает строительство жилого дома (жилого здания) и обеспечивает сохранение в течение гарантийного срока качества показателей объекта строительства, указанных в проектной (проектно-сметной) документации и Договоре; проектная компания в срок до.... строит жилое здание, которое расположено по адресу ... и после получения разрешения на ввод его в эксплуатацию передает по передаточному акту Дольщику его долю (жилое или нежилое помещения) общей площадью "...кв.м.; расчет общей площади помещения определяется в соответствии с государственным нормативом СНиП РК 3.02-43-2007, которые в обязательном порядке указываются в приложениях к договору.

Дольщик заключает договор банковского счета и вносит деньги на депозит Дольщика в размере и порядке, согласно Договору, и принимает долю в жилом здании при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию жилого здания;

Банк-агент: принимает депозит Дольщика на условиях договора банковского счета; после получения Дольщиком доли в жилом здании перечисляет деньги с депозита Дольщика Проектной компании, а деньги в размере накопленного вознаграждения возвращает дольщику; обязан подписать Соглашение об уступке права требования по договору/переводу долга, если Дольщик и Проектная компания, новый Дольщик достигли согласия о смене лица в обязательстве в Договоре, в т.ч. при выборе новым Дольщиком нового Банка агента.

Настоящий Договор заключается до получения Проектной компанией разрешения на ввод в эксплуатацию жилого здания. Застройщик, Проектная

компания, Дольщик и Банк-агент вправе заключать Договор после получения Проектной компанией в установленном Законом Республики Казахстан "О долевом участии в жилищном строительстве" порядке на первом этапе лицензии на деятельность по организации строительства жилых зданий за счет привлечения денег дольщиков.

Дольщик вносит в качестве долевого участия деньги на депозит Дольщика по договору банковского счета в сумме "____" тенге, исходя из расчета "____" тенге за 1 квадратный метр общей площади жилого или нежилого помещений.

Дольщик вносит данную сумму в Банк-агент до "___" ____ 20 ____ года следующим образом: первоначальный взнос в размере не менее 15 % от стоимости жилого или нежилого помещений, согласно Договора в течение ____ дней по заключению Договора; оставшуюся сумму Дольщик производит путем внесения платежей в установленные Договором сроки. В случае, если Дольщик, заключивший Договор, уплачивает цену Договора в полном объеме согласно условию Договора, то дальнейшее изменение цены за 1 квадратный метр общей площади жилого здания не допускается.

Застройщик обязуется в предусмотренный Договором срок организовать строительство жилого здания и обеспечить сохранение в течение гарантийного срока качества показателей объекта строительства, указанных в проектной (проектно-сметной) документации и Договоре. Проектная компания обязуется: построить жилое здание путем инвестирования собственных и заемных средств; осуществлять технический надзор за ходом строительства жилого здания с привлечением организации по оказанию инжиниринговых услуг в сфере архитектурной, градостроительной и строительной деятельности; предоставлять отчеты организации по оказанию инжиниринговых услуг Застройщику и Банку-агенту; не позднее пяти рабочих дней со дня подписания Сторонами Договора (вносимых в него изменений (и (или) дополнений); уступки права требования по Договору) представить документы с указанием площадей долей и их местоположения в строящемся жилым зданием в местный исполнительный орган области (города республиканского значения, столицы) по местонахождению жилого здания для постановки на учет; представить Дольщику и Банку-агенту выписку об учетной записи Договора в течение десяти рабочих дней после учета Договора в местном исполнительном органе области (города республиканского значения, столицы); в установленный Договором срок построить жилое здание и после получения разрешения на ввод его в эксплуатацию передать по передаточному акту Дольщику его долю (жилое или нежилое помещение) в построенном жилом здании не позднее "___" ____ 20 ____ года, при условии полного выполнения Дольщиком Договора о долевом строительстве; до подписания Договора Сторонами представить Дольщику лицензию на первом этапе по организации строительства жилых зданий за счет привлечения денег физических и юридических лиц для долевого участия в жилищном строительстве.

Дольщик обязуется: заключить договор банковского счета и внести деньги на депозит Дольщика в размере и порядке, в соответствии Договора; получив письменное уведомление Проектной компании о завершении строительства

жилого здания (получения разрешения на ввод в эксплуатацию) и готовности доли в жилом здании (жилого или нежилого помещении) к передаче, приступить к ее принятию по передаточному акту в предусмотренный Договором срок или, если такой срок не установлен, в течение семи рабочих дней со дня получения указанного уведомления; уступку права требования по Договору допускать только после уплаты им цены Договора или одновременно с переводом долга на нового Дольщика в порядке, установленном Гражданским кодексом Республики Казахстан, и с момента учета Договора до момента подписания Сторонами акта о передаче соответствующей доли в построенном жилом здании. Обязательными условиями уступки права требования являются заключение новым Дольщиком договора банковского вклада с Банком-агентом или иным банком, который становится новым Банком-агентом, и оплата выкупаемых прав требований путем внесения новым дольщиком на депозит денег в сумме, равной сумме на депозите Дольщика. После выполнения названных условий и документального подтверждения Банку-агенту последний расторгает с Дольщиком договор банковского вклада с возвратом Дольщику всей суммы вклада.

Банк-агент обязуется: принять депозит Дольщика с начислением ставки вознаграждения не менее ставки рефинансирования Национального Банка Республики Казахстан на условиях договора банковского счета; после предоставления Дольщиком совместно подписанного Проектной компанией и Дольщиком акта о передаче Дольщику соответствующей доли в жилом доме (жилом здании) Банку-агенту перечислить деньги с депозита Дольщика Проектной компании, а деньги в размере накопленного вознаграждения вернуть Дольщику; не превышать ставку вознаграждения по банковскому займу, выдаваемому им Проектной компании в пределах привлеченных денег Дольщиков, выше совокупного размера ставки вознаграждения по депозиту Дольщика, расходов самого Банка-агента на обслуживание займа, расходов по обязательным требованиям и платежам, связанным с выдачей займов, и расходов по уплате налогов и других платежей в бюджет.

Обстоятельство непреодолимой силы (форс-мажор) означает событие, не подвластное контролю со стороны Застройщика, Проектной компании, Дольщика, Банка-агента и делает невозможным выполнение Сторонами обязательств по настоящему Договору. Обстоятельства непреодолимой силы (форс-мажор) включают в себя (но не ограничиваются) такие события как: военные действия, природные и стихийные бедствия, эпидемия, карантин, они должным образом подтверждены соответствующими государственными органами.

Дольщик не несет ответственности за финансовые и прочие риски Застройщика, Проектной компании и инвестора при осуществлении строительства жилого здания. В случае нарушения обязательных условий Договора любая из Сторон в одностороннем порядке вправе отказать от исполнения Договора и потребовать приведения его в первоначальное положение с уплатой неустойки в соответствии со статьей 17 Закона Республики Казахстан "О долевом участии в жилищном строительстве",

а также возмещения убытков в соответствии с Гражданским кодексом Республики Казахстан. При одностороннем отказе от исполнения Договора в местный исполнительный орган области (города республиканского значения, столицы) Стороной-инициатором представляется заявление об учете одностороннего отказа от исполнения Договора. При этом Сторона-инициатор обязана письменно уведомить об одностороннем отказе от исполнения Договора другие Стороны в течение десяти календарных дней со дня подачи заявления. В случае предоставления Застройщиком и Проектной компанией неполной и недостоверной информации, Дольщик вправе обратиться в суд с иском о признании сделки недействительной. В случае признания сделки недействительной Банк-агент обязан возратить деньги Дольщику с депозита Дольщика, уплаченные им по договору банковского счета. Дольщик до подписания акта о передаче ему его доли в жилом доме (жилом здании) вправе потребовать от Проектной компании указать в акте о передаче несоответствие его доли требованиям, указанным в Договоре, либо отказаться от подписания передаточного акта. При этом Проектная компания обязана внести в акт данные сведения. Дольщику - юридическому лицу - неустойку (пеню) в размере, установленном Договором. Дольщик, обнаруживший в течение гарантийного срока, отступления работы от Договора или иные недостатки, которые не могли быть установлены при обычном способе приемки (скрытые недостатки), в том числе такие, которые были умышленно скрыты Проектной компанией, по своему выбору вправе потребовать от Проектной компании в согласованный Сторонами срок: безвозмездного устранения недостатков в согласованный Сторонами срок; соразмерного уменьшения цены Договора; возмещения своих расходов на устранение недостатков. В случае нарушения установленного Договором сроков внесения платежей, Дольщик уплачивает Проектной компании неустойку (пеню) в размере 0,1 % за каждый день просрочки от суммы, подлежащей уплате Дольщиком в установленный Договором период, путем внесения на депозит Дольщика в Банке-агенте. Проектная компания и Дольщик вправе осуществлять страхование своей гражданско-правовой ответственности по отношению к исполнению своих обязательств, которые определяются соглашением Сторон.

Застройщик, Проектная компания, Дольщик и Банк-агент вправе заключить Договор после получения Проектной компанией в установленном порядке на первом этапе лицензии на деятельность по организации строительства жилых зданий за счет привлечения денег дольщиков. Договор считается заключенным между Сторонами с момента его учета в местном исполнительном органе области (города республиканского значения, столицы) по местонахождению строящегося жилого здания. В Договор после его заключения по согласию Сторон могут быть внесены изменения или заключены дополнительные соглашения с обязательной постановкой их на учет. Обязательства Дольщика считаются исполненными с момента уплаты в полном объеме денег и принятия доли в жилом доме (жилом здании) в соответствии с Договором. Обязательства Проектной компании считаются исполненными с момента получения разрешения на ввод в эксплуатацию жилого здания и подписания Сторонами

акта о передаче Дольщику соответствующей доли в жилом доме (жилом здании). Обязательства Банка-агента считаются исполненными с момента перечисления Проектной компании денег с депозитов Дольщиков в соответствии с Договором и возвращения денег в размере накопленного вознаграждения Дольщикам. Обязательства Застройщика считаются исполненными по истечении гарантийного срока и после выполнения им обязательств по устранению возникших в период гарантийного срока нарушений качества показателей объекта строительства, указанных в проектной (проектно-сметной) документации и Договоре. Риск случайной гибели или случайного повреждения доли в возведенном жилом доме (жилом здании) до ее передачи Дольщику несет Проектная компания. После подписания передаточного акта Сторонами риск случайной гибели или случайного повреждения переходит к Дольщику.

Договор составляется в четырех экземплярах, имеющих равную юридическую силу. Все споры, которые могут возникнуть в связи с исполнением Договора, разрешаются путем переговоров, а при недостижении согласия - в соответствии с законодательством Республики Казахстан. В Договор после его заключения по согласию Сторон могут быть внесены изменения и (или) дополнения, если Договором предусмотрены случаи и условия его изменения. Дольщик вправе досрочно расторгнуть Договор и истребовать сумму депозита Дольщика в течение 30 (тридцати) календарных дней с момента заключения договора банковского счета.

По истечении данного срока истребование денег Дольщиком возможно только в случаях: прекращения действия лицензии Проектной компании на деятельность по организации строительства жилых зданий за счет привлечения денег Дольщиков; нарушения Проектной компанией сроков ввода жилого здания в эксплуатацию, указанных в Договоре.

Г.Ш. Бекбатыр,
судья Медеуского районного суда, г. Алматы

Судебная практика рассмотрения гражданских дел, связанных с защитой прав участников долевого строительства

В последние год, два, в практике судов города Алматы увеличилось количество дел, связанных со спорами в сфере строительства жилья на деньги долевого участников.

Как правило, инициаторами обращения в суд являются дольщики строительства.

Основными причинами увеличения дел данной категории, на мой взгляд является нарушение сроков сдачи объектов застройщиками, что увеличивает затраты отдельных дольщиков, связанные в частности с погашением банковских кредитов, арендой жилья, а также удешевление жилья на момент подачи искового заявления с ценами, существовавшими на период заключения соглашения, и соответственно нерентабельностью коммерческой сделки.

Большую часть споров данной категории составляют требования дольщиков о расторжении договоров долевого участия.

Это закономерно, в связи с мировым экономическим кризисом, или элементарным хищением, сроки окончания строительства застройщиком не соблюдаются. Строительство на многих объектах приостановлено, а кое-где даже не начато. Даже в случае завершения строительства и принятии от застройщика жилья, оно подешевело и не соответствует оплаченной за нее сумме.

В этих условиях, наиболее приемлемым и привлекательным для дольщиков является путь судебного расторжения договора долевого участия, с возмещением понесенных им расходов.

При рассмотрении подобных исков, суды установив, что срок исполнения обязательства истек, однако ответчиками условия договора не выполнены, руководствуясь ст. 272 ГК РК расторгают договора долевого участия, с взысканием ранее оплаченной суммы.

Кроме того, в суды города поступает большое количество исков, о взыскании с застройщиков штрафных санкций, за нарушение сроков исполнения обязательства.

При этом, нередко, когда вытекающие из договоров долевого участия санкции, равны 30-40 %, цены самого договора.

В этих случаях, суд с учетом действительного положения дел, в частности установив, что строительство на объекте ведется, застройщик выполняет активные действия по исполнению взятых на себя обязательств, в соответствии со ст.297 ГК РК снижает размер неустойки.

Безусловно, иски долевого участников полностью обоснованы и вытекают из условий соглашения.

Однако, удовлетворение полностью требований дольщиков о взыскании неустойки по договорам долевого участия может парализовать жилищное строительство в целом. Деньги, выделенные в помощь строительным компаниям, могут быть израсходованы не по прямому назначению, на завершение строительства, а на исполнение обязательств перед дольщиками по уплате штрафных санкций.

Законодательством предусмотрено право участников долевого строительства уступить свое право требования по договору третьим лицам.

Однако, имеют место обращения в суд о взыскании с застройщиков штрафных санкций, на основании договоров об уступке права требования только неустойки.

То есть, дольщик уступает третьему лицу лишь право требования с застройщика штрафных санкций.

В обоснование своих требований, истцы ссылаются на положения ст.339 ГК РК, согласно которой, право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или перейти к другому лицу на основании законодательного акта.

В удовлетворении указанных исков судом отказывается, поскольку договорами предусмотрено, что право требования выполнения обязательств по договору, может перейти лишь правопреемнику с долей в строительстве, то есть дольщику.

В данном случае, третье лицо, не является дольщиком, согласно договору цессий, он приобрел право лишь на требование штрафных санкций. Право на долю в строящемся жилым комплексе у него не возникло.

В соответствии со ст.298 ГК РК, неустойка взыскивается за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства при наличии условий привлечения должника к ответственности за нарушение обязательства.

В данном случае, обязательства по оплате неустойки, вытекают из договоров долевого участия, и соответственно указанный договор и ответственность за его неисполнение, в том числе взыскание неустойки, неразрывно связаны друг с другом, и соответственно право требования штрафных санкций по договору долевого участия не может быть выделено в отдельное правоотношение и передано третьим лицам, без передачи всей доли в строительстве, и являться самостоятельным требованием.

Споры связанных с Постановлением правительства РК 01 апреля 2010 года «Один дольщик - одна квартира» судами города Алматы не рассматривалось.

Большую актуальность имеют гражданские дела, по искам обманутых дольщиков.

В рамках возбужденных в отношении должностных лиц и учредителей строительных организаций уголовных дел, не представляется возможным разрешить все гражданские иски потерпевших – дольщиков, и определить судьбу арестованного имущества виновных, либо компании.

Как правило, основными требованиями дольщиков в уголовном процессе являются: обязать виновных выполнить обязательства по передаче имущества – квартир, либо о передаче активов компании и имущества виновных созданным ими Жилищно-строительным кооперативам (ЖСК).

Удовлетворить данные требования в уголовном процессе не возможно.

Как можно передать в собственность потерпевшим имущество, которое не зарегистрировано в соответствии с законом, а зачастую даже не достроено. Большая часть арестованных активов компании и имущества виновных является спорной собственностью, с претензиями на него третьих лиц.

Сами дольщики разрознены, объединены в несколько инициативных групп, требования одной из которых не отвечают интересам других, и соответственно наоборот.

Большая часть активов выведена, необходима гигантская работа по их возвращению, путем инициирования исков о признании сделок недействительными.

Это не по силам дольщикам.

В данном случае, было бы целесообразным прокуратуре вмешаться в данный процесс, и самой инициировать соответствующие иски.

Рекомендации по завершению международного семинара для судей Судебная практика применения закона «О долевом участии в жилищном строительстве»

А. Рекомендации по улучшению законодательства

1. Правовые вопросы в связи с приобретением квартир и долевом участии в жилищном строительстве имеют для населения чрезвычайно важное значение. В практике применения закона N 180 РК возникли различные вопросы, по которым рекомендуется внести ясность и изменения в вышеуказанный закон.

2. Закон не дает возможности четко выяснить волю законодателя, являются ли стороны по договору между собой в отношении какого-то простого товарищества согласно ст. 228 ГК РК. В пользу такого истолкования можно было бы сказать, что имеются все подписи на документах, и стороны имеют совместный интерес в строительстве здания.

Но по нашему мнению, несмотря на подобные аргументы, речь не идет здесь о совместной деятельности. Против этого, прежде всего, свидетельствует то, что стороны не дали обязательства «действовать совместно». У сторон может существовать интерес в том, чтобы здание было построено. Но они не давали обязательства, действовать совместно.

В большей степени, каждая из сторон имеет свои точно установленные обязательства и свою собственную цель. В частности, банк заинтересован в том, чтобы получить доходы посредством выдачи кредита, но не в строительстве здания. Также и дольщик не преследует цели строительства здания, а преследует цель приобретения индивидуального жилья.

Далее необходимо учитывать, какие последствия могли бы возникнуть из такого упорядочивания. До того, как должны были бы вступить в силу специальные законодательные урегулирования, должны быть по общему согласию решены все вопросы, ст. 229 ГК РК. В имеющем место случае это означало бы, дольщики и банк должны были бы иметь права на принятие решений относительно строительства здания. Но это как раз не имеет здесь места. Также тогда должно было бы быть создано совместное имущество общества, ст. 230 ГК РК. Но собственность на землю и на здание согласно концепции этого закона не принадлежит простому товариществу, а принадлежит проектной компании. По этой причине здесь речь идет не о договоре о совместной деятельности, а о *разных двусторонних договорах*, которые собраны и обобщены в одном документе. Это должно быть ясно определено законом. При этом, также должно быть четко определено - какого рода договорные отношения имеются между его отдельными участниками.

3. Точно также неоднозначно определено правовое положение «проектной компании». Из закона, прежде всего, следует, что речь идет о юридическом лице, целью которого является строительство здания. Создание таких

целевых компаний (обществ) в принципе не представляет проблемы, хотя при этом должна быть установлена их правовая форма. Регулярно учитывается создание товарищества с ограниченной ответственностью, но не совсем ясна формулировка «за счет привлечения дольщиков». Эту формулировку можно было бы понять так, что дольщики становятся участниками проектной компании, но не простого товарищества. Но даже само предположение, что дольщики могли бы быть участниками проектного общества является сомнительным, потому что в этом случае дольщики имели бы право принятия решения согласно закону о ТОО или также закону об акционерных обществах. Это, однако, выглядит именно и как раз как нежелательное с точки зрения воли законодателя.

Другой возможной конструкцией могло бы быть, чтобы дольщики выступали только в чистом виде как предоставляющие деньги лица, например, как коммандитисты в рамках коммандитного товарищества. Можно представить себе такую конструкцию. Но это имело бы следствием, что дольщики были бы обязаны полностью вносить свою долю в полном объеме на основе своего вступления в общество и независимо от продвижения строительного проекта. Это означает, что даже если проектная компания станет банкротом, без того чтобы учитывать строительный проект, то дольщики обязаны внести свои вклады. Представляется сомнительным, что это соответствует воле законодателя.

4. Истолкование интересов сторон больше говорит за то, чтобы не рассматривать отношения между проектной компанией и дольщиками как касающиеся товариществ, обществ и т.д., а рассматривать их как договорные на основе договора купли-продажи или договора подряда. Однако при этом также остается под вопросом, имеются ли договорные отношения с проектным обществом или с застройщиком. Ст. 7 закона, согласно которой доля в квартире передается проектной компанией дольщику, и дольщик оплачивает стоимость проектной компании, говорит о том, что речь идет о договоре дольщика с проектной компанией. Но это не является обязательным. Могут быть сконструированы договорные отношения только между дольщиком и застройщиком. Но в законе это не отражено.

5. В п. 5 ст. 6 закона о долевом участии в жилом доме установлено, что проектная компания «имеет право» страховать свою деятельность. Для защиты дольщика это должно было бы обозначать, что застройщик *обязан*, осуществить страхование, в котором страхуется риск, что если сотрудники застройщика нарушат закон, то и для дольщика возникнет ущерб. Это обязательство они должны были бы выполнить посредством того, что они предоставляют банку поручительство, которое покрывает возможные требования по обратной выплате дольщикам⁷⁸.

6. В ст. 6-1 установлено требование по лицензии, как с точки зрения застройщика, так и в отношении конкретного строительного проекта. Прежде всего, оправдано, что деятельность застройщика имеет условием

⁷⁸ Соответствующее урегулирование имеется в немецком законе о маклерах и постановлении об исполнителях строительных заказов..

лицензию. Мы поддерживаем также ужесточение требований к застройщикам в дальнейшем. По нашему мнению должны предъявляться специальные требования к профессиональной и личностной квалификации тех лиц, которые руководят предприятиями застройщика.

7. Под вопросом остается, тем не менее, является ли необходимым подтверждать каждый строительный проект обязанностью получить разрешение.

7.1 Избранная конструкция юридически возможна. Но мы указываем на то, что в случае, если государственный орган совершает ошибку, например, выдает лицензию без того, чтобы для того существовали необходимые предпосылки, то возникает ответственность этого государственного органа согласно ст. 922 ГК. Альтернативным урегулированием было бы, сохранить имеющиеся условия, но не делать их предпосылками для выдачи лицензии, а сделать нарушение этого правила основанием для отзыва лицензии у застройщика. Помимо этого необходимо учитывать, что согласно п. 4 1) ст. 6-1 проектная компания должна иметь земельный участок в своей собственности. Это правильно, но оставляет открытой возможность, что проектная компания возьмет ипотеку. Поэтому в закон должна быть внесена формулировка, что проектная компания должна иметь *«необремененный»* земельный участок.

8. В п. 1 ст. 7 закона описаны обязательства банка - агента. Из формулировки закона можно сделать вывод, что

- a) Заключение договора банковского вклада осуществляется согласно ст. 756 ГК РК между банком-агентом и застройщиком и
- b) Заключение кредитного договора (займа) - согласно ст. 715 ГК РК между банком и проектной компанией.

Далее из закона следует подход, что деньги дольщика принципиально блокируются на счете дольщика, то есть не могут быть выплачены дольщику обратно, и что банк лишь тогда должен перечислять деньги проектной компании, когда дольщик получил свою долю в квартире.

8.1 Если закон должен пониматься в этом смысле, то по нашему мнению это должно быть конкретизировано, чтобы избежать неясностей. Важным последствием этой конструкции является, прежде всего, то, что финансирование строительного объекта до передачи квартиры берет на себя банк посредством кредита застройщику. Дольщик не включен в эти договорные отношения. Риск банкротства проектной компании несет банк.

8.2 Хотя эта конструкция выполняет свою основную цель – защиту дольщика от преждевременной выплаты, тем не менее, она связана с недостатками, которые ставят под сомнение эту конструкцию.

8.2.1 Согласно буквальному смыслу закона дольщик платит на свой собственный счет в банке. Это означает, что он в дальнейшем является собственником имущества, и имеет в этом случае право требования к банку на выплату денег. Но это означает также, что также и кредитор дольщика не имеет доступа к деньгам дольщика до тех пор, пока эта сумма не будет перечислена проектной компании.

8.2.2 Далее п. 2 ст. 12 представляется сформулированной неясно, потому что ее можно понять так, что дольщик выполнил свое обязательство, когда он

заплатил деньги на свой счет. Если исходить из того, из чего исходит закон, что дольщик платит на **собственный** счет, он не может посредством этого выполнить свой долг по отношению к проектной компании. Дольщик в большей степени выполнит свое обязательство тогда, когда проектная компания получит деньги дольщика.

Исполнение в отношении к проектной компании в момент выплаты на счет можно было бы обосновать лишь в том случае, если бы владельцем счета был не дольщик, а сама проектная компания.

8.2.3 В заключение необходимо отметить, что конструкция казахстанского законодателя защищает дольщика от того, чтобы он не потерял свои деньги из-за выплаты в проектную компанию до того, как здание будет построено. С другой стороны, таким путем происходит удорожание при строительстве здания, потому что проектная компания должна брать кредит на это промежуточное время. Расходы по этому кредиту несет, в конечном счете, дольщик. По этой причине в других странах имеются другие конструкции. Они выглядят так, что приобретатель обязан платить стоимость долями, которые выплачиваются в зависимости от успешности продвижения строительства. Такой план выплат мог бы выглядеть примерно так: 30% стоимости выплачиваются до приобретения земельного участка и начала земельных работ, 40% стоимости должны выплачиваться после завершения неотделанной постройки, в последующем по 10% -соответственно после готовности крыши, после готовности сантехнических и отопительных систем и готовности здания для въезда жильцов⁷⁹.

В ст. 7 и 9 Закона определены обязанности проектной компании и дольщика.

Также и здесь, однако, отсутствует однозначная квалификация договора. По нашему мнению речь здесь идет, как описано выше, не о вступлении в проектную компанию как участник. В большей степени, интерес сторон заключается в обмене услугами, с одной стороны – постройка здания, с другой – выплата денег. Это соответствует больше всего договору строительного подряда в смысле ст. 651 ГК РК. В зависимости от формы договора также необходимо учитывать истолкование в смысле договора купли-продажи.

10. В ст. 8 Закона, установлены обязательства застройщика об информировании. Эти обязанности информирования действительно важны для договора. Но, тем не менее, в законе отсутствует однозначное определение *предмета договора*. Согласно ст. 7 предметом договора является доля в жилом доме. Но эта доля есть ничто иное, как отдельная собственность на квартиру в сочетании с общей собственностью на другие помещения. Поэтому срочно и настоятельно рекомендуется дать точное описание предмета договора, то есть описание дома и квартиры вписать в договор, потому что невозможно установить, выполнила ли проектная компания свои обязательства.

Предмет договора должен быть описан максимально точно, по крайней мере, с точки зрения следующих пунктов:

- точное расположение квартиры внутри здания,
- размер квартиры,

⁷⁹ Это соответствует постановлению о посреднических и подрядно- строительных фирмах.

- оснащение,
- качество использованных материалов,
- размер, качество и оснащение помещений, находящихся в общем пользовании,
- описание путей въезда и иных площадей вне здания.

11. В ст. 9 предписано, что договор должен быть заключен в письменной форме.

Необходимо проверить, не имеют ли такого рода договоры особое значение для населения, что делает необходимым предписать обязательное нотариальное заверение для подобных договоров между дольщиком и проектной компанией.

12. В п. 3 ст. 9 предписан гарантийный срок 2 года. Этот срок значительно короче, чем десятилетний срок согласно ст. 665 ГК РК. С другой стороны, 10 лет также представляются слишком длинным сроком. В других странах как соразмерный рассматривается срок в 5 лет, как например, в Германии, § 634 а ГГУ ФРГ.

13. В ст. 13 регулируется расторжение договора.

13.1 Возникает вопрос, соразмерно ли отрегулировано право расторжения (заказчик/дольщик). Соответствующее положение в немецком праве гласит следующее:

Расторжение заказчиком (здесь: дольщик)⁸⁰

(1)1. Заказчик может в любой момент до завершения услуг/ работ расторгнуть договор.

2.Исполнитель (здесь проектная компания/ застройщик) имеет право на согласованное вознаграждение. Если заказчик расторгнет договор, подрядчик вправе потребовать выплаты согласованного вознаграждения; однако он должен зачесть в эту сумму сэкономленное на расходах вследствие прекращения договора либо приобретенное путем иного использования рабочей силы или преднамеренно упущенное (§ 649 ГГУ).

(2)1. Заказчик может расторгнуть договор, если исполнитель прекратил выплаты, если по отношению к нему или заказчику или иному кредитору открыто производство по несостоятельности или сравнимое судебное производство, или оно будет открыто в будущем или открытие которого будет отклонено вследствие недостаточности конкурсной массы.

2 Выполненные работы должны быть зачтены согласно § 6 абзац 5. Заказчик может требовать возмещения ущерба из-за неисполнения.

(3)1. Заказчик может расторгнуть договор, если в случаях ... назначенный срок бесполезно истек. (лишение заказа). Лишение заказа может быть ограничено какой-либо отдельной, ограниченной собой частью договорных услуг/работ.

2. После такого отзыва заказа заказчик имеет право передать оставшуюся часть еще незавершенных работ/услуг третьим лицам, но

⁸⁰ § 8 Закон о передаче строительных заказов и договорах строительных услуг.Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) часть B.

его права требования на возмещение возникаемых в будущем возможных убытков остаются в силе. Он также вправе отказаться от дальнейшего исполнения и потребовать возмещения ущерба из-за дополнительного исполнения («доработки»), если исполнение не представляет более для него интереса по причинам, которые привели к лишению исполнителя заказа.

3. Для дальнейшего ведения работ заказчик может использовать приборы, оснащение, а также иные, имеющиеся на строительной площадке виды оборудования и поставленные материалы и строительные детали за соразмерное вознаграждение.

4. Заказчик обязан предоставить исполнителю список возникших дополнительных расходов, а также иных требований не позднее, чем в течение 12 рабочих дней после расчета с третьими лицами.

13.2 Возникает вопрос, соразмерно ли отрегулировано право на расторжение исполнителем (проектная компания/застройщик). Соответствующее урегулирование в немецком праве гласит:

Расторжение исполнителем⁸¹

(1) Исполнитель может прекратить договор:

1. если заказчик не выполняет действие, которое он обязан выполнить и тем самым создает условия невыполнимости для исполнителя (*Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB*)

2. если заказчик не осуществляет выплату к сроку или иначе просрочил исполнение обязательства как должник.

(2) О расторжении должно быть заявлено письменно. Оно допустимо лишь тогда, когда исполнитель безуспешно назначил заказчику соразмерный для исполнения договора срок, объяснил, что после истечения этого срока он расторгнет договор.

(3) Выполненные до этого работы должны быть зачтены по ценам договора. Кроме того, исполнитель имеет право требования на соразмерное возмещение согласно § 642 ГГУ ФРГ BGB. Иные требования исполнителя этим не затрагиваются.

В обоих случаях разница между немецким и казахстанским правом заключается в необходимости назначения срока. Это требование служит прежде всего надежности правового оборота.

14. В п. 4 ст. 13 в несколько незаметном месте указывается на то, что сторонам может принадлежать право на возмещение ущерба. С точки зрения сторон это требование является регулярно более интересным требованием ст. 350 ГК РК. Проблема может заключаться в исчислении ущерба. При этом нужно учитывать, что дольщик имеет право в определенный момент времени въехать в определенную квартиру. Если это право нарушается, то для дольщика, например, возникает ущерб, если ему нужно арендовать или покупать другую квартиру, или если он не может уже продать старую квартиру вообще или из-за этой просрочки – должен продать ее за меньшую цену.

⁸¹ § 9 Закон о передаче строительных заказов и договорах строительных услуг. (VOB) часть B.

В требованиях по возмещению ущерба также охватываются расходы на финансирование, то есть те проценты, которые выплатил должник по кредиту для финансирования покупки квартиры, если он отказывается от договора и не получает квартиру.

15. Необходимо ответить и на следующий вопрос: исходя из квалификации правоотношений между сторонами как отношений из двусторонних договоров, имеются и иные последствия, то есть, что должнику принадлежат также права, исходя из ст. 635, 648 ГК РК. По представленному здесь нами мнению это имеет место.

16. Помимо этого, по казахстанскому праву, кредитор имеет право требования на возмещение морального вреда, ст. 352 ГК РК. Сравнимые требования на возмещение нематериального ущерба признаются в Германии очень редко, в частности при психических болях. Такого рода обстоятельства могут встречаться в связи с вопросами жилищного строительства только как исключение.

17. Должники, то есть, прежде всего, проектная компания будут пытаться освободиться от ответственности, указывая на форс-мажорные обстоятельства, п. 2 ст. 359 ГК РК. В вопросе о том, имеет ли место форс-мажор, все зависит от того, может ли обстоятельство быть отнесено к сфере риска одной из сторон по договору. Так, например, такое обстоятельство, как подключили ли здание своевременно к системе отопления, не может быть отнесено к форс-мажорным, потому что этот риск касается проектной компании.

Однако проектная компания будет пытаться определить в договоре конкретные обстоятельства как форс-мажорные. При таких оговорках речь идет об оговорках об исключении ответственности. Здесь нужно учитывать п. ст. 350 ГК РК. Согласно этой статье оговорки об исключении ответственности являются недействительными.

18. Если стороны по договору упустили включить неустойку, этот пробел не может быть устранен применением ст. 353, т.к. эта норма действует только с момента, когда имеется право требования на встречную выплату. В таких случаях учитывается только требование по возмещению ущерба согласно ст. 365 ГК РК.

19. С точки зрения дольщиков сохраняется в дальнейшем опасность, что проектная компания продаст квартиру многократно. В законе о долевом участии в жилищном строительстве эта проблема не затрагивается. В немецком праве делается попытка решить эту проблему так, чтобы на уровне права реестра уже создавались соответствующие страницы в поземельной книге для еще строящихся квартир и до того, как они будут построены. В этот момент собственники еще не могут быть внесены, потому что квартиры еще нет. Но может быть внесена оговорка о том, что определенный дольщик заключил договор о приобретении конкретной квартиры. До тех пор, пока внесена такая оговорка, это препятствует тому, чтобы какое-либо третье лицо было внесено как собственник квартиры (предварительная запись согласно §§ 883 ГГУ).

В. Рекомендации на основе вопросов анкеты⁸²

1. Дополнение к договору, согласно которому сторона (частично) отказывается от своих прав, например, уменьшается размер квартиры, в принципе возможно. Но при этом нужно точно исследовать, какими мотивами был объяснен этот отказ. Если этот мотив не ясен, то существует предположение, что другую сторону ввели в заблуждение или на нее было оказано давление.

2. Необходимо решить проблему, дает ли право расторжения договора дольщиком с проектной компанией также и право на расторжение договора дольщика с банком. Принципиально здесь действует принцип, что риск применения финансирования, то есть здесь договора вклада, находится у кредитора, то есть здесь - дольщика. Мотив заключения договора вклада не имеет значения для банка. Но из этого основного правила есть исключения. Так, например, в немецком праве есть специальное правило, которое гласит, что сделка с банком, которая заключена для финансирования *другой сделки*, может быть расторгнута вместе с этим другим договором, если оба эти договора представляют собой «экономическое единство». Это имеет место тогда, когда банк и предприниматель, который выполняет услуги/работу, то есть здесь - проектная компания, сотрудничают особым образом. В случаях, когда банк и проектная компания до начала строительства приняли соответствующие договоренности о сотрудничестве, на вопрос – было ли «экономическое единство» - можно дать утвердительный ответ.

3. Соответствующее действует для вопроса, может ли застройщик нести ответственность за возврат ссуды перед банком, или чтобы банк потребовал возврата кредита только от получателя кредита, но не от застройщика. Что получатель кредита делает с кредитом, не должно интересовать банк.

Исключение по немецкому праву должно действовать тогда, когда застройщик и банк тесно сотрудничали друг с другом. В таком случае суды разрешают, чтобы дольщик не выплачивал кредит обратно, а вместо этого передавал банку свои права на недвижимость.

С. Рекомендации в отношении защиты должника при принудительном исполнении

1. Согласно ст. 37 казахстанского закона об ипотеке реализация земельного участка допустима во внесудебном порядке. По немецкому праву это невозможно. Согласно § 1149 ГГУ ФРГ соглашение о внесудебной реализации, которое было принято до момента выплаты по требованию кредитора, является недействительным.

2. Вопрос заключается в том, какие формы правовой защиты имеются для должника, который согласился на внесудебный торг своего имущества. Представляется, что некоторые казахстанские суды прибегают здесь к п. 5 ст. 8 ГК РК.

Вероятно, немецкий судья действовал бы аналогично. Здесь сначала было бы проверено, действует ли вообще такая оговорка (если она уже не запрещена

⁸² Относительно вопросов, которые связаны с Постановлением правительства N 1962, наша позиция была высказана в предыдущем докладе, разработанном к данному семинару для судей в г. Астане.

законом). Сомнительной была бы ее действительность особенно в том случае, когда речь идет о «стандартизированной оговорке договора». В казахстанском ГК статьи 388, 389 регулируют эту проблему менее строго, чем немецкое право. По немецкому праву такая оговорка, если бы она была стандартной, была бы вероятно недействительной, потому что она «несоразмерно ухудшает», § 307 ГГУ ФРГ, условия для одной из сторон по договору.

3. Следующим вопросом является, как должен действовать судебный исполнитель, если один и тот же предмет имущества заложен многократно. Здесь все зависит от ранга прав. Если кредитор второго ранга ведет реализацию имущества, то сначала должно быть обеспечено, чтобы первоочередной кредитор либо сначала получил свои деньги, или же продолжает действовать право первоочередности обеспечения. В Германии при торгах земельных участков продолжают действовать первоочередные обеспечительные права, следствием этого является то, что приобретатель из принудительного исполнения судебного решения должен заплатить более низкую цену, т.к. он приобретает обремененный участок.

4. Немецкий закон о принудительном исполнении предусматривает различные инструменты для защиты должника:

§ 30a Закон об исполнительном производстве

(1) Производство может быть приостановлено на срок максимально до 6 месяцев по заявлению должника, если существует перспектива, что посредством приостановления можно избежать реализации, и если приостановление, исходя из личных и экономических условий должника, а также исходя из вида долга, соответствует справедливости.

(2) Заявление необходимо отклонить, если нельзя ожидать приостановления со стороны взыскивающего кредитора, с учетом его экономических отношений, в частности, если это несоразмерно невыгодно для кредитора, или если с учетом свойств или иных отношений земельного участка можно предположить, что реализация в более поздний момент времени принесет существенно меньшую выручку..

§ 85a Закон об исполнительном производстве

(1) В передаче права на имущество должно быть отказано, если предложенное максимальное предложение, включая стоимость капитала оставшихся после условий реализации прав, не достигает половины стоимости земельного участка.

§ 765 а ГПК ФРГ

По ходатайству должника суд исполнительного производства может полностью или частично отменить, запретить или приостановить меры принудительного исполнения если эта мера, даже исходя из потребности защиты кредитора, в силу особых обстоятельств, означает затруднение, несовместимое с добрыми нравами.

Практика рассмотрения судами города Алматы дел, вытекающих из договоров долевого строительства

Экономическая реформа привнесла в повседневную жизнь наряду с положительными результатами и новые негативные явления, среди которых отмечается нарушение прав граждан на приобретение жилых помещений в строящихся многоквартирных домах при исполнении договоров о долевом участии в строительстве жилого дома, квартиры, в связи с чем и увеличилось число обращений граждан в суды.

По городу Алматы истцами-дольщиками заявлялись следующие исковые требования - о расторжении договоров долевого участия ввиду нарушения застройщиком сроков строительства, по этим же основаниям признанию таких договоров недействительными, взыскании неустойки за несвоевременную сдачу объектов, взыскании сумм за разницу в площади квартир.

В 2008-2009 г.г. по искам о расторжении договоров долевого участия ввиду существенного нарушения застройщиком условий договора, а именно несвоевременного ввода в эксплуатацию объектов строительства сложилась следующая судебная практика: если жилые комплексы фактически были построены, однако, в силу каких-то обстоятельств не были введены в эксплуатацию, то по таким искам выносились решения об отказе в иске о расторжении договоров;

если же строительство объектов находилось в стадии нулевого цикла, либо строительство фактически начато не было, то иски удовлетворялись и такие договоры расторгались со взысканием в пользу дольщиков, вложенных ими денежных средств, особенно по искам, где в отношении руководителей компаний-застройщиков возбуждались уголовные дела и последние были привлечены к уголовной ответственности.

В 2010 г. судебная практика немного изменилась, с учетом кризиса в секторе строительства, если компанией-застройщиком принимаются меры к завершению строительства, либо такие застройщики включены в программу Акимата по государственному участию в завершении таких проблемных объектов, принимаются решения об отказе в иске о расторжении договоров долевого участия., с разъяснением прав дольщиков о взыскании неустойки за ненадлежащее исполнение обязательств со стороны застройщика.

К примеру, 10.07.2007 года между ТОО «Меркур Град» и Е. заключен договор о долевом участии в жилищном строительстве, в соответствии с которым застройщик обязался в срок не позднее марта месяца 2009 года построить жилой комплекс «Меркур Град» и передать по передаточному акту дольщику его долю, а именно однокомнатную квартиру, полезной площадью 43,8 кв.м., в построенном жилом здании не позднее марта месяца 2009 года. Дом не был сдан в эксплуатацию в срок, истец указывала на это как на существенное нарушение договора.

По делу установлено, что кроме привлечения денежных средств дольщиков, ответчиком были открыты кредитные линии в банках для финансирования строительного комплекса «Меркур Град». В связи с финансовым кризисом кредитная линия была закрыта и темпы строительства были значительно снижены. Ответчиком принимались всевозможные меры по завершению строительства комплекса. На объекте выполнены и приняты по актам 75% монолитных работ, 100% по электроснабжению и газоснабжению, 91% газовой котельной, 56 % по резервуарам и 10% по внутриквартальным инженерным сетям всего комплекса «Меркур Град».

Также «Меркур Град» включен в список, финансируемых из государственного бюджета по программе «Правительство-Акимат-Застройщик». В соответствии с этой программой в построенном жилом комплексе в 2009 году квартирами предполагалось обеспечить не только 511 дольщиков объекта «Меркур Град», но и более 1000 дольщиков, привлеченных с проблемных объектов города Алматы. 02 апреля 2009 года в ходе реализации указанной программы «Правительство-Акимат-Застройщик» был проведен конкурс по государственным закупкам по строительству 1-ой очереди жилого комплекса «Меркур Град» на сумму 2 563 711 040 тенге, победители которого приступили к завершению строительства жилого комплекса.

Суд первой инстанции принял решение об удовлетворении требований Е. о расторжении договора по основаниям существенного нарушения условий договора и взыскании убытков в полном объеме.

Апелляционная коллегия городского суда, с учетом приведенных выше обстоятельств, признала выводы суда о существенном нарушении условий договора по вине ответчика не соответствующими обстоятельствам дела, ответчик принимал и принимает все зависящие от него меры по исполнению своих обязательств.

В сложившейся ситуации нарушение сроков передачи объекта само по себе не является существенным нарушением договора, влекущего расторжение договора, а может быть основанием для наступления ответственности застройщика в виде оплаты договорной неустойки. Поэтому решение суда было изменено.

Решением Медеуского районного суда г.Алматы был удовлетворен иск прокурора г.Алматы в интересах долевых участников к ТОО «Верный КЗ», Союз-2», ТОО «Компания Жасау» и др., 203 договора были признаны недействительными, стороны приведены в первоначальное положение, с ответчиков в пользу 185 долевых участников солидарно взыскано 1 441 360 062 тенге.

По условиям заключенных договоров долевого участия в строительстве, дольщиками в кассу ТОО были внесены денежные средства в общей сумме 1 441 360 062 тенге.

28 апреля 2008 года ДБЭКП г.Алматы по заявлению дольщиков было возбуждено уголовное дело в отношении руководителей ТОО «Верный КЗ», приговором суда установлены факты нецелевого использования денежных средств дольщиков, они признаны виновными и осуждены к различным мерам наказания.

Признанные виновными лица по договорам о долевом участии в строительстве жилых комплексов свои обязательства фактически выполнять не намеревались, к строительству жилья не приступали, а преследуя корыстные цели, выразившиеся в личном и корпоративном обогащении, похитили денежные средства путем перевода в аффилированные учреждения и выдачи в подотчет другим лицам.

При таких обстоятельствах, суд применил ч.5 статьи 157 ГК, так как достоверно было установлено, что у должностных лиц строительных компаний, т.е. у одной стороны, имелся умысел на достижение преступной цели. Согласно названной статье при наличии умысла на достижение преступной цели лишь у одной из сторон все, полученное ею по сделке, подлежит возвращению другой стороне, а полученное последней либо причитавшееся ей по сделке подлежит конфискации. Приговором иски заявленные потерпевших были удовлетворены со взысканием денежных средств с осужденных Абишевой М.Т., Есеновой Л.Т. и Муружевой Л.В. солидарно в пользу каждого дольщика.

Однако согласно оценке, сумма арестованного имущества вышеуказанных лиц составила всего 97 580 000 тенге, тем самым возвратность в полном объеме суммы, внесенных дольщиками не могла быть обеспечена.

В целях обеспечения возврата вложенных денежных средств дольщикам ДБЭКП г. Алматы было арестовано имущество руководства ТОО «Верный КЗ» и аффилированных компаний на общую сумму 1 549 975 000 тенге.

Согласно приговору суда, денежные средства в сумме 716 012 629 тенге, поступившие от долевых участников в ТОО «Верный КЗ» были перечислены в виде финансовой помощи следующим предприятиям: ТОО «Союз-2» - 313 542 248 тенге, ТОО «Компания Жасау» - 338 395 669 тенге, ТОО «Торговый центр Жетысу» - 26 349 386 тенге, ТОО «CENTRAL MANAGEMENT COMPANY» - 17 218 498 тенге, ТОО «Вояж Элит LLC» - 1 933 992 тенге.

Эта финансовая помощь была перечислена на основании решений единственного учредителя указанных компаний Акбиева Ж.М.

С учетом указанных обстоятельств, судом суммы в пользу дольщиков были взысканы солидарно как с ТОО «Верный КЗ», так и аффилированных предприятий ТОО «Союз-2», ТОО «Компания Жасау», ТОО «Торговый центр Жетысу», ТОО «CENTRAL MANAGEMENT COMPANY, ТОО «Вояж Элит LLC», а договора о долевом участии в строительстве были признаны недействительными.

Кроме того, по данному делу были также заявлены требования о передаче недостроенного жилого комплекса с земельным участком в пользу созданного дольщиками ЖСК «НДЖан».

Суд данные требования оставил без удовлетворения по пункту 5 статьи 188 ГК, по основанию бессрочности право собственности, и что оно может быть принудительно прекращено только по основаниям, предусмотренным настоящей Кодексом.

При этом суд указал, что собственником земельного участка, на котором находится недостроенный жилой комплекс, является ТОО «Компания Жасау», его право собственности не прекращено в установленном законом порядке.

Оставляя без изменения такое решение суда, апелляционная коллегия еще сослалась на пункт 2 раздела 3 Плана первоочередных действий по обеспечению стабильности социально-экономического развития РК, утвержденных Постановлением Правительства РК от 06 ноября 2007 года № 1039, которым разработаны механизмы завершения строительства незавершенных строительством объектов.

Коллегия указала, что передача незавершенного строительством объекта возможна в случае, если суммы, потраченные дольщиками на участие в строительстве, не были взысканы с застройщика в пользу дольщиков; а по данному же делу судом было вынесено решение о взыскании с ТОО «Верный КЗ», ТОО «Компания Жасау» в пользу дольщиков денежных сумм, уплаченных ими по договорам долевого участия в строительстве.

Надзорная коллегия Алматинского городского суда отменила судебные акты нижестоящих судебных инстанций, приняла новое решение об удовлетворении требований о передаче недостроенного объекта в счет взыскания в пользу ЖСК «НДЖан» для завершения строительства.

Решение мотивировано тем, что ЖСК создано дольщиками, в чьих интересах заявлен иск прокурором города Алматы. Согласно его Уставу целью создания является защита прав и возврат вложенных денежных средств дольщиков в строительство жилого дома. Поскольку судом применена реституция и с застройщика взыскана сумма 258 648 135 тенге, то его исполнение возможно только способом, о котором просил прокурор, тем самым будет обеспечен реальный возврат вложенных дольщиками денежных средств. Кроме того, одновременное разрешение проблемы с дольщиками таким способом не противоречит закону, интересам дольщиков, а также третьих лиц, которые также должны быть заинтересованы в доведении строительства до конца и получении жилья или помещения в этом объекте.

Отказ в удовлетворении требования истцов о передаче недостроенного объекта в данном случае не разрешает сложившуюся социальную проблему с дольщиками.

Ким Л.М. обратилась в суд с иском к ТОО «Меркур Град», ТОО «Предприятие капитального строительства Акимата г.Алматы» о признании сделки недействительной между ТОО «Меркур Град» и ТОО «ПКС г.Алматы» о передаче объекта незавершенного строительства, взыскании 10 525 788 тенге. Требования мотивированы тем, что между ней и ТОО «Меркур Град» был заключен договор о долевом участии в жилищном строительстве, он свои обязательства перед застройщиком по выплате суммы выполнил, однако ответчик в указанные договором сроки жилой комплекс не построил, не передал по передаточному акту квартиру.

20.12.2008г. ТОО «Меркур Град» заключил договор «О передаче объекта незавершенного строительства» с ТОО «ПКС Акимата г.Алматы», по условиям договора компания передала в собственность ПКС объект незавершенного строительства в количестве 30 недостроенных домов. После завершения строительства в собственность компании будет возвращено 10 жилых домов в черновой отделке. В дальнейшем компания не будет иметь право требовать от предприятия остальные жилые дома.

Истец считал, что компания заключила сделку с предприятием сознательно, стремясь уйти от ответственности за невыполненные обязательства перед дольщиками, сделка заключена без согласия дольщиков, чем нарушены права третьих лиц. ТОО «ПКС» знало, что строительство осуществлялось на деньги дольщиков и передача компанией недостроенного объекта существенно нарушает ее права.

Судом признано, что в связи с ненадлежащим исполнением ответчиком ТОО «Меркур Град», а именно несвоевременной передачей в собственность дольщика 3-комнатной квартиры в жилом комплексе «Меркур Град», образовалась неустойка.

Суд взыскал неустойку с последнего, так как ответственность перед Ким возникла у ТОО «Меркур Град», а факт заключения договора о передаче объекта незавершенного строительства между ТОО «Меркур Град» и ТОО «Предприятие капитального строительства Акимата г.Алматы», не нарушает прав дольщиков, не является существенным нарушением, влекущим недействительность договора, может быть основанием для наступления ответственности застройщика в виде оплаты договорной неустойки.

В последнее время, подавляющее большинство дел по данной категории составляют дела о взыскании неустойки за несвоевременное исполнение обязательства по сдаче объекта строительства.

Анализ судебной практики по указанной категории дел показал, что иски о взыскании неустойки за ненадлежащее исполнение принятых на себя со стороны застройщика обязательств по своевременному вводу в эксплуатацию объектов удовлетворялись, поскольку условия договоров долевого участия, предусмотрена такая ответственность застройщика.

Суды города Алматы при решении вопроса о взыскании неустойки за ненадлежащее исполнение обязательств по сдаче объектов строительства, в частности при нарушении застройщиком сроков завершения строительства, включенных в список объектов, финансируемых из государственного бюджета по программе «Правительство-Акимат-Застройщик», берут во внимание именно эти обстоятельства и взыскивают неустойку, руководствуясь ст. 297 ГК, уменьшают неустойку.

Вместе с тем, следует отметить, что при рассмотрении исков о взыскании неустойки возникали вопросы относительно оснований взыскания, когда в договорах неустойка не предусмотрена, а ответчиком нарушены сроки строительства дома, чем причинен ущерб участнику долевого строительства.

Как правило, истцы обращались о взыскании неустойки в соответствии со статьей 353 ГК и указывали, что ответчики допустили неправомерное пользование денежными средствами, а потому должны уплатить неустойку за несвоевременный возврат денежных средств.

Между тем, данная статья предусматривает ответственность за неправомерное пользование чужими деньгами в результате неисполнения денежного обязательства либо просрочки в их уплате, либо их неосновательного получения или сбережения за счет другого лица.

В этой связи судам разъяснено, что договор о долевом участии в жилищном строительстве не является денежным обязательством; при нарушении которого наступает ответственность по ст.353 ГК.

В то же время сложилась в судах практика взыскания пени в случае нарушения застройщиком срока исполнения обязательства, когда это предусмотрено договором.

Определенное количество дел рассмотрено судами города и по требованиям о взыскании денежной компенсации за несоответствие площади квартир договорам.

По договору о долевом участии в строительстве квартиры ответчик - застройщик ТОО «Есентай Резиденшиал» обязался передать истцам Еспенбетовым И. и Э. квартиры общей площадью 154 и 150 кв.м., однако из схематического плана квартиры, замера квартиры, выполненного Центром по недвижимости по г.Алматы, истцам переданы квартиры общей площадью 124 и 123 кв.м., недостающая площадь равняется 30 и 27 кв.м.

Ответчик в суде утверждал, что стороны не обговорили в договоре о производстве перерасчета при предоставлении меньшего, чем в договоре, размера фактической площади квартир, и что расчеты площади квартир определены по американской методике BOMA, которая включает в площадь квартиры площади под стенами до лифтов, мест общего пользования и т.д.

Однако суд не взял во внимание такие доводы ответчика и обоснованно сослался на СНиП 3.03.-43-2007 «Жилые здания», согласно которым площадь помещений жилых зданий определяется по их размерам, измеряемым между отделанными поверхностями стен и перегородок на уровне пола (без учета плинтусов); площадь открытых помещений (балконов, лоджий, террас, эркеров) определяется по их размерам, измеряемым по внутреннему контуру (между стеной здания и ограждением) открытого помещения без учета площади, занятой ограждением; площадь жилого здания определяется как сумма полезных площадей всех жилых помещений здания и площадей всех нежилых помещений, а также площадей частей жилого здания, являющихся общим имуществом; общая площадь жилища (квартиры) определяется как сумма полезной площади жилища, включающая жилые, нежилые помещения и площади балконов (лоджии, веранд, террас), рассчитываемых с применением понижающих коэффициентов.

При рассмотрении споров, вытекающих из договоров долевого участия, суды руководствовались положениями самих договоров, Закона Республики Казахстан «О долевом участии в жилищном строительстве», Гражданским кодексом РК, а также Законом РК «О жилищных отношениях» при рассмотрении правоотношений, возникших до введения в силу Закона РК «О долевом участии в жилищном строительстве».

На сегодняшний день в целях быстрее разрешения социальных проблем дольщиков, исполнения исполнительных документов, выписанных на основании приговоров суда с застройщиков ТОО «DOCCOP DEVELOPMENT», ТОО «BS GROUP», ТОО «БАЗК», ТОО «Казкоммерцкурылыс», ТОО «Корпорация Салауат», ТОО «Азия Отан Консалтинг», а также с осужденных

Поминова К.В., Халиулина, Макуха, Мунгатова в солидарном порядке в пользу 140 дольщиков суммы в размере 1 546 114 826 тенге, был создан жилищно-строительный кооператив (ЖСК «РАЖ») и 140 дольщиков уступили свои права требования ТОО «ПКС».

Судебными исполнителями в процессе исполнительских действий выявлен ряд движимого и недвижимого имущества, в том числе и имущество, обеспеченное залоговым обязательством.

В судебном порядке рассматриваются эти вопросы, а также вопросы о снятии залога с недвижимости, передаче имущества (активов) в натуре.

По представлению судебного исполнителя 17.08.2010 г. изменен способ и порядок исполнения вышеназванного приговора в части гражданского иска с передачей недвижимости в виде 16 квартир, расположенных в доме 14/29 на углу улиц Каирбекова и Жибек жолы ТОО «ПКС Акимата г.Алматы».

Что касается других обеспеченных залоговым обязательством активов ТОО «BS GROUP», то в Медеуский районный суд поступало исковое заявление ТОО «ПКС Акимата г.Алматы» к указанному ответчику о признании договора залога недействительным.

Поскольку спор возник между двумя юридическими лицами, суд вынес определение о направлении дела по подсудности в СМЭС, которое обжаловано и в настоящее время дело находится в апелляционной инстанции городского суда.

По исполнительным документам о взыскании с АО «Столичная недвижимость» суммы 146 053 965 тенге в пользу дольщиков возникли проблемы при исполнении, что выражается в том, что ранее наложенные органами следствия обременения в отношении руководителей АО - оставлены приговором суда в обеспечение исполнения гражданских исков в пользу потерпевших (дольщиков), и обращение взыскания на имущество должника невозможно. Ставится вопрос о передаче активов застройщика и руководителей в пользу дольщиков ЖСК «Шыгыс», ЖСК «Шанырак», ЖСК «Солнечный квартал», однако не все дольщики заключили договор уступки прав требования с ЖСК.

Такая практика продолжает иметь место. Так, потерпевшими по приговору Медеуского районного суда от 26.01.07 года, которым признаны виновными и осуждены Абишева, Есенова, Муружева, с которых в пользу дольщиков взысканы суммы, создано ЖСК «Болашак Отау», председателем которого выбран Тритенко К.А.

В соответствии с постановлением Правительства от 06.11.07г. № 1039 «Об утверждении Плана первоочередных действий по обеспечению стабильности социально-экономического развития РК» с изменениями от 28.08.2009г., ТОО «Предприятие капитального строительства акимата г.Алматы» заключило договор с ЖСК «Болашак Отау».

Согласно договору дольщики ТОО «Верный КЗ» в лице председателя Тритенко переуступили права требования на взыскание сумм долевых взносов по вступившим в законную силу судебным актам.

Поскольку исполнение требований дольщиков возможно путем передачи всего имущества должников, судебный исполнитель 06.10.10г. обратился

в Медеуский районный суд об изменении способа и порядка исполнения приговора суда путем передачи имущества в натуре в счет погашения задолженности должников, с предварительной оценкой. ТОО «ПКС Акимата г.Алматы» к указанному ответчику о признании договора залога недействительным.

Поскольку спор возник между двумя юридическими лицами, суд вынес определение о направлении дела по подсудности в СМЭС, которое обжаловано и в настоящее время дело находится в апелляционной инстанции городского суда.

Р. М. Ертаева,
судья Акмолинского областного суда

Расторжение договора о долевом участии в жилищном строительстве

Договор о долевом участии в строительстве может быть изменен или расторгнут по любому из оснований, предусмотренных ст. 401 ГК РК.

Кроме этого, Законом о долевом участии в жилищном строительстве предусмотрены специальные основания изменения или расторжения договора.

Согласно п.1 ст.13 Закона Республики Казахстан «О долевом участии в жилищном строительстве» по соглашению застройщика, проектной компании, дольщика и банка-агента условия договора могут быть изменены после его заключения, если договором и (или) дополнительными соглашениями к нему предусмотрены случаи и условия его изменения.

Такими, в частности, являются случаи одностороннего отказа от исполнения договора со стороны застройщика или участника долевого строительства, или случаи расторжения договора в судебном порядке по требованию участника долевого строительства.

Дольщик вправе досрочно расторгнуть договор о долевом участии в жилищном строительстве и истребовать сумму депозита дольщика в течение тридцати календарных дней с момента заключения договора банковского счета.

По истечении данного срока истребование денег дольщиком возможно только в случаях:

- прекращения действия лицензии проектной компании на деятельность по организации строительства жилых зданий за счет привлечения денег дольщиков;
- нарушения проектной компанией сроков ввода жилого здания в эксплуатацию, указанных в договоре о долевом участии в жилищном строительстве.

При расторжении договора о долевом участии в жилищном строительстве в случаях, предусмотренных пунктом 1-1 настоящей статьи, банк-агент возвращает дольщику деньги с депозита дольщика и деньги в размере накопленного вознаграждения.

В статье 13 закона предусмотрено, что в случае нарушения обязательных условий договора о долевом участии любая из сторон в одностороннем порядке вправе отказаться от исполнения договора и потребовать приведения его в первоначальное положение с уплатой неустойки в соответствии со ст.17 Закона, а также возмещения убытков в соответствии с ГК РК.

Истец Абрамян А.С. обратился в суд с иском к ТОО «Жас Қайын» о расторжении договора, взыскании денежной суммы и неустойки мотивируя тем, что ответчик нарушил обязательства по сдаче объекта жилого дома в эксплуатацию.

Решением суда иск удовлетворен в полном объеме.

Вывод суда мотивирован следующим. 29.12.2007г между сторонами заключены договоры №22-К и №23-К о долевом участии в строительстве жилого дома №84 по ул.Красная в г.Кокшетау, согласно которым истец принял на себя обязательства в полном объеме и в указанные сроки провести финансирование своей доли в строительстве жилого дома.

Ответчик, в свою очередь, обязался закончить строительство дома и обеспечить его сдачу в эксплуатацию по акту приема государственной комиссии в 3 квартале 2008г, передав истцу в счет внесенных тем денежных средств на долевое строительство дома трехкомнатную и двухкомнатную квартиры.

Свои обязательства по договорам Абрамян А.С. полностью выполнил, оплатив в установленные сроки обусловленную договорами сумму 7 164 589 тенге. Ответчик свои обязательства по договорам не выполнил.

Согласно п.2 ст.401 ГК РК по требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда только при существенном нарушении договора другой стороной.

Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

Суд пришел к выводу, что ответчик существенно нарушил договора, не выполнив обязательство закончить строительство дома и обеспечить сдачу в эксплуатацию по акту приема государственной комиссии в срок не позднее 3 квартала 2008г.

П. 5.1 договора стороны предусмотрели возможность расторжения договора по инициативе дольщика в случае неисполнения застройщиком, предусмотренного п.п. 3.1,3.2 договора обязательств в установленные сроки, если о задержке выполнения данных обязательств и ее причинах дольщик до истечения указанных сроков не был уведомлен застройщиком в письменной форме.

Согласно п.4 ст.9, п.1 ст.350 ГК, в связи с невыполнением ответчиком обязательств по договорам долевого участия, внесенная истцом в кассу ответчика во исполнение данных договоров сумма в размере 7 164 589 тенге, взыскана с ответчика как убытки истца.

При одностороннем отказе от исполнения договора, согласно п. 5 статьи 11 закона, в уполномоченный орган стороной-инициатором представляется заявление об учете одностороннего отказа от исполнения договора. При этом

сторона-инициатор обязана уведомить об одностороннем отказе от исполнения договора другую сторону в течение десяти календарных дней со дня подачи заявления.

Обязательность предоставления в уполномоченный орган стороной-инициатором заявления об учете одностороннего отказа от исполнения договора обусловлена тем, что согласно п.5 ст.4 Закона местный исполнительный орган в сфере долевого участия в жилищном строительстве осуществляет учет договоров в долевом участии в жилищном строительстве.

Постановлением Правительства Республики Казахстан от 10.11.2009г №1795 утверждены Правила осуществления учета договоров о долевом участии в жилищном строительстве.

Стороны в течение десяти календарных дней после получения от стороны-инициатора письменного уведомления об одностороннем отказе от исполнения Договора по взаимному согласию в письменном виде информируют местный исполнительный орган области (города республиканского значения, столицы) с указанием отсутствия претензий друг к другу для последующего снятия Договора с учета.

В случае отказа сторон от расторжения Договора по взаимному согласию его расторжение производится в соответствии с гражданским законодательством.

В РФ с 1 апреля 2004 года действует Закон об участии в долевом строительстве, в соответствии с которым расторжение договора также подлежит регистрации. С заявлением о государственной регистрации расторжения договора может обратиться одна из сторон договора (как участник долевого строительства, так и застройщик). К заявлению необходимо приложить документы, которые подтверждают расторжение договора. Если расторжение договора произошло по инициативе одной из сторон, то к заявлению необходимо приложить копию уведомления другой стороны договора об одностороннем отказе от исполнения договора в форме заказного письма с отметкой об отправке. Если договор расторгнут в суде, то тогда понадобится копия вступившего в законную силу решения суда о расторжении договора, заверенная в установленном порядке судом, вынесшим решение. Орган по государственной регистрации при представлении заявления одной из сторон такого договора в течение рабочего дня обязан уведомить в письменной форме об этом другую сторону договора.

В статье 17 Закона РК «О долевом участии в жилищном строительстве» предусмотрены основания ответственности сторон по договору о долевом участии в жилищном строительстве.

Так, в п. 1 статьи 17 предусмотрено, что в случае нарушения проектной компанией предусмотренного договором срока передачи дольщику его доли в жилом доме (жилом здании) проектная компания уплачивает дольщику - физическому лицу неустойку (пеню) в размере 0,1 процента от суммы, уплаченной дольщиком по договору долевого участия в жилищном строительстве, за каждый день просрочки.

Если дольщиком является юридическое лицо, то проектная компания уплачивает неустойку (пеню) в размере, установленном договором о долевом участии в жилищном строительстве.

Таким образом, нарушение сроков передачи объекта может являться основанием для наступления ответственности Застройщика в виде оплаты договорной неустойки. Например:

Истица М. обратилась о взыскании пени мотивируя тем, что 05.04.2005г. она заключила договор с ТОО «МГТ-Астана» договор о долевом участии в строительстве 102 квартирного жилого комплекса «Окжетпес» по адресу: г.Кокшетау, ул.Момышулы, д.62 кв.75

Ответчик принял на себя обязательства, связанные с окончанием строительства дома в 4 квартале 2006 года, однако свои обязательства нарушил, поскольку строительство дома завершилось в мае 2009 года.

Истица же со своей стороны в полном объеме выполнила свои обязательства.

Исходя из условий договора, истица просила взыскать с ответчика сумму неустойки в размере 1085925 тенге.

Решением суда первой инстанции иск удовлетворен в полном объеме.

Ответчик в апелляционной жалобе просил отменить решение и вынести новое решение об отказе в иске, поскольку условия договора нарушены им ввиду наступления форс-мажорных обстоятельств, а именно ипотечного кризиса. При этом ответчик ссылаясь на пункт договора, где предусмотрено освобождение сторон от ответственности за частичное или полное неисполнение обязательств по договору, если оно явилось следствием обязательств непреодолимой силы, возникших после заключения договора в результате событий чрезвычайного характера, которые ни одна из сторон по договору не могла ни предвидеть, не предотвратить разумными мерами.

Апелляционная инстанция оставила решение суда без изменения по следующим основаниям.

Ответчик не оспаривал факт нарушения своих обязательств по договору. Признавая не состоятельными доводы ответчика о наличии форс-мажорных обстоятельств, коллегия указала, что в соответствии с п.2 ст.359 ГК ответчик не доказал, что надлежащее исполнение обязательств оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных обстоятельствах (стихийные явления, военные действия.)

С учетом массового характера нарушения строительными компаниями обязательств по договорам долевого участия в строительстве жилья, увеличилось число споров между дольщиками и застройщиками по взысканию с просрочившей стороны договорной или законной неустойки.

В связи с этим возникает вопрос подлежит ли взысканию договорная и законная неустойка, либо только договорная?

В качестве ответа можно привести гражданское дело по иску С. к ТОО «Барс» о взыскании законной неустойки, неустойки в виде пени.

Так, истец С. обратился в суд с иском к ТОО «Барс» о взыскании законной неустойки, неустойки в виде пени, мотивируя неисполнением ответчиком

обязательств по договору о долевом участии в жилищном строительстве жилого здания.

Решением суда первой инстанции иски удовлетворены в полном объеме.

Однако выводы суда в части взыскания с ТОО «Барс» в пользу С. неустойки согласно ст.353 ГК представляются неверными по следующим основаниям. В данном случае суд применил двойную ответственность за просрочку исполнения обязательств.

Законной признается неустойка, установленная законодательством независимо от того, предусмотрена она или нет в соглашении сторон, но никак не неустойка, взыскиваемая в дополнение или сверх договорной неустойки. Кроме того, статья 353 ГК регламентирует ответственность за неправомерное пользование чужими деньгами в результате неисполнения денежного обязательства либо просрочки в их уплате, либо их неосновательного получения или сбережения за счет другого лица. Но какого-либо денежного обязательства у ответчика перед истцом не имелось, поскольку согласно условиям договора ответчик принял на себя обязательства построить жилой дом и передать долевого участнику его долю, то есть, предусмотрена обязанность передачи вещи в натуре, а какой-либо законной неустойки в отношении исполнения обязательств в натуре в законодательстве не предусмотрено.

Полагаем, коль в законодательстве нет прямого запрета на взыскание законной неустойки при наличии договорной неустойки, следует иметь в виду, что всякие правоотношения в гражданском обороте в основе предполагают добросовестность участников гражданского оборота. Поэтому, если участники предусмотрели договорную неустойку, следует считать, что законная неустойка не взыскивается. Такое мнение для стабильности гражданского оборота представляется наиболее верным.

В случае нарушения установленного договором срока внесения платежа дольщик уплачивает проектной компании неустойку (пеню) в размере 0,1 процента за каждый день просрочки от суммы, подлежащей уплате дольщиком в установленный договором период, путем внесения на депозит дольщика в банке-агенте.

Стоит отметить, что нарушение проектной компанией сроков ввода жилого дома в эксплуатацию является прямым основанием для расторжения договора. Участник долевого строительства вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора, если застройщик не исполнит свои обязательства по передаче объекта в срок, предусмотренный в договоре (ч. 1-1 ст.13 Закона о долевом участии в жилищном строительстве).

Является ли безусловным основанием для расторжения договора, если застройщик нарушил сроки ввода жилого здания в эксплуатацию?

В качестве примера можно привести постановление надзорной коллегии по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан от 14 января 2010 года № 4г-114-10

Истец А. обратился в суд с иском о расторжении договора и взыскании убытков, мотивируя свои требования тем, что между сторонами заключен

договор о долевом участии в жилищном строительстве от 10.07.2007 года. В соответствии с пунктами 1.1 и 3.1.14 договора ответчик обязался не позднее марта 2009 года построить и передать квартиру. Указывает, что стоимость квартиры была полностью оплачена. Однако со стороны ответчика имеет место нарушение обязательства в форме его ненадлежащего исполнения, то есть ответчик не сможет к сроку сдать объект в эксплуатацию.

Решением суда первой инстанции от 26 февраля 2009 года искивые требования А. удовлетворены. Договор о долевом участии в жилищном строительстве от 10 июля 2007 года, заключенный между ТОО «Меркур Град» и А. расторгнут. С ТОО «Меркур Град» в пользу А взыскано 12 968 639 тенге.

Постановлением коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 9 апреля 2009 года, оставленным без изменения постановлением надзорной коллегии Алматинского городского суда от 4 августа 2009 года, решение суда первой инстанции отменено. По делу принято новое решение об отказе в удовлетворении исковых требований А.

Надзорной коллегией Верховного Суда отказано в возбуждении надзорного производства по следующим основаниям.

В соответствии со статьей 298 ГК за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства при наличии условий привлечения должника к ответственности за нарушение обязательства взыскивается неустойка.

Апелляционной инстанцией установлено, что кроме привлечения денежных средств дольщиков, ответчиком были открыты кредитные линии в банках для финансирования строительного комплекса «Меркур-Град». В связи с финансовым кризисом кредитная линия была закрыта и темпы строительства были значительно снижены. Ответчиком принимаются все возможные меры по завершению строительства комплекса. Наряду с этим, ТОО «Меркур Град» включен в список объектов, финансируемых из государственного бюджета по программе «Правительство - Акимат - Застройщик». Нарушение сроков передачи объекта само по себе в сложившейся ситуации не является существенным нарушением договора, влекущего его расторжение, а может быть основанием для наступления ответственности Застройщика в виде оплаты договорной неустойки. Существенным условием договора долевого участия в строительстве является сам факт строительства жилого здания за счет инвестирования собственных и (или) заемных средств, а также средств дольщиков и передача соответствующей доли (квартиры) дольщику.

Указанный пример свидетельствует о том, что суды при рассмотрении дел о расторжении договора обязаны выяснить обстоятельства, причины нарушения сроков сдачи объекта в эксплуатацию.

Еще одно основание для расторжения договора связано с качеством объекта долевого строительства. По общему правилу застройщик обязан передать участнику долевого строительства объект, качество которого соответствует условиям договора, требованиям проектной документации, а также иным обязательным требованиям. Если объект долевого строительства имеет отступления в ней от договора или иные недостатки, которые не могли

быть установлены при обычном способе приемки (скрытые недостатки) в том числе такие, которые были умышленно скрыты проектной компанией, дольщик по своему выбору вправе потребовать от застройщика в согласованный сторонами срок:

- 1) безвозмездного устранения недостатков;
- 2) соразмерного уменьшения цены договора;
- 3) возмещения своих расходов на устранение недостатков.

Предъявить застройщику требования, связанные с недостатками, можно, если они обнаружены в пределах гарантийного срока. Такой срок устанавливается договором и не может составлять менее двух лет со дня приемки объекта строительства в эксплуатацию.

Следует отметить, что дольщики заинтересованы в получении жилья, поэтому вопросы качества жилья, возможно, еще будут предметом судебных тяжб.

Л.Б.Жанысова,
начальник отдела по надзору за законностью исполнительного
производства Департамента по представительству интересов
государства в судах Генеральной прокуратуры

Проблемы при исполнении судебных актов по спорам, связанным с долевым строительством

Вопросы завершения проблемных объектов долевого жилищного строительства и защиты прав дольщиков остаются одним из важнейших и актуальных в обществе и государстве. В настоящее время из-за недобросовестных компаний - застройщиков еще ряд объектов долевого жилищного строительства остается незавершенными (около 36), в связи с чем граждане, вложившие свои деньги в их строительство, не могут получить квартиры.

В связи с этим государством принимаются меры, направленные на обеспечение завершения строительства указанных объектов и защиту нарушенных прав его долевого участников.

В частности, для поддержки дольщиков Правительством принят комплекс мер по бюджетному финансированию долевого строительства из республиканского бюджета и резерва Правительства на общую сумму **210,767 млрд. тенге**. Из средств Национального фонда выделено **240 млрд. тенге** для решения проблем на рынке недвижимости с использованием механизмов АО ФНБ «Самрук-Казына».

Состояние законности в деятельности государственных и иных организаций по освоению бюджетных средств, дознания и предварительного следствия по уголовным делам, возбужденным против должностных лиц строительных компаний, и, наконец, исполнения судебных актов по гражданским и уголовным делам, связанным с долевым жилищным строительством, находится под постоянным надзором и контролем органов прокуратуры.

Для сведения также скажу, что прокурорами подано 86 исков о возмещении ущерба на сумму свыше 40,1 млрд. тенге, из которых удовлетворено 79 на сумму около 37,7 млрд. тенге. 7 исков на сумму свыше 2,4 млрд. тенге еще рассматриваются.

В органы исполнительного производства поступило 1 110 исполнительных документов на сумму около 46 млрд. тенге. Из них производство окончено по 143 документам на сумму около 26 млрд. тенге. Из общего количества оконченных документов реально исполнено 67 документов на сумму свыше 24 млрд. тенге, что составляет всего 6% от общего количества документов и 52% от общей суммы, подлежащей взысканию.

Основным способом исполнения судебных актов стало применение процедуры замены взыскателя в исполнительном производстве, а именно передачи полномочий взыскателей - физических лиц специально созданным при акиматах уполномоченным организациям, которыми завершалось строительство проблемных объектов и фактической передачей им арестованного имущества, как это имело место в г.Астане, где было исполнено 32 документа о передаче объектов незавершенного строительства в собственность ЖСК стоимостью свыше 23 млрд. тенге.

Если практика образования ЖСК и передачи им недостроенных объектов в Астане давно апробирована, то в г.Алматы она только начинает применяться. Буквально в августе т.г. Медеуским районным судом г.Алматы вынесены определения о замене взыскателей и изменении способа и порядка исполнения решения суда путем передачи объектов незавершенного строительства, принадлежавших ТОО «BS Group», во вновь образованное при акимате г.Алматы ТОО «ПКС».

В органах исполнительного производства находится на исполнении 967 исполнительных документов о взыскании в пользу дольщиков на сумму свыше 17,8 млрд. тенге.

В процессе осуществления прокурорского надзора за законностью исполнительного производства по исполнительным документам данной категории мы столкнулись с рядом проблем, препятствующих своевременному и полному их исполнению.

К объективным следует отнести:

1-ое – это снижение стоимости активов недобросовестных компаний, вызванное финансовым кризисом.

Надо признать, что стоимость земельных участков, приобретённых в период строительного бума, многократно превышала её реальную рыночную стоимость в посткризисный период. И средства от продажи конфискованных земельных участков сегодня не смогут покрыть расходов дольщиков на их приобретение.

Кроме того, из-за износа и амортизации строительная техника, материалы, оборудование, автотранспорт и другое имущество, изъятое по приговорам и решениям судов, также значительно обесценились.

Соответственно это имущество судебные исполнители не могут продать по тем ценам, по которым оно приобреталось.

2-ая проблема носит законодательный характер. В соответствии с Законом РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» требования обманутых дольщиков удовлетворяются в последнюю очередь. Как правило, деньги, полученные от реализации арестованного имущества застройщика, сначала идут на погашение его задолженности по заработной плате; кредитов перед банками; на уплату налогов и иных обязательных платежей в бюджет и только потом направляются для возмещения ущерба дольщикам и иным кредиторам.

Следует отметить, что практически всё ликвидное имущество недобросовестных застройщиков сегодня находится в залоге у банков, которые имеют приоритетное право на его получение.

Наряду с объективными причинами имеются и другие проблемы, скорее субъективного свойства, которые в той или иной степени препятствуют исполнению рассматриваемой категории исполнительных документов.

В частности, это проблемы, связанные с отсутствием у должников денег и иного имущества, на которое можно обратить взыскание, либо достаточных для погашения долга.

В настоящее время судебными исполнителями установлено имущество должников всего на сумму свыше 2,8 млрд. тенге.

Например, в рамках уголовного дела по обвинению руководителей ТОО «Верный КЗ» в лице Абишевой М., Есенова Л. и Муружевой Л. гражданские иски потерпевших удовлетворены, с осужденных в солидарном порядке в пользу участников долевого жилищного строительства взысканы внесенные последними в строительство деньги на общую сумму свыше 1,5 млрд. тенге.

В ходе расследования данного уголовного дела органами финансовой полиции наложен арест на земельные участки, квартиры, а также автотранспортные средства общей стоимостью свыше 1,5 млрд. тенге.

Однако по сведениям различных регистрирующих органов, полученным судебным исполнителем в рамках исполнительного производства, за Муружевой Л.В. (директор ТОО) зарегистрирована лишь квартира, у Есеновой Л. (заместитель директора ТОО) какого-либо движимого, недвижимого имущества не имеется, а Абишева М. имеет лишь долю в квартире. На указанное выявленное имущество судебным исполнителем был наложен арест.

Таким образом, объем имущества указанных лиц, выявленного в рамках исполнительного производства, значительно меньше объема имущества, на которое был наложен арест в ходе предварительного следствия.

Другая проблема, затрудняющая исполнение исполнительных документов анализируемой категории, заключается в том, что на одни и те же банковские счета и иное имущество предприятий - должников наложено множество арестов и иных обременений различными государственными органами: судами, судебными исполнителями, налоговыми органами и финансовой полицией.

К примеру, только в Астане по 11 недобросовестным застройщикам имеется имущество свыше тысячи наименований, на каждое из которых наложены десятки арестов.

Кроме того, зарегистрированная недвижимость и автотранспортные средства являются залоговым имуществом, которые по решениям судов подлежат передаче залогодержателям.

Нередко арестованное имущество реализуется с торгов по низкой цене, что не способствует возмещению ущерба дольщикам в полном объеме.

Судебными исполнителями по состоянию на август т.г. было реализовано имущество всего на сумму около 125,8 млн. тенге.

К примеру, у судебных исполнителей г.Алматы на исполнении находится 14 исполнительных документов о взыскании с ТОО «BS Group» в пользу участников долевого жилищного строительства свыше 100 млн. тенге.

По результатам повторных торгов по реализации описанного и арестованного недвижимого имущества должника три земельных участка, зарегистрированных за ТОО «BS Group», реализовано за 12 961 165 тенге. То есть, органом исполнительного производства арестованное имущество реализовано в два раза дешевле оценочной стоимости. При этом 3% от поступивших денежных средств будет перечислено в качестве аукционного сбора, а 7% - в Алматинский филиал АО «Би-Логистикс» за проведение торгов.

В разрезе недобросовестных компаний - застройщиков особенно проблематично осуществление взысканий с АО «Корпорация КУАТ» и его дочерних предприятий (размер долга по исполнительным документам - свыше 3 млрд. тенге, из которых 1,6 млрд. тенге - перед физическими лицами, в т.ч. около 121 млн. тенге - по заработной плате). Имущество корпорации передано банкам в залог, земельные участки с расположенными на них объектами строительства переведены в проектные компании для завершения строительства проблемных объектов корпорации с заменой обеспечительных мер на другое имущество. Судебными исполнителями принимаются меры по реализации арестованного имущества в виде четырех земельных участков в г.Астане и девяти автотранспортных средств, арестованных в г.Уральске.

У судебных исполнителей г.Астаны находится 383 исполнительных документа о взыскании с ТОО «Альянсстройинвест» в пользу дольщиков и юридических лиц около 1,6 млрд. тенге. На счетах должника в банках второго уровня находится более 92,7 млн. тенге, но на них имеются обременения судов, налоговых органов, органов уголовного преследования и исполнительного производства. В целях исполнения судебных актов судебным исполнителем вынесены, и прокурором санкционированы постановления о принятии мер по обеспечению исполнения исполнительного документа путем перечисления денежных средств на депозитный счет Администратора судов г.Астаны. От руководства одного из банков получено принципиальное согласие на перечисление денежных сумм при условии выставления инкассовых распоряжений именно на эту сумму с предоставлением оригинала либо заверенных судом копий исполнительных листов (часть оригиналов находится в других банках). Однако в связи с возражениями самих дольщиков этот вопрос пока остается открытым, поскольку взысканные деньги также пойдут на погашение требований взыскателей первой очереди.

Вместе с тем, процесс оценки и выставления имущества данного должника на торги идет очень медленно и не в полном объеме.

В соответствии со ст.40 Закона РК «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» арест имущества состоит в производстве описи имущества и запрете распоряжения этим имуществом, а также объявлении запрета пользования и распоряжения денежными суммами должника, находящимися в банках и иных организациях, осуществляющих отдельные виды банковских операций, о чем выносится постановление о наложении ареста на имущество должника.

Несмотря на наличие судебных определений и постановлений судебных исполнителей о наложении ареста на все движимое и недвижимое имущество ТОО, судебными исполнителями полная опись арестованного имущества ТОО не составлялась.

В связи с этим от должника была истребована ведомость основных средств ТОО по состоянию на 31 января 2010 года, согласно которой общая балансовая стоимость активов ТОО составляет свыше 10 млрд. тенге. В их число входит 344 земельных участка общей стоимостью свыше 6,5 млрд. тенге, из которых 295 участков находятся в залоге банков второго уровня. На каждый из указанных земельных участков судами и судебными исполнителями наложено по 91 аресту. Общую оценочную стоимость имущества ТОО по состоянию на сегодняшний день, на которую судами и судебными исполнителями наложены аресты, установить невозможно, поскольку не все обремененное имущество на сегодняшний день оценено.

Из указанного арестованного имущества судебными исполнителями г.Астаны составлен лишь акт описи и ареста 9 земельных участков, расположенных в окрестностях микр.Чубары.

Сумма оцененного имущества должника составила 761 375 975 тенге. Более того, оцененное имущество не выставляется на реализацию. С 2009 года на торги выставлены только несколько единиц автотранспортных средств, ряд земельных участков, общая стоимость которых значительно меньше общего долга ТОО «АльянсСтройИнвест».

Вместе с тем, для сдачи объектов жилищного строительства, финансируемых государством и соответственно последующей передачи квартир дольщикам, требуется снятие обременений, наложенных на данные объекты.

Проанализировав гражданское процессуальное законодательство, мы пришли к следующему выводу.

В соответствии с ч.3 ст.159 ГПК РК меры по обеспечению иска должны быть соразмерны заявленному истцом требованию.

Установлено, что общая сумма исковых требований, заявленных против ТОО «АльянсСтройИнвест», составляет не более 1,6 млрд. тенге.

Следовательно, ТОО (должник) в соответствии с ч.1 ст.163 ГПК РК может поставить перед судом вопрос о частичной отмене мер по обеспечению иска, наложенных на те объекты, которые готовы к сдаче в эксплуатацию.

Существуют проблемы, связанные с розыском должников и их имущества, в частности, автотранспортных средств.

Согласно пп.5) ст.8 Закона «Об органах финансовой полиции РК», указанные органы обязаны осуществлять розыск ответчиков при неизвестности их местопребывания по искам, предъявленным в интересах государства, по постановлению суда.

Согласно пп.9) ст.10 Закона «Об органах внутренних дел РК» указанными органами осуществляется розыск лиц, совершивших преступления, скрывшихся от дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения и отбывания уголовного или административного наказания, пропавших без вести и в *иных случаях*, предусмотренных законодательством, а также розыск *похищенного имущества*.

Под иными случаями имеется в виду п.1-1 ст.18 Закона «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей», согласно которой розыск должника осуществляется по определению суда органами внутренних дел и финансовой полиции в установленном законодательством Республики Казахстан порядке.

Кроме того, согласно пп.11) ст.10 Закона «Об органах внутренних дел Республики Казахстан» указанные органы обязаны исполнять определения судов, постановления судей, письменные поручения прокурора, следователя и дознавателя при производстве розыскных, следственных и иных предусмотренных законом процессуальных действий.

Таким образом, из вышеуказанных субъектов оперативно-розыскной деятельности розыск должника фактически осуществляют только органы внутренних дел, а возможность розыска *имущества должников* законодательством вообще не предусмотрена.

В связи с этим розыск имущества недобросовестных компаний – застройщиков практически не производился.

Между тем, автотранспортные средства зачастую являются единственным имуществом, которое имеется у должника, и на которое может быть обращено взыскание в целях удовлетворения законных требований взыскателя.

К примеру, недобросовестный застройщик ТОО «Бразерс Компани», по сведениям Управления дорожной полиции г.Астаны, имеет более 25 единиц автотранспорта, за ТОО «Фабрика недвижимости» зарегистрировано порядка 40 автотранспортных средств.

Из исполнительных документов о взыскании сумм с недобросовестных застройщиков в пользу дольщиков установлено, что большинство имущества должников в виде автотранспортных средств, на которое судебными исполнителями наложен арест, на настоящий момент органом исполнительного производства не установлено.

Для того, чтобы сдвинуть с мертвой точки данную проблему прокуратура г.Астаны предложила создать мобильную группу с участием сотрудников Администратора судов, Управления дорожной полиции города для проведения совместных рейдовых мероприятий по выявлению и задержанию автотранспортных средств, выставив совместную группу на постах «Рубеж» УДП ДВД г.Астаны на въездах и выездах города, а также на пунктах прохождения технического осмотра автотранспортных средств; разработать акт приема

- передачи задержанных автотранспортных средств между Управлением дорожной полиции и Администратором судов г.Астаны.

В результате проведения такой акции на сегодняшний день в г.Астане задержано 12 автомашин недобросовестных застройщиков.

На исполнение исполнительных документов отрицательно влияет и то, что руководители ряда строительных компаний – должников (8) находится в розыске.

К нам поступает много обращений взыскателей о том, что розыск должников не осуществляется. Есть проблема с доставлением должника в орган исполнительного производства при установлении его местонахождения, поскольку законодательством этот вопрос недостаточно четко урегулирован.

Мы находимся в постоянном поиске путей решения проблем, возникающих в процессе исполнения исполнительных документов о взысканиях в пользу дольщиков, и вносим свои предложения по их урегулированию.

В частности, нами Комитету по судебному администрированию при Верховном Суде (ныне Комитету по исполнению судебных актов Министерства юстиции) предложено создать единую базу данных об арестованном имуществе и ходе его реализации на торгах; периодически проводить сверку между органами следствия и исполнительного производства по имуществу, изъятому у недобросовестных застройщиков.

Принимая во внимание, что реализация арестованного имущества в рамках исполнительного производства не в полном объеме защищает права дольщиков, было предложено решить вопрос о передаче имущества застройщиков должников в жилищно-строительные кооперативы с обсуждением ее механизма с участием всех заинтересованных уполномоченных органов и представителей ЖСК. Что впоследствии и было сделано.

В настоящее время принимаются и иные меры, направленные на исполнение исполнительных документов данной категории и восстановление нарушенных прав и законных интересов дольщиков.

СЕССИЯ 2 СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНА «ОБ ИПОТЕКЕ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА»

А. Д. Ташенова,
председатель надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам
Верховного Суда Республики Казахстан

Практика применения судами республики Закона «Об ипотеке недвижимого имущества»

На протяжении последних лет внимание к ипотеке (залогу недвижимости) стремительно возрастает как со стороны государства, так и со стороны граждан.

При рассмотрении споров, вытекающих из залога, суды руководствуются нормами гражданского законодательства, Законом «Об ипотеке недвижимого имущества», а также отдельными нормами специальных законов.

Залог является одним из способов обеспечения обязательств и представляет собой договор между должником (залогодателем) и кредитором (залогодержателем), в силу которого переданное в залог имущество выступает обеспечением долга и за счет которого кредитор может удовлетворить свои требования в случае неисполнения обязательств.

Многие кредиты выдавались под залог объектов недвижимости, так как этот способ обеспечения обязательств был и остается одним из наиболее эффективных.

Анализ судебной практики по делам о взыскании кредиторской задолженности банков, связанным с реализацией залогового имущества, свидетельствует о том, что в силу объективных причин, характер рассматриваемых судами споров, начиная с 2008 года, изменился.

В силу сложной экономической ситуации в стране часть заемщиков перестала выполнять свои обязанности по погашению ссудной задолженности, что, соответственно, привело к увеличению числа исков кредитных организаций о взыскании задолженности с заемщиков и поручителей, обращении взыскания на заложенное имущество. Если ранее банки-залогодержатели разрешали претензии к должникам преимущественно путем проведения внесудебной реализации, что порождало иски об оспаривании законности торгов, то в связи с существенным снижением стоимости недвижимости предпочтение отдается судебным процедурам, что повлекло увеличение числа дел о взыскании суммы задолженности и обращении взыскания на имущество.

Заемщики, в свою очередь, предъявляют иски об оспаривании договоров, взятых за основу требований кредитными организациями.

При этом, обращение взыскания и реализация залога являются наиболее сложными этапами осуществления залогового права, на которых банки сталкиваются с наибольшими трудностями.

Значение залога состоит в том, что кредитор-залогодержатель в случае неисполнения обязательства должником вправе получить преимущественное перед другими кредиторами удовлетворение из стоимости заложенного

имущества. Но не всякое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств должником предоставляет кредитору право на реализацию залога.

В обращении взыскания может быть отказано, если допущенное должником нарушение крайне незначительно и размеры требований залогодержателя явно несоразмерны стоимости заложенного имущества. Однако соразмерность стоимости заложенного имущества сумме задолженности, является оценочной категорией, и данный вопрос отнесен к сфере судебного усмотрения.

Общий порядок обращения взыскания на заложенное имущество установлен статьей 318 Гражданского кодекса, а также Законом «Об ипотеке недвижимого имущества», предусматривающими, что требования кредитора-залогодержателя удовлетворяются из стоимости заложенного имущества по решению суда, если иное не установлено законом или договором.

Данное обстоятельство предполагает активную роль суда в процедуре обращения взыскания на заложенное имущество.

В то же время статья 318 ГК допускает и второй способ обращения взыскания на заложенное имущество — внесудебный порядок удовлетворения требований, при наличии двух условий: если такая возможность оговорена договором о залоге, либо если указанное предписано законодательными актами.

Следует подчеркнуть, что в соответствии с положениями Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» в случае обращения взыскания на заложенное движимое имущество в судебном порядке его реализация осуществляется только путем продажи с публичных торгов.

Применение внесудебного порядка исключение из общих правил судебной защиты, которое также способствует защите интересов залогодержателя и позволяет избежать возможных судебных расходов.

При невозможности урегулировать взыскание денежных средств во внесудебном порядке стороны вправе обратиться за защитой своих прав и законных интересов в суд.

Перечень оснований и условий, в связи с которыми требование об обращении взыскании на предмет залога может рассматриваться только в суде, предусмотрен статьей 24 Закона об ипотеке, а именно, когда для ипотеки недвижимого имущества требовалось согласие другого лица или органа и такое согласие не было получено; предметом ипотеки является недвижимое имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества; предметом ипотеки является недвижимое имущество, находящееся в общей собственности, и кто-либо из его собственников не дает письменного согласия на удовлетворение требований залогодержателя во внесудебном порядке.

Как известно, реализация (продажа) заложенного имущества, на которое в соответствии с нормами законодательства обращено взыскание, производится путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном процессуальным законодательством, если законом не установлен иной порядок. Начальная

продажная цена заложенного имущества, с которой начинаются торги, определяется решением суда.

Так, согласно статье 21 Закона об ипотеке при обращении взыскания на заложенное имущество суд в решении должен указать начальную продажную цену заложенного имущества при его реализации. При этом закон не обязывает суд устанавливать начальную продажную цену объекта, равную залоговой стоимости. Однако при этом, закон и не конкретизирует, какие должны применяться критерии при определении начальной продажной цены. В этой связи, в судебной практике сложилось два основных подхода к решению данного вопроса.

Первый из них — установление начальной продажной цены, равной по размеру залоговой стоимости имущества, указанной в договоре ипотеки.

Положительная сторона данного подхода заключается в том, что при его использовании не требуется дополнительная оценка предмета залога. Начальная продажная цена определяется исходя из той стоимости, которую стороны уже согласовали ранее при заключении договора ипотеки.

Однако, определяя таким образом начальную продажную цену, суды, зачастую, не учитывают, что за время, прошедшее с момента заключения договора, стоимость имущества может измениться, например вырасти в связи с проведением каких-либо улучшений объекта недвижимости или, наоборот, понизиться. Изменение стоимости также может быть связано с колебаниями на рынке недвижимости. Многие ипотечные кредиты выдаются на сроки, исчисляемые десятками лет, и на момент заключения договора ипотеки невозможно точно установить, какой будет рыночная стоимость предмета залога на дату обращения взыскания.

Следует учесть и то, что целью гражданского судопроизводства является защита нарушенных прав и законных интересов субъектов гражданских правоотношений. Обращаясь в суд с требованием об обращении взыскания на заложенное имущество, истец преследует цель защиты своих прав и интересов путем принудительного исполнения кредитного обязательства с помощью обращения взыскания на имущество, заложенное в обеспечение исполнения этого обязательства. Однако вынесение решения, в котором начальная продажная цена значительно отличается от рыночной стоимости предмета залога, не в полной мере способствует защите нарушенных прав как истца, так и ответчика.

В случае если начальная продажная цена значительно превышает рыночную стоимость, возникают риски признания публичных торгов несостоявшимися. Если же она значительно ниже рыночной, то появляется риск продажи имущества с торгов со значительным дисконтом. Это также нежелательно, поскольку вырученной суммы может не хватить кредитору для полного погашения долга и остаток должник будет вынужден возвращать за счет реализации иного имущества, находящегося в его собственности. Таким образом, размер начальной продажной цены заложенного имущества, установленный в подобном решении, может сделать само решение неисполнимым.

Второй - это установление начальной продажной цены по результатам оценки, проведенной на дату подачи иска в суд либо на дату вынесения решения об обращении взыскания на заложенное имущество.

Главное достоинство данного подхода — возможность установить размер начальной продажной цены исходя из реальной рыночной стоимости объекта на дату вынесения решения суда. Поскольку конечной целью гражданского судопроизводства является защита нарушенных прав и законных интересов сторон, установление начальной продажной цены с учетом рыночной стоимости объекта не нарушает интересов ни одной из сторон и в то же время способствует последующей реализации заложенного имущества по цене, наиболее близкой к рыночной.

Указание в решении суда начальной продажной цены заложенного имущества, существенно отличающейся от его рыночной стоимости на момент реализации, может привести впоследствии к нарушению прав кредитора или должника в ходе осуществления исполнительного производства. Поэтому, в случае представления заинтересованной стороной в ходе судебного заседания достаточных доказательств того, что рыночная стоимость объекта не соответствует его залоговой стоимости, установление судом начальной продажной цены исходя из рыночной стоимости объекта на дату вынесения решения в наибольшей степени обеспечивает защиту прав и законных интересов как должника, так и кредитора, тем более, что ни Гражданский кодекс, ни Закон об ипотеке не обязывают суд устанавливать начальную продажную цену исходя из стоимости объекта недвижимости, указанной в договоре ипотеки.

В соответствии с законодательством суды, с учетом обстоятельств, сохраняют за собой право отсрочить реализацию залогового имущества с публичных торгов на один год.

При этом, отсрочка реализации ипотеки не допускается в случаях, если она может повлечь существенное ухудшение финансового положения залогодержателя, а также, если в отношении залогодателя или залогодержателя возбуждено дело о признании его банкротом.

Напомним, что сутью залога является право кредитора по обеспеченному залогом обязательству, в случае неисполнения должником этого обязательства, получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законом.

В таком же порядке залогодержатель может получить удовлетворение своих требований и из страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества *независимо от того, в чью пользу оно застраховано*, если только утрата или повреждение не произошли по причинам, за которые залогодержатель отвечает.

Если право собственности залогодателя на заложенное имущество прекращается вследствие изъятия (выкупа) для государственных нужд, залогодателю предоставляется другое имущество, на которое распространяется

право залога, или возмещение, за счет которого залогодержатель получает преимущественное право удовлетворения своего требования.

В соответствии с нормами Закона об ипотеке, залогодержатель вправе обратиться за взысканием на заложенное имущество для удовлетворения за счет этого имущества требований, *вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обеспеченного ипотекой обязательства, в частности неуплатой или несвоевременной уплатой суммы долга полностью или в части*, если договором не предусмотрено иное.

Соответственно о принудительном обращении взыскания на предмет залога речь может идти только в том случае, *если происходит неисполнение*.

Как указывалось выше, в обращении взыскания на заложенное имущество в судебном порядке может быть отказано, если допущенное должником нарушение основного обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества.

На практике определение степени значительности нарушения зачастую вызывает споры.

Однако, на мой взгляд, даже при наличии вышеуказанных оснований для отказа в обращении взыскания на заложенное имущество, *кредитор в судебном процессе может доказать иное*.

В заключение хочется сказать следующее.

Отношения по обеспечению обязательств в целом получили детальное регулирование в действующем законодательстве. Регулирование способов в основном основывается на диспозитивных принципах, что дает субъектам отношений возможность заключить договор на наиболее взаимовыгодных условиях. Применение императивных норм в этой сфере, как правило, связано с гарантией обеспечения реализации прав сторон по договору.

В целом, судебная практика по делам такой категории согласуется с положениями законопроекта «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам ипотечного кредитования и защиты прав потребителей финансовых услуг и инвесторов» и с позицией Агентства по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций, предлагающего введение института письменного отказа залогодателя, являющегося физическим лицом, от проведения реализации ипотеки во внесудебном порядке; ограничение общего размера неустойки по договору банковского займа, заключенному с физическим лицом, до десяти процентов от суммы займа; исключение возможности индексации обязательств и платежей по договорам банковского займа; изменение очередности погашения требований по денежному обязательству.

В рамках названного законопроекта будет также рассмотрен вопрос о дополнительной регламентации порядка подачи объявления о проводимых торгах по реализации заложенного имущества, что предлагается и Ассоциацией финансистов Казахстана.

Соответствующие механизмы защиты прав залоговых кредиторов содержатся в нормах Гражданского кодекса и Закона «Об исполнительном

производстве и статусе судебных исполнителей». Кроме того, с октября текущего года вводится в действие норма, предусматривающая право залогодержателя требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства в случаях обращения взыскания на предмет залога в целях исполнения обязательств залогодателя по исполнительным документам перед третьими лицами, не имеющими преимущества перед требованием залогодержателя, при отсутствии у залогодателя иного имущества.

С.В. Скрябин,
ассоциированный профессор кафедры частно-правовых
дисциплин Каспийского общественного университета,
старший научный сотрудник Института частного права КазГЮУ, к.ю.н., доцент

Применение казахстанского законодательства об ипотеке: некоторые теоретические и практические проблемы

1. Вводные замечания

Практика применения законодательства об ипотеке, как мы полагаем, является одной из самых актуальных тем современности. Этому способствуют несколько факторов, каждый из которых эту проблематику освящает с разных точек.

Прежде всего, нелишним будет упомянуть, что современный нам кризис начался именно с ипотечного кредитования в США, одним из главных обстоятельств которого был дефолт по ипотечным долгам. Конечно, это только один из множества факторов. Но именно он указывает на то, что проблемы ипотечного кредитования могут иметь самые различные неблагоприятные последствия как для ипотечного кредитора, так и должника, а также многих третьих лиц.

Определенной реакцией на прошедший кризис в Казахстане стала разработка и обсуждение проекта закона, направленного на совершенствование отношений по ипотечному кредитованию в Казахстане⁸³. Это было поручено Агентству Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций (АФН), который будучи уполномоченным государственным органом, предложил свое видение на решение проблем ипотечного кредитования. По существу ипотечные проблемы сводятся к попытке легального ограничения размера вознаграждения ипотечного кредитора в соответствующих отношениях (не более восьмикратной ставки официальной ставки рефинансирования Национального банка!) и нескольких запретах. Во-первых, на внесудебную реализацию залогового имущества при наличии соответствующего письменного отказа от такой

⁸³ См. проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам ипотечного кредитования и защиты прав потребителей финансовых услуг и инвесторов» (15 марта 2010 года). Документ цитируется по ИС Параграф. Далее в тексте – проект закона об ипотеке.

реализации залогодателя. Во-вторых, на одностороннее изменение условий по договорам банковского займа, за исключением случаев, определенных в законе. В-третьих, на индексацию платежей с привязкой к любому валютному эквиваленту. Кроме того, предполагается ограничение размеров неустойки за неисполнение обязательств по договорам банковского займа и другие новеллы. Как надеются разработчики, эффект от принятия данного законопроекта «проявится в снижении негативной социальной напряженности, связанной с правом кредитора реализовать жилье, начислять неограниченный размер неустойки, а также в усилении механизмов защиты прав потребителей финансовых услуг, в том числе с целью обеспечения способности заемщика своевременно обслуживать принятые им обязательства»⁸⁴.

Кроме того, вынесение в качестве отдельной темы обсуждения проблем судебной практики применения Закона Республики Казахстан от 23 декабря 1995 года № 2723 «Об ипотеке недвижимого имущества»⁸⁵ (далее – Закон об ипотеке) является своевременным и актуальным. Этот закон сегодня один из относительно стабильных, подвергавшимся незначительным изменениям и дополнениям, которые не затронули основы правового регулирования ипотечных отношений в Казахстане. Однако в результате исследования практики применения Закона об ипотеке, обобщения ее результатов, будет очевидна необходимость принятия нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан о применении законодательства об ипотеке⁸⁶. Мы также не исключаем ряда предложений по совершенствованию нормативного регулирования залоговых отношений в целом. Последнее утверждение основывается на том, что ряд имеющихся проблем в правовом регулировании ипотечных отношений самым тесным образом связаны с недостатками самой модели залоговых отношений, закрепленных в ГК РК и развитых в соответствующем законе. Прежде всего это утверждение справедливо для предмета ипотеки в частности и видов залога в целом. Кроме того, в Законе об ипотеке отсутствует должная дифференциация правового регулирования ипотеки для предпринимательских и потребительских целей. Не исключена законом сама возможность различных злоупотреблений при реализации залога. И, наконец, значительный размер ипотечного бремени (долга), которое возлагается на ипотечного должника.

Нам уже доводилось участвовать в семинарах Верховного суда и ГТЦ с выступлением о некоторых вопросах правового регулирования залоговых отношений⁸⁷. Здесь же мы предполагаем остановиться на некоторых иных

84 Информация приводится по ссылке в Интернет: <http://www.zakon.kz/186076-mazhilis-odobril-zakonoproekt.html> (дата обращения 07.10.2010). Наша оценка предложенных новелл будет дана ниже.

85 Здесь и далее, если в тексте не сказано иное, законодательство Республики Казахстан приводится по состоянию на 10 октября 2010 года по ИС Параграф.

86 Показательно, что в настоящий момент Высший Арбитражный суд готовит Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге» проект которого размещен на официальном сайте. См.: http://arbitr.ru/_upimg/B661AE388DDD475532431BFC2538B598_Проект.pdf (дата обращения 19.10.2010).

87 См.: Скрыбин С. В. Залог и удержание как способы обеспечения исполнения обязательства: общие и особенные черты / Судебная практика по обязательственному праву (материалы

проблемах соответствующей сферы. Анализ казахстанского законодательства и судебной практики позволил выявить четыре группы вопросов, которые станут предметом последующего изложения. Во-первых, теоретически вопросы надлежащего правового регулирования, связанные с предметом ипотеки. Во-вторых, проблемы соотношения норм об ипотеке в ГК РК и соответствующем законе, возможное субсидиарное применение иных актов гражданского законодательства к соответствующим отношениям. В-третьих, характеристики отдельных правомочий ипотекодержателя и ипотекодателя как важного элемента законного и договорного содержания ипотеки, ее правовой природы. И, наконец, в-четвертых, некоторых проблем реализации ипотеки.

2. Предмет ипотеки

В ГК залог является одним из способов обеспечения исполнения обязательств. Это одно из немногих положений, которые являются очевидными, непосредственно вытекающие из законодательства. Они подтвержденные как теорией, так и практикой применения гражданского права. Все прочие элементы юридической конструкции залога являются предметом дискуссии и вызывают большие или меньшие сложности при его практическом применении. Эти обстоятельства в значительной степени обусловлены противоречивостью самой легальной конструкции залога в ГК Казахстана, многие из которых связаны с нечетким легальным определением предмета залога и его разновидностей.

Первоначально отметим некоторые общие положения о предмете залога. В соответствии с п. 1 ст. 301 ГК РК предметом залога выступает любое имущество. Поэтому нет никаких законодательных препятствий для залога любых имущественных объектов гражданского права (п. 2 ст. 115 ГК РК). Исключение из этого правила сделано, во-первых, для требований, связанных с личностью залогодателя (например, алиментных обязательств), и, во-вторых, для изъятых из оборота имущественных объектов. Оба ограничения не имеют четкого легального закрепления. Хотя и между ними есть определенные различия. Если первое исключение свойственно имущественным правам, то второе предназначено только для вещей как объектов гражданских прав.

Для имущественных прав, помимо запрещения их уступки законодательными актами требующей особого указания об этом, есть определенное правило, следуя которому суд может такие случаи определить при разрешении конкретного спора – *связь имущественных прав с личностью залогодателя*. Соответственно, если право имеет личный характер, то оно не может быть предметом залога.

Запрет к обороту вещей, в том числе и их залог, недопустим в силу специального указания об этом в законе. Теоретически вещи, изъятые из гражданского оборота, в силу своих особых качеств вообще не могут свободно передаваться другим лицам и, по сути, не могут принадлежать посредством субъективных гражданских прав ни одному из участников гражданского

семинара). – Тараз, Актау, 2009. – 540 с. С. 104-118; или статья по аналогичной тематике в журнале Юрист. № 6. 2009. С. 47-53.

оборота, в том числе и государству. Отметим, что правового режима подобных вещей, как и аналогичного перечня в законодательных актах сегодня не существует. Есть только отдельные нормы законов, в которых правовой режим запрещенных к обороту вещей указан отдельно от других, свободных в обороте или же ограниченных в нем. Например, ст. 21 Водного кодекса Республики Казахстан от 9 июля 2003 года № 481-II устанавливает общее правило о недопустимости оборота водных объектов, земель водного фонда. Это общее правило, которое, однако не распространяется на некоторые объекты, находящиеся в собственности граждан и негосударственных юридических лиц Республики Казахстан (п. 2 ст. 7 Кодекса). Примерно аналогичные нормы действуют в отношении некоторых других объектов⁸⁸. Однако суть правила останется неизменной: *изъятые из оборота вещи должны быть прямо указаны в законе*.

Так же следует обратить внимание на правила п. 3 ст. 301 ГК РК, согласно которому залог отдельных видов имущества, в частности имущества граждан, на которое не допускается обращение взыскания, может быть законодательными актами запрещен или ограничен. Перечень подобного имущества ранее содержало приложение № 1 к ГПК РК, появившееся в нем в соответствии с Законом Республики Казахстан от 22 июня 2006 года № 147-III «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам исполнительного производства». Однако век его был недолог, т.к. это приложение в настоящий момент исключено⁸⁹. В любом случае судам необходимо иметь в виду положения законодательства об ограничении взыскания отдельных видов имущества. Договоры о залоге соответствующего имущества, заключенные в период действия указанного выше приложения, должны признаваться недействительными по правилам п. 1 ст. 158 ГК РК.

Традиционно предмет залога имеет важное значение для разграничения его на виды. В качестве ипотеки понимается залог недвижимости и, соответственно, залог движимости именуется как заклад. Однако в казахском законодательстве виды залога зависят от иного критерия. *Ипотеку и заклад отличает фактическое обладание ее предметом*: если предмет залога во владение залогодержателя, то заклад, а при оставлении предмета залога во владении залогодателя, тогда ипотека (ст. 303 ГК РК). Таким образом, в качестве ипотеки в Казахстане понимается не только залог недвижимого имущества, но и залог любого имущества (в том числе и движимого, а также имущественных прав) с оставлением его во владении и пользовании залогодателя⁹⁰.

Отмеченное является наиболее существенной особенностью действующего ГК РК. По существу законодатель для классификации залога

88 См., например, п. 4 ст. 12 Закона Республики Казахстан от 3 июля 2002 года № 332-II «О геодезии и картографии», п. 2 ст. 33, ст.ст. 36 и 77 Земельного кодекса Республики Казахстан от 20 июня 2003 года № 442-II (далее в тексте – ЗК).

89 См. Закон Республики Казахстан от 2 апреля 2010 года № 262-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам исполнительного производства».

90 Сулейменов М.К., Осипов Е.Б. Залоговое право. – Алматы, 1997. С. 64.

использует два критерия, которые в конечном итоге делают ее неустойчивой, малопонятной и объяснимой. С одной стороны, как уже было отмечено выше, залог разделяется в зависимости от обладания его предметом. Если таковой находится у должника, то ипотека; если же у кредитора, тогда заклад (п.п. 1 и 2 ст. 303 ГК РК). С другой стороны законодатель различает виды залога в зависимости от его предмета, выделяя в самостоятельные разновидности залог вещей, определенных имущественных прав и ценных бумаг. Свидетельством критериев становится очевидным уже из содержания п.п. 2 и 3 ст. 299 ГК РК. Ипотечкой, таким образом, признается залог предприятий, зданий, сооружений, квартир, прав на земельные участки, другого недвижимого имущества, в том числе и ипотека морского судна. Как можно заметить, расплывчатость классификации порождает другую проблему – проблему предмета ипотеки или шире – предмета залога. Поэтому даже само название нашего закона – ипотека недвижимого имущества – часто вызывает непонимание и ассоциацию с выражением «масло масляное»⁹¹. Смысл же выражения «ипотека движимого имущества» также малопонятен юристам из других стран.

Однако вернемся к предмету ипотеки соответствующего закона. Легальное его определение в Законе об ипотеке можно увязать только с узким понятием недвижимости, т.к. таковой выступают только земельные участки и то, что прочно связано с землей (подп. 6 ст. 1 Закона об ипотеке). На это, частично, указывает и правило п. 3 ст. 2 Закона об ипотеке о сфере его применения, согласно которому особенности ипотеки земельных участков и прав на них могут быть предусмотрены земельным законодательством (см. главу 8 ЗК). Таким образом, предмет ипотеки в соответствующем законе основывается на узком значении термина «недвижимость», что предусмотрено п. 1 ст. 117 ГК РК. Более того, при применении этого Закона необходимо учитывать особые правила ипотеки земельного участка и прав на него ЗК РК. Поэтому мы полагаем недопустимым прямое применение Закона об ипотеке ко всем составляющим ее предмет в ГК РК (части 2 и 3 п. 1 ст. 303 ГК). Это первое положение, связанное с предметом ипотеки.

Вторым обстоятельством, на которое следует обратить особое внимание, является возможность ипотеки некоторых объектов гражданских прав. Следует оговориться, что мы являемся решительными сторонниками ограничения предмета ипотеки только недвижимыми вещами в самом узком значении этого слова (п. 1 ст. 117 ГК РК). Рассмотрение в качестве предмета ипотеки движимостей и имущественных прав, считаем серьезной теоретической ошибкой действующего гражданского законодательства Республики Казахстан. И в этой оценке мы не одиноки. Так, проведя сравнительный анализ ипотечного законодательства стран СНГ А.Г. Диденко считает, что «создав родовое понятие ипотеки... законодатель должен был обеспечить единое правовое регулирование, базирующее на едином понятии этих двух видов. Однако законодатель не сделал и не смог бы сделать этого в силу различия принципов,

91 Об этом, например, говорит А.Г. Диденко. См.: Диденко А.Г. Сравнительный анализ ипотечного законодательства государств СНГ / Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика. Выпуск 8. - Алматы: ВШП "Эділет", 1999. С. 11-12.

на которых строится традиция раздельного правового регулирования залога движимого и недвижимого имущества. Поэтому по-прежнему происходит достаточно автономное регулирование залога недвижимости, но с ненужным терминологическим осложнением»⁹².

Нам уже так же приходилось высказываться по поводу абсурдности ипотеки транспортного средства⁹³, как впрочем и иного движимого имущества. Мы полагаем, что обеспечительное значение ипотеки движимого имущества отсутствует. Поэтому не случайно практика идет по пути изыскания дополнительных средств обеспечения (например, страхования).

Однако в контексте заявленной темы требуют особого рассмотрения возможность ипотеки объектов незавершенного строительства, которые еще не стали полноценной недвижимостью, определенных имущественных прав, предприятия как имущественного комплекса.

Возможность включения объектов незавершенного строительства в гражданский оборот, посредством признания их недвижимым имуществом, была предметом острых дискуссий. Нам приходилось принимать в них участие как на заседаниях рабочей группы во время подготовки проекта изменений и дополнений в ГК РК в институте частного права КазГЮУ, а также во времени рассмотрения проекта закона с аналогичным предложением на заседании межведомственной комиссии по вопросам законопроектной деятельности. Логика наших возражений очень проста. По общему правилу, объект строительства – это материалы, принадлежащие подрядчику. Тут заслуживает упоминания правила об иждивении подрядчика (ст. 617 ГК РК), прямое указание о праве собственности подрядчика на объект незавершенного строительства до его сдачи заказчику и оплаты работ (п. 4 ст. 651 ГК РК). При этом особого значения на природу права не имеет предоставление материалов заказчиком, что только влияет на цену договора подряда и порождает некоторые дополнительные обязанности для подрядчика (см. ст.ст. 625 и 626 ГК РК). Кроме того, любая недвижимость должна иметь строгие пространственные границы. Их изменение составляет предмет специального правового регулирования не только частным, но и публичным правом, которое, например, устанавливает ответственность при незаконном производстве этих работ⁹⁴, что влечет изменение правоустанавливающих документов. Более того, включение объектов незавершенного строительства в состав объектов права собственности заказчика не соответствует логике правила п. 4 ст. 236 ГК РК.

Но каков может быть практический выход для вовлечения в оборот этих объектов? Ответ на этот вопрос подсказывает наш опыт, неоднократно реализованный на практике: возможность ипотеки земельного участка, с расположенными на нем всеми принадлежностями. Это же правило действует

92 Диденко А. Г. Сравнительный анализ ипотечного законодательства государств СНГ / Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика. Выпуск 8. - Алматы: ВШП "Әділет", 1999. – 218 с. С. 12.

93 См.: Скрябин С.В. Залог и удержание как способы обеспечения исполнения обязательства: общие и особенные черты / Судебная практика по обязательственному праву (материалы семинара). – Тараз, Актау, 2009. С. 106-107.

94 См., например, ст. 233 и др. Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 года № 155-II.

и для оборота этих объектов. Как видим, необходимым условием для этого является введение в оборот самого земельного участка, предоставленного для целей строительства. В этом случае просто земельный участок, что очевидно, будет иметь одну стоимость, при получении правообладателем разрешительных документов, для осуществления строительной деятельности – другую, а при выполнении комплекса строительных работ – третью⁹⁵.

Ипотека же имущественных прав возможна как по ГК, так и по Закону об ипотеке (см. п. 2 ст. 299, п. 1 ст. 301, п. 3 ст. 303 ГК, п. 3 ст. 2 Закона об ипотеке). Первоначально отметим, что передача владения для субъективного гражданского права вообще затруднительна. Пожалуй, что единственным исключением является передача права удостоверенного ценной бумагой, реализация которых требует ее предъявления. Во всех других случаях передача владения правом есть юридический абсурд.

Мы, как уже было указано выше, очень скептически относимся к возможности залога прав (а не только ипотеки). Для подтверждения этого тезиса можно привести следующие аргументы.

Во-первых, залог прав применяется в тех сферах, которые связаны с легальными ограничениями для тех или других объектов. Типичными примерами этого являются права землепользования и недропользования. Оба этих права в гражданском законодательстве появились для вовлечения в гражданский оборот объектов государственной собственности. По существу же в данном случае можно говорить о вовлечении в оборот не имущественных прав, а самих этих объектов⁹⁶. В первом случае земельного участка, а во втором, тоже земельного участка, точнее – определенного участка недр. Оба этих объекта относятся к собственности государства. Иначе их в оборот вовлечь нельзя. Другими словами, посредством конструкции залога прав осуществляется вовлечение в круг гражданских отношений государственной собственности.

Во-вторых, практически общепризнано, что при залоге обеспечением выступает меновая ценность чего-либо. Для вещей все просто: обеспечительный интерес залогодержателя связан с *меновою стоимостью вещи*, которую всегда можно продать. Но даже здесь есть свои проблемы, которые связаны с текущим состоянием рынка. Для имущественных прав, выступающих предметом залога, меновая ценность, как в прочем и сама возможность их отчуждения, связана со значительно большими проблемами. Оборотоспособность прав, их отчуждение, подчинены своим правилам и нюансам. Например, предметом залога может быть право недропользования. Однако это право возникает у определенного субъекта, которому государство

95 Кстати говоря, именно подобная практика существует в ФРГ, о чем в своем выступлении на прошедшем семинаре говорил проф. Х.-Й. Шрамм. Об этом так же см.: Инго Риш Отдельные вопросы права на недвижимость в Германии и Казахстане / Объекты гражданских прав: Материалы международной научно-практической конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 25-26 сентября 2003 г. / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы: КазГЮУ, 2004. С. 100.

96 Не случайно в ЗК РК говорится о залоге земельного участка, принадлежащего залогодателю на праве частной собственности и праве землепользования для участка, находящегося в государственной собственности. Об этом см. нормы гл. 8 ЗК РК.

предоставило тот или другой участок недр на основе контракта. Его залог, как и возможное отчуждение другому лицу, должно быть обязательно согласовано с уполномоченным государственным органом. Таким образом, при залоге права недропользования должно быть получено согласие государства, так и найден приобретатель, у которого по сути будет потенциальный опцион на приобретение права⁹⁷.

Кроме того, залог прав имеет существенные особенности по сравнению с залогом вещей, выявление которым могут составить предмет самостоятельного рассмотрения. Мы полагаем, что залог прав очень тесно корреспондирует с цессией, но с отложенным сроком ее исполнения, или, что еще ближе, с договором факторинга. Почему для этих целей законодателем используется залог остается загадкой. Не случайно представитель банка на прошедшем семинаре говорила о бесперспективности обеспечения в виде имущественных прав, основанных на договорах долевого участия в строительстве. Строительство было не окончено, квартиры дольщики не получили, а недостроенные объекты были изъяты по решению Правительства. По существу обеспечение правами из договора оказалось несостоятельным.

По нашему мнению залог любых имущественных прав является квазизалоговой конструкцией и он может быть легко трансформирован (а лучше особо законодательно урегулирован) либо в цессию с отложенным сроком ее исполнения, либо, что более оправдано, рассмотрен через призму договора факторинга. Естественно, что исключение квазизалоговых конструкций устранил имеющиеся нормативные препятствия для признания залога полноценным вещным правом.

Кроме того, у нас есть серьезные сомнения в жизнеспособности конструкции ипотеки предприятия, которое является особым объектом, отнесенного к недвижимому имуществу в силу прямого указания закона (п. 1 ст. 119 ГК РК). Однако по нашему мнению, предприятие в качестве особого имущественного комплекса нельзя признать ни в качестве недвижимого имущества, ни в качестве объекта-вещи.

Данное утверждение основано на том, что структуру предприятия как имущественного комплекса образуют не только вещи, но и другое имущество, которое призвано выступать объектом соответствующих гражданских прав, например, исключительных – право на фирменное наименование, торговый знак и другие. Кроме того, имущественный комплекс предприятия может включать и долги, определенные обязательства, а право собственности на обязанности является ничем иным как юридическим нонсенсом.

При этом в самом понятии предприятие заключены качества объекта и субъекта гражданского права и по сути, например в случае совершения сделки по отчуждению предприятия как имущественного комплекса, речь должна идти о нескольких различных юридических ситуациях:

- а) передаче вещей (движимых и недвижимых),
- б) переводе долга,

⁹⁷ Подробнее об этом см. ст. 36 и др. Закон Республики Казахстан от 24 июня 2010 года № 291-IV «О недрах и недропользовании».

в) уступке прав требования,

г) переходе исключительных прав и другое.

Иначе говоря, перед нами сделка, объемлющая собой несколько юридических понятий и конструкций. Поэтому, насколько нам известно, ни одна попытка произвести государственную регистрацию предприятия в качестве недвижимости по ст. 119 ГК и другим, не увенчалась успехом и регистрирующему органу удалось только зарегистрировать собственно недвижимость в узком значении этого слова (п. 1 ст. 117 ГК).

3. Соотношение норм ГК РК, Закона об ипотеке и других законодательных актов.

Сложившаяся правотворческая практика в Республике Казахстан идет по пути объявления любого отдельного закона специальным. Этот закон имеет приоритет в правовом регулировании своего предмета перед другими законами, регулирующими сходные отношения. Однако общее теоретическое начало о преимущественном действии специального закона перед общим в ряде случаев не столь очевидно, что подтверждается практикой применения гражданского законодательства об ипотеке.

Первоначально отметим, что и в ГК и в Законе об ипотеке есть нормы, основное назначение которых призвано устранить возможные противоречия и расхождения при применении этих нормативных правовых актов. Теоретически подобное разночтение должно решаться просто: приоритет имеет специальный закон (Закон об ипотеке) перед общим (ГК). Все бы ничего, если бы не формулировка отдельных положений этих нормативных правовых актов. Обратимся к их тексту.

Согласно п. 2 ст. 299 ГК общие правила о залоге, содержащиеся в кодексе, применяются к ипотеке в случаях, когда Законом об ипотеке не установлены иные правила. Примерно эту же формулировку повторяет Закон об ипотеке (п. 1 ст. 2). Однако всегда следует иметь в виду некоторые особенности характера отсылочных норм, которые содержатся в каждом из этих нормативных правовых актов.

Первоначально укажем на еще два положения ст. 2 Закона об ипотеке. Согласно п. 2 этой статьи правила Закона об ипотеке, возникающей в силу договора, соответственно применяются к ипотеке, возникающей на основании законодательного акта. Случаев возникновения законного права залога Закон об ипотеке не содержит и поэтому следует иметь в виду положения иных законодательных актов по данному вопросу.

Само по себе законное право залога так же порождает теоретические вопросы. Но здесь дело в другом. Закон об ипотеке не содержит случаев законного возникновения права залога. Однако в п. 1 ст. 521 ГК РК такое основание предусмотрено при передаче под выплату ренты права на земельный участок или другого недвижимого имущества. Следовательно здесь можно говорить об обратной отсылке, когда нормы Закона об ипотеке являются общими для специального положения ГК об особом случае законного права залога. Примерно аналогичную ситуацию мы имеем и другим положением ГК.

Речь идет об исключениях преимущества права залогодержателя перед другими лицами. Так, преимущественное удовлетворение требований залогодержателя осуществляется во всех случаях (общее правило), за исключением специально оговоренных самим же ГК ситуаций⁹⁸.

Таких случаев в ГК три. Первые два касаются примеров отсутствия преимущества залога вообще при банкротствах индивидуального предпринимателя (п. 4 ст. 21 ГК) и юридических лиц (подп. 1) и 2) п. 1 ст. 51 ГК). Третье – залог не обладает преимуществом при изъятии у залогодателя предмета залога в виде санкции за совершение преступления или иного правонарушения (п. 2 ст. 324 ГК РК), когда залоговое право просто прекращается по специальному основанию, указанному в законе⁹⁹. Тем более, что ст. 37 Закона об ипотеке как раз и предусматривает обратную отсылку к тексту ГК.

Кроме того, законодательством об особых видах недвижимости могут быть установлены иные правила, чем в соответствующем законе. Об этом прямо говорит п. 3 ст. 2 Закона, в соответствии с которым при ипотеке земельных участков и прав на них необходимо учитывать нормы земельного законодательства. Аналогичное утверждение можно отнести и к нормам Закона Республики Казахстан от 16 апреля 1997 года № 94-І «О жилищных отношениях» (см., например, ст. 98-1). Тот же подход должен соблюдаться и при применении Закона об ипотеке и действующего законодательства о защите прав потребителей. Это возможно для случаев, если договор ипотеки заключается для обеспечения займа для приобретения жилья, используемого для проживания самим залогодателем и/или его семьи.

Таким образом, применение Закона об ипотеке как специального закона по отношению как к ГК, так и другим законодательным актам является не столь однозначным и поэтому нуждается в руководящем разъяснении Верховного суда Республики Казахстан.

4. Правовая природа права ипотекодержателя

Современное законодательное регулирование права ипотекодержателя исходит из его смешанной вещно-обязательственной природы. В качестве элементов обязательственного субъективного права в ипотеке можно назвать его производность (акцессорность) от основного обязательства, определение содержания права ипотекодержателя договором и др. Вещно-правовая природа учитывается незначительно. Именно на этом аспекте мы остановимся подробно.

Содержание ипотеки как субъективного гражданского права заключается в определенной совокупности правомочий ипотекодержателя. Самым главным из них будет *правомочие на получение удовлетворения из стоимости вещи, при неисполнении обязательства, обеспеченного ипотекой*. Это положение законодательства выступает основным, но не единственным правомочием этого права. Анализ положений ГК о залоге позволяет выделить дополнительные правомочия ипотекодержателя.

⁹⁸ При этом в Законе об ипотеке подобные нормы отсутствуют.

⁹⁹ Один из случаев неправильного применения норм ст. 324 ГК о прекращении залога нами приведен в указанной выше публикации. С. 108-112.

Во-первых, залогодержателю предоставлена возможность *защиты своего права от притязаний на предмет залога всех третьих лиц, а также возможность истребования вещи из чужого незаконного владения*. Таким образом, право залогодержателя обеспечено средствами вещно-правовой защиты (ст. 316 ГК). Кстати говоря, нам не встречалась казахстанская практика предъявления ипотечодержателями вещных исков. Но это не означает невозможность их применения.

Если для предъявления виндикационного иска залогодержателем закон не устанавливает каких-либо условий, то для применения негаторного иска такие условия существуют.

Согласно п. 2 ст. 316 негаторный иск может быть заявлен только при наличии у залогодержателя правомочия пользования. Но это даже теоретически невозможно! По нашему мнению, правомочие пользования составляет содержание не права залога, а иных прав на вещь. Например, нам известен случай, когда банк, выступающий ипотечодержателем, заключил договор найма предмета ипотеки с ипотечодателем. Но в этом случае пользование предметом ипотеки основывается на ином праве и никак не связано с самим правом залога. Для права залога подобное правомочие вообще не характерно. У залогодержателя иной интерес, который связан не с потребительской, а с меновой ценностью вещи. Сообразно этому есть определенный интерес ипотечодержателя, который, пока только теоретически, может быть защищен с помощью негаторного иска. Это особенно важно для ипотеки, т.к. владение ее предметом осуществляет ипотечодатель. Например, последний не выполняет обязательства по содержанию и/или ремонту предмета ипотеки. Это может существенным образом повлиять на меновую ценность вещи, что в свою очередь затрагивает уже имущественные интересы ипотечодержателя и, следовательно, его право, которому необходимо предоставить защиту.

Во-вторых, залогодержатель вправе *проверять наличие, размер, состояние и условия хранения заложенного имущества* (п. 2 ст. 312 ГК). Иначе говоря, ипотечодержатель имеет легальную возможность осуществлять контроль за состоянием вещи. Это, в частности, предоставляет возможность доступа в жилое помещение, его обследование и оценку. Опять же, при нарушении ипотечодателем данного правомочия ипотечодержателя последний вправе обратиться с иском об устранении препятствий в осуществлении своего права со ссылкой на положения п. 1 ст. 9 ГК РК.

Таким образом, казахстанский законодатель предусмотрел достаточно широкие правомочия залогодержателя относительно вещи, которые свидетельствуют о наличии в ипотеке элементов субъективного вещного права, что должно учитываться при разрешении соответствующих споров.

5. Реализация ипотеки: некоторые проблемы теории и практики

Реализация ипотеки имеет довольно много нерешенных или не до конца решенных проблем. Мы предполагаем остановиться только на некоторых из них.

К числу первой проблемы следует отнести вопрос о соотношении внесудебной реализации ипотеки и положения п. 3 ст. 26 Конституции РК о

лишении права собственности только судом, который был поднят во время прошедшего семинара.

Действительно, п. 3 ст. 26 Конституции РК устанавливает правило о том, что «Никто не может быть лишен своего имущества, иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд в исключительных случаях, предусмотренных законом, может быть произведено при условии равноценного его возмещения». При первом рассмотрении действительно можно говорить об определенной антиконституционности данного положения относительно законодательства и договоров, которыми предусмотрен внесудебный порядок реализации ипотеки. Однако мы полагаем, что здесь речь идет об искусственном противопоставлении указанной нормы конституции и случаев внесудебной реализации ипотеки. Основу нашей позиции составляют следующие аргументы.

Безусловно, что при внесудебной реализации ипотеки речь идет о принудительном прекращении права собственности ипотекодателя, которое осуществляется независимо от его воли. Между тем подобный вариант развития основывается на *волеизъявлении собственника* (ипотекодателя) на возможное прекращение его права во внесудебном порядке при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства. При условии соответствия подобного соглашения императивным нормам гражданского законодательства в рассматриваемой ситуации следует применять правила ст. 251 ГК РК. Тем более что диспозиция этой статьи полностью идентична проблеме, поднятой в ходе обсуждения на семинаре, а подобное основание предусмотрено п. 2 ст. 249 ГК РК. Поэтому указанное выше положение Конституции к случаям внесудебной реализации ипотеки не применяется.

Следующая проблема связана с определением размера ипотеки. Сейчас, он определяется ипотекодержателем, которыми выступают банки и организации, осуществляющие отдельные виды банковских операций, практически произвольно. По сути в рассматриваемой ситуации речь идет о санкционированном законом ростовществе, когда ипотечные долги ложатся тяжким бременем на ипотекодателя. Особенно это важно при обращении взыскания на предмет ипотеки. Мы полагаем необходимым *установить твердые платежи, при которых размер долга будет законодательно ограничен*. Частично этот процесс уже идет. Однако предусмотренное в проекте закона об ипотеке ограничение годовой эффективной ставки вознаграждения по кредитам размером не более восьмикратного размера официальной ставки рефинансирования Национального банка на день заключения договора займа, что составляет в настоящий момент 56 %, едва ли можно признать удовлетворительным.

В структуре ипотечного долга есть несколько составляющих: 1) основная сумма долга, 2) возмещение убытков, причиненных неисполнением, просрочкой или иным ненадлежащим исполнением основного обязательства; 3) неустойка за неисполнение, просрочку исполнения или иное ненадлежащее исполнение основного обязательства; 4) неустойка за неправомерное пользование чужими деньгами, предусмотренные основным обязательством либо законодательными

актами (п.п. 1 и 2 ст. 3 Закона об ипотеке). Обращает внимание то, что три составляющие ипотечного долга а) связаны с ответственностью за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств (неустойка и убытки) и б) предоставляют возможность их определить в договоре, который, как правило, является договором присоединения ипотечного должника к условиям кредитования банком.

Мы полагаем необходимым изменение соответствующей нормы Закона об ипотеке, так и выработку позиции судов по определению сумм подлежащих взысканию при ипотеке с учетом следующих обстоятельств.

Прежде всего, необходимо иметь в виду общее соотношение убытков и неустойки. По общему правилу убытки взыскиваются в части непокрытой неустойкой (п. 1 ст. 351 ГК РК). Взыскание же наряду с убытками еще и двух видов неустойки мы полагаем юридически неверным. По существу законная неустойка применяется не вместе с договорной, а при отсутствии последней (ст. 353 ГК РК). Это положение напрямую не вытекает из норм ГК о гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательств, но основывается на следующей логической посылке. Лицу, при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства должны быть компенсированы имущественные потери. В нашем случае, это основной долг и интерес ипотекодержателя. Однако взыскание процентов на проценты должно быть ограничено. Здесь на помощь может прийти право суда (а мы склонны рассматривать его в качестве обязанности) снизить неустойку (ст. 297 ГК РК). При этом за основу убытков (в нашем случае реального ущерба), необходимо взять сумму основного долга, т.е. то что действительно получил ипотечный должник и именно из этого определять как размер убытков, так и размер подлежащей к взысканию неустойки.

Кроме того, мы полагаем весьма актуальными следующее высказывание В.К. Райхера, который еще в середине XX века рассуждая о видах страхования, говорил об одном из вариантов страхования жизни в интересах кредиторов (например, *Hypothekenlebensversicherung* или *Hypothekentilgungsversicherung*). Это — страхование жизни, соединяемое с получением ипотечной ссуды и предназначенное для ее погашения. Помимо интересов ипотечных банков данный вид страхования имеет своей задачей охрану крупной собственности от отчуждения в порядке принудительного взыскания ипотечных долгов, а тем самым охрану устойчивости материальной базы старого феодального дворянства и нового капиталистического землевладения¹⁰⁰. В специально сделанном автором пояснении указывается, что лозунгом этого страхования было объявлено: «каждое поколение должно само погашать сделанные им долги». Иначе говоря: кто использовал стоимость своего имущества для залога, должен за счет страхования своей жизни освободить для наследников это имущество от залога. Его смерть должна очистить земельный участок от залогового обременения.

Еще одной проблемой является сам порядок обращения взыскания на предмет ипотеки. Закон об ипотеке предусматривает их два: судебный и

100 Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М.–Л., Издательство академии наук СССР, 1947. С. 132.

внесудебный. Императивной нормой п. 3 ст. 24 установлена обязательность обращения взыскания на заложенное имущество только по решению суда. Однако практика показывает преобладающее число именно внесудебной реализации ипотеки¹⁰¹. Тому есть несколько причин. Главная из которых связано со сложностью и длительностью судебных исковых процедур. При этом есть значительное число случаев, когда уже обжалуются результаты торгов, признаются договоры залога недействительными с последующим изъятием предмета залога у приобретателей. Эта проблема известна в постсоветской цивилистике как проблема соотношения признания сделки недействительной (особенно реституции) и иных способов защиты гражданских прав.

Мы полагаем, что указанные проблемы можно решить с помощью уточнения двух обстоятельств.

Во-первых, предусмотреть в Законе об ипотеке только судебный порядок обращения взыскания на предмет ипотеки, если это касается жилья, приобретенного для потребительских целей (проживания заемщика и/или его семьи).

Во-вторых, изменить сложившуюся практику применения последствий недействительности в виде двусторонней реституции. По нашему мнению, признание сделки недействительной как самостоятельный способ защиты права может иметь значение только как спор неимущественного характера. Если сторона заявляет требование о возврате вещей и использует его как последствие признания сделки недействительной, то соответствующий спор должен быть обязательно рассмотрен по правилам о vindicatio. Особенно важное значение здесь приобретают правила о защите добросовестных приобретателей. В этом случае требование о реституции должно быть отклонено и истец может заявить лишь иск о возмещении убытков (п. 3 ст. 157 ГК РК).

Наконец, проблема несоответствия суммы долга стоимости предмета ипотеки. Например, вследствие падения цен на недвижимость. Мы полагаем, что исчерпывающим образом этот вопрос урегулирован п. 2 ст. 37 Закона об ипотеке. Обращение взыскания – прекращает основное обязательство и, соответственно, и ипотеку. Однако нужно иметь в виду уже упомянуты выше правила об очередности удовлетворения требований кредиторов при банкротстве. В этом случае залоговый кредитор, в силу специального положения закона, может встать в последнюю очередь и при наличии иного имущества у должника получить удовлетворение в оставшейся части непокрытого обязательства ипотекой.

¹⁰¹ Об этом говорит, например, Г.А. Марченко. См. по ссылке в Интернет <http://www.zakon.kz/kazakhstan/189589-bolshogo-vybrosa-bankami-zalogovykh.html> (дата обращения 09.11.2010).

Сравнение правовых возможностей обеспечения исполнения кредитных обязательств для финансирования приобретения недвижимости в Казахстане и в Германии

Как правило, приобретение и оплата объектов недвижимости не осуществляется полностью за счет имеющихся собственных активов. Практически всегда финансируется более или менее крупная часть покупной цены. Если речь идет о предоставлении кредитов, то большую роль играет вопрос обеспечения исполнения кредитных обязательств. Ни один банк не предоставит кредит даже среднего размера, не получив за него определенное обеспечение. Так обстоит дело в Германии, и в Казахстане это тоже так.

Задачей правовой системы является предоставление кредиторам, заемщикам и обеспечивающим кредит лицам правовых возможностей для обеспечения исполнения платежных обязательств. Чем лучше они соответствуют потребностям участников рынка, тем эффективнее осуществление денежных потоков, реализация сделок и, в конечном итоге, развитие национальной экономики. Но важно не только предоставить различные правовые возможности обеспечения, - не менее важны, прежде всего, правовые гарантии в смысле оборотоспособности средств обеспечения к обращению и, конечно, возможность правовой реализации требований по договорам об обеспечении исполнения обязательств.

Поэтому в данной статье будут рассмотрены возможности обеспечения исполнения кредитных обязательств в Казахстане и в Германии. При этом будут выявлены различия как между видами предоставляемых законодателем средств обеспечения, так и – что очень важно для создания возможностей развития экономики – в оборотоспособности соответствующих средств обеспечения.

А) Казахстан

1. Общие вопросы

В главе 18 Гражданского кодекса Республики Казахстан регулируются различные виды обеспечения обязательств. При этом абз. 1 ст. 292 предусматривает, что исполнение обязательства может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законодательством или договором. Эти средства обеспечения похожи на те, которые предусматривает немецкое право, в частности, что касается залога и поручительства. Так, абз. 1 ст. 336 ГК Республики Казахстан (*далее – ГК РК*) предусматривает, что поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства.

Это соответствует акцессорности, как она предусмотрена и в Германском гражданском уложении (BGB) (*далее - BGB*). В отношении залога ст. 325 ГК

РК предусматривает, в конечном итоге, соответствующее решение, а именно в абзаце 2 установлено, что уступка залогодержателем своих прав по договору о залоге другому лицу действительна, если тому же лицу уступлены права требования к должнику по основному обязательству, обеспеченному залогом. Но если исходить из акцессорности залогового права, то данный абзац 2 излишен. Ведь само собой понималось бы, что залоговое право следует только за обязательством, а не наоборот. На это понимание указывает и абзац 1 данной статьи.

2. Ипотека

Ипотека, являясь на практике, безусловно, самым важным средством обеспечения исполнения обязательств по кредитам под залог недвижимости, в Казахстане, как и во многих странах на постсоветском пространстве, широко регулируется не в Гражданском кодексе, а, напротив, в отдельном законе. В отличие от понимания модели гражданского кодекса в СНГ и от базирующихся на этой модели правовых системах во многих постсоветских государствах, в Казахстане в случаях противоречий в регулировании ипотечного права приоритет отдается не Гражданскому кодексу, а Закону об ипотеке недвижимого имущества РК (*далее – Закон об ипотеке*), что однозначно устанавливается в предложении 3 абз. 1 ст. 2 этого закона. С позиций теории права это можно только приветствовать, поскольку казахстанское регулирование тем самым отвечает общему правовому принципу «*lex specialis*», согласно которому в случае конкуренции норм общего и специального характера предпочтение должно отдаваться специальным нормам.

В вопросах установления ипотеки в немецком и казахстанском праве никаких значительных различий нет. Но существенные отличия имеются в сфере передачи ипотеки и ее реализации.

а) Передача прав по ипотечному договору

Прежде всего, абз. 1 ст. 16 Закона об ипотеке предусматривает, что права по ипотечному свидетельству могут передаваться. Для акцессорного права это положение на первый взгляд кажется удивительным. Правда, абз. 2 ст. 16 сразу же ясно устанавливает, что передача прав по ипотечному свидетельству другому лицу означает передачу тем самым этому же лицу прав по основному обязательству. Но в Германии, следуя последовательному пониманию принципа акцессорности в немецком BGB, принцип гласит, что ипотека следует за обязательством (платежным требованием). Следовательно, стороны договариваются о передаче обязательства, а ипотека автоматически уступается вместе с ним, при этом, конечно, действуют дополнительные формальные условия.

Но самое большое отличие казахстанского регулирования от немецкого состоит в том, что право Казахстана не допускает добросовестного приобретения прав по ипотечному договору у неправомочного лица. По крайней мере, в случае отсутствия обеспеченного обязательства этот подход можно рассматривать и как последовательную реализацию принципа акцессорности и поэтому оправдывать его как системный и, тем самым, последовательный. Но кажется непонятным, почему закон устанавливает генеральный запрет на добросовестное приобретение прав по ипотечному договору при

существовании обеспеченного обязательства и наличии ошибок в установлении ипотеки или в процессе передачи прав по ипотечному договору. Это говорит о том, что в Казахстане законодатель отдает приоритет формальным интересам, а не публичному доверию добросовестного приобретателя. Этот подход вызывает сомнения в отношении простоты и гибкости хозяйственного и финансового оборота, поскольку приобретение прав по ипотечному договору представляется связанным с большим количеством рисков. Потенциальным приобретателям придется сначала собрать как можно больше информации (что может замедлить хозяйственный оборот), и, если их доверие будет обмануто, они могут отказаться от инвестиций в будущем. Возможность подачи исков с требованием возмещения убытков не спасает ситуацию, т.к. часто истец ничего не получает из-за банкротства недобросовестного продавца. Ниже мы делаем обзор возможностей добросовестного приобретения в Германии согласно Германскому гражданскому уложению (BGB).

б) Реализация ипотеки

Важное отличие есть и в регулировании реализации ипотеки. Предусмотренная в п. 1 ст. 20 Закона об ипотеке реализация в судебном порядке является в Германии единственным способом реализации. Реализация ипотеки во внесудебном порядке «доверенными лицами», как это предусмотрено в Казахстане в ст. 24 Закона об ипотеке, в Германии невозможна. Против реализации «доверенными лицами» говорит, прежде всего, то, что интересы должника, который, как правило, больше других нуждается в защите, легко могут быть ущемлены. Правда, абз. 2 ст. 24 Закона об ипотеке предусматривает, что стороны вместе могут определить это «доверенное лицо» в ипотечном договоре; если же оно не было определено, оно назначается залогодержателем самостоятельно. Это несет в себе определенный риск для должника, ведь поэтому реализацией ипотеки будет в основном управлять залогодержатель. Поэтому управление нейтральным государственным лицом (в Германии эту функцию осуществляют специальные чиновники («Rechtspfleger») соответствующего участкового суда представляется более подходящим для соразмерной защиты интересов всех участников.

Б) Германия

В Германии используются несколько различных средств обеспечения. Прежде всего различают личное обеспечение и реальное обеспечение. Первое связано с тем лицом, которое обеспечивает кредит, во втором случае долг обеспечивается определенными предметами или правами. В зависимости от того, являются ли они движимыми или недвижимыми, говорят о мобилиарном обеспечении (залоговое право, обеспечительная передача собственности, обеспечительная уступка требования и оговорка об обеспечительном сохранении права собственности за продавцом) или об иммобилиарном обеспечении (например ипотека и земельный долг).

1. Личное обеспечение

Личное обеспечение дает кредитору по обязательству дополнительные обязательства-правовые основания для предъявления требования к третьему лицу. Если должник неплатежеспособен, то кредитор может потребовать

исполнения от третьего лица. В случае личного обеспечения это третье лицо отвечает «лично», т.е. всем своим имуществом, а не только определенными предметами, например, земельным участком с домом. Но это только кажущееся преимущество, т.к. третье лицо может таким же образом брать ссуду под конкретные предметы имущества. И если затем взыскание будет обращено на его имущество, то может оказаться, что сам он уже практически ничем не располагает, т.к. все конкретные предметы находятся под вещным обременением в пользу других кредиторов (например, автомобили предоставлены в качестве залога или земельные участки обременены ипотекой).

Поэтому на практике личное обеспечение используется не для обеспечения кредитов, предназначенных для финансирования недвижимости, а, скорее, когда речь идет об относительно небольших денежных суммах, о сделках, совершаемых в повседневной жизни, или о сделках с родственниками и знакомыми – т.е. когда большую роль играет личное доверие.

Наибольшее распространение получили поручительство (Bürgschaft) и принятие на себя долга совместно с первоначальным должником (Schuldbeitritt).

Общим для всех форм личного обеспечения является то, что основанием такого обеспечения служит только обязательственный договор, заключаемый между лицом, получающим обеспечение, и лицом, предоставляющим обеспечение. Кроме того, возникает еще одно долговое отношение между должником и получателем обеспечения (кредитором), из которого вытекает подлежащее обеспечению требование и долговое отношение между должником и лицом, предоставившим обеспечение.

Но имеются различия касательно акцессорности средств обеспечения. Возникновение, объем и срок действия акцессорных средств обеспечения (например, поручительство) зависят от обеспеченного требования. Так, если обеспеченное поручительством кредитное требование по какой-либо причине утрачивает силу (например, объявлено ничтожным или исполнено), то автоматически прекращается и поручительство как средство обеспечения. В этом смысле поручительство является строго акцессорным, т.е. исключена возможность добросовестного приобретения поручительства. Что касается других средств обеспечения (например, ипотека как реальное обеспечение), то эта акцессорность частично снимается в пользу большей оборотоспособности, это мы подробнее рассмотрим ниже.

Наоборот, неакцессорные средства обеспечения (например, принятие на себя долга совместно с первоначальным должником) не зависят от обеспечиваемого обязательства. Связь между обеспеченным обязательством и средством обеспечения существует только на основании обязательственного договора об обеспечении.

Но поскольку при обеспечении кредитов под залог недвижимости личное обеспечение не имеет большого значения, мы их не будем рассматривать подробно.

II. Формы реального обеспечения

Реальное обеспечение, в отличие от личного обеспечения, не позволяет кредитору обратить взыскание на все имущество лица, предоставляющего

обеспечение, но, наоборот, устанавливает вещное право на определенный предмет имущества этого лица. Как правило, это предпочтительнее, т.к. в серьезных случаях получатель реального обеспечения, в отличие от всех других кредиторов, предоставивших кредит под личное обеспечение, имеет первоочередное право на получение долга из средств от реализации определенного предмета имущества (например, автомобиля или земельного участка). Это дает значительные выгоды, особенно при высокой задолженности.

Ниже будут представлены некоторые виды реального обеспечения, практикуемые в Германии. Некоторые из них существуют и в праве Казахстана, но отличаются по оборотоспособности (например, ипотека), другие же в Казахстане не встречаются.

1. Ипотека

Традиционно ипотека является самым распространенным средством обеспечения, если речь идет об обеспечении крупных кредитов, как это обычно бывает при покупке недвижимости. В последнее время в банковской практике Германии эта форма все больше вытесняется земельным долгом (Grundschild).

Ипотека представляет собой вещное обременение земельного участка лица, предоставляющего обеспечение, правом кредитора на его реализацию. При истечении срока ипотечного кредита кредитор может реализовать земельный участок в порядке принудительного исполнения, чтобы удовлетворить обеспеченное требование (§ 1147 BGB). Лицо, предоставившее обеспечение, никогда не имеет перед кредитором долга по оплате обеспеченного ипотекой кредитного требования. Следовательно, кредитор не может подать на него иск в связи с неуплатой, а всегда только иск о допущении принудительного исполнения. В соответствии с характером ипотеки как формы реального обеспечения лицо, предоставившее обеспечение, несет ответственность только заложенным земельным участком. Но у него есть право предотвратить принудительное взыскание на свой земельный участок, оплатив требование кредитора, в результате чего он приобретает первоначальное кредитное требование в порядке законной цессии.

Конечно, должник и лицо, предоставившее обеспечение, могут быть одним и тем же лицом (именно так обычно и бывает). Но и здесь всегда следует видеть правовое отличие: если кредитор выступает против должника на основании главного обязательства (кредит), то следствием является его претензия на оплату долга; если же на основании ипотеки, то следствием является претензия кредитора на допущение принудительного исполнения.

а) Возникновение ипотеки

Согласно немецкому праву, для возникновения ипотеки требуется вещное соглашение между лицом, предоставляющим обеспечение, и лицом, получающим обеспечение (кредитором) - §§ 873, 1113 BGB. Под этим соглашением понимается абстрактный договор, имеющий целью изменение вещных прав и по своему действию и силе независимый от лежащей в его основе каузальной сделки, которая регулирует вопрос, *почему* предоставляется обеспечение. Следствием этой абстракции между вещно-правовым и обязательно-правовым уровнем является то, что ничтожность

договоренности об обеспечении не ведет автоматически к ничтожности установленной ипотеки и наоборот. Это важно для оборотоспособности ипотеки и для доверия участников рыночного хозяйственного оборота.

Помимо вещного договора необходима регистрация ипотеки в поземельной книге, §§ 873, 1115 BGB. Кроме того, кредитору выдается ипотечное свидетельство (§ 1117 BGB), если только это условие не было однозначно исключено и данное исключение не записано в поземельную книгу.

Согласно акцессорности ипотеки, должно, естественно, существовать главное требование, для обеспечения которого устанавливается ипотека. Если такое требование отсутствует, то установление ипотеки является ничтожным. Добросовестное приобретение ипотеки лицом, получающим обеспечение, которое верит в существование главного обязательства, в действительности, однако, не существующего, исключено.

б) Объем ответственности

Если ипотека эффективно установлена и кредитор может потребовать от должника допустить принудительное исполнение, то тогда ответственность распространяется не только на сам арестованный земельный участок, но и – согл. § 1120 BGB – на все существенные и несущественные составные части, продукты и принадлежности, которые перешли в собственность собственника земельного участка. Юридические трудности возникают в случаях, когда, например, трактор – как составная часть заложенного сельскохозяйственного участка, собственно говоря, тоже должен был бы включен в имущественную массу, на которую распространяется ответственность, – был удален с земельного участка и отчужден путем продажи третьим лицам в порядке добросовестного приобретения. При соблюдении узких предпосылок эти третьи лица могут добросовестно приобретать в собственность принадлежности земельного участка без обременения, §§ 1121 и след. BGB.

в) Приобретение ипотеки новым кредитором

На практике весьма часто случается, что обеспеченные ипотекой требования должны быть переданы новому кредитору. Так, банки осуществляют рефинансирование, в частности, именно путем продажи кредитных требований другим банкам. Если они обеспечены ипотекой, то, согласно акцессорности и в силу закона к новому кредитору вместе с передачей требованием автоматически переходит и ипотека (§ 1153 BGB). Другими словами, уступить можно всегда только требование, но никогда ипотеку. Последняя автоматически следует за требованием.

В рамках перепродажи возникают разнообразные проблемы, самые важные из которых надо представить более подробно. Это касается, в частности, вопросов добросовестного приобретения ипотек, поскольку такое регулирование отсутствует в праве Казахстана. Однако этот вопрос чрезвычайно важен для оборотоспособности ипотеки и, следовательно, для всего хозяйственного оборота.

(1) Если кредитор является владельцем требования, но установление ипотеки не состоялось, например, не было достигнуто эффективное вещно-

правовое соглашение между кредитором и лицом, предоставляющим обеспечение, и кредитор передает это требование третьему лицу, то это третье лицо может приобрести ипотеку у неправомочного лица в силу публичного доверия. Т.е. здесь происходит нарушение правового принципа, согласно которому лицо можно уступить лишь столько прав, сколько у него есть.

Согл. § 1154 BGB третье лицо приобретает ипотеку (которая, собственно говоря, не существует) добросовестно, если прежний кредитор вручает новому кредитору заявление об уступке в письменной форме и передает ему ипотечное свидетельство. Таким образом, должны соблюдаться классические предпосылки добросовестного приобретения: сделка в понимании сделки в рамках торгового оборота, имеющий юридическую силу документ (здесь: ипотечное свидетельство) и уверенность в правомочиях уступающего требования лица. То же самое возможно, если выдача ипотечного свидетельства исключена (так называемая книжная ипотека – *Buchhypothek*).

(2) Более сложной является ситуация, когда требование, которое кредитор уступает третьему лицу, уже не существует; например, при установлении ипотеки не было известно, что кредитор или должник психически нездоров, поэтому требование не имеет силы, или же кредитная сделка недействительна по другим причинам.

Если кредитор при уступке (несуществующего) требования и ипотеки был внесен в поземельную книгу, то он может уступить третьему лицу так называемую «ипотеку, лишенную требований» («*forderungsentkleidete Hypothek*»). Однако третье лицо должно иметь публичное доверие к заявлению о существовании требования (§§ 1138, 891 и след. BGB).

Это добросовестное приобретение возможно даже тогда, когда изначально не состоялось ни оформление требования, ни установления ипотеки. Путем переуступки можно добросовестно приобрести ипотеку, но не требование. В этом случае говорят о «двойном добросовестном приобретении», т.к. следует преодолеть, во-первых, вещную ошибку неправомочности относительно ипотеки и, во-вторых, фактическое отсутствие требования.

Это является одной из самых больших особенностей немецкого права в области обеспечения кредитов, которая чужда ипотечному праву Казахстана. Но в Германии эта особенность считается важной по причинам оборотоспособности средств обеспечения. Только так можно стабильно обеспечить доверие участников к кредитованию и к хозяйственному обороту. Закон защищает добросовестного приобретателя вещного обеспечения. Это является условием жизнеспособности и гибкости экономической системы и препятствует волоките при оформлении сделок, характеризующейся постоянными проверками и перепроверками. Можно полагаться на правильность поземельной книги.

Но в юридическом отношении конструкция, позволяющая добросовестно приобрести ипотеку (но не требование!), является сложной. Она вступает в конфликт с важными принципами права в области кредитного обеспечения, а именно: 1) добросовестное приобретение требований исключено, 2) требование и ипотека всегда являются акцессорными и 3) никто не может уступить больше прав, чем сам имеет.

Первый пункт легко преодолевается: добросовестно приобретается не требование, а только ипотека. Поэтому такую ипотеку и называют «лишенной требований» («forderungsentkleidet»). § 1138 BGB «симулирует» существование требования только «в отношении ипотеки», т.е. только чтобы сделать возможным добросовестное приобретение ипотеки. Но этим нарушается второй пункт: строгая акцессорность требования и ипотеки (§ 1153 BGB). Однако с исключением (§ 1138 BGB), предусмотренным в самом законе, все же надо согласиться, чтобы упростить хозяйственный оборот. Третий пункт решается тем, что ипотеку приобретают не деривативно у неправомерного лица, а сразу же, как акт приобретения исконого права собственности.

Правовым последствием возникновения «лишенной требований» ипотеки является то, что в случае истечения срока ипотеки ипотечный кредитор может действовать против предоставившего обеспечение лица, основываясь при этом на ипотеке, но не на требовании, в обеспечение которого и была изначально установлена ипотека.

Принудительная продажа земельного участка осуществляется соответствующим участковым судом в порядке публичных торгов. Суд заранее официально объявляет о проведении торгов, например, в ежедневных газетах. Ходом торгов руководит соответствующий государственный чиновник («Rechtspfleger») этого суда. Разрешенная законом Казахстана внесудебная реализация «доверенным лицом» в Германии исключена. Если ни одно из предложений не достигает 70 % стоимости земельного участка, рассчитанной уполномоченным судом экспертом, то назначаются повторные торги. На них стартовая стоимость земельного участка составляет только 50 % от первоначальной. Если опять не удастся продать участок, назначаются третьи торги без ограничения стартовой стоимости. Лицу, предложившему самую большую цену, на основании судебного решения передается полное исконое право собственности. Из суммы, вырученной от продажи, сначала покрываются судебные расходы, затем удовлетворяются требования кредиторов.

2. Земельный долг

На сегодняшний день земельный долг (Grundsschuld) является наиболее часто используемым средством вещного обеспечения имущественных кредитов. В вопросах установления, передачи (уступки) и реализации земельный долг похож на ипотеку, но существует одно важное отличие: он не является акцессорным по отношению к требованию. Лицо, предоставляющее обеспечение, и лицо, получающее обеспечение, договариваются отдельно об условиях кредитного требования и об установлении земельного долга. Но и то и другое объединено соглашением об обеспечении обязательства. Это вещно-правовое соглашение об обеспечении обязательства регулирует такие вопросы, как, например, по какой причине и для обеспечения какого требования устанавливается земельный долг, когда он может быть реализован, когда прекращается. Отличие от ипотеки в том, что соглашение об обеспечении обязательства из-за своего обязательно-правового характера предоставляет только обязательственные права, но не ведет автоматически к вещным изменениям прав.

Так, ипотека вследствие акцессорности автоматически прекращается, если требование погашено, например, вследствие исполнения. В случае земельного долга лицо, предоставившее обеспечение, имеет только соответствующее обязательственное право выдвигать претензии к лицу, получившему обеспечение, и реализовать их в случае необходимости. Получатель обеспечения в виде земельного долга – как правило, банк – занимает, таким образом, несколько лучшую позицию по сравнению с ипотекой. Однако это обычно не создает проблем для лица, предоставившего обеспечение. Но все меняется, когда должник уже выплатил кредит, а земельный долг из-за отсутствия акцессорности не прекращается автоматически и продолжает существовать до тех пор, пока получатель обеспечения не исполнит своего обязательства, следующего из соглашения об обеспечении. Если он этого не делает, но уступает все еще существующий земельный долг – ведь в этом отношении он (в отличие от ипотеки) правомочен по вещному праву – то лицо, предоставившее обеспечение, оказывается перед новым кредитором по земельному долгу. И ему не остается ничего иного, как предъявить требование о компенсации ущерба к прежнему кредитору, т.к. последний уступил требование вопреки правилам, установленным в соглашении об обеспечении обязательства. Но выдвигать возможные возражения по этому договору в адрес нового кредитора по земельному долгу он не имеет права (в отличие от ипотеки).

3. Оговорка об обеспечительном сохранении права собственности за продавцом

Оговорка об обеспечительном сохранении права собственности за продавцом (Eigentumsvorbehalt) является формой обеспечения, которая применяется прежде всего в розничной торговле при продаже товара в рассрочку, и не играет никакой роли в сфере недвижимости. Сначала покупатель получает только притязание на получение права собственности в будущем («Anwartschaftsrecht»), которое называют также «идентичным минусом» к праву собственности. Это как бы вещное право, предоставляющее те же права, что и само право собственности, за исключением, конечно, отношения с собственником вещи. Чем выше доля, которую покупатель платит в течение установленного срока в счет цены, тем более «прочным» является его притязание на получение в будущем права собственности. С выплатой последней доли это притязание совсем упрочивается, становясь полным правом собственности.

Преимущество этого обеспечения в том, что продавец может относительно просто и без осложнений оставаться собственником купленного товара до полной уплаты цены. Тем самым у него в распоряжении имеются не только право притязания из неосновательного обогащения, но и право виндикации на случай, если при осуществлении договора возникнут проблемы.

4. Залог

Согласно германскому Гражданскому уложению BGB залогу подлежат как движимые вещи, так и права. Право залога (Pfandrecht) является акцессорным правом обеспечения; поэтому его судьба прочно связана с обеспеченным им

требованием. Если требование прекращает существовать – например, вследствие исполнения, то прекращает существовать и право залога.

Реализация права залога происходит путем продажи залога на аукционе, причем в аукционе может участвовать и залогодатель. Приобретатель залога в момент продажи получает полное и необремененное искомое право собственности.

5. Обеспечительная передача собственности

Еще одним широко используемым в Германии средством обеспечения, которое в Казахстане до сих пор не играет никакой роли, является обеспечительная передача собственности («Sicherungsübereignung»). В этом случае кредитор предоставляет должнику кредит и в качестве обеспечения требует передать в его собственность предмет, находящийся в собственности должника. Но одновременно кредитор и должник договариваются о так называемом владельческом конституте, благодаря которому должник может продолжать владеть этим предметом (но теперь уже для нового собственника).

Например, фермер, получая от банка кредит, в качестве обеспечения может передать ему в собственность свой трактор. Однако на основании соглашения о владельческом конституте фермер может продолжать владеть трактором и, таким образом, использовать его для обработки своих полей. Это выгодно для обеих сторон: банку не нужен трактор; он служит ему только средством обеспечения. Отныне трактор является собственностью банка, но ему не надо беспокоиться о его хранении. Для фермера возможность продолжать пользоваться трактором – это шанс получить доход от обработанного трактором поля. Это повышает вероятность, что он сможет выплатить кредит, в чем тоже заинтересованы обе стороны.

Но если случится, что должник не сможет выплатить кредит, то кредитор как собственник этой вещи, может продать трактор или без посредника, или на публичных торгах. В отличие от принудительных государственных торгов эти торги являются частным аукционом.

Этот вид обеспечения не играет роли для имущественных кредитов, поэтому здесь мы не рассматриваем этот вопрос более подробно.

6. Обеспечительная цессия требования

Обеспечительная цессия требования («Sicherungscession») имеет такой же механизм действия, что и обеспечительная передача собственности. Так, в нашем примере фермер в качестве обеспечения уступил бы банку не трактор, а, например, имеющееся у него требование к третьему лицу. Банк на основании соглашения об обеспечении обязательства потребовал бы оплаты требования от третьего лица только в случае, если фермер не выполнит платежных обязательств.

Теоретически обеспечительная цессия требования может использоваться для обеспечения имущественного кредита, но на практике служит скорее для обеспечения возврата относительно невысоких сумм. Причина этого в том, что большинство лиц, приобретающих недвижимость, не имеют требований к третьим лицам в таком большом объеме, чтобы использовать их для обеспечения имущественного кредита, а также в том, что для банка в этом

случае уровень надежности ниже, чем ипотека на конкретный застроенный земельный участок. Последний всегда сохраняет определенную стоимость, и банк при необходимости будет иметь первоочередное право обратиться за взысканием на этот земельный участок. В отличие от этого, уступка требования по обеспечительному обязательству связана с риском того, что третий должник иногда может не располагать достаточным количеством денежных средств для покрытия требования.

В) Выводы

Потребность в соответствующем обеспечении исполнения обязательств, в частности, для финансирования недвижимости, существует в равной степени как в Казахстане, так и в Германии. В обеих странах приобретение объекта недвижимости является для покупателя, как правило, одной из самых больших сделок в его жизни, но при этом в большинстве случаев он не располагает всей суммой для оплаты покупной цены и поэтому зависит от кредитов, которые всегда предоставляются только под определенное обеспечение. Наиболее частые в этих случаях виды обеспечения – ипотека и земельный долг – имеют много общего, но частично есть значительные отличия в правовом регулировании Германии и Казахстана.

Особенно важное отличие состоит в том, что в Германии возможно добросовестное приобретение у неправомочного лица, что в таком виде на сегодняшний день в Казахстане отсутствует. Однако это имеет большое значение для оборотоспособности средств обеспечения исполнения обязательств и для укрепления доверия участников экономических процессов. Недопущение такой возможности может отрицательно сказаться на гибкости хозяйственного оборота, как минимум – на длительное время. В этом отношении в Казахстане, конечно же, имеется повод для законодательного решения этих проблем в среднесрочной перспективе.

К.К.Таткеева,

судья Специализированного межрайонного экономического суда
Карагандинской области

Ипотека - один из эффективных видов способа обеспечения исполнения обязательств

Понятие ипотеки в залоговом праве имело различное содержание. Название «ипотека» впервые появилось в Греции в начале VI века до нашей эры, и было связано с обеспечением ответственности должника кредитором определенными земельными владениями. Для этого при оформлении обязательства на границе принадлежащей заемщику земельной территории ставился столб с надписью о том, что указанная собственность служит обеспечением претензии кредитора в поименованной сумме. На таком столбе, получившем название ипотеки, отмечались все поступающие долги собственника земли.

Позже для такой цели появились особые книги, называвшиеся ипотечными. Благодаря применению даже первоначальных форм ипотеки, уже в Древней Греции обеспечивалась гласность, позволявшая каждому заинтересованному лицу беспрепятственно удостовериться в состоянии известной земельной собственности.

В современных условиях ипотека занимает особое место среди видов залога как способ обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств.

В частности, параграф 3 главы 18 раздела III Гражданского Кодекса Республики Казахстан посвящен залого.

Залог согласно пункта 1 статьи 292 Гражданского Кодекса Республики Казахстан наряду с неустойкой, удержанием имущества должника, поручительством, гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законодательством и договором является одним из надежных способов исполнения обязательства.

Понятие залога предусмотрено пунктом 1 статьи 299 Гражданского Кодекса Республики Казахстан, согласно которому по залого кредитор по обеспеченному залогом обязательству, именуемый залогодержателем, имеет право при неисполнении должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество и именуемого залогодателем, за установленными законом изъятиями.

Согласно пункта 1 статьи 303 Гражданского кодекса ипотека является одним из видов залога, при котором заложенное имущество остается во владении и пользовании залогодателя или третьего лица.

Аналогичные понятие ипотеки даны в пункте 4 статьи 1 Закона Республики Казахстан «Об ипотеке недвижимого имущества» от 23.12.1995 года (далее - Закон), регулирующий отношения, возникающие при применении ипотеки имущества как способа обеспечения обязательств. Именно оставление заложенного имущества во владении и пользовании залогодателя и является классифицирующим признаком ипотеки как вида залога в соответствии с Гражданским кодексом Республики Казахстан.

Необходимость принятия специального законодательного акта – Закона, а также ранее действовавшего Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» - обусловлена спецификой сделок с недвижимостью. Такое законодательство является необходимым элементом рыночной экономики. Закон «Об ипотеке недвижимого имущества», как упоминалось ранее, взаимосвязан с гражданским законодательством, с иными нормативными актами (например, Земельным кодексом Республики Казахстан и Законом «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»).

Закон имеет целью активизацию предоставления ссуд банками (ипотечного кредитования), в том числе для привлечения финансовых средств для жилищного строительства, инвестиций в предпринимательскую сферу экономики Казахстана. Побудительным мотивом к этому должна выступить уверенность кредитора в минимизации предпринимательского риска, что основано на наличии и высокой ликвидности недвижимого имущества,

оформленного в виде ипотеки. Принятие Закона в комплексе с другими нормативными актами в сфере предпринимательства является фактором, способствующим стабилизации сфер производства и распределения, а также созданию устойчивых рыночных стимулов и регуляторов. В Законе отмечается дополнительность (субсидиарность) норм Гражданского Кодекса по регулированию отношений по ипотеке недвижимого имущества. Аналогичные положения имеются и в Гражданском Кодексе. Следовательно, при наличии противоречий с нормами Гражданского кодекса при регулировании отношений по ипотеке недвижимого имущества будут применяться нормы Закона как специального законодательного акта. Особенности ипотеки земельных участков и прав на них могут быть предусмотрены земельным законодательством, т.е. Земельным Кодексом Республики Казахстан.

Законом вводится понятие «доверенное лицо» (пункт 1 статьи 1 Закона), которым производится реализация заложенного имущества во внесудебном порядке. Доверенное лицо может определяться сторонами в ипотечном договоре. В случае если доверенное лицо в ипотечном договоре не определено, оно назначается залогодержателем. Возможность определения в договоре доверенного лица, против установленного общими правилами о залоге порядка назначения доверенного лица залогодержателем в соответствии со статьей 320 Гражданского Кодекса, является охранной мерой защиты интересов залогодателя.

Исходя из статьи 6 Закона правоотношения по ипотеке вытекают из ипотечного договора, заключаемый исключительно в письменной форме, который подлежит государственной регистрации и возникает с момента соответствующей регистрации ипотечного договора. В случае уклонения одной из сторон от регистрации сделки залога недвижимости или транспортных средств и космических объектов регистрация может быть совершена по решению суда.

Правила настоящего Закона, возникающей в силу договора, соответственно применяются к ипотеке, возникающей на основании законодательного акта (пункт 2 статьи 2 Закона).

В ипотечном договоре должны быть указаны: 1) имя (наименование) и место жительства (место нахождения) залогодателя и залогодержателя, а также должника, если залогодатель (вещный поручитель) не является должником по основному обязательству; 2) существо основного обязательства, его размер и сроки исполнения; 3) описание и местонахождение заложенного недвижимого имущества; 4) наименование права, в силу которого недвижимое имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю (право собственности, право хозяйственного ведения и другие); 5) иные условия, относительно которых по заявлению любой из сторон в ипотечном договоре должно быть достигнуто соглашение и которые не запрещены законодательством.

Если основное обязательство подлежит исполнению по частям, в ипотечном договоре должны быть указаны сроки или периодичность соответствующих платежей и их размеры либо условия, позволяющие определить эти размеры (статья 7 Закона).

Предметом ипотеки могут быть предприятия, строения, здания, сооружения, квартиры в многоквартирном доме, транспортные средства, космические объекты, товары в обороте и другое, не изъятое из гражданского оборота, имущество. Предметом ипотеки, согласно статье 301 Гражданского кодекса может быть любое имущество - вещи и имущественные права (требования) - которые могут быть использованы в качестве залога, кроме определенной категории имущества, правовое регулирование залога которого не допускает оставление его во владении и пользовании у залогодателя, или ипотека которого ограничена или запрещена законодательными актами.

Например, не могут быть предметом ипотеки денежные средства, залог которых предполагает в силу обязательных предписаний законодательного акта внесение их в депозит банка или нотариальной конторы. Также не могут быть предметами ипотеки право землепользователя, являющегося государственным, в силу запрета, установленного статьей 26 Земельного кодекса Республики Казахстан.

Для раскрытия понятия ипотеки, являющимся предметом данного исследования необходимо дать понятие к участникам данных правоотношений. К таковым в силу Закона относятся:

- залогодатель, понятие которого раскрываются пунктом 2 статьи 1 Закона, согласно которому - это лицо, чье недвижимое имущество или доля в нем является предметом ипотеки. Анализируя статью 6 Закона необходимо отметить, что залогодатель может совпадать в одном лице с должником;

- залогодержатель, понятие которого регламентированы пунктом 3 статьи 1 Закона, устанавливающий, что это лицо, чьи интересы по основному обязательству обеспечены ипотекой;

- доверенное лицо – лицо, которое проводит реализацию ипотеки во внесудебном порядке (пункт 1 статьи 1 Закона).

Когда залогодателем является не должник, а третье лицо договор об ипотеке с кредитором заключает третье лицо, которое как залогодатель после реализации заложенного имущества приобретает такие же права, какие возникают у гаранта и поручителя в результате исполнения ими обязательства за должника.

Права залогодержателя в соответствии со статьей 12 Закона могут подтверждаться (оформляться) выдачей ценной бумаги - ипотечного свидетельства. Данное положение имеет большое положительное значение, так как упрощает юридическую технику оформления ипотечных прав и их дальнейшую передачу, что несомненно приведет как к убыстрению оборота и повышению ликвидности недвижимости, так и к убыстрению оборота обязательств по основному (обеспечиваемому) договору - по различным денежным и товарным обязательствам.

Особенности правового регулирования ипотеки недвижимого имущества проявляются, в частности, в законодательных требованиях к форме сделки.

В частности, пункт 1 статьи 6 Закона предусматривает заключение ипотечного договора в письменной форме, подписания его залогодателем и залогодержателем, а также должником, если залогодатель не является должником.

Пункт 2 указанной статьи предусматривает обязательную регистрацию ипотечного договора. Поскольку, право ипотеки возникает с момента регистрации ипотечного договора.

Если иное не предусмотрено законом или договором, при ипотеке предприятия или другого имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все входящее в его состав движимое и недвижимое имущество. Необходимо отметить, что ипотека здания и сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание или сооружение. Поскольку, согласно нормам Земельного Кодекса Республики Казахстан права на здания и сооружения и на земельные участки неотделимы друг от друга.

При ипотеке отделимые плоды могут быть предметами залога только при условии, если они не становятся с момента отделения объектом прав третьего лица. Например, нельзя распространить право залога при ипотеке садового участка на урожай сада, если садовый участок находится в аренде.

Залог товаров в обороте является разновидностью ипотеки движимого имущества. Характерным признаком залога товаров в обороте как разновидности ипотеки является оставление предметов залога у залогодателя и предоставление ему права пользования заложенным имуществом. Особенностью залога товаров в обороте как разновидности ипотеки является предоставление залогодателю дополнительного права изменять состав и натуральную форму заложенного имущества (товарных запасов, сырья, материалов, полуфабрикатов, готовой продукции и т.п.) при условии, что их общая стоимость не становится меньше указанной в договоре о залоге.

При этом также установлен особый, отличающийся от общих норм о залоге, правовой режим заложенного имущества. Товары в обороте, отчужденные залогодателем, перестают быть предметом залога с момента их перехода в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление приобретателя, а приобретенные залогодателем товары, указанные в договоре о залоге, становятся предметом залога с момента возникновения у залогодателя на них права собственности или хозяйственного ведения. Фактически в данном случае у залогодержателя отсутствует вещное право на предметы залога.

Поскольку ипотека является одним из видов залога, то к нему применимы положения пункта 1 статьи 317 Гражданского Кодекса, согласно которому основанием обращения взыскания на предмет ипотеки является неисполнение или ненадлежащее исполнение залогодателем или третьим лицом (должником), обеспеченного ипотекой обязательства, за которое он(и) отвечает.

В частности, в связи с кризисом в последнее время участились случаи неплатежеспособности заемщиков банков, в результате чего банки своим неплатежеспособным должникам начисляют неустойки, тем самым возрастает задолженность должника перед банком, и банки выставляют на торги заложенное имущество для покрытия всей образовавшейся задолженности.

Неисполнение или ненадлежащее исполнение должником обеспеченного залогом обязательства является основанием реализации права залога,

в которое входит также право и на получение удовлетворения по основному обязательству из стоимости заложенного имущества. Это право предоставляется залогодержателю и в случаях, когда залогодатель не является должником по обеспечиваемой сделке (вещное поручительство). Следовательно, вещный поручитель несет солидарную ответственность стоимостью заложенного имущества перед залогодержателем наравне с должником, и залогодержатель вправе обратиться с иском на заложенное имущество вещного поручителя.

- 1) Гражданским кодексом Республики Казахстан и Законом предусмотрены тождественные меры ограничительного характера при реализации предмета ипотеки, которые предусмотрены статьей 20 Закона способы реализации предмета ипотеки: реализация ипотеки в судебном порядке;
- 2) реализация ипотеки во внесудебном порядке, если это предусмотрено законодательными актами либо в ипотечном договоре или последующем соглашении сторон;
- 3) обращения в свою собственность заложенного имущества в случае объявления торгов не состоявшимися согласно статье 32 Закона.

Как правило, заложенное имущество должно быть реализовано для получения стоимости для удовлетворения требований залогодержателя. Удовлетворение требований залогодержателя производится, по общему правилу, в судебном порядке. Оно производится по иску залогодержателя на основании решения суда в порядке, установленном для исполнения судебных решений в соответствии с гражданским процессуальным законодательством и законодательством об исполнительном производстве (В частности, Законом Республики Казахстан «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» и Нормативным постановлением Верховного суда Республики Казахстан от 29.06.2009 года №6 «О некоторых вопросах исполнения судебных актов по гражданским делам»).

При этом продажа недвижимого имущества, являющегося предметом ипотеки, производится путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном процессуальным законодательством. Данные иски рассматриваются судами первой инстанций по месту нахождения предмета ипотеки.

Принимая решения об обращении взыскания на недвижимое имущество, заложенное по ипотечному договору, суд должен определить и указать в решении:

все суммы, подлежащие уплате залогодержателю из стоимости заложенного имущества, за исключением сумм расходов по охране и реализации недвижимого имущества, которые определяются по завершении его реализации. Для сумм, исчисляемых в процентном соотношении, должна быть указана сумма, на которую начисляется вознаграждение, размер вознаграждения и период, за который они подлежат возмещению;

предмет ипотеки, из стоимости которого удовлетворяются требования залогодержателя;

начальную продажную цену заложенного недвижимого имущества до момента его реализации;

меры по обеспечению сохранности недвижимого имущества до момента его реализации, если они необходимы.

В обращении взыскания на имущество, заложенное по ипотечному договору, может быть отказано, если допущенное должником нарушения основного обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества (п.2 ст.317 Гражданского кодекса и п.2 ст.21 Закона соответственно). Наряду с указанными мерами ограничения на обращения взыскания предмета ипотеки пунктом 4 статьи 21 Закона предусмотрено право залогодателя при наличии уважительных причин обратиться в суд с просьбой отсрочить реализацию предмета ипотеки в судебном порядке на срок до одного года в случаях, когда:

- залогодателем является гражданин, независимо от того, какое недвижимое имущество заложено им по ипотечному договору, при условии, что залог не связан с осуществлением этим гражданином предпринимательской деятельности;

- предметом ипотеки является земельный участок из состава земель сельскохозяйственного назначения.

Отсрочка реализации заложенного имущества не затрагивает прав и обязанностей сторон по основному обязательству и не освобождает должника от возмещения возросших за время отсрочки убытков кредитора, причитающихся вознаграждения и неустойки.

Если залогодатель в пределах предоставленного ему отсрочкой времени удовлетворит требования залогодержателя, суд по заявлению залогодателя отменяет решение о реализации предмета ипотеки.

Между тем в соответствии с пунктом 5 статьи 21 Закона, отсрочка реализации ипотеки не допускается в случаях:

- 1) если она может повлечь существенное ухудшение финансового положения залогодержателя;

- 2) если в отношении залогодателя или залогодержателя возбуждено дело о признании его банкротом.

Вместе с тем в силу статьи 22 Закона должник и/или залогодатель, являющийся третьим лицом вправе в любое время до того, как состоялась продажа предмета залога, прекратить обращение на него взыскания и его реализацию, исполнив требования залогодержателя в том объеме, какой они имеют к моменту их удовлетворения в соответствии с условиями ипотечного договора. Соглашение, ограничивающее это право, недействительно.

Сама процедура внесудебной реализации ипотеки несколько отличается от установленного порядка общими нормами о залоге, содержащимися в статье 320 Гражданского Кодекса.

Так, введены новые процессуальные сроки, сроки для защиты интересов и обращения в суд - фактически, сроки исковой давности. Дополнительно введены возможности защиты своих интересов как залогодателем или должником, так и залогодержателем. Так, в частности, Законом вводится

дополнительный обязательный процессуальный срок - с момента первой публикации объявления о торгах и до момента их проведения должно пройти не менее одного месяца. Нововведением также является запрет с момента первой публикации объявления о торгах на совершение сделок с предметами ипотеки под страхом недействительности таких сделок.

Довольно подробно в Законе разработана и процедура проведения реализации предметов ипотеки, в частности, во внесудебном порядке, требующем четкого выполнения. При нарушении предусмотренной Законом процедуры проведения торгов залогодатель или должник вправе в течение 3 месяцев (срок для обращения в суд - фактически срок исковой давности) оспорить результаты торгов в судебном порядке (статья 33 Закона).

Возможность удовлетворения требований залогодержателя во внесудебном порядке может быть установлена договором или законодательным актом. Удовлетворение требований залогодержателя во внесудебном порядке производится путем реализации заложенного имущества, проведения торгов (аукциона).

Согласно пункту 3 статьи 24 Закона удовлетворение требований залогодержателя во внесудебном порядке не допускается в случаях, когда:

- 1) для ипотеки недвижимого имущества требовалось согласие другого лица или органа и такое согласие не было получено;
- 2) предметом ипотеки является недвижимое имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества;
- 3) предметом ипотеки является недвижимое имущество, находящееся в общей собственности, и кто-либо из его собственников не дает письменное согласие на удовлетворение требований залогодержателя во внесудебном порядке.

Так, пункт 10) части 2 статьи 43 Закона Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» решение о залоге всего имущества товарищества относит к исключительной компетенции общего собрания, которое является его высшим органом.

Статьи 68-70 Закона Республики Казахстан «Об акционерных обществах» предусмотрена процедура согласования Советом директоров заключения обществом крупных сделок по распоряжению 25% и более активов общества, включая передачу в залог имущества.

Особенности залога земельных участков и права землепользования регулируются главой 8 Земельного кодекса Республики Казахстан. Статьей 77 Земельного кодекса установлены ограничения залога земельного участка и прав землепользования.

В частности не допускается залог части земельного участка или права землепользования на часть земельного участка, если эта часть не может быть в соответствии с целевым назначением использована в качестве самостоятельного участка.

Не допускается залог всего делимого земельного участка или его части или права землепользования на весь земельный участок или его часть без

одновременного залога здания (строения, сооружения), находящегося на предоставляемом в залог земельном участке или на предоставляемой в залог его части.

Не допускается залог неделимого земельного участка или права землепользования на неделимый земельный участок без одновременного залога находящегося на нем здания (строения, сооружения).

Залог здания (строения, сооружения) без одновременного залога части делимого земельного участка или права землепользования на часть делимого земельного участка, занятого этим зданием (строением, сооружением) и необходимого для его использования, либо без одновременного залога всего неделимого земельного участка или права землепользования на весь неделимый земельный участок, на котором находится здание (строение и сооружение), не допускается.

При установлении залога на часть земельного участка эта часть в установленном порядке должна быть предварительно выделена в самостоятельный земельный участок.

Залог права временного долгосрочного землепользования в форме аренды земельного участка допускается на срок действия договора аренды.

Залог права краткосрочного временного возмездного и временного безвозмездного землепользования не допускается.

Статьей 79 Земельного кодекса регламентирована процедура залога земельных участков и права землепользования, находящихся как в общей долевой, так и совместной собственности.

В частности, залог неделимого земельного участка, находящегося в общей совместной собственности или в общем совместном землепользовании, допускается при наличии письменного согласия всех участников общей собственности или общего землепользования.

Участник общей долевой собственности на земельный участок или общего долевого землепользования вправе заложить свою долю без согласия других участников общей собственности или общего землепользования.

Лица, имеющие на праве общей собственности земельные участки, могут заложить земельные участки на основании решения общего собрания участников общей собственности.

Реализация предмета ипотеки во внесудебном порядке производится путем проведения торгов на заложенное имущество, организуемых доверенным лицом.

Правонарушения, создаваемые препятствия обращению взыскания на предмет ипотеки, влечет ответственность, предусмотренный законом. Виды ответственности устанавливаются в зависимости от характера и степени тяжести совершенного правонарушения.

До проведения торгов должны быть выполнены следующие процедуры:

- 1) доверенное лицо составляет уведомление о невыполнении основного обязательства, регистрирует его в органе, где был зарегистрирован ипотечный договор, и вручает его залогодателю. При невозможности непосредственной передачи уведомления оно направляется залогодателю заказным письмом по его адресу, указанному в ипотечном договоре;

2) при неудовлетворении требований, вытекающих из уведомления о невыполнении основного обязательства, но не ранее, чем через тридцать дней с момента вручения или отправки указанного уведомления залогодателю, доверенное лицо составляет уведомление о торгах на заложенное имущество, регистрирует его в органе, где был зарегистрирован ипотечный договор, вручает его залогодателю, а также залогодержателю и официально публикует объявление о торгах не менее чем за десять дней до проведения торгов с содержанием необходимых сведений;

3) с момента первой публикации объявления о торгах все сделки в отношении недвижимого имущества, выносимого на торги, запрещаются, а если сделки были совершены, то признаются недействительными;

4) с момента первой публикации объявления о торгах и до момента их проведения должно пройти не менее десяти дней.

По получении уведомления о невыполнении основного обязательства залогодатель вправе обратиться в суд с иском об отсутствии оснований для реализации предмета ипотеки. Обращение с соответствующим иском в суд приостанавливает в течение тридцатидневного срока исчисляемый с момента вручения уведомления о невыполнении основных обязательств залогодателю.

Данная процедура проведения внесудебных торгов определено статьей 25 Закона.

В соответствии со статьями 30, 33 Закона в торгах имеют право принимать участие любые юридические лица и граждане, в том числе залогодатель и залогодержатель, за исключением доверенного лица. Залогодатель, а также должник по основному обязательству, если он не является залогодержателем, вправе в течение 3 месяцев оспорить результаты торгов в суде по месту нахождения предмета ипотеки в случае нарушения процедуры их проведения, но подача такого иска не приостанавливает совершения действий, вытекающих из результатов торгов.

Доверенное лицо объявляет торги несостоявшимися на следующий день после того, как имело место какое-либо из обстоятельств, предусмотренных статьей 32 Закона, а именно: на торги явились менее двух покупателей; лицо, выигравшее торги, не внесло покупную цену в установленный срок.

В первом случае залогодержатель вправе либо обратиться заложное имущество в свою собственность по его текущей оценочной стоимости, установленной решением суда или доверенным лицом на основании заключения физических и юридических лиц, имеющих лицензию на осуществление деятельности по оценке имущества, либо требовать назначения новых торгов.

Оценка предмета ипотеки производится исходя из цен предмета ипотеки, обычно взимаемыми в торговле в момент заключения ипотечного договора, то есть оценка предмета ипотеки должна быть максимально приближена к действительной.

Во втором случае, залогодержатель вправе приобрести заложное имущество путем заключения договора купли-продажи, что влечет прекращения ипотечного договора.

После завершения торгов и внесения покупателем конечной цены и всех других требуемых от него платежей доверенное лицо вручает ему документ о приобретении недвижимого имущества на торгах, который должен содержать сведения о предмете ипотеки, предусмотренные статьей 34 Закона. Документ о приобретении недвижимого имущества на торгах скрепляется подписью доверенного лица.

Статьей 36 Закона предусмотрены распределение выручки от торгов в следующем порядке приоритетности:

- 1) на покрытие издержек и расходов на проведение торгов;
- 2) на оплату основного обязательства, обеспеченного ипотекой;
- 3) на оплату просроченных обязательств, обеспеченных вторичными залогами и перезалогами, а также иных обременений недвижимого имущества в порядке очередности, установленной законодательными актами;
- 4) на возврат залогодателю оставшейся суммы.

Статья 5-1 Закона регламентирует, что органом исполняющий процедуру обращения взыскания предмета ипотеки является коммерческая ипотечная организация создаваемая в форме акционерного общества осуществляющей отдельные виды банковских операций и действующая на основании лицензии, выдаваемой уполномоченным органом. К примеру, в стране успешно занимается ипотечным кредитованием АО «Жилстройсбербанк» с долей участия государства, с соответствующей лицензией на осуществление данного вида банковских операций.

За деятельностью ипотечных организаций государство в лице уполномоченного государственного органа осуществляет регулирование и надзор финансового рынка и финансовых организаций. При нарушении ипотечными организациями требований нормативных правовых актов уполномоченного органа к ней могут быть применены меры воздействия, предусмотренные статьей 5-4 Закона, вплоть до приостановления и лишения лицензии в зависимости от характера нарушения. Информацию о принятом решении уполномоченный орган публикует в периодических изданиях на государственном и русском языках.

Решение уполномоченного органа о применении к ипотечной организации мер воздействия, предусмотренных Законом, может быть обжаловано в суде заинтересованными лицами в соответствии с главой 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан в суд города Астаны, поскольку в данном случае ответчиком будет выступать уполномоченный орган в лице Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций.

Ипотека согласно статье 322 Гражданского Кодекса Республики Казахстан прекращается в следующих случаях:

- с прекращением обеспеченного залогом обязательства;
- по требованию залогодателя при грубом нарушении залогодержателем обязанностей, создающем угрозы утраты или повреждения заложенного имущества;

- гибели заложенной вещи или прекращения заложенного права, если залогодатель не восстановил в разумные сроки предмет залога или не заменил другим равноценным имуществом.

Государственная регистрация прекращения ипотеки недвижимого имущества в связи с исполнением основного обязательства, обращением взыскания на предмет ипотеки и иным основаниям осуществляется в порядке, установленном законодательством о государственной регистрации прав на недвижимое имущество.

При продаже заложенного имущества, полностью обеспечивавшего основное обязательство на момент заключения ипотечного договора, с торгов во внесудебном порядке по цене ниже суммы основного обязательства, а также при переходе такого имущества в собственность залогодержателя одновременно с прекращением ипотеки прекращается основное обязательство.

О прекращении ипотеки должна быть сделана отметка в реестре, в котором был зарегистрирован ипотечный договор.

В соответствии с Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан споры по ипотеке подсудны как районным (городским) судам, так и приравненным к ним судам, в том числе специализированным межрайонным экономическим судам, которые согласно п.1 ст. 30 ГПК рассматривают гражданские дела по имущественным и неимущественным спорам, сторонами в которых являются граждане, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, юридические лица, а также по корпоративным спорам.

В связи с вышеизложенным, привожу некоторые примеры из судебной практики по спорам о залоге, рассмотренным Специализированным межрайонным экономическим судом Карагандинской области.

В частности, в судебном порядке часто оспариваются результаты торгов, проведенные по реализации Банками залогового имущества по договорам ипотеки во внесудебном порядке.

Например, решением Специализированного межрайонного экономического суда Карагандинской области от 24.02.2010 года в удовлетворении исковых требований ТОО «Трансагентство KZ» (залогодателя) и ТОО «Караганда Трансавто» (заемщика – должника) к АО «БТА Банк» (залогодержателю) и ТОО «Мастер-Klass Строй» (покупателю) о признании недействительными торгов недвижимого имущества, предоставленного в залог АО «БТА Банк» по договору залога недвижимого имущества №709/07 от 21.06.2007 года, расположенного по адресу: г. Сарань, ул. Доковская, 1а – отказано.

При рассмотрении указанного дела, судом установлено, что между АО «БТА Банк» (далее – Банк) и ТОО «Караганда Трансавто» заключено Генеральное кредитное соглашение №0801/04/047 от 07.04.2004 года, и дополнительные соглашения к нему: №1 от 22.08.2005 года, №2 от 11.05.2006 года, №3 от 13.12.2006 года, №4 от 26.12.2006 года, №5 от 18.02.2008 года. Согласно которым Банк установил ТОО «Караганда Трансавто» лимит кредитования в размере 220 000 000 тенге на условиях целевого использования, срочности, платности, возвратности и обеспеченности, на период с 07.04.2004 года по 12.12.2011 года.

В рамках указанного Генерального кредитного соглашения в последующем между Банком и ТОО «Караганда Трансавто» заключены соответствующие договора банковского займа. Согласно которым, Банк выдал ТОО «Караганда Трансавто» в размере вышеуказанного лимита кредит на условиях целевого использования, обеспеченности, срочности, платности и возвратности, с условием оплаты вознаграждения.

Согласно п.6.2.2 вышеуказанных договоров банковского займа и пп.2) п.4.2 кредитных договоров ТОО «Караганда Трансавто» обязался полностью погасить кредит и вознаграждение по нему в сроки и в размерах, предусмотренных договором.

Судом также было установлено, что между АО «БТА Банк» и ТОО «Еcotrans» заключено Генеральное кредитное соглашение №0801/07/042 от 11.04.2007 года, и дополнительные соглашения к нему: №1 от 21.06.2007 года и №2 от 18.02.2008 года.

Согласно которым Банк установил ТОО «Еcotrans» лимит кредитования в размере 170 000 000 тенге на условиях целевого использования, срочности, платности, возвратности и обеспеченности, на период с 11.04.2007 года по 10.04.2012 года.

В рамках указанного генерального кредитного соглашения в последующем между Банком и ТОО «Еcotrans» также заключены соответствующие договора банковского займа.

Согласно пп.2) п. 4.2 вышеуказанных договоров банковского займа ТОО «Еcotrans» обязался полностью погасить кредит и вознаграждение по нему в сроки и в размерах, предусмотренных договором.

Судом установлено, что в обеспечения исполнения обязательств ТОО «Еcotrans» перед Банком по Генеральному кредитному соглашению №0801/07/042 от 11.04.2007 года между АО «БТА Банк», ТОО «Трансагентство KZ» и ТОО «Еcotrans» заключен договор залога недвижимости №709/07 (ипотека) от 21.06.2007 года (далее – договор ипотеки).

В последующем, также в обеспечения исполнения обязательств ТОО «Караганда Трансавто» перед Банком по Генеральному кредитному соглашению №0801/04/047 от 07.04.2004 года между АО «БТА Банк», ТОО «Трансагентство KZ», ТОО «Еcotrans» и ТОО «Караганда Трансавто» заключено дополнительное соглашение №1 от 18.02.2008 года к указанному договору ипотеки №709/07 (ипотека) от 21.06.2007 года.

Тем самым, согласно п.1.1 вышеуказанного договора ипотеки с учетом дополнительного соглашения №1 от 18.02.2008 года к нему в обеспечения исполнения обязательств ТОО «Еcotrans» и ТОО «Караганда Трансавто» перед АО «БТА Банк» по Генеральному кредитному соглашению №0801/04/047 от 07.04.2004 года и Генеральному кредитному соглашению №0801/07/042 от 11.04.2007 года, а также в обеспечение иных обязательств ТОО «Еcotrans» и ТОО «Караганда Трансавто» и/или ТОО «Трансагентство KZ» перед Банком по договорам, существующим на момент заключения договора, и заключаемым в будущем, ТОО «Трансагентство KZ» передал в залог, а Банк приобрел залоговое право на принадлежащий ТОО «Трансагентство KZ» предмет залога:

комплекс зданий и сооружений, включающий в себя: административно-бытовой корпус, столовая, проходная (Литер А, А1,А3) общей площадью 1385,6 м²; административно-бытовой корпус (баня) (Литер А2) общей площадью 228,7 м²; трансформаторная подстанция (Литер Б) общей площадью 47,7 м²; котельная (Литер В, В1) общей площадью 527,1 м²; АЗС (Литер Д) общей площадью 87,4 м²; бокс стоянка (Литер Е) общей площадью 3894,2 м²; производственный комплекс (Литер Ж, Ж1) общей площадью 7541,8 м²; шиномонтажный участок (Литер З) общей площадью 621,2м²; центральный склад (Литер И, И1) общей площадью 1572,1 м²; здание диагностики (Литер К) общей площадью 879,4 м²; склад стройматериалов, стройцех (Литер Л, Л1) общей площадью 332,1 м²; бокс-стоянка ОГМ (Литер М) общей площадью 948,6 м²; здание автомойки (Литер Н, Н1) общей площадью 481,9 м²; котельная (Литер П) общей площадью 276,2м²; с земельным участком площадью 7,8807 га, кадастровый номер 09-144-046-245, расположенный по адресу: Карагандинская область, город Сарань, ул. Доковская, 1А.

Вышеуказанный договор ипотеки и дополнительное соглашение №1 к нему зарегистрированы в Управлении юстиции г. Сарани 03.07.2007 года и 14.04.2008 года, тем самым вступили в силу с момента государственной регистрации.

Согласно п.п. 2.6 и 2.7 Генерального кредитного соглашения №0801/04/047 от 07.04.2004 года, заключенного между Банком и ТОО «Караганда Трансавто» и Генерального кредитного соглашения №0801/07/042 от 11.04.2007 года, заключенного между Банком и ТОО «Ecotrans» заемщики - ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans» обязались вернуть Банку полученные кредиты в порядке и в сроки предусмотренные указанными соглашениями и кредитными договорами; а также за пользование предоставленным в рамках указанных соглашений кредитом названные заемщики обязались выплатить Банку вознаграждение и/или комиссионное вознаграждение.

Однако, заемщики - ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans» в нарушение своих договорных обязательств, погашение сумм основного долга и вознаграждения по вышеперечисленным договорам банковского займа и кредитным договорам, заключенных в рамках Генерального кредитного соглашения №0801/04/047 от 07.04.2004 года, заключенного между Банком и ТОО «Караганда Трансавто» и Генерального кредитного соглашения №0801/07/042 от 11.04.2007 года, заключенного между Банком и ТОО «Ecotrans» своевременно не производили.

В связи с чем, у ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans» образовалась задолженность по основному долгу и вознаграждению по вышеперечисленным договорам банковского займа и кредитным договорам.

Пункт 4.1 вышеуказанного договора ипотеки предусматривает обращение взыскания на предмет ипотеки в случае, если суммы, подлежащие выплатам по условиям Кредитного договора и/или начисленное по нему вознаграждение (интерес) не были погашены Должником в порядке и на условиях, установленных Кредитным договором, а также в иных случаях неисполнения (ненадлежащего исполнения) Должником либо Залогодателем своих обязательств, предусмотренных Кредитным договором и настоящим договором.

Согласно п.4.2 названного договора ипотеки за счет предмета залога залогодержатель вправе удовлетворить свои требования в объеме, определяемом к моменту фактического удовлетворения, включая: по Кредитному договору - основной долг; вознаграждение (интерес); комиссионное вознаграждение; убытки причиненные не исполнением или ненадлежащим исполнением обязательств, принятых должником по Кредитному договору; неустойку; прочие суммы, подлежащие выплате должником в соответствии с условиями Кредитного договора; по настоящему договору залога – убытки причиненные не исполнением или ненадлежащим исполнением обязательств, принятых должником и/или залогодателем по настоящему договору; неустойку; прочие суммы, подлежащие выплате должником и/или залогодателем в соответствии с условиями настоящего договора.

Пункт п.4.3 договора ипотеки предусматривает право залогодержателя по своему усмотрению в произвольном порядке реализовать предмет залога во внесудебном порядке.

Аналогичные же нормы содержат пункт 6.2 вышеуказанных Генеральных кредитных соглашений в случае неисполнении заемщиками - ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans» обязательств по соглашению или по кредитным договорам.

В связи с чем, в соответствии с нормами действующего законодательства доверенным лицом Банка Набиевой А.Ж. заемщикам - ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans», залогодателю - ТОО «Трансагентство KZ», залогодержателю – АО «БТА Банк» направлено уведомление №1 о невыполнении обязательств за исх. №219 от 12.06.2008 года, зарегистрированное в Управлении юстиции г. Сарани 13.06.2008 года, которое получено залогодателем ТОО «Трансагентство KZ» 15.07.2008 года.

Однако, данное уведомление заемщиками оставлено без удовлетворения.

В связи с чем, доверенным лицом Банка Набиевой А.Ж. согласно пп.2) п. 1 ст. 25 Закона Республики Казахстан «Об ипотеке недвижимого имущества» заемщикам - ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans», залогодателю - ТОО «Трансагентство KZ», залогодержателю – АО «БТА Банк» направлено уведомление №2 о проведении торгов за исх. №292 от 18.08.2008 года, зарегистрированное в Управлении юстиции г. Сарани 18.08.2008 года. Согласно которому, торги по продаже предмета договора залога назначено на 15.10.2008 года на 11.00 часов. В связи с отсутствием заявок, указанные торги не состоялись, после чего, доверенным лицом Банка Набиевой А.Ж. заемщикам - ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans», залогодателю - ТОО «Трансагентство KZ», залогодержателю – АО «БТА Банк» направлено уведомление №2 о проведении торгов за исх. №341 от 22.10.2008 года, зарегистрированное в Управлении юстиции г. Сарани 24.10.2008 года. Согласно данного уведомления о проведении торгов, торги по продаже предмета договора залога назначено на 02.12.2008 года на 11.00 часов, а в случае если торги не состоятся, проведение следующих торгов назначено на 25.12.2008 года на 11.00 часов. Указанные торги также не состоялись, по причине отсутствия заявок.

В последующем, доверенным лицом Банка Набиевой А.Ж. заемщикам - ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans», залогодателю - ТОО «Трансагентство KZ», залогодержателю – АО «БТА Банк» направлено уведомление №2 о проведении торгов за исх. №3 от 08.01.2009 года, зарегистрированное в Управлении юстиции г. Сарани 09.01.2009 года. Согласно данного уведомления о проведении торгов, торги по продаже предмета договора залога назначены на 18.02.2009 года на 15.00 часов; в случае если торги, назначенные на 18.02.2009 года не состоятся, проведение следующих торгов назначены на 18.03.2009 года на 15.00 часов; в случае если торги, назначенные на 18.03.2009 года не состоятся, проведение следующих торгов назначены на 15.04.2009 года на 15.00 часов.

Данное уведомление о проведении торгов содержит наименование и место нахождения залогодателя, залогодержателя и заемщиков (должников); краткое изложение невыполненных обязательств заемщиков - ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans»; и общая сумма всех задолженностей указанных заемщиков перед Банком, подлежащих удовлетворению за счет реализации предмета договора залога; наименование, описание и характеристика недвижимого имущества, являющегося предметом договора залога (ипотеки) и выносимого на торги; время и место проведения торгов; имя, место жительства, место нахождения и номер телефона доверенного лица Банка.

Вручение вышеуказанных уведомлений №2 о проведении торгов заемщикам - ТОО «Караганда Трансавто» и ТОО «Ecotrans», залогодателю - ТОО «Трансагентство KZ» и залогодержателю – АО «БТА Банк» подтверждается подписями их уполномоченных лиц, имеющих в данных уведомлениях.

Данное обстоятельство также было подтверждено заключением судебно-почерковедческой экспертизы №15/1.1 от 25.01.2010 года. Согласно заключения данной экспертизы подписи от имени Онаева Ж.К., расположенные в уведомлении №2 о проведении торгов за исх. №3 от 08.01.2009 года в графе: «Заемщик-1» (Должник-1): ТОО «Ecotrans», в графе: «Залогодатель: АО «Трансагентство KZ» - выполнены самим Онаевым Ж.К. Подписи от имени Иванова А.Г., расположенные в указанном уведомлении в графе: «Заемщик-2» (Должник-2): ТОО «Караганда Трансавто» - выполнены самим Ивановым А.Г.

Согласно заключения судебно-технической экспертизы №30/1.2 от 29.01.2010 года оттиски круглой печати ТОО «Ecotrans» и ТОО «Караганда Трансавто», расположенные на лицевой стороне третьего листа Уведомления №2 о проведении торгов за исх. №3 от 08.01.2009 года и образцы оттиска круглой печати ТОО «Ecotrans» и ТОО «Караганда Трансавто», нанесены одним и тем же клише.

Кроме того, из актов о вывешивании объявления о проведении торгов от 02.10.2008 года, от 19.11.2008 года, от 10.12.2008 года и от 05.02.2009 года следует, что на предмете договора залога были вывешены объявления о проведении торгов.

Из вышеуказанного уведомления №2 о проведении торгов за исх. №3 от 08.01.2009 года следует, что на момент направления 08.01.2009 года уведомления общая задолженность ТОО «Караганда Трансавто» по

Генеральному кредитному соглашению №0801/04/047 от 07.04.2004 года, и дополнительным соглашениям к нему: №1 от 22.08.2005 года, №2 от 11.05.2006 года, №3 от 13.12.2006 года, №4 от 26.12.2006 года, №5 от 18.02.2008 года и ТОО «Ecotrans» по Генеральному кредитному соглашению №0801/07/042 от 11.04.2007 года, и дополнительным соглашениям к нему: №1 от 21.06.2007 года и №2 от 18.02.2008 года с учетом всей суммы начисленного после вручения и отправки заказной почтой Уведомления о невыполнении обязательств №1 составляет 396 813 220 тенге.

В частности, задолженность ТОО «Ecotrans» по Генеральному кредитному соглашению №0801/07/042 от 11.04.2007 года, и дополнительным соглашениям к нему: №1 от 21.06.2007 года и №2 от 18.02.2008 года составляет 185 087 177 тенге.

Задолженность ТОО «Караганда Трансавто» по Генеральному кредитному соглашению №0801/04/047 от 07.04.2004 года, и дополнительным соглашениям к нему: №1 от 22.08.2005 года, №2 от 11.05.2006 года, №3 от 13.12.2006 года, №4 от 26.12.2006 года, №5 от 18.02.2008 года составляет 211 726 042 тенге.

Пункт 2 статьи 25 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» предусматривает право залогодателя обратиться в суд с иском об отсутствии оснований для реализации ипотеки по получении уведомления о невыполнении основного обязательства.

Однако, залогодатель - ТОО «Трансагентство KZ» не обращался в суд с подобным иском.

Доверенным лицом Банка согласно пункта 1 статьи 28 вышеуказанного Закона опубликованы объявления о проведении торгов предмета договора залога в следующих печатных изданиях: «Индустриальная Караганда» №123 от 02.10.2008 года, №144 от 20.11.2008 года, №153 от 13.12.2008 года и №13 от 05.02.2009 года на русском языке; и «Орталық Қазақстан» №152 от 02.10.2008 года, №179 от 20.11.2008 года, №191-192 от 13.12.2008 года и №17-18 от 05.02.2009 года на казахском языке.

Таким образом, доверенным лицом Банка не менее чем за десять дней до проведения торгов, назначенных на 18.02.2009 года на 15.00 часов опубликованы объявления о проведении торгов в периодических печатных изданиях на казахском и русском языках.

Торги по продаже предмета договора залога, назначенные на 18.02.2009 года состоялись, победителем торгов признано ТОО «Мастер-Klass Строй», что подтверждается протоколом результатов торгов по продаже заложенного имущества от 18.02.2009 года.

Из указанного протокола следует, что торги проведены по английскому методу, стартовая цена заложенного имущества составляла – 56 723 000 тенге, а покупная цена составила 57 290 230 тенге.

По результатам торгов ТОО «Мастер-Klass Строй» выдан документ о приобретении заложенного имущества на торгах от 26.02.2009 года, и между доверенным лицом Банка и ТОО «Мастер-Klass Строй» составлен акт приема-передачи залогового имущества, приобретенного на торгах от 26.02.2009 года.

Вышеизложенное свидетельствовало, что при проведении оспариваемых торгов нарушений законности не было допущено.

С учетом изложенного, оснований для удовлетворения исковых требований ТОО «Трансагентство KZ» и ТОО «Караганда Трансавто» к АО «БТА Банк» и ТОО «Мастер-Klass Строй» о признании недействительными торгов недвижимого имущества, предоставленного в залог не имелось. В связи с чем судом в удовлетворении указанных исковых требований отказано в полном объеме.

Указанное решение суда оставлено без изменения апелляционной судебной коллегией и кассационной судебной коллегией Карагандинского областного суда, в связи с чем вступило в законную силу.

В судебной практике также часто встречается категории дел по рассмотрению споров о признании недействительными договоров ипотеки.

В частности, решением Специализированного межрайонного экономического суда Карагандинской области от 16.02.2010 года удовлетворено исковое заявление учредителя ТОО «Холдинговая компания «Bilding Constraction» С. Толебекова к Дочерней организации АО «БТА Банк» - АО «Темірбанк», директору ТОО «Холдинговая компания «Bilding Constraction» В. Долгомыслову о признании недействительным договора залога (ипотеки) №PAW02520/7-KRG от 04.03.2008 года.

Договор залога (ипотеки) №PAW02520/7-KRG от 04.03.2008 года о залоге земельного участка, расположенного по адресу: г. Караганды, микрорайон Степной, 4, кадастровый номер 09-142-141-380 – признан недействительным.

Основанием признания недействительности вышеуказанного оспариваемого договора залога (ипотеки) послужило несоблюдения требований, предъявляемых к содержанию и участникам сделки.

В частности, пунктом 5.1 Устава ТОО «Холдинговая компания «Bilding Constraction» определено, что решение о залоге (ипотеке) всего имущества товарищества относится к исключительной компетенции общего собрания, которое является его высшим органом.

Аналогичное положение содержит пункт 10) части 2 статьи 43 Закона Республики Казахстан «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью».

Судом установлено, что решение учредителей товарищества о залоге (ипотеке) имущества от 13.06.2007 года подписано не С. Толебековым, которому принадлежит 75% доли в уставном капитале.

Данное обстоятельство подтверждается заключением судебно-почерковедческой экспертизы №35/1.1 от 19.01.2010 года, которым эксперт категорически утверждает, что подпись Толебекова С., расположенная на строке «Председатель общего собрания» лицевой стороны второго листа протокола общего собрания учредителей (участников) ТОО «Холдинговая компания «Bilding Constraction» от 13.06.2007 года, выполнена не самим С.Толебековым, а другим лицом.

В связи с чем, оспариваемый договор залога(ипотеки) судом признан недействительным по основаниям, указанным в пункте 1 статьи 159, пункте 1 статьи 158 Гражданского кодекса Республики Казахстан.

Вышеуказанное решение суда от 16.02.2010 года вступило в законную силу.

В заключение необходимо отметить, что предмет моего исследования – ипотека является актуальным в настоящее время, в силу общественной потребности.

Анализируя вышеизложенное, хочу отметить, что нормативная база по ипотеке практически соответствует требованиям времени.

При этом хочу отметить, что идеального способа обеспечения возврата банковского кредита не существует. По мнению банкиров англо-американской школы, необходимо иметь два, а лучше три «пояса безопасности», защищающих кредитора от невыполнения заемщиком кредитного договора. «Первый пояс» — это поток наличности, доход — главный источник погашения кредита заемщиком. «Второй пояс» — это активы, предлагаемые заемщиком в качестве обеспечения погашения кредита. «Третий пояс» связан с гарантиями, которые дают юридические или физические лица в качестве обеспечения кредита. Поэтому выбор конкретного имущества в качестве предмета залога (ипотеки) должен осуществляться каждой кредитной организацией самостоятельно в рамках гражданского законодательства и проводимой ею кредитной политики и с учетом конкретных фактов (финансовое состояние и репутация заемщика и залогодателя; размер, срок и цель кредита, общее состояние экономики и отдельных отраслей народного хозяйства и т.д.).

С.Ж. Тыртыкаева,
начальник Юридического управления Астанинского
регионального филиала АО "Народный Банк Казахстана"

Защита прав Банка как залогодержателя. Защита прав Банка как участника долевого строительства

Разрешите представить Вашему вниманию доклад на тему: **«Защита прав Банка как залогодержателя. Защита прав Банка как участника долевого строительства».**

Доклад основан на практике, сложившейся в результате деятельности Астанинского регионального филиала АО «Народный Банк Казахстана».

Так, в 2005 году объем ссудного портфеля розничного кредитования составлял примерно 25 000 000 000 тенге, из которых 17 500 000 000 тенге, что составляет 70 % от объема всего ссудного портфеля, составляли займы на приобретение квартир в строящихся жилых домах.

Общее количество заемщиков, оформивших банковские займы на приобретения квартир в строящихся жилых домах и предоставивших в качестве обеспечения исполнения обязательств перед Банком права требования недвижимого имущества по договорам долевого участия, за данный период (2005 год) составляло примерно 5 000 человек.

В настоящее время, в 2010 году, Банком выдано займов, для приобретения квартир в строящихся жилых домах, на общую сумму примерно 9 000 000 000 тенге, что составляет 30 % от общего объема ссудного портфеля розницы.

В количественном выражении это составляет 1 500 заемщиков.

По первому вопросу моего доклада - «Защита прав Банка как залогодержателя», хотелось бы остановиться на следующих проблемах.

1. Касательно ПП № 1039 (Механизм 2 Плана первоочередных действий по обеспечению стабильности социально-экономического развития Республики Казахстан).

На примере дольщиков ЖК «Турсын Астана» и ЖК «Байконыр» (заявления Тамабековой И.А., Кемеловой Н.С., Валентинова В.Д., Шуменоввой С.Е. – дольщиков ЖК «Турсын Астана», заявление Бесфамильного В. – дольщика ЖК «Байконыр»).

Банком в рамках кредитования физических лиц на покупку строящей недвижимости в ЖК «Турсын Астана» было выдано 395 банковских займов, на сумму порядка 1 400 000 000 тенге.

Обеспечением исполнения обязательств являлось право требования строящихся квартир в жилом доме.

Застройщиком данного жилого комплекса являлось ТОО «Пенопласт - ММ».

В настоящее время работы, связанные со строительством комплекса застройщиком не ведутся.

Более того, прокурором г. Астаны в целях защиты нарушенных прав дольщиков комплекса, инициировано исковое заявление к Застройщику о расторжении заключенных договоров долевого участия, передачи в счет взысканной суммы объекта незавершенного строительства в виде ЖК «Турсын Астана».

Согласно решению специализированного межрайонного экономического суда г. Астаны от 19.08.2009 г., с ТОО «Пенопласт - ММ» в пользу ЖСК «Турсын-Астана» взыскана сумма в размере 2 003 075 689 тенге, заключенные 534 договора долевого участия расторгнуты, комплекс передан в счет взыскания в пользу образованного ЖСК «Турсын-Астана».

В соответствии с Механизмом 2 Плана первоочередных действий по обеспечению стабильности социально-экономического развития Республики Казахстан, утвержденных Постановлением Правительства РК от 6 ноября 2007 года № 1039:

1) обеспечение завершения строительства объектов жилищного строительства с участием дольщиков, строительство которых ведется компаниями, не имеющими необходимых ресурсов и вызывающих сомнения в возможности завершения строительства, акиматами будет возложено на уполномоченные организации, которые будут капитализированы за счет средств местных бюджетов и (или) целевых трансфертов на развитие из республиканского бюджета, при условии завершения строительства с последующим предоставлением дольщику не более одной квартиры в указанных объектах;

2) по завершению строительства объектов, при наличии свободных площадей, они могут быть по рекомендации комиссии перераспределены дольщикам (при их согласии) незавершенных объектов жилищного строительства, признанных решениями комиссии нецелесообразными к завершению строительства.

Уполномоченной организацией, которой в данный момент ведется завершение строительства жилых комплексов (ЖК «Турсын Астана», ЖК «Байконыр») является ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс».

1.1. Проблема заключается в том, что дольщикам, имеющим более одной квартиры, передается только одна квартира. При этом Механизм предоставления двух и более квартир одному дольщику в проблемных объектах еще не определен, что следует из ответа Председателя Агентства РК по делам строительства и ЖКХ г-на Нокина С. на запрос от 24.01.2010 года (сайт электронного Правительства).

1.2. По имеющейся информации, ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс» осуществляется перепланировка квартир и передача дольщикам квартир меньшей площадью.

Принимая во внимание действия ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс» и факт того, что многие заемщики оформляли банковские займы для покупки нескольких квартир, в данный момент для Банка существует угроза утраты залогового обеспечения.

Безусловно считаем, что данным Постановлением Правительства РК в значительной степени ущемляются не только права дольщиков, но и права Банка, как законного залогодержателя предоставленного в залог имущества.

1.3. при рассмотрении дел о расторжении дду и передачи жилого комплекса в счет возмещения расходов в пользу ЖСК, Банк не привлекается в качестве стороны по делу, в связи с чем, Банк не может осуществить защиту своих прав как залогодержателя.

Банком в целях защиты прав дольщиков – залогодателей и своих прав, как залогодержателя, направлены письма в акимат, ЖСК «Турсын Астана» и ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс».

В письме Банка, адресованном ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс», указано о необходимости надлежащего уведомления Банка при заключении трехсторонних и иных договоров, между уполномоченной организацией, ЖСК, членом ЖСК – заемщиком Банка, связанных с передачей имущества члену ЖСК, а также отмечено о необходимости учета залогового обременения Банка при заключении указанных договоров.

На данное письмо, Банком был получен ответ от ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс» о том, что последнее не будет уведомлять Банк о заключении трехсторонних договоров по причине отсутствия каких-либо договорных или иных правоотношений между Банком и ТОО.

Считаем данную позицию несостоятельной и нарушающей права Банка как Залогодержателя.

Предложения и выводы

1. Назрела необходимость разработки Механизма предоставления двух и более квартир одному дольщику в проблемных объектах.

2. Необходимо в обязательном порядке привлекать банки к рассмотрению дел по искам дольщиков о расторжении дду и передачи в счет взыскания сумм по дду жилого комплекса образованным дольщикам ЖСК.

2. Касательно регистрации залога права требования

2.1. Так, согласно данному Закону, предусматривается регистрация договоров долевого участия местными исполнительными органами. При этом нет взаимодействия между акиматами и регистрирующими органами.

Регистрирующий орган, в данном случае ДЮ и РГП Центр по недвижимости не имеют какой-либо общей базы, позволяющей отслеживать наличие залогового обременения в виде залога права требования и залогового обременения, зарегистрированное уже на объект недвижимости (после ввода жилого дома в эксплуатацию и заключения договора передачи между дольщиком и застройщиком).

Банк при выдаче банковского займа на приобретение квартиры в строящемся доме по программам розничного кредитования «Ипотека», «Ипотека lights», в качестве обеспечения исполнения обязательств Заемщика перед Банком заключал с Заемщиком/Залогодателем договор залога права требования недвижимого имущества по договору долевого участия в строительстве жилого дома.

Данные договора залога подлежали регистрации в органах, регистрирующих движимое имущество, РГП «Центр по недвижимости».

После ввода жилого комплекса в эксплуатацию и заключения строительной компании с дольщиком- заемщиком договора передачи недвижимого имущества, заключается основной договор залога.

На практике возникали случаи отчуждения квартир до момента заключения основного договора залога, как самими дольщиками, так и судебными исполнителями в рамках исполнительного производства (Казибекова А. – самостоятельно реализовала залоговое имущество Банка, Львова М.Ф. – реализация судебным исполнителем с публичных торгов без уведомления Банка).

Тем самым нарушаются права Банка как залогодержателя, так как, имея залоговое обременение, зарегистрированное в регистрирующем органе, Банк не имеет возможности реализовать свое право в части реализации залогового имущества т.е., фактически наличие утрата залогового обеспечения.

Предложения и выводы:

1. Назрела необходимость разработки Механизма сопоставления регистрирующим органом залогового обременения в виде залога права требования и залогового обременения, зарегистрированное уже на объект недвижимости (после ввода жилого дома в эксплуатацию и заключения договора передачи между дольщиком и застройщиком).

Судебная практика по делам о расторжении дду по искам дольщиков (на примере дольщиков ЖК «Лесная поляна», застройщик - ТОО «Альянсстройинвест» - займов на общую сумму примерно 1 900 000 000 тенге).

Банки зачастую не привлекаются для участия в судебном процессе, и, соответственно, не располагают информацией об утрате залогового обеспечения, в силу не уведомления Банка ни дольщиком-залогодателем, ни застройщиком.

Суды взыскивают сумму, уплаченную по дду в разных случаях то в пользу Банка, то в пользу дольщика – залогодателя. В данном случае, для Банка существует риск невозврата банковского займа недобросовестным заемщиком.

Имеют место случаи обращения дольщиков- заемщиков в суд с исковыми требованиями о расторжении/признании недействительными дбз по причине того, что судебными решениями дду были расторгнуты и суммы долевого участия были взысканы с застройщика либо в пользу Банка, либо в пользу дольщика- заемщика (пример Невидомская, Шуншалина).

Предложения и выводы:

1. Необходимо в обязательном порядке привлекать банки к рассмотрению дел по искам дольщиков о расторжении дду и взыскании суммы долевого участия.

I. По второму вопросу моего доклада – «Защита прав Банка как участника долевого строительства»

Банк в данном вопросе столкнулся со следующей проблемой.

Банком с целью приобретения нежилого помещения был заключен договор долевого участия № И319/08-05 от 23.08.2005г. с ТОО «Бонита Инжиниринг» (далее - Договор), согласно которому, Банк приобретает нежилое помещение общей площадью 859,9 кв.м в ЖК «Нурсая», стоимостью 140 026 116 тенге.

Решением межведомственной комиссии Акимата г. Астаны от 14.09.2009 года жилой комплекс «Нурсая» был включен в перечень проблемных объектов, достраиваемых ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс» за счет бюджетных средств.

В настоящее время строительство жилого комплекса завершено ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс», так как весь объект строительства, согласно решению Специализированного межрайонного экономического суда г. Астана от 10.02.2009г, (далее – решение СМЭС) передан в пользу ЖСК «Нурсая ЮК», дольщикам/физическим лицам жилого комплекса.

Решением специализированного межрайонного экономического суда г. Астана от 14 апреля 2010г. недостроенный объект Жилого комплекса «Нурсая» был передан ЖСК «Нурсая ЮК».

Направленная филиалом апелляция жалоба рассмотрена судом апелляционной инстанции 11 июня 2010г, по результатам рассмотрения которой Постановлением суда апелляционной инстанции № 2а-1297-10 от 11.06.2010г, (далее-Постановление), решение СМЭС о передаче в счет взысканной суммы в пользу ЖСК «Нурсая ЮК» недостроенного объекта ЖК «Нурсая» изменено с дополнением: «площадью, равной сумме площадей указанных в 143 договоров долевого участия, расторгнутых решением СМЭС».

Указанным постановлением коллегии учтены интересы и права всех дольщиков, как жилых, так и нежилых помещений жилого комплекса.

В результате поданной кассационной жалобы ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс», Постановлением кассационной судебной коллегии суда г. Астаны № 2к-531 от 05.08.2010г, (далее-Постановление кассационной коллегии), постановление апелляционной инстанции суда г. Астаны от 11.06.2010г. изменено, с исключением из резолютивной части постановления абзацев пятый и шестой,

конкретизирующих передачу жилого комплекса в пользу ЖСК «Нурсая ЮК» площадью, равной сумме площадей, указанных в 143 договорах долевого участия, расторгнутых решением СМЭС г. Астана от 14.04. 2010 года.

Считаем необходимым отметить, что данные судебные разбирательства затрагивают и права Банка как залогодержателя, в связи с тем, что в данном жилом комплексе расположено имущество, принятое в качестве обеспечения исполнения обязательств ТОО «Компания Бизнес Строй».

Проблемы:

1. Банк, являясь юридическим лицом, не может вступить в образованное дольщиками ЖСК «Нурсая ЮК», так как это противоречит Закону РК «О жилищных отношениях», данное обстоятельство также изложено в письме ТОО «АҚҚБ Жаңа Құрылыс» № Р-1122/05 от 19 мая 2009 года.

2. Механизмом 2 предусмотрено решение проблемы в отношении жилых помещений, но не предусмотрен порядок, касающийся помещений коммерческого назначения.

Р.К.Исабекова,

судья Кокшетауского городского суда Акмолинской области

Анализ истории и эволюции ипотеки на примере развитых и развивающихся стран

Введение

I. ИСТОРИЯ И ЭВОЛЮЦИЯ ИПОТЕКИ

- 1.1. Зарождение ипотечного кредита
- 1.2. Эволюция ипотечного кредитования

II. ОПЫТ ИПОТЕКИ В РАЗВИТЫХ СТРАНАХ

- 2.1. Развитие ипотеки в Европе
- 2.2. Ипотека в Германии
- 2.3. Опыт ипотечного кредитования в США

III. ОПЫТ ИПОТЕКИ В РАЗВИВАЮЩИХСЯ СТРАНАХ

- 3.1. Опыт стран Азии
- 3.2. Опыт ипотеки в Китае
- 3.3. Опыт Латинской Америки
- 3.4. Опыт африканских стран

Заключение.

Введение.

Приобретение собственного жилья - первоочередная потребность для каждой семьи. Традиционная схема финансирования строительства жилья в Казахстане, как часть бывшей советской системы жилищного финансирования, представляла собой централизованное распределение бюджетных ресурсов для строительства государственного жилья и его бесплатного распределения

среди граждан, стоящих в очереди на улучшение жилищных условий. Эта схема показала свою несостоятельность в период обретения Казахстаном независимости и перехода к рыночной экономике. В условиях сокращения бюджетного финансирования строительства и обеспечения населения жильем, основным источником средств для приобретения жилья становятся собственные средства населения, а также кредиты банков, как это происходит в большинстве экономически развитых стран мира. В этих условиях объективно возникает потребность в долгосрочных кредитах населению на жилищное строительство, минимально подверженных воздействию инфляции и максимально обеспеченных своевременным возвратом. Именно этим требованиям отвечает ипотечный кредит обеспеченный залогом товарно-материальных ценностей. Опыт многих зарубежных стран свидетельствует о том, что при правильной организации и ведении взвешенной государственной политики ипотека постепенно трансформируется в самофинансируемую систему, которая обеспечивает и в значительной степени определяет функционирование рынка жилья. При этом за счет резкого расширения платежеспособного спроса со стороны населения активизируется новое строительство, увеличивается выпуск строительных материалов, специализированной техники, появляются новые улучшенные архитектурные проекты, происходит ускоренное развитие многих смежных отраслей экономики.

Инвестиционно-финансовая деятельность, как впрочем, и современная экономика в целом, немыслима в настоящее время без всепроницающего участия ссудного капитала (кредитования). Существование в финансово-экономической системе общества стабильно и надежно функционирующей подсистемы кредитования строительной индустрии является сегодня одним из наиболее значимых показателей развития и залогом стабильности самого общества. В свою очередь надежность и работоспособность любых рыночных моделей перераспределения финансовых средств в значительной мере зависит от степени рискованности кредитных операций, которая, неизбежно возрастая с увеличением сроков кредитования, может быть снижена путем только создания надежных механизмов обеспечения возвратности кредитов. В этом качестве с древнейших времен и до наших дней наиболее часто выступает залог недвижимого имущества, называемый также ипотекой.

Зародившись до н.э. как альтернатива обеспечения обязательства личностью должника, которому в случае невозврата кредита грозило рабство, в новейших экономических формациях ипотека превратилась в мощный и всепроницающий инструмент инвестиционно-финансовой деятельности, стержневое звено в общем каркасе экономики промышленно развитых стран.

В данной работе проанализирована история развития ипотеки и обобщен зарубежный опыт ипотечного кредитования. При этом изучение исторических корней и путей развития ипотеки в различных странах позволило как проследить взаимосвязи особенностей общественно-экономического развития каждой отдельной взятой страны с этапами эволюции и современными чертами ипотеки в ней, так и выделить общие, единые для всех стран и правовых систем принципы и подходы и организации ипотеки.

Казахстан, вставший на путь перехода к рыночной экономике немногим более десяти лет назад, в настоящее время остро нуждается в создании финансово-экономических механизмов обеспечения инвестиционного процесса, адаптированных к реалиям экономики переходного периода (высокая инфляция, нестабильность основных макроэкономических показателей, неразвитость банковской системы, отсутствие у большей части населения правовой и экономической культуры, слабость частного капитала вообще и отсутствие крупных институциональных инвесторов, в частности). Ипотечное кредитование, во всех странах мира выполняющее роль одного из важнейших «локомотивов» инвестиционной деятельности, как представляется, могло бы и в Казахстане послужить решению проблемы катастрофической недоинвестированности экономики. Дополнительными стимулами для форсирования создания в Казахстане действенной системы ипотечного кредитования являются, с одной стороны, высокая социальная значимость кредитования строительства жилья для населения, а с другой - стремление вовлечь в этот процесс средства самого населения.

I. ИСТОРИЯ И ЭВОЛЮЦИЯ ИПОТЕКИ.

1.1. Зарождение ипотечного кредита.

Ипотека существовала еще в **Древней Греции**. Своим рождением ипотека, как и многие другие общественные и экономические институты, обязана античности. В 594 году до н.э. знаменитый афинский архонт (archon — «правитель») Солон провел свои не менее знаменитые реформы, в результате чего были отменены поземельные долги, объявлена свобода завещания, по которой имущество уже необязательно переходило к наследникам рода. До реформ Солона в Афинах залогом обязательств должника являлся он сам, и если не выполнял их, то становился рабом. Теперь же вместо личной ответственности архонт ввел имущественную и таким образом облегчил судьбу многих бедолаг: максимум, что им теперь грозило — потеря дома или земли.

«Ипотекой» во времена Солона назывался столб, который вставлялся в землю на участке должника. На этом столбе были начертаны имена хозяина земельного участка, заложившего его, кредитора, сумма залога и срок, когда долг надлежало вернуть. Хозяин заложенного земельного участка не имел права выносить с него имущество, а также не мог перезаложить его еще раз, поскольку все теперь видели, что земля уже заложена. Нововведение Солона было вызвано еще и тем, что некоторые должники по несколько раз закладывали свои земли, тем самым, обманывая кредиторов. Чуть позже на смену столбам пришли специальные ипотечные книги, доступ к которым мог получить каждый желающий и заинтересованный гражданин, дабы выяснить состояние того или иного земельного участка.

Институт ипотеки перекочевал несколько столетий спустя в Римскую империю, а потом — и в средневековую Европу.

В **Древнем Риме** ипотека получила еще большее развитие. В отличие от греков, главным источником богатства для которых являлись торговля, мореплавание, а позднее мануфактурное производство, Рим имел аграрную

специализацию, вследствие чего земля здесь представляла относительно большую ценность, а принцип частной собственности на землю получил основательное законодательное оформление. Первоначально здесь была распространена самая древняя форма залога недвижимости, при которой закладываемое имущество передавалось в собственность кредитору. Должник же, погасив долг, получал право требовать имущество обратно. Позднее получила распространение ипотека, при которой имущество оставалось в собственности и использовании должника, а кредитор получал право требовать удовлетворения из ценности данной недвижимости.

В Древнем Риме не было системы ипотечных книг, и хотя основная идея ипотечной системы, заключающаяся в защите кредитора и добросовестного приобретения вещных прав третьими лицами, не была чужда римскому законодательству, ипотечные сделки сопровождались разного рода махинациями. Поскольку принцип публичности ипотеки, в отличие от Древней Греции, здесь не соблюдался, кредитор не мог быть уверен, что это имущество уже не заложено. Должник имел возможность закладывать имущество у нескольких лиц, таким образом, получая под него кредит, значительно превышающий рыночную стоимость залога.

В Средневековой Европе, у древних германцев, до XIII века господствовал принцип имущественной ответственности за долги. Но потеря владения и права пользования недвижимостью, эксплуатация которой часто составляла основное занятие должника, были очень неудобны. Уже в XIII веке - сначала только в больших городах - стала развиваться новая форма залога недвижимости. Заложённая земля оставалась во владении и пользовании должника, при этом собственник лишался права отчуждения имущества и его вторичного залога.

В средневековье путем рецепции (то есть заимствования и последующей адаптации) римского права ипотека перешла в западно-европейское законодательство, и прежде всего германское. Германское право не остановилось на римской форме ипотеки: оно привнесло в нее условие гласности и постепенно формализовало его путем введения уже в XIX веке системы земельных и ипотечных книг в Германии, а также в Австрии, Швейцарии и других странах. Но еще задолго до этого были заложены основы этой системы. В средневековой Европе возникла практика совершения актов об отчуждении или залоге недвижимой собственности в народных собраниях, церквях или городских ратушах, позже - путем занесения актов об отчуждении в судебные или городские книги.

1.2. Эволюция ипотечного кредитования.

С конца XVII века разрабатывается специальное законодательство, регулирующее права на недвижимое имущество и формулирующее основные положения ипотечного права. В западноевропейское законодательство ипотека перешла с двумя основными чертами:

1. она стала применяться только к недвижимому имуществу;
2. продажа заложённых имений стала производиться не самим кредитором, а при посредничестве суда.

Ссуды под обеспечение недвижимостью предоставлялись сначала частными лицами (ростовщиками, торговцами), затем банкирами, банковскими домами и частными банками. Так, например, в Англии в XVIII веке выделялась группа банков Вестенда, которые обслуживали земельную аристократию и провинциальное дворянство, обеспечивая хранение их сбережений и предоставляя им ссуды под залог земли или недвижимости. Специализированные ипотечные учреждения появляются в Европе в первой половине XIX века. Первым по времени основания был Баварский ипотечный и вексельный банк, начавший свои операции в 1835 году для Баварии и некоторых других государств Южной Германии. Однако до 60-х годов ипотечный кредит в германских государствах удовлетворялся преимущественно государственными или же земскими земельными учреждениями. Во Франции в 1852 году возник специализированный ипотечный банк «Земельный кредит». В Австрии, несмотря на широкое развитие ипотеки, специализированные (акционерные и земские) учреждения появились только во второй половине XIX века, а до этого ссуды под обеспечение недвижимости выдавали государственные кредитные учреждения. В Англии же специализированных ипотечных банков в XIX веке еще не существовало.

Ипотечная система создавалась в XVIII-XIX веках.

Сущность ипотечной системы заключалась в том, что для каждого недвижимого имущества велась в специальном учреждении особая книга, где записывалось все, что относилось к вещным правам, предметом которых служило это имущество: имя собственника, переходы права собственности, сервитуты (то есть ограниченные права третьих лиц), а также лежащие на имении долги. Все записи в ипотечных книгах имели не просто справочное, а строго юридическое значение. Ипотека приобретала юридические права со времени занесения ее в ипотечную книгу. Создание ипотечной системы свидетельствовало о высоком уровне залогового права.

Законченная ипотечная система была введена в Пруссии (Уставы 1783-1872 гг.), в Австрии (Гражданское уложение 1811 г. и Устав 1871 г.), в Саксонии (Устав 1843 г., подтвержден в 1863 г.) и в некоторых других немецких государствах. Таким образом, ипотека, возникнув еще в эпоху античности, прошла через средневековье и вошла в Новое время, приспосабливаясь уже к новым экономическим потребностям. При рабовладении и феодализме ипотечный кредит представлял собой разновидность ростовщического капитала. В этом случае ссудные деньги являлись капиталом лишь для кредиторов. В руках заемщиков они служили главным образом покупательным или заемным средством и использовались в основном в потребительских целях.

По мере развития и утверждения рыночных отношений ипотека приобрела **функции**, свойственные современному кредиту.

При этом необходимо отметить, что особенности общественно-экономического развития каждой отдельно взятой страны (в частности, различия в регулировании гражданских правоотношений и банковской деятельности) в значительной степени определили **этапы эволюции**

и современные черты ипотеки в них. Так, например, существенные исторические и нынешние различия гражданских законодательств в странах романо-германского и англосаксонского права породили различные подходы в оформлении взаимоотношений сторон по договору ипотеки в этих странах:

- во всех государствах континентальной Западной Европы (кроме Дании) режим ипотеки имеет много общего: обязательное нотариальное удостоверение актов, регистрация в кадастре или поземельной книге, публикация ипотек и другие существенные формальности;
- в странах англосаксонского права концепция ипотеки более гибкая и менее формализованная, в частности, там нет необходимости в нотариально заверенном акте, а ипотека может носить общий характер, когда предмет залога подробно не обозначен или отсутствует публикация на этот счет. Датская система является промежуточной - она использует обе вышеописанные схемы.

II. ОПЫТ ИПОТЕКИ В РАЗВИТЫХ СТРАНАХ

2.1. Развитие ипотеки в Европе.

Понятие о кредитовании под залог недвижимости и само название "ипотека", как уже говорилось выше, возникли еще в древней Греции. На границе заложенного имения устанавливался каменный столб, на котором делались записи о долговых обязательствах заемщика. Это явление было первым шагом на пути формирования основ системы ипотечного кредитования, но это еще далеко не та система, которую мы воспринимаем как классическую. На этом этапе была реализована лишь часть финансово-экономической сути системы ипотечного кредитования - организация инвестиционного процесса при наличии залога ликвидной недвижимости, однако, в нем отсутствовал механизм рефинансирования, который появился гораздо позже, во второй половине XVIII века, в Германии. В зависимости от национальных особенностей и исторического пути создания различаются несколько разновидностей классических систем ипотечного кредитования. В дореволюционной России, как и во всей Европе, действовала так называемая **одноуровневая система**, суть которой состоит в том, что выдавший ипотечный кредит банк самостоятельно рефинансирует ипотечные кредиты за счет выпуска ценных бумаг облигационного типа - **закладных листов**.

Основным **достоинством одноуровневой модели** является сравнительная дешевизна ее организации по отношению к двухуровневой модели, что существенно снижает стоимость кредита для заемщика. Кроме того, одноуровневая модель более проста в законодательном регулировании.

Одноуровневая система ипотечного кредитования возникла в Германии и потом уже получила распространение во всех европейских странах. Отличалась она тем, что ипотечным кредитованием в государстве занимались только специальные ипотечные банки. В Германии первый подобный банк начал работать в Силезии в 1770 году. Он был государственным и выдавал кредиты крупным помещикам в виде закладных листов под залог их земли.

Опыт силезского банка оказался успешным, и вскоре, сеть подобных кредитных организаций опутала всю Германию и Австро-Венгерскую империю.

Система ипотечных банков окончательно сложилась к началу XX века и прекрасно себя зарекомендовала в течение всего столетия. Ни один банк не разорился, более того, все они выплачивали проценты вкладчикам даже во время обеих мировых войн, внося значительный вклад в восстановление экономики в послевоенный период как надежное средство привлечения капиталов на рынок недвижимости.

Система закладных листов доказала свою жизнестойкость и адаптивность к экономическим условиям разных стран. Совсем недавно, после распада социалистической системы в континентальной Европе, задача выбора модели ипотечного кредитования встала перед бывшими социалистическими странами. Чехия, Словакия, Венгрия и Польша в сравнительно короткий период законодательно закрепили инструмент рефинансирования - закладной лист. При этом они учитывали тенденции развития в других европейских странах современного законодательства, а также европейского права. В настоящее время в 18 европейских странах имеются законы, регулирующие деятельность ипотечных банков и выпуск закладных листов. Конкретные законопроекты разработаны в Эстонии, Ирландии и в России. Идёт работа над законопроектами или их концепциями в Бельгии, Италии, Словении и Белоруссии.

2.2. Ипотека в Германии

В Германии ипотечные банки являются одним из краеугольных камней системы финансирования жилищного строительства. Их коммерческая деятельность заключается главным образом в выдаче долгосрочных кредитов на жилищное строительство, которые финансируются через эмиссию долговых обязательств и обеспечиваются залоговым правом отданных в залог земельных участков.

Годами расцвета для немецких стройсбербанков были годы после второй мировой войны, когда в Германии имел место острый дефицит жилья. В этой ситуации граждане в большой мере использовали преимущества **системы «Стройсбережение»**, и делают это до сегодняшнего дня.

Сегодня, существующие в Германии 34 стройсбербанка, обслуживают почти 30 млн. договоров по «стройсбережению», в которых участвуют около 19 млн. граждан Федеративной Республики Германии. То есть, в среднем каждый четвертый немец заключил договор о «стройсбережении». Основная доля средств по «стройсбережению» расходуется сегодня для модернизации и реконструкции квартир и домов.

Суть данной системы проста: 10 желающих строить, не имея достаточного собственного капитала, начинают сберегать средства. Предположим, каждому для этого нужен 1 млн. рублей, но каждый сберегает в год лишь 100 тыс. Если каждый действует в отдельности, то желающий строить должен ждать примерно 10 лет, пока он сможет начать строительство. В случае если все 10 объединяются в целевой коллектив, первый из них может строить уже через год,

если другие предоставляют ему свои сбережения в качестве кредита. На второй год может строить второй, если первый теперь уже вместо сберегательного вклада вносит долю по возврату кредита и т. д. Государство поощряет желание сберегать и использовать собственный капитал путем предоставления дотаций - «премии по стройсбережению».

В отличие от почти всех других стран, особенно в отличие от англосаксонских стран, немецкая система «стройсбережения» базируется на замкнутой системе финансирования, которая гарантирует независимость от рынка капитала и его процентных колебаний. «Стройсберегатели» берут на себя договорную обязанность планомерно сберегать в общую кассу, из которой они по очередности получают заранее установленную сумму.

При таком принципе кредитные ресурсы не заимствуются на открытом рынке капиталов, а целенаправленно формируются за счет привлечения сбережений будущих заемщиков по принципу кассы взаимопомощи.

Отметим главные выгоды системы стройсбережения для государства:

- государство может частично перенести ответственность за решение жилищной проблемы в стране на частных инвесторов и поэтому поддерживает частную инициативу;
- государству создание собственности на жилплощадь более выгодно, чем строительство квартир под аренду; отсюда следует высокая эффективность при относительно низких расходах; государство, таким образом, вносит вклад в стабилизацию народного хозяйства;
- в рамках закона об участии государства в образовании имущества государство стимулирует стройсбережения с помощью добавления к средствам граждан определенных доплат работодателей, одновременно учитывая их при налогообложении.

В настоящее время и в Федеративной Республике Германии имеются **проблемы на рынке жилья**: все более и более молодые люди хотят все раньше и раньше иметь собственную квартиру, сильный приток людей из других стран повышает спрос на жилье, в новых Федеральных землях (территория бывшей ГДР) основная часть жилого фонда нуждается в основательной реконструкции и частично даже в новостройке.

Средства для сохранения жилого фонда оцениваются в два раза выше, чем для строительства нового жилья. Для государства значительно выгоднее поддержка при приобретении собственности, чем предоставление жилья в аренду. На чем основывается это преимущество? Тот человек, который решил приобрести собственность, связывает с этим более высокую готовность собственного вклада в создание и финансирование жилья, чем тот человек, который арендует квартиру. Это означает, что будущий владелец квартиры или дома готов в значительно большей мере участвовать в создании для себя и своей семьи аналогичных жилищных условий.

2.3. Опыт ипотечного кредитования в США

Проблемы развития ипотечного рынка жилья по-настоящему привлекли к себе внимание американского правительства лишь во время Великой депрессии. До 30-х годов жилищные проблемы, несмотря на всю их

серьезность, не обращали на себя такого внимания, которого они заслуживали, не наблюдалось участия государства или правительственных органов в обеспечении финансирования рынка недвижимости, финансирование этого рынка в основном осуществлялась из личных средств граждан, из накоплений семей, из частных инвестиций ипотечных компаний. В результате величины процентных ставок часто изменялись, а кредиты давались на очень непродолжительный период, что провоцировало экономический кризис и способствовало тому, что вся экономика страны впадала в депрессию.

Вслед за периодом Великой депрессии были введены необходимые законодательные и регулирующие нормативные акты для исправления экономического положения страны, так как, было признано, что ипотечные вклады в недвижимость должны представлять собой инвестиции невысокого риска, и стало ясно, что недвижимость и, в особенности недвижимость, связанная с жильем, представляет собой очень эффективное средство возрождения экономики.

Соединенные Штаты дали начало **двухуровневой системе** ипотечного кредитования. Ее особенность состоит в том, что кредитор и эмитент ипотечных ценных бумаг разделены в целях поддержания ликвидности универсальных коммерческих банков, которые принимают участие в выдаче ссуд под залог недвижимости. **Суть двухуровневой модели** состоит в том, что ипотечные кредиты, сделанные на первичном ипотечном рынке, переуступаются агентствам, специально созданным при участии государства. Эти агентства могут поступить с полученными ипотечными кредитами различными способами:

переуступить их вторичным инвесторам;

сформировать из единообразных ипотечных кредитов пулы и продать вторичным инвесторам такие неделимые пулы ипотек или же права участия (доли) в таких пулах;

выпустить и разместить ценные ипотечные бумаги.

Система ипотечного кредитования покупки недвижимости сложилась в США при президенте Теодоре Франклине Рузвельте. Сейчас она состоит из разнообразных ипотечных банков, кредитных организаций, коммерческих и сберегательных банков, пенсионных фондов, страховых компаний.

При американской системе ипотечного кредитования покупатель жилья, банк, выдающий ссуду, и агентство, продающее жилье, осуществляют сделку через определенный государственный орган. В США в разное время создавались Федеральная национальная ипотечная ассоциация (Fannie Mae), Корпорация жилищного кредитования (Freddie Mac) и Правительственная национальная ипотечная ассоциация (Ginnie Mae).

На американском рынке жилья существует два вида кредитования — строительный заем и ипотечный кредит. Сумма кредита в США, как правило, не превышает 80 — 90% стоимости заложенной недвижимости. А размер первого взноса, который заемщик вносит из собственных средств, составляет 10 — 20%. Малоимущим государство выдает льготные ссуды на полную стоимость дома. Кредит обычно выдается на срок 15 — 20 лет, но фактически срок погашения закладных составляет в среднем 8 лет.

Одним из основополагающих моментов развития ипотеки в Соединенных Штатах было право граждан на свободное владение, передачу и использование недвижимого имущества. В настоящее время двое из трех американцев живут в своих собственных домах.

Анализ, проведенный в Соединенных Штатах, показал, что владельцы собственных домов больше, чем кто-либо, заботятся о своем имуществе. Американские граждане полагают, что владение собственным жильем - это программа долгосрочного вложения капитала. Этот рынок создал необходимые правовые и нормативные условия и системы, которые поддерживают частные владения, а также позволяют развивать структуру свободного рынка, которая охватывает уже более 95% жилья Соединенных Штатов. В этом отношении жилье лучше всего используется теми, кто его сам покупает и строит.

Огромное значение развитие рынка недвижимости имело для развития экономики всей страны. Почти 18% общенационального продукта формируется под воздействием строительства недвижимости, продажи коммерческого жилья, развития рынка недвижимости, продажи и развития различных залогов, связанных с недвижимостью, а также перепродажи средств, которые используются для строительства. Все это превращает рынок недвижимости Соединенных Штатов в одну из наиболее важных отраслей промышленности и фактически в основу развития экономической системы страны.

III. ОПЫТ ИПОТЕКИ В РАЗВИВАЮЩИХСЯ СТРАНАХ

3.1. Опыт стран Азии

В азиатских странах с переходной экономикой ипотечное кредитование наиболее развито в Индии, Таиланде и ряде других стран. В Индии ипотечные кредиты предоставляют: коммерческие банки, кооперативные банки, компании жилищного финансирования, кооперативные общества жилищного финансирования.

Одной из серьезных проблем развития ипотечного кредитования в Индии в условиях большого неофициального и полуофициального сектора национальной экономики является проблема нелегальных доходов в торговле и мелком бизнесе, что серьезно затрудняет возможности кредитования представителей этой группы. Одной из форм решения данного вопроса явилось развитие самофинансирующих общественных организаций при ипотечных кредиторах, когда кредиты выдаются не физическим лицам, а объединению физических лиц, несущему солидарные обязательства, в результате чего значительно снижается кредитный риск.

Большинство ипотечных кредиторов в стране предоставляет стандартные кредиты с фиксированной процентной ставкой на срок до 15 лет. Кредит не предоставляется гражданам старше 60 лет.

С начала развития ипотечного рынка в Индии благодаря активности правительства формирование ипотечной системы осуществлялось при мощной поддержке из-за рубежа.

Вторичный рынок закладных в Индии практически не развит, так как, ряд правовых и налоговых вопросов делает развитие вторичного рынка в Индии

практически невозможным. Так, передача прав по кредиту требует передачи и залога, что может быть осуществлено в письменной форме в виде специального инструмента, стоимость регистрации которого составляет от 3 до 17% (в зависимости от штата) от суммы секьюритизации (некоторые штаты снизили сбор до 0,1%). Кроме того, передача долга требует специальной регистрации, что в условиях формирования пула кредитов, выданных кредиторами из разных мест, делает данный процесс достаточно дорогим. Существует также проблема по обращению взыскания на предмет залога.

Крайне интересным для формирования рынка ипотечного кредитования в Казахстане является опыт Таиланда. Рынок ипотечного кредитования в Таиланде является одним из наиболее развитых рынков в Азии. Основной причиной этого является то, что правительство страны уделяет большое значение развитию ипотечного кредитования. В 1997 г. в условиях азиатского финансового кризиса тайское правительство приняло новую экономическую программу, в которой жилищной сфере отводится роль локомотива по выводу страны из кризисного состояния. Ключевая роль в реализации программы отводилась Правительственному жилищному банку, финансирование которого осуществляется Центральным банком Таиланда. В период кризиса данный банк стал ведущим элементом системы ипотечного кредитования, только он осуществлял привлечение ресурсов на рынок ипотечного кредитования. Стабилизация рынка и рост конкуренции привели к снижению его роли на рынке.

Кризис 1997—1998 г. заставил тайское правительство уделить особое внимание совершенствованию процедур андеррайтинга, оценки кредитоспособности заемщиков. В этих целях было создано Тайское кредитное бюро в июле 1999 г., были разработаны национальные стандарты выдачи и обслуживания ипотечных кредитов и новые стандарты оценки залогов, которые бы позволили ипотечному кредитору полностью удовлетворить свои требования путем продажи заложенной недвижимости. Для полноценного развития вторичного рынка закладных в 1998 г. была создана на основании специального закона Корпорация вторичных ипотек в виде государственного предприятия, которая в настоящее время приступила к покупке ипотечных кредитов, формированию пулов ипотек и их секьюритизации. Однако более жесткие требования к качеству ипотечных кредитов не позволяют пока быстро наращивать операции на вторичном рынке.

3.2. Опыт ипотеки в Китае

В настоящее время огромная неудовлетворенная потребность в жилье и его малодоступность составляют предмет большой тревоги в Китае. Жилищные условия далеки от приемлемых, имея в виду, что 45% жилых домов не имеют кухонь и уборных.

В начале экономической реформы в 1979 г. производство и потребление жилья рассматривалось как одно из важнейших направлений экономической реформы. До реформы государство было единственным оператором жилья, выполнял функции по инвестированию, распределению, управлению и содержанию жилого фонда. Жилища передавались предприятиям, которые и распределяли его своим работникам. В результате на государство ложились

такие немыслимые расходы, что требовалось искать решение проблемы. Таким решением стал отказ от административной системы обеспечения жильём. Взамен этого предлагалось распределять жильё путём свободной купли и продажи на рынке.

Начиная с 1979 года коммерциализация жилья и переход к системе, ориентированной на рынок жилья, стал главным направлением реформы.

В результате прошедших почти 20 лет реформирования государственные жилища, сдаваемые в наем, перестали доминировать в жилищном секторе. Утвердилась жилищная система с двумя направлениями: рынок и распределение. Через рынок реализуется жильё с удобствами как иностранным, так и местным жителям, последние получают жильё либо по рыночной цене (зажиточные группы населения), либо по себестоимости (менее зажиточные), либо по сниженной цене (группы со средними и низкими доходами). В распределении жилья в результате жилищной реформы состоялся переход от предоставления жилья государством в аренду к системе перевода жилищ в собственность либо путём выкупа жителями своих жилищ по сниженной цене (ниже себестоимости), либо посредством продажи благоустроенного, но недорогого жилья семьям со средними и низкими доходами, имеющим менее 4 кв. м жилой площади на члена семьи, по фиксированной цене, которая также ниже себестоимости, но близка к ней.

3.3. Опыт Латинской Америки

Ипотечное кредитование в Латинской Америке наиболее активно развивается в Аргентине, Бразилии и ряде других стран. В Аргентине эффективная схема ипотечного кредитования реализована при помощи Всемирного банка. Обобщенный вид схемы выглядит следующим образом: правительство создает гарантийный фонд для облигаций (долговых обязательств), эмитируемых банками-участниками проекта. Мировой банк для создания фонда предоставляет 15-летний заем (включая 7-летнюю отсрочку платежа) на сумму 500 млн. долл. Фонд выдает гарантии по ценным бумагам, эмитируемым субъектами ипотечного рынка, гарантии по паям участия в пулах ипотечных кредитов ипотечных банков. Плата за гарантию — 5% от суммы кредита. Сертификаты паев имеют единый стандарт и номинированы к валюте кредита Всемирного банка. Гарантийный фонд создается для того, чтобы выкупить у банков-участников проекта выпущенные ими облигации в случае, если у банков нет возможности поддерживать их курс ввиду спада на рынке. Расчет с фондом производится во всех случаях, когда банки решают воспользоваться своим правом, зафиксированным в соглашении с фондом, продать ему свои ценные бумаги.

Отличительными особенностями жилищного рынка в Латинской Америке являются:

незначительные суммы кредита, лишь в немногих странах сумма кредита превышает 30% стоимости квартиры;

ограниченная доступность ипотечного кредитования для семей с небольшим доходом, невозможность предоставления ими гарантий и документального подтверждения доходов (часто получаемых перманентно).

3.4. Опыт африканских стран.

Жилищная проблема в странах африканского континента является одной из острейших. Опыт развития системы ипотечного кредитования в Африке достаточно разнообразен. Многие африканские страны — бывшие колонии Англии при построении национальных систем жилищного финансирования взяли за основу аналог английских строительных обществ (Зимбабве, Замбия, Кения, Намибия и др.). Например, в Замбии три строительных общества обеспечивают все жилищное финансирование в стране.

В некоторых африканских странах в целях стимулирования развития ипотечного кредитования были созданы специальные организации под контролем государства. В большинстве стран африканского континента, где ставка привлечения по сбережениям невысока, а большая часть денежного предложения находится вне банков, получили развитие различные схемы коллективных и жилищных сбережений (Нигерия, Мавритания).

Модель двухуровневой системы в странах Африки практически не развивается. Нигерийский Федеральный ипотечный банк создавался для развития вторичного рынка, однако, пока вторичного рынка в стране нет. Даже в Гане, несмотря на создание специального оператора вторичного рынка и наличие достаточной инфраструктуры в стране, ни один ганский банк или строительное общество не продали Компании жилищного финансирования ни одного кредита из своих портфелей.

Основными проблемами, мешающими развитию ипотечного кредитования в странах Африки являются:

- сложная и запутанная система кадастрового учета земли и прав регистрации на землю (Гана, Нигерия);

- высокая стоимость жилья, что сокращает возможности кредитования населения, хотя многими странами активно стимулируется развитие строительства дешевого жилья, применение новых технологий и материалов;

- отсутствие эффективной государственной политики в области ипотечного кредитования.

Правительства африканских стран при формировании подходов к проведению жилищной политики учитывают имеющийся мировой опыт построения ипотечных моделей. Развитые в африканских странах модели сбережений и строительных обществ частично решают вопрос улучшения жилищных условий семей с доходом ниже среднего, однако, не создают предпосылок для развития полноценного ипотечного рынка.

Среди рекомендаций для развития ипотечного рынка Африки отмечается необходимость создания ипотечных банков и выпуск ипотечных облигаций, создания фондов принудительного накопления с вложением средств в ипотечные активы, создания специальных фондов по аналогии с турецким Фондом массового жилья, активной политики правительства в данной области, в том числе выделение бюджетных средств, обеспечения действия эффективных процедур обращения, взыскания и выселения.

Заключение.

Ипотечное кредитование - одна из важнейших и неотъемлемых составляющих современной рыночной экономики. Зародившись в

доисторические времена и изначально представляя из себя лишь разновидность обеспечения возврата кредита должником, ипотека с середины XIX века переживает во всем мире бурное развитие, превратившись в настоящее время в сложный и многообразный финансовый инструмент, являющийся важнейшим фактором экономического развития и оказывающий - через привлечение средств в промышленное и жилищное строительство - мощное стимулирующее воздействие на широкий диапазон смежных отраслей и экономику в целом. При этом особенности общественно-экономического развития каждой отдельно взятой в значительной мере определили этапы эволюции и современные черты ипотеки в них.

Изучение исторического опыта создания системы ипотечного кредитования позволяет не только понимать основные правовые и экономические стороны вопроса, но и учитывать последовательность ее формирования, а также факторы влияния экономических условий внешней среды на систему.

Особого внимания заслуживает тот факт, что становление системы ипотечного кредитования происходит в условиях, не только не отличающихся экономической стабильностью, а, напротив, порой и кризисных. Это обстоятельство позволяет рассматривать процесс создания системы ипотечного кредитования как меру, способствующую стабилизации экономики страны, что происходит за счет привлечения инвестиций в реальный сектор экономики и укрепления финансового рынка. В частности, при восстановлении послевоенной Германии, как и во времена Великой американской депрессии, механизм ипотечного кредитования использовался, как одна из основных мер вывода экономики этих стран из глубокого кризиса.

Проведенный анализ примеров реализации в различных странах различных моделей ипотечного кредитования позволил заключить, что каждая из них находит свое применение в той или иной стране в зависимости как от исторически сложившихся основ законодательства и организации кредитного дела, так и от современных тенденций деловой практики и законотворчества, включая прямое участие государства в организации ипотечного кредитования.

Наиболее распространенные модели – это модель сберегательного банка и модель закладного банка. Первая модель - это модель депозитного института или сберегательного банка. Сберегательные банки аккумулируют свои фонды главным образом через вклады. Они же предоставляют ипотечные займы и обслуживают их, то есть собирают регулярные платежи в счет погашения кредитов, ведут бухгалтерский учет, работают с должниками. Сберегательные банки являются и инвесторами, то есть держат выданные кредиты в своем портфеле. Одной из возможных схем решения проблемы мобилизации средств депозитными институтами является система контрактных стройсбережений, предполагающая использование в качестве ипотечных кредитов только средства, накапливаемые вкладчиками по строительно-сберегательным договорам. Другой вариант организации системы жилищного финансирования - ипотечная компания (закладной банк). Такая компания не привлекает вкладов, а средства для кредитования получает за счет продажи выданных займов третьему лицу - инвестору. Объективные предпосылки для создания системы

ипотечного кредитования не оставляют сомнений в необходимости развития такой системы в Казахстане. Накопленный отечественный исторический опыт и современный зарубежный опыт являются хорошей основой для создания современной ипотечной модели в Казахстане.

Ю.П.Иванова,

судья кассационной судебной коллегии Северо-Казахстанского областного суда

Судебная практика по делам, связанным с ипотекой

Развитие экономического общества вносит соответствующие изменения в структуру действующего гражданского законодательства.

Общие нормы Гражданского кодекса о способах обеспечения обязательств, в том числе о залоге, был дополнен специальным законом.

Так в 1995 году появился Закон «Об ипотеке недвижимого имущества», призванный регулировать отношения, возникающие при применении ипотеки имущества как способа обеспечения обязательств.

Понятно, что недвижимое имущество (земельные участки, здания, сооружения, и иное имущество, прочно связанное с землей), имеющее определенную стоимость, права на которое подлежат государственной регистрации и возникают с момента такой регистрации, выступает реальным способом обеспечения обязательственных отношений в обычном гражданском обороте, но особенно он важен в сфере кредитования и осуществления предпринимательской деятельности. Поэтому основное применение данного Закона получило при кредитовании банками второго уровня физических и юридических лиц.

Судебная практика по применению Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» достаточно обширна, единообразна, но на сегодняшний день определились и проблемные вопросы.

В Республике в 2009 году была обобщена судебная практика по рассмотрению дел, связанных с ипотекой недвижимого имущества. В Обзоре Надзорной коллегии по гражданским и административным делам Верховного Суда практики рассмотрения гражданских дел, связанных с обеспечением исполнения обязательств, отражены не только указанные проблемные вопросы, но и даны ориентиры в рассмотрении споров данной категории.

Судами Северо-Казахстанской области в целом Закон «Об ипотеке недвижимого имущества» применяется правильно, однако, в то же время, среди судей нашей области нет однозначного мнения по следующим вопросам.

Так, наибольшее затруднение вызывает рассмотрение споров о взыскании задолженности по обязательству, обеспеченному ипотекой, и об обращении взыскания на имущество, заложенное по ипотечному договору.

Суды рассматривают их как иски имущественного характера, взыскивают задолженность, обращают взыскание на заложенное имущество, указывают это недвижимое имущество и его начальную, продажную цену при реализации, то

есть, выполняют требования пункта 3 ст. 21 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества».

Как правило, требование об обращении взыскания на заложенное имущество не рассматривается судами как самостоятельное требование и не отделяется от требования о взыскании задолженности по обязательству обеспеченному ипотекой. Однако, указанные требования заявлялись и как самостоятельные иски, в связи с чем возникали вопросы по их оплате государственной пошлиной. В настоящее время по данному вопросу судебная практика определилась: при предъявлении отдельного требования об обращении взыскания на предмет залога государственная пошлина оплачивается от стоимости предмета залога.

Однако, полагаю, что все-таки, требование об обращении взыскания на залоговое имущество не является имущественным требованием, подлежащим оценке, а потому должно оплачиваться только как неимущественное.

Также полагаем, что, в соответствии со ст. 65 ГПК истец для точного соблюдения судом при рассмотрении дела требований пункта 3 ст. 21 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» должен предоставлять расшифровки всех сумм, подлежащих уплате залогодержателю из стоимости заложенного имущества, за исключением сумм расходов по охране и реализации недвижимого имущества, а для сумм, исчисляемых в процентном соотношении, указывать сумму, на которую начисляется вознаграждение, размер вознаграждения и период, за который они подлежат начислению, поскольку тогда суд, а также ответная сторона будут иметь возможность проверить правильность их начисления.

Далее, при рассмотрении споров, связанных с реализацией ипотеки во внесудебном порядке, возникают следующие вопросы.

Статья 24 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» регламентирует процедуру реализации ипотеки во внесудебном порядке.

Согласно статье 24 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» реализация ипотеки во внесудебном порядке производится путем проведения торгов на заложенное имущество, организуемых доверенным лицом, которое, в свою очередь, определяется сторонами в ипотечном договоре, либо назначается залогодержателем. Законом предусмотрены ограничения для удовлетворения требований залогодержателя во внесудебном порядке.

Указанные требования Закона определенным образом ограничивают основания исков об оспаривании реализации ипотеки во внесудебном порядке. Поэтому полагаем, что проверка судом соблюдения процедуры внесудебной реализации предмета залога является предметом доказывания по заявленным требованиям.

Примером такого спора является следующее дело.

Решением СМЭС Северо-Казахстанской области от 15 февраля 2008 года были удовлетворены в полном объеме исковые требования Л. и О. о признании недействительным торгов по продаже Нурбанком **жилой квартиры**, так как ответчиком была нарушена процедура по вручению залогодателю уведомления о торгах.

Постановлением надзорной коллегии областного суда от 2 июля 2008 года решение суда отменено, дело направлено на новое рассмотрение.

При новом рассмотрении решением СМЭС от 4 сентября 2008 года исковые требования Л. и О. были вновь удовлетворены. Однако постановлением коллегии по гражданским делам областного суда от 8 октября 2008 года решение суда первой инстанции отменено и вынесено новое решение об отказе в иске.

Удовлетворяя иск, суд первой инстанции пришел к выводу, что ответчиком была соблюдена процедура проведения торгов, установленная статьями 24-32, 34 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества», хотя и имели место некоторые нарушения процедуры проведения торгов.

Так, в нарушение Закона уведомление о новых торгах, назначенных на 3.10.07 года, не было вручено залогодержателю. В материалах дела отсутствовали доказательства, подтверждающие факт публикации объявления о торгах, назначенных на 28.08.07 года. Суд указал, что указанные торги были признаны доверенным лицом несостоявшимися по причине отсутствия заявок на участие в торгах. В материалах данного дела нет доказательств, подтверждающих, что назначенные на 28.08.07 года торги были объявлены несостоявшимися. Однако, поскольку уведомлением от 28.08.07 года новые торги были назначены и проведены 3.10.07 года, то это обстоятельство признано косвенным доказательством объявления предыдущих торгов несостоявшимися.

При рассмотрении данного дела суд не проверил соответствие повторных торгов, проведенных 3.10.07 года, требованиям ст. 32 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества», в части минимального числа участвовавших в них покупателей, хотя это относится к кругу обстоятельств имеющих значение для дела. В материалах дела вообще нет сведений о лицах, участвовавших в этих торгах.

Хотя суд первой инстанции пришел к выводу, что процедура проведения торгов не была нарушена, он, обсудив вопрос о законности внесудебного отчуждения предмета залога – **жилой квартиры**, пришел к выводу, что, в соответствии с п. 1 ст. 25 Конституции, отчуждение **жилой квартиры** возможно только по решению суда и потому реализация ипотеки должна была проводиться только в судебном порядке, а не во внесудебном, а потому признал торги недействительными, и удовлетворил иск.

Коллегия по гражданским делам не согласилась с этим, и, отменяя решение суда, указала, что, в соответствии с Постановлением Конституционного Совета РК от 20 декабря 2000 года №21/2 «Об официальном толковании пункта 3 статьи 26 и пункта 2 статьи 76 Конституции Республики Казахстан», конституционное положение о том, что «никто не может быть лишен своего имущества, иначе как по решению суда» следует понимать таким образом, что это положение является конституционным правилом, предусматривающим гарантию защиты прав собственности и, что это требование не устанавливает обязательности предварительного судебного решения при отчуждении имущества.

Такая позиция коллегии представляется правильной, поскольку п. 1 ст. 25 Конституции не допускает лишение жилища, иначе как по решению суда, но это относится к случаям отчуждения жилища помимо воли его собственника. А правовое положение жилища, находящегося в залоге по ипотечному договору, характеризуется тем, что, передав его в залог, залогодатель дает предварительное согласие на удовлетворение требований залогодержателя из его стоимости, т.е. дает согласие на его продажу в будущем. Поэтому жилище, находящееся в залоге, может быть реализовано во внесудебном порядке и это не противоречит требованиям п. 1 ст. 25 Конституции.

Приведенный пример из судебной практики позволяет сделать следующие выводы:

Законодатель не устанавливает, каким образом должно быть сделано объявление о признании торгов несостоявшимися. Поскольку при объявлении торгов несостоявшимися у залогодержателя, в соответствии с п. 3 ст. 32 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества», возникает право на обращение заложенного имущества в свою собственность, либо право на его приобретение путем заключения договора купли-продажи, либо право требовать назначения новых торгов, поэтому представляется, что такое объявление должно быть оформлено доверенным лицом составления соответствующего уведомления и вручения его залогодателя и заемщику, т.к. такое решение затрагивает их интересы. Вместе с тем, в соответствии с п. 2 ст. 31 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» новые торги могут быть назначены и по другим основаниям, а именно при невозможности продолжения предыдущих торгов или в случае неоплаты покупателем приобретенного на этих торгах имущества. В связи с этим представляется правильным, если в уведомлении о назначении новых торгов будут указаны причины, по которым не были завершены или не состоялись предыдущие торги, т.к. неосведомленность залогодержателя, залогодателя или заемщика об этих причинах лишает их возможности обжаловать такое уведомление по этим основаниям.

Внесудебная реализация ипотеки возможна лишь в том случае, если она предусмотрена ипотечным договором, что следует из положений п. 2 ст. 20 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества».

В судебной практике Северо-Казахстанской области возникало разное толкование по искам об обращении взыскания на залоговое имущество в судебном порядке при наличии условий в ипотечных договорах о внесудебной реализации предмета залога.

Так, по делу по иску АО «Цеснабанк» к ТОО «Динамо-Бриз» и ТОО «Петропавловский троллейбусный парк» о взыскании задолженности и обращении взыскания на заложенное имущество в судебном порядке решением СМЭС иски были удовлетворены.

Апелляционная инстанция решение суда отменила и в иске в полном объеме отказала, основываясь на том, что в договорах о банковском займе и залоге стороны предусмотрели внесудебный порядок реализации ипотеки, а потому спор подлежит рассмотрению во внесудебном порядке, и такая возможность не утрачена.

Надзорная судебная коллегия по гражданским и административным судам Верховного Суда изменила оба судебных акта, оставив без изменения решение суда первой инстанции в части взыскания задолженности, а требование истца об обращении взыскания на залоговое имущество оставила без рассмотрения, с учетом того, что возможность внесудебного порядка реализации залогового имущества не утрачена. При этом надзорная инстанция указала, что в силу статей 317-318 ГК, ст. 20 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» кредитор-залогодержатель вправе самостоятельно выбирать способ судебной или внесудебной реализации предмета ипотеки, а, поскольку по данному делу имеются обременения на залоговое имущество третьих лиц и залогодатель оспаривает оценку имущества, оба судебных решения в части обращения взыскания на залоговое имущество и в отказе в нем - являются преждевременными и незаконными.

Исходя из такой судебной практики, а также с учетом норм статей 272, 292 ГК о надлежащем исполнении обязательства и об обеспечении исполнения обязательства залогом в силу закона или договора, полагаю, что суды должны удовлетворять требования залогодержателей об обращении взыскания на залоговое имущество через судебную процедуру в случае, когда предусмотренная ипотечным договором внесудебная реализация невозможна, либо условия ипотечного договора предоставляют залогодержателю право выбора процедуры реализации предмета залога.

При подготовке материала использовано обобщение судебной практики рассмотрения споров, вытекающих из договоров залога (ипотеки) недвижимого имущества за март 2009 года Северо-Казахстанского областного суда.

А.Б. Карашева,
судья специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы

Об истории ипотеки

Термин "ипотека" впервые появился в Греции в начале VI в. до н.э (его ввел архонт Солон) и был связан с обеспечением ответственности должника перед кредитором определенными земельными владениями (первоначально в Афинах залоговым обеспечением служила личность должника, которому в случае невыполнения обязательства грозило рабство).

Для этого оформлялись обязательства, а на границе принадлежащей заемщику земельной территории ставился столб с надписью о том, что указанная собственность служит обеспечением претензии кредитора в наименованной сумме. На таком столбе, получившем название "ипотека" (от греч. *hypotheka* — подставка, подпорка), отмечались все долги собственника земли.

Позже для этой цели стали использовать особые книги, называвшиеся ипотечными. Уже в Древней Греции обеспечивалась гласность, позволявшая каждому заинтересованному лицу беспрепятственно удостовериться в состоянии данной земельной собственности.

Новое развитие институт ипотеки получил в Римской империи. В I в. н. э. создавались ипотечные учреждения, которые выдавали кредиты под залог имущества частным лицам.

В период правления императора Антония Пия (II в. н. э.) было разработано особое законодательство для ипотечных банков, которые существовали наряду с другими специализированными банками, а также иными кредитными учреждениями — прообразам сберкасс и сберегательных ассоциаций.

Государство часто оказывало большую поддержку ипотечному кредитованию. Так, при императоре Траяне были созданы специальные фонды для поддержки вдов и сирот, предоставлявшие ипотечные кредиты под 5% годовых (аналогичные финансовые системы были образованы в России в XIX в., правда поддержка, в основном, адресовалась представителям дворянского сословия).

Институт ипотеки в течение относительно небольшого времени прошел путь эволюции от фидуции (от лат. fiducia сделка на доверии, доверительная сделка) до более прогрессивной стадии — пигнуса (от лат. pignus — неформальный залог) и далее — до ипотеки.

При фидуции объект залога переходил в собственность кредитора, причем последний имел право либо возвратить недвижимость должнику после исполнения договора, либо продать ее, отказавшись от денежного требования.

Договор пигнуса предусматривал передачу недвижимости уже не в собственность, а во владение ею как гарантию кредитного обязательства. Кредитор не имел права оставлять предмет залога у себя и мог продать имущество только в случае невыполнения взятых должником обязательств, возвращая разницу между продажной ценой и остатком долга заемщику.

Становление классического института ипотеки было связано со сменой политико-экономических условий того времени: ослабление рабовладельческого хозяйствования и массовая передача земель арендаторам. Первоначально новая форма залога распространялась на орудия труда, которые арендаторы земель в силу объективных причин не могли передать собственникам земель (латифундистам). Позднее в ипотеку начала передаваться и недвижимость.

При ипотеке имущество оставалось во владении должника, а кредитор получал право истребовать закладываемую вещь с последующей ее продажей с торгов и компенсацией из вырученной суммы остатка долга Заемщика. Примерно в таком виде институт залога существует до настоящего времени.

Наряду с ипотекой, возникшей на основании договоренности сторон, вводились различные легальные ипотеки, действовавшие на основании закона (ипотека инвестора на инвестиции, ипотека на имущество неплательщика налога, ипотека на имущество опекуна, ипотека жены на имущество мужа и т.д.). Появились ипотеки, субординированные по времени возникновения (в силу договора) или по степени их важности (в силу закона). Развивался последующий залог одной и той же недвижимости нескольким лицам.

Роль государства в соблюдении прав участников ипотечных сделок была велика. Достаточно сложные по структуре сделки требовали контроля и

регулирования, отлаженной регистрационной системы. В связи с ослаблением этих государственных функций с закатом эпохи Древнего мира, институт ипотеки перестал существовать в течение нескольких веков, прежде чем появиться вновь в средневековом европейском законодательстве.

В Германии она появляется не ранее XIV столетия; во Франции с конца XVI века действовала негласная ипотека. Ипотека распространялась на недвижимость (как правило, имение), независимо от смены владельца и уже тогда являлась надежным вещным правом, но только после внесения специальной записи об ипотеке в особую книгу.

История ипотеки Казахстана

Акционерное Общество «Казахстанская Ипотечная Компания» существует на финансовом рынке с декабря 2000 года. Основными задачами деятельности компании являются расширение объемов ипотечного кредитования, создание благоприятных условий для приобретения жилья в кредит путем снижения процентных ставок. Роль Казахстанской Ипотечной Компании состоит не в выдаче ипотечных жилищных займов наравне с коммерческими банками, а в создании и регулировании ипотечного рынка.

Кредиты по программам АО «Казахстанская Ипотечная Компания» выдаются через банки-партнеры. Такими партнерами выступают банки второго уровня и организации, осуществляющие отдельные виды банковских услуг. Поэтому основными направлениями деятельности Казахстанской Ипотечной Компании являются приобретение прав требований по долгосрочным ипотечным жилищным займам, выданным банками, а также привлечение долгосрочных ресурсов для ипотечного кредитования, в том числе путем выпуска собственных ипотечных ценных бумаг.

Казахстанская Ипотечная Компания переняла самый лучший мировой опыт и была создана по аналогии известных мировых компаний, таких как американская Fannie Mae и малайзийская Sagamas Berhad. 2001 год – год выдачи первого ипотечного кредита в Республике Казахстан. Именно с этого момента начинает свой отчет история ипотечного кредитования в нашей стране. Надо отметить, что данный кредит был выдан именно по программе Казахстанской Ипотечной Компанией.

В 2002 году Казахстанская Ипотечная Компания первой среди стран СНГ выпустила ипотечные облигации. В ноябре 2002 года решением Биржевого Совета ЗАО «Казахстанская Фондовая Биржа» облигации АО «Казахстанская Ипотечная Компания» были включены в официальный список по категории «А».

Значимым событием 2003 года, стало получение АО «Казахстанская Ипотечная Компания» статуса финансового агентства.

В 2004 году была разработана и принята Специальная программа ипотечного кредитования доступного жилья в рамках Государственной программы жилищного строительства в РК на 2005-2007 годы. В данной программе Казахстанская Ипотечная Компания играет роль финансового оператора и должна выпустить ипотечные облигации и профинансировать ипотечное кредитование населения страны в объеме 146,1 млрд. тенге.

В 2010 году "Казахстанская Ипотечная Компания" была реорганизована путем присоединения дочерней организации АО "ИО "КазИпотека". "Казахстанская Ипотечная Компания" получила статус ипотечной организации и право на прямое ипотечное кредитование населения.

В настоящее время АО «ИО «Казахстанская Ипотечная Компания» осуществляет свою деятельность во всех регионах Казахстана. В целях обеспечения доступности ипотечных жилищных займов широким слоям населения компанией проведена работа по снижению уровня процентных ставок и увеличению сроков ипотечных жилищных займов до 20 лет.

«Ипотечная организация «Казахстанская Ипотечная Компания» – Акционерное общество с участием государства. Акционером компании является Правительство Республики Казахстан в лице Министерства финансов РК. АО «ИО «Казахстанская Ипотечная Компания» является государственной структурой с социальной направленностью.

Как это было. АО «Ипотечная организация «БТА Ипотека» является первой 100% частной компанией, основным видом деятельности которой является ипотечное кредитование.

Компания была учреждена 20 ноября 2000 года одним из трех крупнейших банков Республики Казахстан - АО "Банк ТуранАлем".

На сегодняшний день Компания является одним из лидеров на рынке ипотечного кредитования, поскольку каждый пятый заемщик Казахстана является клиентом АО «Ипотечная организация «БТА Ипотека»».

В ноябре 2006 года компания отметила свой шестилетний юбилей.

АО "Ипотечная организация "БТА Ипотека"

- Первая казахстанская частная ипотечная компания;
- Первая компания в Казахстане, начавшая использовать ипотечное свидетельство как ценную бумагу;
- Первая компания в Казахстане, снизившая размер первоначального взноса в сочетании с обязательным страхованием гражданско-правовой ответственности;
- Первая компания в Казахстане, которая использовала понятие ипотечных пакетов и предложила клиентам целый спектр разных ипотечных продуктов;
- Вторая частная компания, выпустившая ипотечные облигации, обеспеченные залогом прав требования по договорам ипотечного займа (включая залог ипотечных свидетельств).

Продуктовая стратегия Компании направлена на удовлетворение спроса самого широкого круга клиентов.

Для реализации данной стратегии, компания разработала специальные наборы параметров ипотечных кредитов, называемые ипотечными пакетами. В настоящее время АО «Ипотечная организация «БТА Ипотека» предлагает около 20-ти различных пакетов кредитования.

Компания имеет лицензию Агентства Республики Казахстан по регулированию и надзору финансового рынка и финансовых организаций (АФН) на проведение заемных операций.

Сегодня, АО «Ипотечная организация «БТА Ипотека» является одним из крупнейших операторов на рынке ипотечного кредитования Республики Казахстан. По различным оценкам порядка 30-40% вновь выданных жилищных ипотечных кредитов, являются результатом деятельности компании.

В настоящее время функционируют центральный офис в городе Алматы, а также представительства компании в 17 городах Казахстана.

Основными направлениями, в которых компания развивает ипотечное кредитование являются следующие:

- кредитование покупки жилья на вторичном рынке;
- кредитование покупки жилья на первичном рынке;
- кредитование ремонта уже имеющегося жилья;
- кредитование строительства частных коттеджей;
- кредитование покупки коммерческой недвижимости;
- кредитование реконструкции и ремонта уже имеющейся коммерческой недвижимости;

-организация финансирования строительства многоквартирного жилья, жилых городков, с последующим ипотечным кредитованием покупателей построенного жилья.

Отличительными элементами в работе компании АО "Ипотечная организация "БТА Ипотека" являются:

- подробная и квалифицированная консультация;
- реальная рыночная оценка недвижимости;
- полная достоверность предоставления данных по кредитам;
- выдача денег по факту заключения договора купли-продажи у нотариуса;
- бесплатное посткредитное обслуживание.

А.А. Даненова,
судья районного суда № 2 Казыбекбийского
района г.Караганда

Вопросы, возникающие при подготовке и рассмотрению исков о судной задолженности по ипотеке

В гражданском праве под способами обеспечения исполнения обязательств понимаются предусмотренные законодательством или договором специальные меры имущественного характера, стимулирующие надлежащее исполнение обязательств должником и обеспечивающие защиту интересов кредиторов.

В современных условиях ипотека занимает особое место среди видов залога как способ обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств.

В частности, параграф 3 главы 18 раздела III Гражданского Кодекса Республики Казахстан посвящен залому.

Залог согласно пункта 1 статьи 292 Гражданского Кодекса Республики Казахстан наряду с неустойкой, удержанием имущества должника, поручительством, гарантией, задатком и другими способами,

предусмотренными законодательством и договором является одним из надежных способов исполнения обязательства.

Понятие залога предусмотрено пунктом 1 статьи 299 Гражданского Кодекса Республики Казахстан, согласно которому по залoгу кредитор по обеспеченному залoгом обязательству, именуемый залoгодержателем, имеет право при неисполнении должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости залoженного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество и именуемого залoгодателем, за установленными законом изъятиями.

Согласно пункта 1 статьи 303 Гражданского кодекса ипотека является одним из видов залoга, при котором залoженное имущество остается во владении и пользовании залoгодателя или третьего лица.

Аналогичные понятие ипотеки даны в пункте 4 статьи 1 Закона Республики Казахстан «Об ипотеке недвижимого имущества» от 23.12.1995 года (далее - Закон), регулирующий отношения, возникающие при применении ипотеки имущества как способа обеспечения обязательств. Именно оставление залoженного имущества во владении и пользовании залoгодателя и является классифицирующим признаком ипотеки как вида залoга в соответствии с Гражданским кодексом Республики Казахстан.

Необходимость принятия специального законодательного акта – Закона, а также ранее действовавшего Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» - обусловлена спецификой сделок с недвижимостью. Такое законодательство является необходимым элементом рыночной экономики. Закон «Об ипотеке недвижимого имущества», как упоминалось ранее, взаимосвязан с гражданским законодательством, с иными нормативными актами (например, Земельным кодексом Республики Казахстан и Законом «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»).

Исходя из статьи 6 Закона правоотношения по ипотеке вытекают из ипотечного договора, заключаемый исключительно в письменной форме, который подлежит государственной регистрации и возникает с момента соответствующей регистрации ипотечного договора. В случае уклонения одной из сторон от регистрации сделки залoга недвижимости или транспортных средств и космических объектов регистрация может быть совершена по решению суда.

Правила настоящего Закона, возникающей в силу договора, соответственно применяются к ипотеке, возникающей на основании законодательного акта (пункт 2 статьи 2 Закона).

В ипотечном договоре должны быть указаны: 1) имя (наименование) и место жительства (место нахождения) залoгодателя и залoгодержателя, а также должника, если залoгодатель (вещный поручитель) не является должником по основному обязательству; 2) существо основного обязательства, его размер и сроки исполнения; 3) опись и местонахождение залoженного недвижимого имущества; 4) наименование права, в силу которого недвижимое имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залoгодателю (право собственности, право хозяйственного ведения и другие); 5) иные условия, относительно которых по заявлению любой из сторон в ипотечном

договоре должно быть достигнуто соглашение и которые не запрещены законодательством.

Если основное обязательство подлежит исполнению по частям, в ипотечном договоре должны быть указаны сроки или периодичность соответствующих платежей и их размеры либо условия, позволяющие определить эти размеры (статья 7 Закона).

Предметом ипотеки могут быть предприятия, строения, здания, сооружения, квартиры в многоквартирном доме, транспортные средства, космические объекты, товары в обороте и другое, не изъятое из гражданского оборота, имущество. Предметом ипотеки, согласно статье 301 Гражданского кодекса может быть любое имущество - вещи и имущественные права (требования) - которые могут быть использованы в качестве залога, кроме определенной категории имущества, правовое регулирование залога которого не допускает оставление его во владении и пользовании у залогодателя, или ипотека которого ограничена или запрещена законодательными актами.

Нормативная база по делам данной категории включает - Конституцию Республики Казахстан, Гражданский кодекс, Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», Закон «О государственных закупках», Закон «Об ипотеке недвижимого имущества», Закон «О платежах и переводах денег», Закон «О банках и банковской деятельности» и другие.

Гражданские дела о взыскании ссудной задолженности по ипотеке в соответствии со ст.174 ГПК Республики Казахстан, рассматриваются и разрешаются в срок до двух месяцев со дня окончания подготовки дела к судебному разбирательству.

У судей рассматривающих гражданские дела данной категории в стадии принятия и возбуждении дела особо вопросы не возникают.

Однако, при подготовке к рассмотрению гражданского дела, а именно после вызова ответчика в судебное разбирательство и направлении ответчику копии искового заявления с предложением предоставить отзыв на исковое заявление, выясняется, что ответчик по указанному в исковом заявлении адресу не проживает, вследствие чего, судам приходится откладывать судебное разбирательство, и делать запросы в соответствующие органы, выяснять место жительства ответчика, что приводит к затягиванию рассмотрения гражданского дела по существу. Также хотелось бы отметить, что встречаются случаи, когда адреса ответчиков указанные в исковом заявлении, номер дома, либо номер квартиры вовсе не существуют, что свидетельствует о слабой работе сотрудников банков второго уровня по выявлению и установлению места жительства должника.

Также у судей возникают вопросы к банкам второго уровня по составлению расчетов ссудной задолженности должника, не из содержания искового заявления, не из расчетов, приложенных к материалам искового заявления не усматривается, с какого периода образовалась задолженность и какие меры были приняты банком по взысканию ссудной задолженности с должника. В связи с чем, при несогласии ответчика с расчетом задолженности, суды привлекают специалистов

предоставить полный расчет с указанием, с какого периода образовалась задолженность, когда был произведен последний платеж должником в счет погашения задолженности, и расчеты по штрафам и неустойкам, ни сами представители банка не могут дать обоснованные пояснения.

Хотелось также обратить внимание на ходатайства о принятии обеспечительных мер, заявляемых Банком при подаче искового заявления. Под обеспечительными мерами в гражданском судопроизводстве понимаются предусмотренные Гражданским процессуальным кодексом и другими законодательными актами Республики Казахстан меры процессуального пресечения возможных действий ответчика (должника), которые могут затруднить или сделать невозможным принудительное исполнение судебного акта. Из примеров: банк обратился в суд с иском к должнику с иском о переводе имущества в заклад, и в обеспечении исковых требований просит суд наложить арест на движимое и недвижимое имущество должника, что не соответствует заявленным требованиям о переводе залогового имущества в заклад.

Далее, Банк обратился в суд с иском к должнику о взыскании задолженности по договору займа, сам заем обеспечен залоговым недвижимым имуществом, залог зарегистрирован в регистрирующем органе. Тогда как Банк в ходатайстве в обеспечении иска просит суд наложить арест на залоговое имущество, что по мнению судей нецелесообразно, так как обременения на имущество в виде регистрации в регистрирующем органе залога уже имеется и является мерой по обеспечению исполнения должником обязательств по договору займа. Более того, после вынесения решения суда Банк просит суд снять арест с недвижимого имущества, так как судебным исполнителем производится реализация имущества с торгов, что также препятствует своевременному исполнению решения суда. Хотелось бы отметить, что в Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 12 января 2009 года № 2 «О принятии обеспечительных мер по гражданским делам», даны ответы на все вопросы, связанные с применением обеспечительных мер по гражданским делам.

Хотелось бы остановиться на неустойке, неустойка по действующему законодательству - это способ обеспечения надлежащего исполнения обязательств и защиты гражданских прав. В Гражданском кодексе Республики Казахстан она предусмотрена в виде штрафа и пени.

Понятие неустойки приведено в статье 293 ГК РК. Неустойкой признается определенная законодательством или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего выполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

Размер законной неустойки может быть увеличен соглашением сторон, однако в данном случае она переходит из разряда законной в разряд договорной.

Судебная практика показывает, что судьями иски о взыскании договорной неустойки, и суммы задолженности удовлетворяются в

полном объеме. Однако, имеются случаи когда судьями исковые требования по взысканию неустойки удовлетворялись частично, в соответствии ст. 297 Гражданского кодекса Республики Казахстан, судьи уменьшают размер неустойки учитывая степень выполнения обязательства должником и заслуживающие внимания интересы должника и кредитора. К примеру: требования банка о взыскании суммы основной задолженности в размере 1 000 000 тенге, и неустойки в размере 1 200 000 тенге, следовательно, размер неустойки составляет более 100 %. В ходе рассмотрения гражданского дела судом установлено, что Банк достоверно зная о том, что должником с ноября 2007г. не выполняются обязательства по погашению задолженности по договору банковского займа, не предпринимал никаких мер и действий с ноября 2007г. по июль 2009 года в день обращения в суд с иском, по взысканию с ответчика задолженности и уменьшению понесенных банком убытков.

Из практики могу сказать, что многими банками не предъявляются исковые требования к должникам с момента прекращения исполнения должником обязательства, и только по истечению нескольких лет, заявляются исковые требования о взыскании задолженности, тем самым, увеличивая убытки понесенные банком в результате не исполнения обязательств должником.

Иногда суд соглашается с позицией банка, о том, что обращения с иском к должнику в суд, это право банка и взыскание неустойки предусмотрено договором. Однако не следует упускать из внимания нормы закона п.п.4, 5 ст. 8 Гражданского кодекса Республики Казахстан, согласно которому граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели - также правила деловой этики. Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором. Добросовестность, разумность и справедливость действий участников гражданских правоотношений предполагаются. Не допускаются действия граждан и юридических лиц, направленные на причинение вреда другому лицу, на злоупотребление правом в иных формах, а также на осуществление права в противоречии с его назначением. В случае несоблюдения требований, предусмотренных пунктами 3 - 5 настоящей статьи, суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права.

В ряде случаев судьями были приняты во внимание такие факторы как тяжелое финансовое положение ответчиков, непринятие кредиторами своевременных мер по защите нарушенных прав, способствующих увеличению убытков, либо кабальность условий заключенного договора, предусматривающая в качестве ответственности текущие санкции за каждый день просрочки исполнения обязательств.

В конце своего доклада хотелось отметить, увеличение поступления исковых требований к Банкам поступающих от физических лиц о признании договора банковского займа либо договора залога недействительными, о проведении торгов недействительными. Основанием для признания

договоров займа либо залога недействительными, являются те факты, что сторонами договора не подписывались. При проведении торгов требования ст.319,320 ГК Республики Казахстан доверенными лицами банков второго уровня не исполняются надлежащим образом, что приводят к обоснованным обращениям граждан в судебные органы за защитой своих нарушенных прав. Зачастую требования подобного характера судами первой инстанции удовлетворяются.

СЕССИЯ 3 ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

О.М. Мамытбеков,
судья Специализированного межрайонного
экономического суда Жамбылской области

Доказательства и доказывание в гражданском процессе по делам особого искового производства

К делам особого искового производства относятся только перечисленные в законе дела по спорам о праве, возникающим из определенных видов публично-правовых отношений.

Согласно главы 25, 26, 27, 28 и 29 ГПК РК, к ним относятся следующие категории дел:

- о защите избирательных прав граждан и общественных объединений, участвующих в выборах, референдумах;
- об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях;
- об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих; об оспаривании законности нормативных правовых актов;
- обращение прокурора о признании актов и действий органов и должностных лиц незаконными.

Дела особого искового производства рассматриваются и разрешаются по общим правилам судопроизводства, т.е. по правилам, применяемым к делам искового производства.

Для дел особого искового производства характерны следующие черты:

- 1) прямое перечисление законом этих дел;
- 2) наличие в них спора о праве, возникающего между гражданином, общественным объединением, с одной стороны, и государственным органом, органом местного самоуправления, организацией, должностным лицом или государственным служащим, с другой стороны.
- 3) проверка судом законности и обоснованности актов и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, организаций, должностных лиц и государственных служащих при рассмотрении и разрешении этих дел.

Как все другие дела, рассматриваемые в порядке искового производства, так при рассмотрении дел особого искового производства, необходимо исследовать представленные доказательства.

Доказательства - это сведения о фактах, полученные в предусмотренном законом порядке, на основании которых устанавливается наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела.

Эти фактические данные устанавливаются объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами, заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий, протоколами судебных заседаний, отражающими ход и результат процессуальных действий, и иными документами.

Установление фактических обстоятельств дела осуществляется путем судебного познания.

В гражданском судопроизводстве основным способом познания обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела, является установление их наличия или отсутствия с помощью судебных доказательств, т.е. судебное доказывание.

Судебное доказывание состоит из трех неразрывно взаимосвязанных и взаимообусловленных видов (этапов) доказательственной деятельности:

- представления и собирания доказательств;
- исследования (проверки) доказательств в судебном заседании;
- оценки доказательств.

Одной из особенностей дел особого производства, это прямое перечисление законом этих дел. В связи с чем выше перечисленные категории дел, предусмотренные главами 25, 26, 27, 28 и 29 ГПК РК, имеют свои особенности и сроки их рассмотрения.

Например, ряд норм процессуального характера, регулирующих порядок производства дел о защите избирательных прав граждан и общественных объединений, участвующих в выборах, референдумах, содержится в Конституционном законе «О выборах».

В особо исковом производстве предмет доказывания определяется основаниями требований заявителя и основаниями возражений заинтересованных лиц, если они были ими сделаны. Так, например, заявитель по делам об оспаривании постановления административного органа и должностного лица (ст. 275, 275-1 ГПК РК), должен указать какое конкретное постановление обжалуется, и в чем выражается нарушения его прав.

Суд, в частности, должен проверить: производится ли взыскание на основании закона и уполномоченным на то органом или должностным лицом; был ли соблюден установленный порядок привлечения лица, к которому предъявлено требование, к выполнению возложенной на него обязанности; совершил ли оштрафованный нарушение и виновен ли он в совершении этого нарушения; не превышает ли наложенный штраф установленный предельный размер; учтены ли при определении размера штрафа тяжесть совершённого проступка, личность виновного и его имущественное положение и т.д.

Доказывание в суде представляет собой, таким образом, способ опосредованного познания, когда суд делает вывод о существовании или несуществовании фактов, имеющих значение для дела, на основании других фактов, получая сведения о подлежащих установлению фактах из соответствующих источников.

Прежде всего предмет доказывания определяется юридическими фактами, лежащими в основании заявления либо в основании возражений по нему. Таким образом, предмет доказывания в этих случаях «сориентирован» на норму материального права. Например, лицо, предъявившее заявление об оспаривании решений и действий (бездействия) органов государственной власти должен доказать, что он необоснованно лишен правом пользования, владения иной раз распоряжением земельным участком или другим имуществом, в связи с чем ему действительно причинен ущерб и т.д.

Так же заявитель должен доказать факты, подтверждающие право собственности или право законного владения, подтверждающие, что имущество выбыло из владения заявителем помимо его воли и т.д. Закон иногда прямо перечисляет те юридические факты, которые для ответчика могут явиться основанием его возражений.

В таком случае, предмет доказывания определяется содержанием заявления и возражений сторон.

Таким образом, учитывая все виды судопроизводства гражданского процесса, а также характер всех подлежащих установлению обстоятельств, предмет доказывания следует определить как совокупность фактов, установление которых обеспечивает правильное, законное и обоснованное решение гражданского дела. Правильное определение предмета доказывания, т.е. круга тех фактов и обстоятельств, которые нужно установить по делу, имеет большое практическое значение для быстрого и правильного разрешения дела. Формирование предмета доказывания начинается уже в стадии возбуждения дела, продолжается в ходе подготовки дела и окончательно происходит в стадии судебного разбирательства. Стороны и другие лица, участвующие в деле, могут расширить или сужать круг фактов, входящих в предмет доказывания, в зависимости от изменения характера своих интересов (изменение основания или предмета иска, признание или отказ от иска, и т.д.).

В силу требования ст. 66 ГПК РК, доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле.

Исследование доказательств производится судом, сторонами и другими лицами, участвующими в деле, при рассмотрении гражданского дела в судебном заседании.

Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности -достаточности для разрешения гражданского дела.

Обязанность по доказыванию возлагается, в первую очередь, на стороны и третьих лиц.

Суд полностью освобожден от сбора доказательств по собственной инициативе в целях установления фактических обстоятельств дела.

Суд вправе предложить сторонам и другим лицам, участвующим в деле, представить необходимые для правильного разрешения дела дополнительные доказательства.

Лицо, участвующее в деле, не имеющее возможности самостоятельно получить необходимое доказательство от лица, участвующего или не

участвующего в деле, у которого оно находится, вправе заявить в суд ходатайство об истребовании этого доказательства. В ходатайстве должно быть указано, какие обстоятельства, имеющие значение для разрешения дела, могут быть установлены этим доказательством, обозначено доказательство и указано место его нахождения.

Суд при удовлетворении ходатайства истребует соответствующее доказательство от лица, у которого оно находится.

Об истребовании доказательства суд выносит определение, в котором указываются срок и порядок представления доказательства.

Суд при необходимости выдает лицу, участвующему в деле, соответствующий запрос для получения доказательства.

Лицо, владеющее истребуемым судом доказательством, направляет его непосредственно в суд или выдает на руки лицу, имеющему соответствующее определение или запрос, для передачи в суд.

Если лицо, от которого судом истребуется доказательство, не имеет возможности представить его вообще или не имеет возможности представить его в срок, установленный судом, оно обязано не позднее пяти дней со дня получения определения или запроса суда об истребовании доказательства известить об этом суд с указанием причин неисполнения или задержки исполнения его требования.

В случае неизвещения суда, а также неисполнения требования о представлении истребуемого доказательства по причинам, признанным судом неуважительными, лицо, от которого это доказательство истребуется (должностное лицо юридического лица), подвергаются административному взысканию в соответствии с законодательством об административных правонарушениях. При этом лицо, владеющее истребуемым доказательством, не освобождается от обязанности его представления в суд. Доказательствами могут быть любые фактические данные, однако суд принимает и исследует только те доказательства, которые могут подтвердить или опровергнуть факты, подлежащие доказыванию по рассматриваемому делу.

Так, лицо, представляющее доказательства либо ходатайствующее об их истребовании, должно указать, какие факты имеющие значение для дела, могут быть установлены этими доказательствами. Судья при подготовке дела к судебному разбирательству рассматривает ходатайства сторон, принимая во внимание относимость к делу тех обстоятельств, которые должен подтвердить свидетель. Следуя правилу относимости доказательств, суды не должны вызывать в судебное заседание лиц, участие которых в деле не вызывается необходимостью, а также необоснованно отказывать свидетелям, показания которых имеют значение для дела.

Обстоятельства дела, которые, согласно законодательству, должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться иными доказательствами. Таким образом, в ряде случаев стороны и третьи лица заинтересованные в исходе дела, ограничены в выборе средств доказывания, используемых по делу. Так, несоблюдение простой письменной формы сделки, когда она должна была быть, лишает стороны права в случае спора ссылаться

в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания. Правило допустимости средств доказывания направлено на использование лишь тех средств, которые могут обеспечить достоверность выводов суда по делу.

Также обстоятельства, признанные судом общеизвестными, не нуждаются в доказывании.

Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением суда по ранее рассмотренному гражданскому делу, обязательны для суда и не доказываются.

Вступивший в законную силу приговор суда по уголовному делу, которым признается право на удовлетворение иска, обязательен для суда, рассматривающего дело о гражданско-правовых последствиях деяний лица, в отношении которого состоялся приговор суда.

Обстоятельства считаются также установленными без доказательств, если в рамках надлежащей правовой процедуры не будет доказано обратное:

- правильность общепринятых в современной науке, технике, искусстве, ремесле методов исследования;
- знание лицом закона;
- знание лицом своих служебных и профессиональных обязанностей;
- отсутствие специальной подготовки или образования у лица, не представившего в подтверждение их наличия документа и не указавшего учебного заведения или другого учреждения, где оно получило специальную подготовку или образование (ст. 71 ГПК РК).

В статье 77 пункт 3 подпункт 9 Конституции РК, указано, не имеют юридической силы доказательства, полученные незаконным способом.

Аналогично указано в пункте 3 ст. 69 ГПК РК, т.е. доказательства, полученные с нарушением закона, признаются не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу судебного решения, а также использоваться при доказывании любого обстоятельства, имеющего значение для дела.

Фактические данные, недопустимые в качестве доказательств, считаются полученные:

- с применением насилия, угроз, обмана, а равно иных незаконных действий;
- с использованием заблуждения истца, участвующего в деле, относительно своих прав и обязанностей, возникшего вследствие неразъяснения, неполного или неправильного их разъяснения этому лицу.

Доказывание по делам, связанным с реализацией ипотеки в судебном порядке

В силу требований ст.65 Гражданского процессуального кодекса РК, бремя доказывания возложено на стороны в гражданском процессе.

Установление наличия или отсутствия обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела, т.е. доказывание является обязанностью сторон.

Роль суда заключается в оценке доказательств, однако в целях полного и объективного исследования обстоятельств дела, суд должен создать необходимые условия для выполнения сторонами своих обязанностей по доказыванию.

Доказывание состоит из следующих этапов: а) представление и собирание доказательств, б) исследование доказательств в судебном заседании, в) оценка доказательств.

В силу ст.64 ГПК: Доказательствами по делу являются полученные законным способом фактические данные, на основе которых в предусмотренном законом порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. Эти фактические данные устанавливаются объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами, заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий и иными документами.

Анализ данной статьи приводит к выводу, что доказательствами являются только такие фактические данные, которые обладают совокупностью определенных признаков, а именно: а) полученные законным способом, б) относящиеся к делу, в) установленными предусмотренными законом способами.

Определяя доказательства, которые каждая сторона должна представить в обоснование своих требований и утверждений, судья обязан разъяснить сторонам их право на заявление ходатайства об оказании содействия в истребовании доказательств, предлагает представить дополнительные доказательства в соответствии с требованиями статьи 66 ГПК. При наличии обоснованных ходатайств с указанием, какие обстоятельства, имеющие значение для дела, могут быть установлены или опровергнуты этим доказательством; причины, препятствующие самостоятельному получению доказательства, и место его нахождения; есть ли основания опасаться за судьбу доказательств и невозможности или затруднительности представления их в будущем судье при подготовке дела к судебному разбирательству: выдает лицу, заявившему это ходатайство, запрос для получения доказательства.

Рост числа дел по искам банков и других финансовых организаций выявил отдельные узкие места как в применении и толковании материального права, так и проблемы доказывания.

В связи с чем, предлагаю для обсуждения участникам семинара вопросы применения гражданско-процессуального законодательства при рассмотрении дел, связанных с реализацией ипотеки в судебном порядке, основанные на судебной практике.

При рассмотрении таких споров суд руководствуется нормами гражданского законодательства, Законом РК «Об ипотеке недвижимого имущества». Судам необходимо проверять не только суммы, предъявленные ко взысканию, но и обоснованность стоимости залогового имущества, из которого истец (банк) намерен получить удовлетворение.

Решением СМЭС Акмолинской области был частично удовлетворен иск Банка к Индивидуальному предпринимателю о взыскании ссудной задолженности путем обращения взыскания на заложенное имущество.

Между Банком и ИП было заключено соглашение об открытии кредитной линии. В рамках данного соглашения стороны заключили два договора займа, согласно которых банк предоставляет заемщику кредитную линию: лимит в определенном размере, в том числе возобновляемая и невозобновляемая части.

В обеспечение надлежащего исполнения заемщиком своих обязательств перед банком согласно договора залога передано в залог банка здание гостиницы с котельной и земельным участком. *На момент предоставления кредита стороны оценили предмет залога на сумму 30 108 000 тенге*, что составляло 240 000 долларов США по биржевому курсу доллара США – 125,45 тенге за один доллар США.

По результатам проведения банком контрольной проверки гостиницы, оформленного в качестве залогового обеспечения согласно акта банка оценочная стоимость предмета залога на текущий момент составляет – 99 000 долларов США.

Согласно второго договора залога передана в залог банка квартира, принадлежащая заемщику, он же залогодатель. На момент выдачи кредита стороны оценили предмет залога на сумму 1 931 930 тенге, что составляло 15 400 долларов США. По средневзвешенному биржевому курсу доллара США на утренней (основной) сессии АО «Казахстанская фондовая биржа» – 125,45 тенге за один доллар США. По результатам проведения акта контрольной проверки квартиры, оформленной в качестве залогового обеспечения, оценочная стоимость предмета залога на текущий момент составляет – 11 000 долларов США.

Как следует из заключения о стоимости залогового обеспечения, *рыночная стоимость заложенного имущества в совокупности равна 110 000 долларов США* или 15 156 540 тенге тогда как просроченная задолженность ИП составляет – 29 647 009 тенге.

Так как текущая рыночная стоимость заложенного имущества не покрывает имеющуюся задолженность, истец считает возможным взыскание части задолженности в сумме эквивалентной 110 000 долларов США.

Вследствие ненадлежащего исполнения ответчиком своих обязательств перед банком согласно условий договоров займа образовалась задолженность по очередным платежам.

В адрес ответчика направлялись: требование о досрочном возврате всей суммы кредита, которое оставлено без исполнения и удовлетворения; уведомление о невыполнении обязательств, которое также осталось без исполнения и удовлетворения.

Заемщик не предпринял мер по погашению просроченной задолженности.

Ответчик и его представитель признали иск в части взыскиваемой суммы. Однако, пояснили, что не согласны с оценкой банка, выраженной в актах контрольных проверок, согласно которых определена стоимость гостиницы в размере 99 000 долларов США, стоимость квартиры в размере 11 000 долларов США. Ответчик представил отчет об оценке гостиницы по состоянию на момент рассмотрения дела, по данной оценке стоимость гостиницы составляет сумму, достаточную для погашения кредита.

Суд исходил из следующих норм действующего законодательства.

Согласно ст.722 п.1 ГК: Заемщик обязан возвратить предмет займа в порядке и сроки, предусмотренные договором. Если иное не предусмотрено договором, предмет займа считается возвращенным в момент передачи его займодателю или зачисления соответствующих денег на его банковский счет.

В соответствии со ст.718 п.1, п.3, п.4 ГК: Если иное не предусмотрено законодательными актами или договором, за пользование предметом займа заемщик выплачивает вознаграждение займодателю в размерах, определенных договором. Порядок и сроки выплаты вознаграждения устанавливаются договором займа. Если порядок и сроки выплаты вознаграждения не установлены договором, то оно выплачивается ежемесячно. Если заемщик не возвращает в срок предмет займа, вознаграждение выплачивается за весь период пользования предметом займа.

Принимая во внимание, что ответчик не исполнил принятые на себя обязательства по погашению ссудной задолженности, суд исходя из установленных обстоятельств по делу, иск банка удовлетворил частично.

Согласно ст.21 п.1 Закона РК «Об ипотеке недвижимого имущества»: Реализация ипотеки в судебном порядке производится в соответствии с решением суда по иску залогодержателя. При этом продажа недвижимого имущества, являющегося предметом ипотеки, производится путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном процессуальным законодательством.

В силу п.3 ст.21 этого же Закона РК: Принимая решения об обращении взыскания на недвижимое имущество, заложенное по ипотечному договору, суд должен определить и указать в решении:

1) все суммы, подлежащие уплате залогодержателю из стоимости заложенного имущества, за исключением сумм расходов по охране и реализации недвижимого имущества, которые определяются по завершении его реализации. Для сумм, исчисляемых в процентном соотношении, должны быть указаны суммы, на которые начисляется вознаграждение, размер вознаграждения и период, за который они подлежат начислению;

2) являющееся предметом ипотеки недвижимое имущество, из стоимости которого удовлетворяются требования залогодержателя;

3) начальную продажную цену заложенного недвижимого имущества при его реализации;

4) меры по обеспечению сохранности недвижимого имущества до момента его реализации, если они необходимы.

Суд исходил из первоначальной залоговой стоимости, определенной соглашением сторон согласно условий договора залога.

В связи с тем, что залоговая стоимость гостиницы оказалась достаточной для покрытия ссудной задолженности, в том числе: основного долга, суммы вознаграждения, неустойки.

В силу чего, в обращении во взыскании на квартиру было отказано.

Решение суда не было обжаловано сторонами и вступило в законную силу.

Между тем, имеется и иной подход к определению начальной продажной цены заложенного недвижимого имущества.

Исходя из того обстоятельства, что в результате финансового кризиса произошел обвал цен на недвижимость в 2008-2009 гг., то при исполнении решения суда банки могут столкнуться с невозможностью реализации залогового имущества по первоначальной залоговой стоимости.

Заслуживает внимания и практика судов, когда суд не ограничивается представленными сторонами доказательствами, а назначает экспертизу в процессе доказывания.

Другой пример.

Банк обратился в суд с иском об обращении взыскания на заложенное имущество - производственное здание с земельным участком, принадлежащие ответчику Товариществу с ограниченной ответственностью (ТОО) на праве собственности.

При этом истец мотивировал исковые требования следующими обстоятельствами.

Между Банком и физическим лицом был заключен договор банковского займа по программе потребительского кредитования на сумму займа 40 000 000 тенге на 84 месяца, с выплатой процентной ставки 17 % годовых.

В обеспечение принятых должником обязательств по договору представлялось вышеуказанное недвижимое имущество согласно ипотечного договора между Банком (залогодержатель), физическим лицом (заемщик) и ТОО (залогодержатель).

В 2007 году истец проводил процедуру внесудебной реализации заложенного недвижимого имущества, выполнил все требования ст.25 Закона РК «Об ипотеке недвижимого имущества», провел мероприятия по подготовке к внесудебной реализации залогового недвижимого имущества, произвел оценку недвижимого имущества и впоследствии организовал торги. Торги не состоялись ввиду отсутствия заявок на участие.

По данным оценки недвижимости имущества 2008 года рыночная стоимость залогового имущества составляет 12 189 690 тенге.

Решением Кокшетауского городского суда от 08 августа 2008 года указанная сумма была взыскана с физического лица в пользу банка.

Обосновывая свои доводы положениями ст.20 Закона РК «Об ипотеке недвижимого имущества», истец просил суд обратить взыскание путем судебной реализации по начальной продажной цене 12 189 690 тенге на заложенное имущество.

Согласованная сторонами залоговая стоимость предмета залога на момент подписания настоящего договора составляет 42 161 000 тенге.

В обоснование доводов о проведении внесудебной реализации истец представил суду уведомление заемщика о невыполнении обязательств, уведомление о проведении внесудебных торгов на заложенное имущество, объявления в газете «Акмолинская правда» о назначении торгов со стартовой ценой в размере 60 230 000 тенге.

Согласно представленных протоколов торги по продаже залогового имущества были признаны несостоявшимися.

Между тем, решением Кокшетауского городского суда от 08 августа 2008 года был удовлетворен иск о взыскании задолженности, выписан исполнительный лист.

Документы, свидетельствующие о совершении судебным исполнителем действий по исполнению решения суда отсутствуют. Нет доказательств того, что исполнение решения Кокшетауского городского суда от 08.08.2008 года о взыскании ссудной задолженности невозможно.

При таких обстоятельствах, учитывая, что истец реализовал свое право на судебную защиту путем подачи иска о взыскании с заемщика физического лица ссудной задолженности, то обращение взыскания на заложенное имущество путем судебной реализации не представляется возможным.

Сумма долга взыскана по решению суда, сроки исполнения которого не истекли. Обращение взыскания на предмет залога предполагает одновременное взыскание суммы с заемщика и обращение этого взыскания на имущество залогодателя.

Банк пошел по пути взыскания долга в денежном выражении непосредственно с заемщика, минуя судебную реализацию ипотеки, из чего суд пришел к выводу, что истец реализовал право на судебную защиту иным способом, чем предусмотрено в Законе РК «Об ипотеке недвижимого имущества». В удовлетворении иска было отказано. Решение суда вступило в законную силу.

Выводы: Для судебной практики по искам банков о взыскании ссудной задолженности имеет значение способ защиты, избранный банком. Если, предмет иска – взыскание денежных сумм, следует исходить из доказанности заявленной ко взысканию суммы, проверить доводы ответчика о частичном погашении сумм. При подаче же иска о взыскании ссудной задолженности необходимо проверять не только суммы, но и обоснованность стоимости залогового имущества, из которого истец (банк) намерен получить удовлетворение.

Особенности доказывания, по спорам связанным с ипотекой

1. Понятие и цель судебного доказывания

Известный ученый Д.Ф. Стифен дал оценку **доказательственному праву**, как продукту известного прогресса этических взглядов и общественных отношений.

Установление фактических обстоятельств дела осуществляется путем **судебного познания**.

Судебное познание, это разновидность познавательной деятельности человека, процесса постижения им закономерностей фактов и обстоятельств объективного мира.

В гражданском судопроизводстве основным способом познания обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, является установление их наличия или отсутствия с помощью судебных доказательств, т.е. **судебное доказывание**.

Целью судебного доказывания является установление обстоятельств гражданского дела, т.е. выявление с помощью доказательств наличия или отсутствия юридических фактов, с которыми закон связывает наступление определенных правовых последствий для сторон, а также других обстоятельств, имеющих значение для дела.

Судебное доказывание состоит из трех неразрывно взаимосвязанных **видов доказательственной деятельности**:

- 1) представление и собирание доказательств;
- 2) исследование(проверка)доказательства в судебном заседании;
- 3) оценка доказательств.

Современная концепция доказательственной деятельности нашла отражение в обновленном гражданском процессуальном законодательстве, который закрепляет следующие положения:

-представление и собирание доказательств осуществляется сторонами и другими лицам, участвующими в деле (ст.ст.15, 65, 66, ч.3ст.335, 377 и др.);

-исследование доказательств производится судом, сторонами и другими лицами, участвующими в деле, при разбирательстве или рассмотрении гражданского дела в судебном заседании (ст.ст.195-206,208,210,211,354-356,376,398 и др.);

-оценка доказательств составляет прерогативу суда (ст.16,77 и др.);

Таким образом, деятельность по собиранию, представлению и исследованию доказательств осуществляется лицами, участвующими в деле.

Судом осуществляется деятельность по исследованию и оценке доказательств, представленных сторонами и другими лицами, участвующими в деле, либо полученных по запросу суда при наличии на то ходатайств заинтересованных лиц в порядке ч.2 ст.15ГПК РК.

В статье 64 ГПК содержится понятие судебных доказательств: «Доказательствами по делу являются полученные законным способом

фактические данные, на основе которых в предусмотренном законом порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. Эти фактические данные устанавливаются объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами и заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий и иными документами».

Анализ ст.64 ГПК позволяет утверждать, что доказательствами являются только такие фактические данные, которые обладают совокупностью определенных признаков, во-первых - полученные законным способом, во-вторых, относятся к делу, в-третьих, установлены предусмотренными законом средствами (способами) т.е. из предусмотренных законом видов доказательств.

В первом признаке судебного доказательства отражается одно из правил допустимости доказательств, доказательство признается допустимым, если оно получено в порядке, предусмотренном ч.1 ст.68 ГПК. Допрос свидетелей, получение объяснений сторон и третьих лиц по делу, письменных и вещественных доказательств, заключений экспертов должны производиться судом в порядке, установленном законом.

В статье 69 ГПК указаны фактические данные, недопустимые в качестве доказательства. Недопустимость использования фактических данных в качестве доказательства, а также возможность их ограниченного использования при производстве по делу устанавливаются судом по собственной инициативе или по ходатайству участвующих в деле лиц.

Второй признак, характерный для судебных доказательств, заключается в том, что судебными доказательствами являются только те фактические данные, которые относятся к делу, значимые для дела.

Третий признак, присущий судебным доказательствам, заключается в том, что судебные доказательства представляют собой фактические данные, установленные средствами (способами), предусмотренными законом. ч.2 ст.64ГПК. В данном признаке судебных доказательств выражается еще одно из правил допустимости доказательств. В ч.2 ст.68 ГПК указывается: «Обстоятельства дела, которые по закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами». Конкретные правила допустимости отдельных доказательств содержатся в нормах материального права. Например, гражданское законодательство предусматривает обязанность заключения некоторых сделок в простой письменной форме и указывает, что нарушение этой формы лишает стороны права в случае спора подтверждать факт совершения сделки, ее содержание или исполнение свидетельскими показаниями (ст.153 ГК РК).

На основании изложенного следует заметить, то материальное право, прежде всего, гражданское, влияет на содержание доказательственного права. Именно в гражданском праве содержатся специальные нормы о доказательствах, обуславливающие особенности доказывания по конкретным делам.

2. Сущность судебного доказывания

Государственная программа правовой реформы, проводимая в Республике Казахстан, выдвинула требования о внесении изменений и дополнений в нормы, устанавливающие общие положения доказательственного права, в частности, применения научно-технических средств по закреплению доказательств, расширению прав сторон по представлению и собиранию доказательств, утверждению подлинной состоятельности, освобождению суда от обязанности сбора доказательств по своей инициативе, с возложением ее на стороны.

Одной из проблем в науке гражданского процессуального права является выяснение **сущности судебного доказывания**.

Судебное доказывание является важнейшей частью судебной деятельности, позволяющей суду осуществить применение права к достоверно установленным фактическим обстоятельствам дела.

Судебное доказывание, как разновидность процесса познания, имеет существенные черты:

Субъектами доказывания являются стороны и другие лица, участвующие в деле.

Предмет доказывания, это факты, с которыми закон связывает наличие или отсутствие спорного правоотношения. Факты обосновывающие требование и возражение сторон, и другие обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела.

Специфика средств доказывания, определенные ст.64 ГПК РК.

Содержанием судебного доказывания является процессуальная и мыслительная деятельность суда и лиц, участвующих в деле по установлению наличия или отсутствия в действительности обстоятельств дела.

Весь процесс доказывания по каждому делу состоит из этапов:

- 1) утверждение сторон о фактических обстоятельствах дела;**
- 2) выявление, собирание в необходимых случаях, закрепление и представление доказательств;**
- 3) проверка и исследование доказательств;**
- 4) оценка доказательств.**

Нам следует остановиться более подробно на оценке доказательств.

Оценка доказательств есть определение относимости, допустимости, их достоверности и достаточности и наличия взаимной связи. Согласно ст.77 ГПК каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения допустимости, а все собранные доказательства в совокупности- достаточности для разрешения гражданского дела. Судами неоднозначно решается вопрос о том, является ли представленное или истребуемое доказательство относящимся к делу.

Приобщение к материалам дела различных документов, не относящихся к существу рассматриваемых правоотношений и не влияющих на конечный результат и выводы суда негативно сказывается на качестве рассмотрения дела и в результате чего какие-либо существенные факты и обстоятельства могут ускользнуть от внимания суда или их исследованию не уделяется надлежащего внимания.

Установив достоверность доказательств, судья должен определить их достаточность для установления фактов, имеющих значение для дела. Достаточность доказательств означает полноту собранных по делу доказательств. Совокупность доказательств признается достаточной для разрешения гражданского дела, если собраны относящиеся к делу допустимые и достоверные доказательства, неоспоримо устанавливающие истину о всех и каждом из обстоятельств, подлежащих доказыванию, либо не опровергнутые стороной. Если суд придет к выводу, что на основании имеющихся доказательств нельзя установить наличие искомого факта, то возникает необходимость в исследовании дополнительных доказательств. Только правильная оценка доказательств дает возможность выяснить действительные обстоятельства дела, взаимоотношения сторон. Одним из принципов правильной оценки доказательств является то, что никакие доказательства не имеют заранее установленной силы. Наличие ипотечного договора не исключает удовлетворения иска об оспаривании данного договора, если ответчик предоставит доказательства, подтверждающие подделку подписи, заключение почерковедческой экспертизы и т.д.

Оценка доказательств в зависимости от уровня познания имеет характер предварительный, окончательный и контрольный.

Предварительная оценка доказательств дается судом в ходе принятия, исследования доказательств, т.е до удаления суда в совещательную комнату для вынесения решения. Результаты такой оценки выражаются в определениях суда о принятии относимых к делу, либо об отказе о принятии доказательств, о назначении дополнительной или повторной экспертизы, приобщение к делу письменных доказательств.

Окончательная оценка доказательств дается судом в совещательной комнате в мотивировочной части решения суда.

Контрольная оценка доказательств проводится вышестоящими судами при рассмотрении дела в апелляционном порядке или в порядке надзора.

Судья оценивает доказательства по внутреннему убеждению, основанному на беспристрастном всестороннем и полном рассмотрении имеющихся в деле доказательств в их совокупности, руководствуясь при этом законом и совестью. Внутреннее убеждение судей не является интуитивным, оно должно быть обоснованным, содержащим анализ фактического и доказательственного материала. Изложение объективных данных в решение, определивших оценку доказательств, необходимо для того, чтобы суды апелляционной инстанции и надзорной инстанций могли проверить правильность оценки доказательств. Внутреннее убеждение судьи основывается на беспристрастном, всестороннем и полном рассмотрении имеющихся в деле доказательств в их совокупности. При оценке доказательств судьи исходят из общих начал законодательства, дают толкование, уясняют смысл правовых норм, а также критериев – справедливости, разумности и гуманности.

3. Особенности доказывания по спорам связанным с ипотекой

Квалифицирующим основанием выделения ипотеки является предоставление залогодателю или третьему лицу при заключении договора о залоге права владения и пользования предметом залога.

В соответствии с действующим законодательством под термином «ипотека» понимается не только залог недвижимого имущества, как это принято в правовых системах многих стран, но и залог любого имущества, в том числе и движимого, а также имущественных прав с оставлением его во владении и пользовании залогодателя. Именно оставление заложенного имущества во владении и пользовании залогодателя и является классифицирующим признаком ипотеки и как вида залога в соответствии с Гражданским кодексом Республики Казахстан.

Особенности рассмотрения данной категории дел вытекают из условий, содержания договора банковского займа.

При рассмотрении дел указанной категории судьям следует руководствоваться следующими нормативно-правовыми актами: Гражданским Кодексом Республики Казахстан, Законом «Об ипотеке недвижимого имущества», Законом «О банках и банковской деятельности».

При принятии исковых заявлений в производство суда и подготовке дел к судебному разбирательству по данной категории споров судьям необходимо обратить внимание на следующие моменты, что исковое заявление должно соответствовать требованиям ст.150 и п.1-3 ст.151 ГПК.

При этом с учетом специфики правоотношений, регулируемых банковским законодательством, к исковому заявлению, кроме перечисленных в указанных нормах ГПК документов, должны быть приложены следующие документы:

- договора банковского займа и залога, с приложением графика погашения кредита;
- доказательство выдачи кредита и получения его по договору;
- доказательства прекращения выплаты должником, причитающихся сумм по графику погашения кредита;
- расчет задолженности по кредиту;
- уведомление банка, направленное заемщику о досрочном погашении суммы кредита с начисленным вознаграждением и пеней, с предупреждением заемщика о реализации заложенного имущества в счет погашения долга;
- доказательства вручения заемщиком уведомления банка;
- при наличии требования об обращении взыскания на заложенное имущество должника: правоустанавливающие документы о принадлежности недвижимого имущества должнику; документ, подтверждающий начальную продажную цену заложенного недвижимого имущества при его реализации; доказательства принятия мер к внесудебной реализации заложенного недвижимого имущества и невозможности реализации в указанном порядке (если договором предусмотрена самостоятельная внесудебная процедура реализации).

Объем доказательственной базы зависит от требований и возражений сторон.

Судья после принятия заявления и возбуждения гражданского дела на стадии подготовки дела к судебному разбирательству должен определить доказательства в зависимости от бесспорных и оспариваемых обстоятельств.

К неоспариваемым доказательствам относятся: заключение договора банковского займа и ипотеки, их содержания, основные моменты; оплата займа в части выполнения условий договора и другие моменты.

Оспариваемые обстоятельства: направление заемщику уведомления; суммы, пеню и вознаграждения; проверка доводов сторон, насколько они обоснованны.

Особенности ипотеки недвижимого имущества отмечены в Законе «Об ипотеке недвижимого имущества». В соответствии с пунктом 2 статьи 299 ГК РК, ипотека предприятий, зданий, квартир, прав на земельные участки и другое недвижимое имущество регулируется специальным Законом Республики Казахстан об ипотеке недвижимого имущества, а общие нормы о залоге, содержащиеся в Гражданском кодексе Республики Казахстан, будут применяться к ипотеке недвижимого имущества в случаях, когда специальным Законом об ипотеке недвижимого имущества не будет установлено иное.

С принятием Законов «Об ипотеке недвижимости» и «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», тесно связанных с Законом о земле и взаимосвязанных между собой, ипотека недвижимого имущества получила дальнейшее развитие в регулировании недвижимого имущества и сделок с ними.

Принятие Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» от 23.12.1995 года с изменениями и дополнениями по состоянию на 20.01.2009 года в комплексе с другими нормативными актами в сфере предпринимательства является фактором, способствующим стабилизации сфер производства и распределения, а также созданию устойчивых рыночных стимулов и регуляторов.

В Законе «Об ипотеке недвижимого имущества» отмечается дополнительность (субсидиарность) норм ГК по регулированию отношений по ипотеке недвижимого имущества. Аналогичные положения имеются и в кодексе. Следовательно, при наличии противоречий с нормами Гражданского кодекса при регулировании отношений по ипотеке недвижимого имущества будут применяться нормы Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» как специального законодательного акта.

Особенностью Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» является отнесение, как и в Законе «О земле», к понятию недвижимости земельных участков против иного понимания недвижимости в ГК.

В соответствии со ст. 1 Закона «О земле» под залогом земельного участка или права землепользования понимается основанное на договоре о залоге право кредитора (залогодержателя) в случае неисполнения собственником земельного участка или землепользователем (залогодателем) обеспеченного залогом обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного земельного участка или права землепользователя преимущественно перед другими кредиторами залогодателя из изъятий, установленными законодательными актами.

Законом «Об ипотеке недвижимого имущества» введено понятие «доверенное лицо», которым производится реализация заложенного имущества во внесудебном порядке. Доверенное лицо может определяться сторонами в ипотечном договоре. В случае если доверенное лицо в ипотечном договоре не определено, оно назначается залогодержателем. Возможность определения в договоре доверенного лица, против установленного общими правилами о залоге порядка назначения доверенного лица залогодержателем в соответствии со статьей 320 ГК, является охранной мерой защиты интересов залогодателя. И при заключении ипотечного договора залогодателю предпочтительно было бы обратить внимание на данное положение, установленное статьей 25 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества».

Сама процедура внесудебной реализации ипотеки несколько отличается от установленного порядка общими нормами о залоге, содержащимися в статье 320 ГК. Так, введены новые процессуальные сроки, сроки для защиты интересов и обращения в суд - фактически, сроки исковой давности. Дополнительно введены возможности защиты своих интересов как залогодателем или должником, так и залогодержателем. Так, в частности, Указом «Об ипотеке недвижимого имущества» вводится дополнительный обязательный процессуальный срок - с момента первой публикации объявления о торгах и до момента их проведения должно пройти не менее одного месяца.

От способа оформления ипотеки - договором или договором с выдачей ипотечного свидетельства - зависит и правовой режим регулирования ипотечных правоотношений. Основными различиями в зависимости от этого являются права залогодателя по отчуждению заложенного имущества, передача прав залогодержателем по ипотеке, возможности перезалога залогодержателем прав по ипотеке, а также правила исполнения основного обязательства и прекращения ипотеки. Именно этими различиями и особенностями правового регулирования ипотеки при оформлении ее путем заключения ипотечного договора без выдачи или с выдачей ипотечного свидетельства, а также путем выдачи ипотечного свидетельства без заключения ипотечного договора и объясняется предусмотренное статьей 12 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» требование об отметке о выдаче ипотечного свидетельства на всех экземплярах ипотечного договора.

При оформлении ипотеки только ипотечным договором без выдачи ипотечного свидетельства залогодатель имеет право отчуждать предметы ипотеки с согласия залогодержателя в порядке, установленном статьей 315 ГК. И в этом случае в соответствии со статьей 323 ГК право залога по общим правилам сохраняет силу в порядке универсального правопреемства, если соглашением приобретателя и залогодержателя не установлено иное. При заключении ипотечного договора и выдаче ипотечного свидетельства или оформлении ипотеки выдачей только ипотечного свидетельства не допускается отчуждение залогодателем предметов ипотеки. Данная норма императивная, и никакое иное соглашение сторон по сделке с ипотекой о предоставлении права залогодателю об отчуждении предметов ипотеки недопустимо.

Предусмотренные статьей 8 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» последствия нарушения правил об отчуждении заложенного недвижимого имущества имеют отличие от установленных общими нормами Гражданского кодекса правил защиты права собственности и иных вещных прав. Так, Гражданский кодекс усилил защиту прав залогодержателя в случае нарушения правил о порядке отчуждения предметов залога. Залогодержатель вправе в соответствии с подпунктом 2 статьи 8 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» истребовать имущество и обращать взыскания на него даже в случае добросовестного приобретения. В случае же недобросовестного приобретения недобросовестный приобретатель несет солидарную ответственность наравне с должником в пределах стоимости приобретенного предмета ипотеки за исполнение обеспечиваемого обязательства. Необходимо также отметить, что данные последствия могут наступить как при оформлении сделки ипотечным договором и отчуждении залогодателем предметов залога без согласия залогодержателя, так и при оформлении сделки ипотечным договором с выдачей ипотечного свидетельства или оформлении сделки по ипотеке выдачей ипотечного свидетельства и факта отчуждения залогодателем предмета ипотеки.

Другим отличием является передача прав по ипотеке. В соответствии со статьей 9 Закона "Об ипотеке недвижимого имущества" передача прав по ипотечному договору осуществляется с соблюдением положений об уступке требований, т.е. статьями 339-347 ГК. В случае же заключения договора с выдачей ипотечного свидетельства или оформления ипотеки выдачей ипотечного свидетельства передача прав по ипотеке совершается согласно статье 16 Закона "Об ипотеке недвижимого имущества" – в порядке, предписанном законодательством для передачи прав по ценной бумаге – ипотечному свидетельству, с учетом требований статьи 15 Закона "Об ипотеке недвижимого имущества" о регистрации последующих передач другим владельцам.

С учетом же присущего залому, как одному из способов обеспечения исполнения основного обязательства, свойства следования за обеспечиваемым (основным) обязательством необходимо отметить, что передача прав по ипотеке возможна только при передаче прав по обеспечиваемому (основному) обязательству. В принципе невозможна передача прав по ипотеке без передачи прав по обеспечиваемому обязательству. В связи с этим хотелось бы отметить, что существующие различия в соответствии со статьей 9 Закона "Об ипотеке недвижимого имущества" по передаче прав по ипотеке касаются только формы, но никак не существа.

В соответствии с общими положениями Гражданского кодекса об обязательстве и о договоре невозможно передать или оформить передачу прав требования по ипотечному договору без предварительной передачи или оформления передачи прав требования по обеспечиваемому обязательству.

Имеются особенности определения законного владельца ценной бумаги, обладающего правом собственности на нее. Помимо фактического обладания ценной бумагой как вещью, необходимого для осуществления выраженных ею прав, право собственности на ипотечное свидетельство и соответственно права, удостоверенные данной ценной бумагой, должны подтверждаться

непрерывным рядом имеющих на нем передаточных надписей. Но все же необходимо отметить недостаточность одного непрерывного ряда передаточных надписей для легитимизации держателя ипотечного свидетельства надлежащим образом. С учетом требований законодательства об обязательной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним (статьи 118, 155 ГК, а также статьи 2, 3, 23 Закона «О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», статью 6 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества»), а также положений о возникновении, изменении и прекращении прав на недвижимое имущество и совершения сделок с недвижимостью с момента регистрации, необходимым условием законности владения ипотечным свидетельством, содержанием которого является выраженное в нем вещное право - право залога на недвижимое имущество, является регистрация как выдачи ипотечного свидетельства, так и каждой последующей передаточной надписи в регистрирующем органе по месту нахождения имущества в порядке, установленном для регистрации прав на недвижимое имущество. В случае совершения передаточной надписи и передачи ипотечного свидетельства без регистрации передаточной надписи (факта передачи права собственности на данную ценную бумагу) у нового материального держателя не возникает права собственности на ценную бумагу и его никак нельзя назвать законным владельцем. Ему также никак не могут принадлежать ни права, вытекающие из содержания ипотечного свидетельства, ни права последующей передачи ипотечного свидетельства другим лицам.

Данная специфика определения законного владельца имеет большое практическое значение при сделках с этой ценной бумагой, в том числе и при передаче прав собственности на ценную бумагу, а также при залоге ипотечного свидетельства, что означает залог права требования по основному обязательству, а также по ипотечной сделке - залог права требований по ней, своеобразный перезалог предметов ипотеки залогодержателем.

Имеются особенности и различия и по основаниям прекращения ипотечного и основного обязательства в зависимости от способа оформления ипотеки.

Ипотека, оформленная ипотечным договором без выдачи ипотечного свидетельства, прекращается по основаниям, предусмотренным общими нормами о прекращении залога, закрепленными в статье 322 ГК.

В случае утраты ипотечного свидетельства и отказа суда в восстановлении прав по ней. В соответствии со статьей 14 Закона «Об ипотеке недвижимого имущества» при осуществлении прав, предусмотренных сделкой об ипотеке и при выдаче ценной бумаги, владелец ипотечного свидетельства обязан предъявить ее залогодателю. Залогодатель же не обязан учинять исполнение в этом случае лицу, не предъявившему ценную бумагу. Именно ипотечное свидетельство и будет удостоверить статус предъявителя как надлежащего кредитора по получению исполнения. В этой ситуации утрата ипотечного свидетельства и отказ суда в восстановлении прав по утраченному ипотечному свидетельству также должно привести к прекращению права требования по основному договору, по крайней мере для последнего держателя.

Доказывание и оценка доказательств в гражданском судопроизводстве

Важнейшей составной частью правосудия является доказывание, и вопросы доказательства в гражданском процессе занимают одно из центральных мест.

Основная цель судебного разбирательства заключается в защите прав и охраняемых законом интересов физических и юридических лиц, для чего требуется установление фактических обстоятельств, имеющих существенное значение для правильного разрешения дела, и всестороннее их исследование, ввиду чего проверка и оценка доказательств имеют первостепенное значение в обеспечении защиты нарушенных прав и интересов.

Задача суда сводится к тому, чтобы в процессе рассмотрения конкретного дела выяснить обстоятельства, характерные для спорного правоотношения, и правильно применить к установленным юридическим фактам норму материального права, т. е. оказать защиту существовавших до обращения в суд субъективных прав либо отказать в их защите.

Согласно статьи 64 ГПК РК доказательствами по делу являются полученные законным способом фактические данные, на основе которых в предусмотренном законом порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела.

Эти фактические данные устанавливаются объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами, заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий, протоколами судебных заседаний, отражающими ход и результаты процессуальных действий, и иными документами.

Данная статья определяет понятие доказательства, перечисляет средства доказывания в гражданском судопроизводстве, указывает на содержание предмета доказывания по гражданскому делу.

Общие нормы о доказательствах носят процессуальный характер и расположены в главе 7 ГПК РК.

Институт «доказательства» регламентирует: понятие доказательства, обязанность доказывания, относимость и допустимость доказательств, судебные поручения, средства доказывания. Эти нормы могут быть использованы при рассмотрении и разрешении любого гражданского дела.

Под доказательствами в юридической литературе традиционно понимаются сами сведения о фактах, а также средства, с помощью которых эти сведения могут быть получены (средства доказывания перечислены в части второй комментируемой статьи).

С целью правильного и своевременного разрешения гражданского дела, защиты нарушенных либо оспариваемых прав, свободы и законных интересов суду необходимо правильно установить фактические обстоятельства дела, для

этого получив достоверные сведения об этих обстоятельствах в ходе судебного разбирательства, правильно их квалифицировать, т. е. определить подлежащие применению нормы права и правильно применить эти нормы материального права к установленным обстоятельствам дела.

Доказательствами могут быть любые сведения о любом факте и явлении объективной действительности, поэтому заранее определить перечень фактических данных, которые могут являться доказательствами, невозможно.

Доказывание по каждой категории дел сугубо специфично: есть свой предмет доказывания, особенности в распределении обязанности доказывания и допустимости доказательств.

Однако доказательствами являются не все без исключения фактические данные, а те из них, посредством которых могут быть установлены обстоятельства, подлежащие доказыванию по конкретному гражданскому делу, и лишь в том случае, если они получены в установленном законом порядке.

В связи с этим в Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан «О применении судами некоторых норм гражданского процессуального законодательства» указывается, что в соответствии со статьями 64-70 ГПК судам необходимо иметь в виду, что исследоваться в судебном заседании должны только те доказательства, которые имеют непосредственное отношение к предмету спора из своей совокупности являются достаточными для установления обстоятельств дела, подтверждения или опровержения доводов сторон по существу «спора».

В редких случаях возможно установление фактов и без доказательств, в случае, если эти факты суд и другие участники процесса могут воспринимать непосредственно:

- 1) факт возврата долга ответчиком в зале суда;
- 2) предоставление суду документа (носителя информации), имеющего существенное значение для правильного решения дела например, ордер на спорную квартиру, свидетельство о заключении брака.

По характеру связи с устанавливаемым фактом доказательства могут быть прямыми и косвенными.

Деление доказательств на прямые и косвенные проводится в зависимости от связи доказательства с предметом доказывания по гражданскому делу.

Содержание прямого доказательства совпадает с содержанием доказываемого обстоятельства, входящего в предмет доказывания, и позволяет суду сделать однозначный вывод о наличии либо отсутствии устанавливаемого факта.

Как правило, прямое доказательство не нуждается в сопоставлении с другими доказательствами, подтверждающими такой же вывод. Однако следует иметь в виду, что прямые доказательства, как и косвенные, не имеют заранее предусмотренной силы и подлежат оценке наряду с другими доказательствами.

Например:

- 1) свидетельство о государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество является прямым доказательством, подтверждающим

наличие права собственности лица на имущество, и не требует дополнительных доказательств, подтверждающих это право;

2) расписка в получении денежной суммы, выданная заимодавцем, подтверждает факт возврата денег заемщиком;

3) акт о несчастном случае, произошедшем на производстве, является прямым доказательством указанного факта.

В некоторых случаях, если такое сопоставление и бывает необходимо, то лишь для того, чтобы проверить достоверность прямого доказательства.

Например:

1) по иску о признании свидетельства о праве наследования недействительным ответчиком в обоснование своих возражений против иска было предъявлено заявление об отказе от принятия наследства;

2) поскольку заявление было оформлено в ненадлежащей форме и к тому же оно противоречило другим установленным по делу обстоятельствам, у суда возникли сомнения в его достоверности.

Косвенные доказательства могут свидетельствовать только о большей или меньшей вероятности. В целях исключения ошибок при применении косвенных доказательств в гражданском процессе такие доказательства подлежат оценке только в совокупности со всеми материалами дела при этом они должны подтверждать и дополнять друг друга, не противоречить, достоверность каждого доказательства не должна вызывать сомнений, и в своей совокупности косвенные доказательства, установив непосредственную связь с доказываемым обстоятельством, должны позволить суду сделать однозначный вывод по устанавливаемому факту.

Например:

1) факт зачисления на банковский счет заимодавца суммы, равной сумме задолженности заемщика, может подтвердить исполнение заемщиком своей обязанности перед заимодавцем;

2) почтовая квитанция о переводе косвенно доказывает существование возможности между сторонами договора займа.

В зависимости от способа формирования доказательства могут быть первоначальными и производными.

Деление доказательств на первоначальные и производные производится в зависимости от характера связи с устанавливаемым обстоятельством.

Первоначальные доказательства отображают обстоятельство непосредственно, как полученные из первоисточника без промежуточного звена (другого доказательства).

Например:

1) показания очевидца события;

2) сведения, содержащиеся в оригинале документа.

Производным называется доказательство, которое воспроизводит сведения либо содержит информацию, полученную из других источников. Между производным доказательством и подтверждающим его фактом присутствуют одно или несколько промежуточных звеньев, что допускает

возможность искажения или утраты информации при передаче от первоначального доказательства к производному.

На практике по гражданским делам производные доказательства зачастую используются для обнаружения либо проверки первоначальных доказательств.

Производное доказательство включает содержание первоначального и возможно лишь при его наличии. Для данного вида доказательства характерно то, что между ним и сведением, которое оно подтверждает, могло пройти значительное время и произойти другие события, что не исключает возможности допущения какого-либо искажения. Зачастую производные доказательства применяются для выявления, а в необходимых случаях — закрепления и подтверждения первоначальных доказательств.

Например:

1) показания свидетеля, которому известны обстоятельства, имеющие значение для дела, из других источников;

2) копии вещественных доказательств.

По источнику доказательства делятся на личные и вещественные.

Личные доказательства происходят от человека (объяснения, показания, заключения экспертов, иные документы). Вещественные и письменные доказательства представляют собой предметы материальной среды, источником их является материальный объект.

В части второй статьи 64 ГПК перечислены средства доказывания, т. е. в ней регламентируется форма получения фактических данных, а именно: в виде объяснений сторон и третьих лиц, показаний свидетелей, вещественных доказательств, заключений экспертов, протоколов процессуальных действий и иных документов. Следует полагать, что сведения о фактах, полученные в иной, не предусмотренной законом процессуальной форме, не являются судебными доказательствами.

В перечисленные средства доказывания не включены заключения специалистов, возможно, из-за того, что специалист дает суду консультацию, исходя из своих профессиональных знаний, не проводя специального исследования.

На практике суды по вопросам, требующим специальных познаний, привлекают специалиста для дачи разъяснений путем допроса, в некоторых случаях — как свидетеля. Консультация специалиста, предоставленная в письменной форме, подлежит обязательному оглашению в судебном заседании и приобщению к делу. Пояснения специалиста в устной форме заносятся в протокол судебного заседания.

В соответствии со статьей 79 ГПК РК свидетелем может быть любое лицо, которому известны какие-либо сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела. Не признаются доказательством показания лица, если оно не может указать источник своей осведомленности.

1. Не подлежат допросу в качестве свидетеля:

А. Лица, которые в силу своего малолетнего возраста, физических или психических недостатков не способны правильно воспринимать факты и давать о них правильные показания, за исключением дел по спорам о воспитании детей.

Б. Представители по гражданскому делу или защитники по уголовному делу — об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя или защитника.

В. Судья о вопросах, возникавших в совещательной комнате при обсуждении обстоятельств дела при вынесении решения или приговора.

Г. Третейский судья или арбитр - об обстоятельствах, ставших известными ему в связи с исполнением обязанностей третейского судьи или арбитра.

Д. Священнослужители - об обстоятельствах, которые им стали известны от лиц, доверившихся им на исповеди.

Лицо вправе отказаться от дачи свидетельских показаний в суде против самого себя, супруга (супруги) и близких родственников, круг которых определен законом. В соответствии с п.2 ст.1 Закона «О браке и семье» прямыми родственниками по восходящей и нисходящей линии являются родители, дети, бабушка, бабушка, внуки, полнородные и неполнородные братья и сестры, имеющие общих отца или мать.

Лицо, ходатайствующее о вызове свидетеля, обязано сообщить его фамилию, имя, отчество и место жительства или работы, обосновать необходимость допроса этого свидетеля.

Суд не должен отказывать лицу в удовлетворении ходатайства о вызове свидетеля, если такому лицу неизвестны все сведения о свидетеле, при условии, что у суда имеется реальная возможность оказать содействие в истребовании доказательства.

Особенности проведения в гражданском судопроизводстве экспертизы всегда связано с процессуальным решением суда, когда для правильного установления каких-либо обстоятельств дела требуются специальные познания специалиста в области науки, техники, искусства. Предназначением экспертизы является получение новых письменных доказательств, основанных на результатах исследования с использованием специальных знаний, представленных сторонами вещественных доказательств как материальных носителей информации об обстоятельствах, имеющих значение для дела. Объектом исследования могут быть также живые люди, действия, явления, на основании которых эксперт познает другие факты, являющиеся предметом экспертизы.

Находящиеся в деле заключения ведомственной инспекции, заключение аудитора, оценщика, акт ревизии и т.д., не заменяют заключение эксперта. Если такие письменные доказательства оспариваются стороной или её представителем в судебном заседании, то суд может назначить соответствующую экспертизу.

По гражданскому делу экспертиза назначается только судом путем вынесения соответствующего определения. Наличие в деле заключения, данного экспертом по непосредственному обращению стороны в экспертное учреждение, следует расценивать как заключение специалиста.

На практике судьи неоднозначно рассматривают вопрос о возможности принятия в качестве доказательства заключения экспертизы, проведенной по уголовному делу. Проводимая в уголовном судопроизводстве экспертиза назначается в соответствии с нормами уголовно-процессуального законодательства.

В гражданском судопроизводстве (ст. 68) закреплён принцип допустимости доказательств, то есть получения их в порядке, установленном ГПК. Поэтому заключение эксперта, сделанное по результатам исследования вещественного доказательства по уголовному делу не может принято как допустимое доказательство в гражданском процессе.

В то же время вступивший в законную силу приговор суда, в котором изложены обстоятельства, установленные заключением экспертизы, будут иметь согласно ст.71 ГПК преюдициальное значение при рассмотрении гражданского дела, в котором участвуют те же лица (потерпевший по уголовному делу в качестве истца и осуждённый в качестве ответчика).

В соответствии со статьёй 65 ГПК РК каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений.

Особенностью ранее действовавшего закона являлось то, что суд обязан был принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного выяснения действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон. В силу изложенного, невыполнения стороной обязанностей по доказыванию автоматически не влекли для неё отрицательных последствий.

Суд мог вынести решение не в пользу этой стороны лишь в тех случаях, когда, несмотря на все принятые меры, не представлялось возможным получение необходимых документов для установления обстоятельств, имеющих по делу существенное значение.

Новеллой в действующем ГПК является освобождение суда от сбора доказательств по своей инициативе в целях установления фактических обстоятельств дела. В данной статье закреплён принцип состязательности и равноправия сторон, поэтому основные обязанности доказывания возлагаются на стороны.

Каждое лицо, участвующее в деле, до начала судебного заседания должно раскрыть перед другими участвующими в деле лицами доказательства, на которые оно ссылается как на основания своих требований и возражений.

Обязанность доказывания возлагается на ту сторону, которая ссылается на соответствующие обстоятельства. Исключения из этого правила составляют общеизвестные факты и другие обстоятельства, не подлежащие доказыванию.

В соответствии с принципом состязательности суд не имеет право по своей инициативе осуществлять сбор доказательств, однако, как указал Пленум Верховного Суда Республики Казахстан в постановлении «О применении судами некоторых норм гражданского процессуального законодательства» закон, полностью освобождая суд от обязанности собирать доказательства по собственной инициативе в целях установления фактических обстоятельств дела, возложил на суд обязанность создавать необходимые условия для реализации прав сторон на полное и объективное исследование обстоятельств дела.

Для этого, судам необходимо в стадии подготовки дела к судебному разбирательству и в судебном заседании разъяснять сторонам их

процессуальные права и обязанности, представлять доказательства, заявлять ходатайства об истребовании доказательств, предупреждать о последствиях совершения либо не совершения процессуальных действий, в том числе непредставления доказательств.

Невыполнение судом указанных обязанностей является существенным нарушением требований процессуального закона.

Круг обстоятельств подлежащих доказыванию каждой из сторон по конкретному делу определяется, исходя из содержания нормы материального права, регулирующей спорное правоотношение.

Субъектами доказывания являются стороны, для которых доказывание заключается в обосновании обстоятельств дела с целью убеждения суда в их истинности. Исключения составляют случаи, когда обязанность по доказыванию по закону возлагается на определенную сторону. На истца возложена обязанность доказать обстоятельства, составляющие основание его требований: факты, подтверждающие наличие спорного правоотношения, и факты, свидетельствующие о нарушении или оспаривании ответчиком права истца.

В п. 5 ст. 150 ГПК РК закреплено, что в исковом заявлении должны быть указаны обстоятельства, на которых истец основывает свои требования, и доказательства, подтверждающие эти обстоятельства. Ответчик, в свою очередь, возражая против предъявленного к нему иска, обязан опровергнуть позицию истца.

Согласно п. 2 ст., 170 ГПК в порядке подготовки дела к судебному разбирательству в необходимых случаях судья вызывает ответчика, выясняет, какие имеются возражения против предъявленного иска и какими доказательствами его возражения подтверждаются.

В случае предъявления им встречного иска, в своем заявлении ответчик должен изложить обстоятельства, обосновывающие встречные требования.

В некоторых случаях закон прямо распределяет презумпции доказывания между соответствующими лицами, в гражданском праве известны две основные презумпции — презумпция вины причинителя вреда и презумпция вины лица, не исполнившего обязательство или исполнившего его ненадлежащим образом, в семейном праве - презумпция отцовства и т. д.

Таким образом, существование презумпции влечет за собой некоторое перераспределение обязанностей по доказыванию.

Например: в соответствии с ч. 1 ст. 143 ГК иск о защите чести, достоинства и деловой репутации истец вправе обосновать распространением о нем сведений, не соответствующих действительности и его порочащих, а бремя доказывания соответствия распространенных сведений действительности возложено на ответчика.

Например: в случае предъявления иска о возмещении вреда истец обязан доказать, что действиями ответчика ему причинен вред. Что касается вины причинителя вреда, то она предполагается и не подлежит доказыванию истцом. Однако, ответчик может опровергнуть это предположение, доказав, что вред возник не по его вине. Не допускается и перекладывание судом бремени доказывания с одной стороны на другую.

Например: судом был удовлетворен иск о признании права общей собственности на недвижимость, ввиду того, что ответчик, за которым было зарегистрировано право собственности, не доказал источник средств для его приобретения. Между тем, обязанность доказывания условий приобретения недвижимости, размер вложенных в его приобретение средств и наличие соглашения с ответчиком об общей собственности на эту недвижимость должен был доказать истец. Поскольку при разбирательстве дела подлежат исследованию только те фактические данные, которые имеют значение, сторона должна убедить суд в необходимости исследовать и дать правовую оценку представленным им доказательствам для правильного разрешения спора.

Предмет доказывания в течение процесса может изменяться, в связи с этим обстоятельства дела выясняются в судебном заседании в пределах указанного истцом или измененного им предмета. Суд, вправе выйти за пределы предмета иска лишь в случаях, предусмотренных законом (пункт 2 статьи 219 ГПК).

Суд полностью освобожден от сбора доказательств и может сделать это только по письменному ходатайству сторон. В том, случае, если стороны не предоставят достаточных доказательств, и не будут ходатайствовать об этом перед судом в письменном виде, суд вправе вынести решение об отказе в удовлетворении исковых требований ввиду отсутствия доказательств в обоснование исковых требований.

В то же время суд не должен допускать затягивания рассмотрения дела, предоставляя сторонам возможность доказывать факты, которые не имеют отношения к предмету доказывания и никак не могут повлиять на исход процесса.

Список использованных источников:

1. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан.
2. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О применении судами некоторых норм гражданского процессуального законодательства» от 20 марта 2003 года № 2.
3. Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан № 3.
4. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан.

Ю.В.Налимова,

судья специализированного межрайонного экономического суда Северо-Казахстанской области

Доказательства по гражданским делам и их оценка

Для гражданской юрисдикции обязательным является установление действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей участников процесса. Суждения по ним суд делает на основании доказательств - фактических данных, получаемых в порядке, установленном гражданским процессуальным

законом. Прежде чем применить норму права, суд должен знать, к каким обстоятельствам данная норма применима. Познавательная канва базируется на изучении неповторимых особенностей объектов исследования - феноменов предмета доказывания, а основным способом познания выступает судебное доказывание.

Доказывание в гражданском процессе осуществляется путем использования судебных доказательств. Судебные доказательства являются средством установления юридических фактов по гражданскому делу и иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела.

По существу при определении понятия «доказательства» за основу взято положение ст. 64 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан (далее по тексту - ГПК РК), согласно которому «доказательствами по делу являются полученные законным способом фактические данные, на основе которых в предусмотренном порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. Эти фактические данные устанавливаются объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами, заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий, протоколами судебных заседаний, отражающими ход и результаты процессуальных действий, и иными документами».

При этом следует отметить, что законодатель применяет как равнозначные термины «протоколы процессуальных действий», «документы» и «письменные доказательства».

В соответствии с частью 1 статьи 64 ГПК РК судебными доказательствами являются фактические данные. Под фактическими данными понимаются сведения (информация) о юридических фактах и иных обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения дела.

Принимая материалы, представленные участвующими в деле лицами, суд еще не знает, какие сведения в них содержатся – истинные или ложные. Представленные и собранные доказательственные материалы исследуются и оцениваются судом. Но это не означает, что все они приобретут качество доказательств по делу.

Задача суда – определить, какие из доказательственных материалов обладают признаками судебного доказательства и поэтому служат доказательствами. Суд исследует, оценивает доказательственные материалы с целью отбора тех из них, которые имеют доказательственную силу. Суд оценивает доказательства с точки зрения их истинности, потому что доказывание направлено на установление достоверных фактов по делу.

Закон не считает все представленные в суд материалы доказательствами. Ложные показания свидетелей, заключения экспертов, объяснения сторон и другие материалы исключаются судом из числа доказательств (ст. 208 ГПК РК).

Таким образом, судебные доказательства – это только истинные фактические данные, которые правильно отражают обстоятельства, имеющие значение для дела.

Анализ ст. 64 ГПК РК позволяет утверждать, что доказательствами являются только такие фактические данные, которые обладают совокупностью определенных признаков:

во-первых, получены законным способом;

во-вторых, относятся к делу;

в-третьих, установлены предусмотренными законом способами, т.е. из предусмотренных законом видов доказательств.

Первый признак, характеризующий судебные доказательства, - судебные доказательства представляют собой фактические данные, полученные законным способом.

Подпунктом 9 пункта 3 статьи 77 Конституции РК предусмотрено, что «не имеют юридической силы доказательства, полученные незаконным способом».

Доказательства, полученные с нарушением закона, признаются не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу судебного решения, а также использоваться при доказывании любого обстоятельства, имеющего значение для дела (часть 3 ст. 69 ГПК РК).

В первом признаке судебного доказательства отражается одно из правил допустимости доказательств. Доказательство признается допустимым, если оно получено в порядке, предусмотренном ГПК РК (часть 1 ст. 68 ГПК РК). Допрос свидетелей, получение объяснений сторон и третьих лиц по делу, письменных и вещественных доказательств, заключений экспертов должны производиться судом в порядке, установленном законом.

В статье 69 ГПК РК указаны фактические данные, недопустимые в качестве доказательств. Фактические данные должны быть признаны судом недопустимыми в качестве доказательств, если они получены с нарушениями требований закона путем лишения или стеснения гарантированных законом прав лиц, участвующих в деле. Кроме того, не признаются доказательствами фактические данные, полученные с нарушением иных правил гражданского процесса при подготовке дела к судебному разбирательству или в судебном разбирательстве дела, которые повлияли или могли повлиять на достоверность полученных фактических данных. В частности, не считаются доказательствами фактические данные, полученные:

1) с применением насилия, угроз, обмана, а равно иных незаконных действий;

2) с использованием заблуждения лица, участвующего в деле, относительно своих прав и обязанностей, возникшего вследствие неразъяснения, неполного или неправильного их разъяснения этому лицу;

3) в связи с проведением процессуального действия лицом, не имеющим права осуществлять производство по данному гражданскому делу;

4) в связи с участием в процессуальном действии лица, подлежащего отводу;

5) с существенным нарушением порядка производства процессуального действия;

6) от неизвестного источника либо от источника, который не может быть установлен в судебном заседании;

7) с применением в ходе доказывания методов, противоречащих современным научным знаниям.

Недопустимость использования фактических данных в качестве доказательств, а также возможность их ограниченного использования при производстве по делу устанавливаются судом по собственной инициативе или по ходатайству участвующих в деле лиц.

Фактические данные, полученные с нарушениями, указанными выше, могут быть использованы в качестве доказательств факта соответствующих нарушений и виновности лиц, их допустивших.

Второй признак, характерный для судебных доказательств, заключается в том, что судебными доказательствами являются только те фактические данные, которые относятся к делу, значимы для дела.

Относящимися к делу являются доказательства, подтверждающие наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения спора, то есть доказательства, которые могут подтвердить или опровергнуть юридические факты и иные обстоятельства (содержат сведения о фактах и иных обстоятельствах).

Правила относимости доказательств определяются статьей 67 ГПК РК: «Доказательство признается судом относящимся к делу, если оно представляет собой фактические данные, которыми подтверждаются, опровергаются либо ставятся под сомнение выводы о существовании обстоятельств, имеющих значение для дела».

При решении вопроса об относимости доказательств, суд исходит из круга искомых фактов, то есть относимость доказательств определяется предметом доказывания. Если имеется связь между фактическим данным и юридическим фактом и иным обстоятельством по делу, то доказательство признается судом относящимся к делу; если такой связи не имеется, то представленный в суд доказательственный материал считается не относящимся к делу.

Таким образом, вопрос об относимости доказательств решается, в первую очередь, в соответствии с нормами материального права, поскольку именно в них закрепляются факты, силу чего эти факты приобретают юридическую значимость.

Правильное решение вопроса об относимости к делу материалов и данных, представленных в качестве доказательств, обеспечивает правильное выяснение всех обстоятельств по делу с наименьшей затратой сил и средств.

В ряде случаев возникает необходимость в выяснении судом фактов процессуального характера, например, для решения вопросов об отказе в принятии заявления, о возвращении заявления, о прекращении производства по делу и т.д. Для определения относимости доказательств, подтверждающих наличие или отсутствие фактов такого рода, суд руководствуется нормами гражданского процессуального права.

Третий признак, присущий судебным доказательствам, заключается в том, что судебные доказательства представляют собой фактические данные, установленные средствами (способами), предусмотренными законом (п. 2 ст. 64 ГПК РК). Фактические данные, полученные способами, не указанными в законе, не могут быть судебными доказательствами.

В данном признаке судебных доказательств выражается еще одно из правил допустимости доказательств: суд может использовать только предусмотренные законом виды доказательств. В качестве доказательств могут применяться лишь фактические данные, установленные с помощью предусмотренных законом средств (способов). Эти данные устанавливаются:

- объяснениями сторон и третьих лиц;
- показаниями свидетелей;
- вещественными доказательствами;
- заключениями экспертов;
- протоколами процессуальных действий;
- протоколами судебных заседаний, отражающими ход и результаты процессуальных действий;
- и иными документами.

Не относящиеся к делу (не имеющие значения для дела) доказательства всегда недопустимы в суде. Это, однако, не означает, что все относящиеся к делу доказательства допустимы.

Допустимость доказательств имеет и третье правило. В пункте 2 статьи 68 ГПК РК указывается: «Обстоятельства дела, которые по закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами». Конкретные правила допустимости отдельных доказательств содержатся в нормах материального права. Например, гражданское законодательство предусматривает обязательность заключения некоторых сделок в простой письменной форме и указывает, что нарушение этой формы лишает стороны права в случае спора подтверждать факт совершения сделки, ее содержание или исполнение свидетельскими показаниями (п. 1 ст. 153 ГК РК).

Факт заключения сделки, подлежащей нотариальному удостоверению, может быть подтвержден лишь нотариально оформленным документом. В случае если такая сделка хотя и не была нотариально оформлена, но полностью или частично исполнена сторонами или одной из сторон, не противоречит законодательству и не нарушает прав третьих лиц, она может быть признана судом действительной со ссылкой на доказательства, указанные в пункте 2 статьи 64 ГПК РК, кроме свидетельских показаний.

Следует заметить, что материальное право, прежде всего, гражданское, влияет на содержание доказательственного права. Именно в гражданском праве содержатся специальные нормы о доказательствах, обуславливающие особенности доказывания по конкретным делам. С выделением семейного и жилищного права картина не изменилась: специальные нормы о доказательствах содержатся в названных отраслях материального права.

В связи с чем, важным является вопрос о правовой природе договора о долевом участии в жилищном строительстве.

Если придерживаться мнения о том, что на данные правоотношения могут распространяться нормы о подряде, то в случае возникновения спора по иску дольщика о не качественном выполнении строительных работ, суд должен будет применить нормы материального права о подряде. Так, п. 6 ст. 630 ГК РК

устанавливает, что при возникновении между заказчиком и подрядчиком спора по поводу недостатков выполненной работы или их причин, по требованию любой из сторон должна быть назначена экспертиза. Расходы по проведению экспертизы несет подрядчик, за исключением случаев, когда экспертизой установлено отсутствие нарушений договора или причинной связи между действиями подрядчика и обнаруженными недостатками. В этих случаях расходы по экспертизе несет сторона, потребовавшая ее назначения, а если экспертиза назначена по соглашению между сторонами, - обе стороны поровну.

Исследование доказательств осуществляется в ходе судебного разбирательства (в судебном заседании) путем заслушивания объяснений сторон и других участвующих в деле лиц, допроса свидетелей, оглашения заключения эксперта, оглашения письменных доказательств, осмотра вещественных доказательств, оглашения протоколов и иных материалов, полученных в порядке выполнения судебного поручения либо путем принятия соответствующих мер по обеспечению доказательств.

В исследовании доказательств активное участие принимает суд, сам порядок исследования доказательств устанавливается судом (ст. 195 ГПК РК). Судья вправе в любой момент задавать вопросы сторонам, третьим лицам, свидетелям, экспертам, специалистам с целью уточнения сведений об обстоятельствах дела.

Так, например, в случае необходимости суд может вторично допросить свидетеля в том же или следующем заседании, а также произвести очную ставку между свидетелями для выяснения противоречий в их показаниях (пункт 4 ст. 197 ГПК РК).

Лица, участвующие в деле, вправе задавать вопросы друг-другу, а также свидетелям, экспертам и специалистам в порядке, установленном законом. Вопросы лиц, участвующих в деле, адресуются суду, который вправе их отклонить, если посчитает, что заданные вопросы не имеют отношения к обстоятельствам дела.

На основе проведенного исследования доказательств в судебном заседании суд оценивает собранные по делу доказательства и делает вывод о доказанности или недоказанности фактов и иных обстоятельств по делу.

Оценка доказательств судом - неотъемлемая, завершающая часть судебного доказывания.

Подход к оценке доказательств зависит от уровня развития общества, от организации судебной системы и основных начал судопроизводства.

Исследуя вопрос об оценке доказательств, К.И. Малышев один из известнейших представителей науки гражданского процессуального права дореволюционного периода, отмечал следующие обстоятельства.

Отношение между теорией естественного, свободного убеждения в истине и теорией законных доказательств различно в разные века истории процесса. Оно зависит от степени развития гражданского быта и от устройства суда. В века невежества и суеверия судебные доказательства имеют формальный характер; тогда преобладают суды Божий, присяга, поединок и т.п. Внешние формы гражданского оборота в те времена еще не развиты и как в историческом

миросозерцании народов господствует суеверие и вымысел вместо точного знания, так и в деле суда решает вера в правосудие богов. Только с течением времени система судебных доказательств постепенно наполняется и подходит ближе к общей логической теории знания. Устройство суда играет здесь также важную роль, потому что большее или меньшее доверие к суду естественно отражается на числе ограничений, которые закон считает нужным установить против произвола и личного усмотрения судей. На теории законных доказательств отразился схоластический характер века, приведший к арифметической оценке доказательств. Подобное явление имело место и в российском процессе. По Своду Законов предусматривалось применение так называемых совершенных доказательств. Показания двух законных свидетелей считались совершенным доказательством, а показание одного свидетеля - недостаточным доказательством. Если несколько свидетелей противоречили друг другу, то дело решалось по большинству голосов, а при равенстве голосов суд должен был давать преимущество мужчине перед женщиной, знатному перед незнатным, ученому перед неученым, духовному перед светским.

Однако действительные результаты этой регламентации процесса не оправдали надежд законодателей. Законная теория доказательств подверглась существенному преобразованию, арифметическая их оценка отменена, и формализм значительно смягчен.

Надобно заметить, что в этом деле важен вопрос о мере. Крайности здесь одинаково опасны. Нельзя приносить реальную истину в Жертву формализму, но невозможно также и ставить все дело правосудия и все права граждан и зависимость от произвола и личного усмотрения судей.

Эти высказывания К. И. Малышева об оценке доказательств не утратили своего значения и в современный период.

Мыслительная деятельность по оценке доказательств в гражданском процессе урегулирована законом - нормами гражданского процессуального права (ст. ст. 16, 70, 77 ГПК РК). Поэтому эта деятельность, протекает в процессуальной форме.

Под оценкой доказательств понимается определение относимости, допустимости, достоверности и достаточности доказательств, позволяющих установить все фактические обстоятельства дела и правильно его разрешить (пункт 1 ст. 77 ГПК РК).

Относимость и допустимость доказательств устанавливается судом в соответствии с нормами процессуального и материального права.

Достоверность доказательств означает, что сведения, которые она дает, соответствуют действительности. Статья 70 ГПК РК предусматривает, что доказательство считается достоверным, если в результате проверки выясняется, что оно соответствует действительности. Достоверность устанавливается прежде всего доброкачественностью источника, из которого получены сведения, а также самого процесса получения (формирования) доказательства.

Материалы, содержащие недостоверные сведения об обстоятельствах дела, не являются доказательствами. В случае заявления о том, что имеющиеся

в деле доказательство является подложным, лицо, представившее это доказательство, может просить суд исключить его из числа доказательств и разрешить дело на основании иных доказательств. Для проверки заявления о подложности доказательства суд может назначить экспертизу, а также предложить сторонам представить иные доказательства. Если в действиях лица, представившего доказательство, признанное подложным, имеются признаки преступления, судья направляет материалы для решения вопроса о возбуждении уголовного дела соответствующему органу дознания или предварительного следствия с уведомлением об этом прокурора (ст. 208 ГПК РК).

Достоверность доказательств проверяется также путем их сопоставления между собой и сравнения. Это означает, что доказательства должны быть сопоставлены друг с другом и взаимно проверены.

Достаточность доказательств определяет, возможно ли на основе собранных доказательств установить наличие либо отсутствие всех фактов, обстоятельств дела, подлежащих установлению по делу. Достаточность характеризует полноту собранных по делу доказательств. Совокупность доказательств признается достаточной для разрешения гражданского дела, если собраны относящиеся к делу допустимые и достоверные доказательства, неоспоримо устанавливающие истину о всех каждом из обстоятельств, подлежащих доказыванию, либо не опровергнутые стороной (пункт 3 ст. 77 ГПК РК).

Установив истинность доказательств и определив их доказательственную силу, суд может признать полностью или частично искимые требования либо возражения против иска. Такой вывод суда основан на оценке каждого доказательства с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а всех собранных доказательств в совокупности — достаточности для разрешения гражданского дела (пункт 1 ст. 77 ГПК РК).

Суд оценивает доказательства на основе определенных правил (принципов). Эти правила содержатся в статье 16 ГПК РК (их четыре):

1) судья, который действует от имени суда, оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению. Первое названное правило выражается в известных постулатах, выработанных мировой практикой судопроизводства: «решать по совести» и «свободная оценка доказательств». Указанное правило означает, что определение достоверности и достаточности доказательств, их относимости и допустимости, а также их достаточности производится самостоятельно судьей, без внешнего влияния и воздействия. При этом судьи опираются на свои знания, исходя из возможности познания мира и установления истины, хотя и относительной;

2) внутреннее убеждение судьи не может быть интуитивным, произвольным. Оно основывается на беспристрастном, всестороннем и полном рассмотрении, имеющихся в деле доказательств в их совокупности. Оценка доказательств по внутреннему убеждению получает отражение в мотивировочной части судебного решения и правильность оценки может быть проверена судами апелляционной, кассационной и надзорной инстанций. В вынесенном судебном решении указывается, по каким основаниям одни доказательства приняты судом во внимание, а другие - им опровергнуты;

3) суд при оценке доказательств руководствуется законом, т.е. нормами материального и процессуального права, а также своей совестью. Внутреннее убеждение судьи, следовательно, складывается (формируется) под влиянием его правовых знаний, взглядов, понимания им общих начал и смысла законодательства, критериев справедливости, разумности и гуманности. При оценке доказательств особую значимость приобретает правильное толкование и уяснение смысла правовых норм, правильное применение аналогии законов и права, а также норм права в целом;

4) последнее, четвертое, правило оценки доказательств заключается в следующем: никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы. Любое представленное в суд доказательство должно быть проверено и оценено судом.

Предварительная оценка доказательств осуществляется судом и лицами, участвующими в деле, во время судебного заседания, в ходе их исследования. Окончательно оценка производится судьей при вынесении решения, когда суд признает юридические факты установленными и на их основе делает вывод о правах и обязанностях спорящих лиц. Неправильная оценка приводит к вынесению незаконного и необоснованного судебного решения.

В процессе доказывания возможно применение научно-технических средств. Сфера и порядок их использования в доказательственной деятельности предусмотрены статьей 90 ГПК РК.

Научно-технические средства вправе использовать лицо, участвующее в деле, в целях собирания доказательств. Суд может применять их в целях исследования и оценки доказательств.

Для оказания содействия при использовании научно-технических средств судом может быть приглашен специалист.

При оценке копии представленного документа или иного письменного доказательства суду надлежит проверить, не произошло ли при копировании изменения содержания копии документа по сравнению с оригиналом, гарантирует ли процесс копирования тождественность копии документа и его оригинала. Следует также определить, с помощью какого технического приема выполнено копирование и, каким образом сохранилась копия документа.

Таким образом, суд оценивает относимость, допустимость и достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности. Другими словами, суд при оценке доказательств определяет, имеет ли конкретное доказательство отношение к рассматриваемому делу, может ли то или иное обстоятельство быть подтверждено данным доказательством. Суду необходимо также установить достоверность доказательства, т.е. факт действительного существования данного доказательства. Суд оценивает достаточность доказательств и их взаимосвязь в совокупности, т.е. суд должен определить, что представленных доказательств достаточно для установления того или иного обстоятельства. Кроме того, должны быть исключены противоречия или иные несоответствия между различными доказательствами.

Результаты оценки доказательств суд отражает в решении с указанием мотивов, по которым одни доказательства приняты судом, а другие отвергнуты в качестве обоснования выводов суда. В решении суда должны быть приведены основания, по которым одним доказательством отдано предпочтение перед другими.

Совокупность юридических фактов, которые позволяют разрешить дело по существу, весьма широка и обширна. Сам по себе принцип диспозитивности невозможно рассмотреть отдельно от обязанности сторон представлять доказательства.

В науке гражданского процесса по этому поводу существуют различные подходы. Одни ученые полагают, что доказывание в гражданском процессе есть процессуальная деятельность только сторон, основанная на совокупности соответствующих процессуальных прав и состоящая в утверждении о фактических обстоятельствах дела, представлении доказательств, опровержении доказательств другой стороны, заявлении ходатайств об истребовании доказательств, участии в исследовании доказательств, дачи объяснений по поводу исследованных доказательств. Другие, напротив, определяют судебное доказывание как деятельность субъектов процесса по установлению при помощи законных процессуальных средств и способов объективной истинности наличия или отсутствия фактов, необходимых для разрешения спора между сторонами, т.е. фактов основания требований и возражения сторон. При этом, раскрывая сущность доказывания, они исходят из того, что должна быть активной роль суда в достижении истины, в процессе собирания и исследования доказательств. Суд, как они считают, имеет право ставить на свое обсуждение факты, на которые стороны не ссылались, если при этом суд не выходит за пределы оснований иска и возражений против него, и наконец, в обязанности суда входит принять все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного рассмотрения дела.

А.У. Мухамедьярова,
судья суда №2 г. Петропавловска Северо-Казахстанской области

Доказывание и доказательство в судопроизводстве Республики Казахстан

Введение.

Глава 1. Теоретические основы доказывания и доказательств в судопроизводстве.

1. Судебное доказывание и доказательство как процессуальная деятельность суда.
2. Понятие и виды судебных доказательств.
3. Предмет доказывания.
4. Средства доказывания.
5. Оценка доказательств и судебское убеждение.

Глава 2. Анализ судопроизводства Республики Казахстан.

1. Анализ судопроизводства Республики Казахстан.

2. Сравнительный анализ судопроизводства Республики Казахстан и Германии.

3. Тенденции, проблемы и перспективы развития гражданского судопроизводства в Республике Казахстан.

Заключение.

Библиография.

Введение.

В условиях современного развития государств гармонизация мирового гражданского судопроизводства является одной из актуальных задач, так как доступ к качественному правосудию, ответственного взаимодействия между судами и государственными органами и обмена информацией позволяют успешно реализовать принцип справедливости судебного разбирательства.

Известно, что справедливый и неподкупный суд — это важнейшая основа демократического и правового государства. В Республике Казахстан утверждена Концепция правовой политики на период с 2010 до 2020 года. Как комплексный программный документ, она определяет основные направления модернизации судебной системы нашей страны. Так, совершенствование судопроизводства на всех стадиях, укрепление статуса судей и обеспечение прозрачности и открытости судебной системы страны — это основные приоритетные задачи.

Исходя из вышепоставленных задач в совершенствовании судебной системы Республики Казахстан важное место в деятельности суда занимает установление истины по делу, т.е. судебное доказывание и доказательство.

Таким образом, цель автора данного исследования состоит в том, чтобы дать системный анализ литературы и судебной практики по совершенствованию судебного доказывания и доказательства в целях эффективной деятельности суда и дать конкретные рекомендации по улучшению деятельности суда в части отправления правосудия по гражданским делам и формирования объективного судебного убеждения.

Глава 1.

Доказательства используются в суде для установления фактических обстоятельств дела. Суд призван охранять права граждан, организаций, учреждений и других субъектов. Но прежде чем осуществить охрану права, надо установить, принадлежит ли истцу то право, право, которое он себе приписывает, нарушено ли это право ответчиком.

Анализ научной литературы по проблеме судебных доказательств показывает, что разработана целая концепция доказательственной деятельности суда, которая постепенно видоизменяется в соответствии с требованиями времени. Так, А.Ф. Клейман писал, что доказывание состоит в том, что стороны и другие участвующие в деле лица представляют суду доказательства, анализируют их и делают из доказательств выводы о спорных фактах. В период с 50-х годов до середины 80-х годов господствовал взгляд о том, что суд является основным субъектом доказывания. Тем более, что в

гражданском процессуальном законодательстве закреплены были положения о том, что деятельность по доказыванию осуществляется судом, сторонами и другими лицами, участвующими в деле. Закон возлагал на суд обязанность по всестороннему, полному и объективному выяснению всех обстоятельств гражданского дела (ст. 14, 48. ГПК КазССР). С середины 80-х годов 20-го столетия были введены новые изменения в концепцию доказательственной деятельности суда. Так, ГПК РК закрепляет следующие положения:

- представление и соби́рание доказательств осуществляется сторонами и другими лицами, участвующими в деле (ст.ст. 15, 65, 66, ч.3 ст.335, ст.377 ГПК РК РКи др.);

- оценка доказательств составляет прерогативу суда (ст. ст.16, 77 ГПК РК и др.). В то же время лица, участвующие в деле, также могут дать собственную оценку доказательств, но эта оценка носит личностный характер.

Согласно статье 56, ч. 2 гражданско-процессуального кодекса Республики Казахстан именно суд определяет какие обстоятельства имеют значение для дела и раскрывает суть предмета доказывания. При этом источниками определения предмета доказывания по каждому конкретному делу являются:

1) норма материального права, регулирующая правоотношение и указывающая на обстоятельства, которые следует доказать не по конкретному, а по абстрактному делу;

2) основания исковых требований и возражений, которые конкретизируют обстоятельства, подлежащие доказыванию по конкретному делу.

Таким образом, предмет доказывания по каждому делу определяет суд и представляет собой совокупность имеющих значение для дела обстоятельств, которые необходимо установить для разрешения существующего дела.

Гражданско-процессуальный кодекс предусматривает две категории фактов:

1) общеизвестные факты – факты, известные как во всем мире, Республике Казахстан и локально известные факты;

2) преюдициальные факты – факты, установленные ранее вынесенным решением или приговором суда и не подлежащие повторному доказыванию.

Исходя из ГПК РК существует шесть средств доказывания, а именно:

1) объяснения сторон и третьих лиц;

2) показания свидетелей;

3) письменные и вещественные доказательства;

1) аудиозапись;

2) видеозапись;

3) заключения экспертов и комплексная экспертиза.

На основе проведенного анализа автором имеющейся литературы по изучаемой проблематике судебное доказывание и доказательство можно определить как процессуальную деятельность суда и участвующих в деле лиц по собиранию, исследованию и оценке доказательств в целях правильного установления фактических обстоятельств рассматриваемого дела. Установление фактических обстоятельств дела осуществляется через судебное познание или разновидность познавательной деятельности человека, процесса постижения

им фактов и обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также дополнительных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. Иными словами, установление наличия или отсутствия объективных фактов с помощью судебных доказательств составляет основу судебного доказывания. В самом общем виде судебное доказывание можно определить как деятельность определенной группы субъектов гражданских процессуальных отношений, направленную на установление наличия или отсутствия юридических фактов и иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела с помощью судебных доказательств. Целью судебного доказывания является установление обстоятельств гражданского дела с помощью доказательств наличия или отсутствия юридических фактов, с которыми закон связывает наступление правовых последствий для сторон (заявителя), а также других обстоятельств гражданского дела. В 64 статье ГПК дается следующее определение судебных доказательств: «Доказательствами по делу являются полученные законным способом фактические данные, на основе которых в предусмотренном законом порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. Эти фактические данные устанавливаются объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами и заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий и иными документами». Также следует отметить, что законодатель применяет как равнозначные следующие термины:

- «протоколы процессуальных действий» (ч.2 ст.64)
- «документы» (ч.1 ст.177, ст.182, ст.201 и 204)
- «письменные доказательства» (ст.81-85, ч.2 ст.334).

В судебной практике понятие «письменные доказательства», порядок представления, использования и исследования письменных доказательств являются устоявшимися. Вместе с тем в теории гражданского процессуального права разработана классификация судебных доказательств по трем основаниям, а именно:

- характер связи доказательств с обстоятельствами дела;
- источник формирования доказательств;
- процесс формирования доказательства.

По характеру связи выделяют следующие виды доказательств:

- 1) прямые доказательства – непосредственно связаны с устанавливаемыми обстоятельствами;
- 2) косвенные доказательства – имеют более сложную и многозначную связь с устанавливаемым обстоятельством.

По источнику формирования доказательства подразделяют на:

- 1) вещественные доказательства - это письменные документы и вещественные доказательства;
- 2) личные доказательства – это свидетельские показания и объяснения сторон и третьих лиц, заключения экспертов.

По процессу формирования доказательства могут быть двух видов:

1) первоначальные доказательства – это сведения, полученные из первичного источника. Они содержатся в показаниях свидетелей-очевидцев, оригиналах договоров;

2) производные доказательства – это такие доказательства, которые возникают в результате вторичного отражения и являются отображением следов, возникших в результате первичного отражения.

В ст.77 Конституции РК записано, что при применении закона судья должен руководствоваться следующими принципами в том числе, что не имеют юридической силы доказательства, полученные незаконным способом. Данная норма находит свое содержание и в гражданском процессуальном кодексе. Доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда (ст. 69 ч.3 ГПК РК). Например, получение доказательств незаконным способом в виде обмана, угрозы, подлога документов не могут быть положены в основу решения суда. Решение суда состоит из вводной, описательной, мотивировочной частей. Именно в мотивировочной части решения суда должны быть указаны обстоятельства дела, установленные судом, доказательства, на которых основаны выводы суда об этих обстоятельствах, доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства, законы, которыми руководствовался суд.

Одним из средств получения доказательств является судебное поручение. Судебное поручение применяется в тех случаях, когда необходимые для дела доказательства находятся в другой местности. Суд, рассматривающий дело, поручает соответствующему суду выполнить определенные процессуальные действия (ст.72 ГПК РК)

Вместе с тем существует особый вид доказательств – необходимые доказательства, которые не обладают заранее определенной доказательственной силой и не имеют каких-то преимуществ перед другими доказательствами. Однако при отсутствии необходимых доказательств суд не может установить правоотношения, существующие между сторонами. Это означает, что непредставление необходимых доказательств ведет к затягиванию процесса, и, в конечном счете, к невозможности правильного разрешения спора. Поэтому основной вывод заключается в том, чтобы судья четко осознавал необходимость категории дел и видов доказательств в процессе рассматриваемого гражданского или уголовного судебного дела.

Согласно статье 56, ч.2 гражданско-процессуального кодекса Республики Казахстан именно суд определяет какие обстоятельства имеют значение для дела, и раскрывает суть предмета доказывания. При этом источниками определения предмета доказывания по каждому конкретному делу являются:

1. Норма материального права, регулирующая правоотношение и указывающая на обстоятельства, которые следует доказать не по конкретному, а по абстрактному делу;

2. Основания исковых требований и возражений, которые конкретизируют обстоятельства, подлежащие доказыванию по конкретному делу.

Таким образом, предмет доказывания по каждому делу определяет суд.

Известно, что судебное доказывание состоит из трех неразрывно взаимосвязанных этапов доказательств:

1-ый этап: представления и собирания доказательств;

2-ой этап: исследования (проверки) доказательств в судебном заседании;

3-ий этап: оценки доказательств.

Важнейшей гарантией объективности оценки доказательств служит правило свободной оценки доказательств. С точки зрения исследователя А.И. Трусова, правило свободной оценки доказательств представляет собой «дальнейшую конкретизацию конституционного принципа независимости судей и подчинения их только закону при осуществлении правосудия по конкретному делу». По мнению ряда исследователей, а именно: М.С. Строгович, Б.Т.Матюшин, М.Ф.Маликов судебское убеждение формируется в рамках деятельности по оценке доказательств и формирование собственного взгляда на фактические обстоятельства по делу может рассматриваться в качестве критерия оценки доказательств. При рассмотрении судебного суждения как результата оценки доказательств очень важное значение имеет чувство уверенности судьи в правильности произведенной оценки. Другими словами, судебское убеждение представляет собой внутреннее состояние субъекта оценки обстоятельств, для которого характерно отсутствие сомнений в доказанности или недоказанности искомых фактов. По мнению исследователя М.С.Строгович, судебское убеждение «индивидуально и субъективно, поскольку складывается у отдельных людей-судей, решающих дел».

Статья 16 ГПК РК подчеркивает, что «судья оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению...», т.е. судья дает собственную оценку рассматриваемого гражданского или уголовного дела и имеет особое мнение по основным вопросам судопроизводства. С точки зрения казахстанских исследователей-судей (А.Джумалиева, Е.Темирова, К.Тулесбаев) соблюдение требований всесторонности, полноты и беспристрастности является важным условием правильной оценки доказательств. Требование полноты фактического материала и объективности оценки – вот основа справедливого судебного суждения.

Тщательный анализ литературы, проведенный автором, по рассматриваемой проблеме показывает, что имеются различные взгляды на понятие «судебное доказывание». Так, согласно взгляду исследователя Старченко А.А. «судебное доказывание – это есть только логическое познание, мыслительная деятельность судей по оценке доказательств». Иными словами, в таком понимании из содержания судебного доказывания исключается процессуальная деятельность по представлению, собиранию и исследованию доказательств. Другая точка зрения, высказанная Курылевым С.В., состоит в том, что «судебное доказывание представляет собой совокупность процессуальных действий суда и лиц, участвующих в деле, по представлению, собиранию и исследованию доказательств.» Анализ данного подхода свидетельствует о том, что мыслительная, логическая деятельность исключается из судебного доказывания и поэтому оценка доказательств не относится к судебному доказыванию. Согласно третьей точке зрения судебное

доказывание нельзя отождествлять либо с мыслительной или только с процессуальной деятельностью суда и лиц, участвующих в деле. Это означает, что основу судебного доказывания составляют как мыслительная, так и процессуальная деятельность по собиранию, представлению, исследованию и оценке доказательств. Данный подход автор считает наиболее системным и правильным, так как в судебном доказывании органически сочетаются две равноценные стороны: мыслительная и практическая. Мыслительная (логическая) сторона доказывания подчинена законам логического мышления, а практическая (процессуальная) деятельность, а именно: процессуальные действия по доказыванию, подчинена предписаниям правовых норм. Поэтому судебное доказывание можно определить как единство двух видов деятельности: логической и процессуальной. (В.В.Молчанов, М.К.Треушников).

Глава 2.

На современном этапе развития суверенного Казахстана одним из главных достижений является независимость и постепенное становление демократического и правового государства. На пятом съезде судей Республики Казахстан (Астана, 19 ноября 2009 г.) было отмечено, что «именно судьи стали той инстанцией, в которую граждане при нарушении их прав, как правило, обращаются за защитой». Создание в нашей стране новой судебной системы сопровождается реализацией целого комплекса организационных и законодательных мер. Так, в настоящее время особое внимание уделяется реализации курса на поэтапную специализацию казахстанских судов для того, чтобы повысить качество отправления правосудия. Такой комплексный программный документ, каковым является Концепция правовой политики РК на период с 2010 до 2020 года, определяет основные направления модернизации судебной системы в рамках общего процесса правовой реформы.

Прежде всего, необходимо принять соответствующие меры по повышению уровня доверия граждан к судебной системе и ряд мер по совершенствованию и упрощению судопроизводства. В то же время необходимо сократить число споров, подлежащих рассмотрению в судебном порядке, внедрять альтернативные способы их разрешения, в том числе примирительные процедуры и медиации, что, в свою очередь, позволит придать казахстанскому суду восстановительный характер.

Изучение мирового опыта судебной практики свидетельствует о том, что совершенствование судопроизводства связано с широким применением инновационных технологий, т.е. использование электронных технологий, которые должны стать базой современного судебного процесса.

С нашей точки зрения, сравнительный анализ судебных систем различных стран и процессуальных институтов и методов позволяет выявить передовой опыт международной судебной теории и практики, а также содействовать процессуальному праву нашей страны приобретать международное измерение.

Особый интерес представляет гражданское судопроизводство Германии ввиду того, что в этой стране создана развитая и гибкая судебная система. Гражданское судопроизводство проходит в судах четырех уровней

(Федерального Суда, Высших земельных судов, Земельных Судов и Участковых Судов). В участковых судах дела рассматриваются судьями единолично. В земельных судах действуют единоличные судьи и коллегияльные камеры судей (три профессиональных судьи или профессиональный судья с двумя заседателями). Гражданские дела по первой инстанции рассматриваются в земельных и участковых судах.

Нормы гражданского судопроизводства Германии основаны на ряде принципов, среди которых важное значение имеют принципы диспозитивности, состязательности, ускорения процесса, непосредственности, гласности, свободной оценки доказательств судом, судебного заслушивания.

Диспозитивность гражданского судопроизводства состоит в том, что стороны могут самостоятельно определить начало, предмет и окончание процесса. Дело возбуждается только по заявлению истца, который определяет предмет иска. В некоторых случаях, прямо предусмотренных в законе, дело может возбудить прокурор.

Интересным является **принцип состязательности**, который предполагает, что суд основывает свое решение по делу только на доказательствах, представленных сторонами. Фактические утверждения стороны, признаваемые или не оспариваемые противоположной стороной, должны быть положены судом в основу решения без проверки. При этом суд не принимает во внимание обстоятельства, на которые не ссылаются стороны. В земельных и вышестоящих судах участие адвоката обязательно. В административных судах доказывание не ограничивается действиями сторон и всегда велось по принципу судебного следствия, а также судебного решения по вопросу об установлении фактических обстоятельств по делу.

Принцип судебного заслушивания закреплен в Конституции Германии. Поэтому каждый имеет право быть выслушанным в суде. В основу судебного решения могут быть положены только те факты, относительно которых стороны могли выразить свое мнение. Суд не может вынести решение, если явившаяся сторона не смогла представить необходимые доказательства .

Таким образом, мы видим, что в Германии созданы положительные предпосылки, обеспечивающие доступность судебной формы защиты прав субъекта, в чем и проявляется идея демократического и социального государства. В настоящее время гражданское судопроизводство Германии, также как и судопроизводство Республики Казахстан проходит этапы реформирования в целях наиболее эффективного и справедливого судопроизводства.

Вместе с тем, интересным и полезным для судебной практики нашей страны является тот факт, что с 1 января 2002 года в гражданско-процессуальное законодательство был введен институт обязательного мирового заседания.

За некоторыми исключениями, суд обязан попытаться достичь мирного решения спора перед первым судебным заседанием. На практике суд пытается достичь заключения мирового соглашения (Vergleich) до конца судебного заседания, поскольку заключение мирового соглашения избавляет

суд от необходимости проведения дальнейшей работы по делу и, прежде всего, от необходимости писать судебное решение. В случае недостижения мирового соглашения и наличия спорных фактов суд назначает судебное заседание для сбора доказательств. Спорным является только тот факт, который оспорен другой стороной процесса. При этом большое значение имеет распределение бремени доказывания между сторонами. По общему правилу бремя доказывания лежит на стороне, для которой то или иное спорное обстоятельство является выгодным. В гражданском процессе допустимы следующие средства доказывания: непосредственный осмотр средства доказывания (Augenscheinseinnahme, §§ 371 - 372 a ZPO), свидетельские показания (Zeugenaussage, §§ 373 - 401 ZPO), заключение эксперта (Sachverständige, §§ 402 -414 ZPO), документы (Urkunden, §§ 415 - 444 ZPO) и показания стороны процесса (Parteivernehmung, §§ 445 ff. ZPO). После изучения обстоятельств дела, названных сторонами и полученных средств доказывания суд выносит решение. Вынесение решения возможно либо непосредственно в судебном заседании, либо в отдельном заседании. На практике большинство решений выносятся в более позднем заседании, в котором присутствует только судья, зачитывающий вслух в пустом зале вынесенные решения.

На наш взгляд, особо следует сказать о такой форме судебного решения, как судебное решение, вынесенное в отсутствие одной из сторон в судебном заседании, несмотря на своевременное вручение повестки или же в случаях, когда сторона присутствует в зале заседаний, но не выступает в процессе.

Против вынесенного в отсутствие стороны в процессе решения допускается подача протеста в течение двух недель с момента получения решения суда. В любом случае сторона, пропустившая заседание, несет расходы, вызванные его проведением. Исходя из этого крайне важно соблюдать все установленные судом сроки. В случае неявки на следующее заседание сторона рискует окончательно проиграть процесс в данной инстанции.

Заключение.

Под воздействием компьютеризации мирового сообщества применяются разнообразные электронные технические устройства, автоматизированные сети и системы для создания, обработки и передачи документированной информации. Содержание электронного документа не отличает его от документов на других видах носителей (например, на бумаге). Для суда доказательственное значение имеет сама информация, а не ее носитель. При оценке доказательственной силы электронного документа учитывается надежность способа, с помощью которого он формировался, хранился или передавался, способа, с помощью которого обеспечивалась целостность информации, способа посредством которого идентифицировался его инициатор, и любых других соответствующих факторов.

Будущее преподнесет немало сюрпризов в области гражданского процесса. Наиболее существенным станет приобретение процессом электронной формы. Электронная форма процесса.

Литература:

1. Баймолдина З.Х. Гражданское процессуальное право Республики Казахстан. Том 1. Общая часть. Учебник. Алматы: КазГЮА, 2001. – 416с.
2. Прюттинг Х. Новейшие тенденции немецкого гражданского процессуального права.
3. Решетникова И.В., Ярков В.В. Гражданский процесс: Курс лекций. М., 2005.
4. Справедливый суд-важнейшая основа демократического и правового государства. Материалы 5-го съезда судей Республики Казахстан. Астана, 2009.
5. Сулейменова Г.Ж. Суд и судебная власть в Республике Казахстан. Часть 1. Алматы, 1999.
6. Старченко А.А. Логика в судебном доказывании. –М.: Госюриздат, 1958
7. Треушников М.К. Судебные доказательства. М.: Городец, 1999.
8. Трубников П.Я. Судебное разбирательство гражданских дел. М.: госюриздат, 1962.
9. Тулесбаев К. Электронные документы в качестве доказательства.
10. Шторм М. Будущее гражданского судопроизводства.

Ш. М.Нусупова,

судья специализированного межрайонного экономического суда г. Астаны

Особенности и проблемы доказывания при рассмотрении экономических споров в суде

Как мы все знаем, и это закреплено гражданским процессуальным кодексом, доказательствами по делу являются полученные законным способом фактические данные, на основе которых в предусмотренном законом порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. Эти фактические данные устанавливаются объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами, заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий, протоколами судебных заседаний, отражающими ход и результаты процессуальных действий, и иными документами.

При этом, в силу законодательства, суд освобожден от сбора доказательств, поскольку именно стороны, должны доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основания своих требований и возражений и представить доказательства.

Однако суды в целях установления истины по делу, в ходе подготовки дела к судебному разбирательству, определяют круг доказательств, необходимых для подтверждения доводов истца и возражений ответчика, предлагая сторонам представить те или иные доказательства, назначить экспертизу, вызвать свидетелей, привлечь третьих лиц, специалистов и так далее. И каждое доказательство затем подлежит оценке с точки зрения относимости,

допустимости, достоверности и в совокупности достаточности для разрешения гражданского дела.

В рамках обсуждаемой темы долевого участия экономический суд г.Астаны рассматривает дела по искам прокурора в интересах ЖСК о расторжении договоров долевого участия, взыскании убытков в связи с расторжением договоров, неустойки за нарушение условий обязательств.

Доказательствами, допустимыми при рассмотрении таких споров являются:

- договор о долевом участии в строительстве жилого дома с приложением к нему – спецификация;
- документы, подтверждающие оплату доли членами ЖСК.

Поскольку передаются в счет взысканной суммы недостроенное строение и земельный участок, то:

- если земельный участок в собственности застройщика, то правоустанавливающие документы, либо при отсутствии ответчика, в уполномоченных государственных органах истребуются документы, подтверждающие наличие права на объект недвижимости.

В любом случае, при рассмотрении каждого конкретного дела необходимо определять круг доказательств, необходимых для разрешения дела по существу, и лиц, чьи интересы затрагиваются данным спором. Так, надзорной коллегией по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан отменено решение СМЭС по иску прокурора г.Астаны к Товариществу с ограниченной ответственностью «Бонита Инжиниринг» о расторжении 147 договоров о долевом участии при строительстве жилья в Жилом комплексе «Нурсая», взыскании основного долга в сумме 2 780 351 719 тенге, обязанности передать недостроенный объект Жилого комплекса «Нурсая» в пользу ЖСК «Нурсая ЮК» для завершения строительства, находящегося по адресу: город Астана, левый берег реки Ишим, Южный квартал, ввиду того что суд не привлек к участию в деле третьих лиц, чьи права затрагиваются и не исследовал доказательства, которые эти лица в дальнейшем предоставили. При новом рассмотрении суд привлек залогодержателя АО «Народный Сберегательный банк Казахстана», кредиторов ТОО «Компания «Бизнес Строй», ГФ «Центр комплексного развития «Сары-Арка», ТОО «АҚҚБ «Жаңа құрылыс», АО «Лизинговая компания «Астана-финанс», АО «Кредитная компания «Астана-Финанс» и других известных суду дольщиков данного жилого комплекса «Нурсая» и рассмотрел по существу в соответствии со сложившейся судебной практикой.

В целом необходимо отметить, что дела данной категории не вызывают особых затруднений, практика наработана, единственно, что иски предъявляются с приложением большого количества договоров долевого участия и платежных документов, каждый из которых необходимо проверить на достоверность и допустимость.

Б.М. Садуакасов,
начальник управления правового обеспечения департамента
Национальной экономической палаты
Казахстана «Союз Атамекен»

Согласно Устава Национальная экономическая палата Казахстана «Союз «Атамекен» является некоммерческой организацией в форме объединения юридических лиц, созданный в целях координации предпринимательской деятельности, представления и защиты общих имущественных и иных законных интересов своих членов.

Вместе с тем, последние годы в НЭПК «Союз «Атамекен» поступают обращения не только субъектов МСБ, но и участников долевого строительства, а точнее дольщиков. В качестве примера приведу выдержку одного из многочисленных обращений, поступающих со стороны дольщиков.

2005 году между гр-м. Раисовым А.Н и ТОО «Ак-ауыл» был заключен договор о долевом участии в строительстве многоквартирного жилого комплекса «Дипломат» (далее - договор). Согласно договору в 2008 году ТОО «Ак-ауыл» сдал в эксплуатацию жилой комплекс «Дипломат» и передал трехкомнатную квартиру гр. Раисову А.Н. согласно договору о передаче имущества. Согласно договору о передаче имущества и Закону Республики Казахстан «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» права на недвижимое имущество возникают с момента их государственной регистрации в правовом кадастре. Однако гр. Раисов А.Н. получил отказ после сдачи заявления в Департамент юстиции города Астаны на государственную регистрацию права на недвижимое имущество. Причиной отказа в регистрации договора передачи является то, что на все объекты застройщика, включая и регистрируемое имущество, наложен арест определением межрайонного экономического суда города Астаны.

В связи с этим, оценив вышеизложенную ситуацию, просим Вас разъяснить в какие инстанции необходимо обращаться дольщику для защиты личных интересов и прав и в качестве ответчика кого привлекать.

А.К. Нурлумаева,
судья апелляционной судебной коллегии Костанайского областного суда

Роль суда и сторон в доказывании

Гарантированное статьей 13 Конституции Республики Казахстан право на судебную защиту предполагает не только возможность обращения заинтересованного лица в соответствующий суд, но и понуждает его к активному участию в подтверждение своих требований. Привлеченный к суду ответчик также должен употребить усилия по своей защите.

Статья 15 ГПК РК закрепляет принцип равноправия и состязательности сторон, однако в судебной практике возникают много вопросов как правильно

соблюдать требования указанного принципа в гражданском судопроизводстве, какие процессуальные действия суда могут являться нарушением статьи 15 ГПК РК; каковы правовые последствия ее несоблюдения; влечет ли нарушение судом состязательности отмену состоявшегося решения в апелляционной и надзорной инстанциях.

Для ответа на поставленные вопросы необходимо уяснить основные критерии относительно состязательности:

1) это – процессуальная активность сторон, направленная на установление истины по делу;

2) это – обязанность сторон сообщать сведения об имеющих значение для дела юридических фактах и представлять необходимые доказательства, поддерживающие требования или возражения, отстаивая в судебном споре свою правоту;

Таким образом, закон однозначно возлагает бремя доказывания на стороны: «Каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений (ч.1 ст.65 ГПК); доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле (ч.3 той же статьи).

При этом, обязанность доказывания имеет материально-правовое и процессуальное содержание. Материально-правовое содержание этой обязанности состоит в том, что в случае ее невыполнения обязанным субъектом доказывания и невозможности получения доказательств, суд имеет право признать факт, на который ссылалось заинтересованное лицо, не существовавшим, или, наоборот, какое это имеет место при действии презумпций, существовавшим, если иное не доказано другой стороной.

Обязанность по доказыванию с процессуальной стороны означает представление доказательств, отстаивание своих утверждений в ходе исследования доказательств. Суд предлагает представить необходимые или дополнительные доказательства не любому субъекту доказывания, а тому, на котором лежит обязанность доказывания и только в случае невозможности их представления помогает собирать доказательства, оказывает содействие в их истребовании. Если бы такой обязанности не предусматривалось законом по отношению к заинтересованным лицам, суд оказался бы лишены права требования от них доказательств.

Обязанность представления доказательств как процессуальная обязанность вменяется не только сторонам, но и другим субъектам доказывания. Третье лицо, заявляющее самостоятельные требования на предмет спора, пользуется всеми правами и выполняет все обязанности истца, доказывает обстоятельства, которыми оно обосновывает свои требования. Третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований, должно доказывать факты, влияющие на его отношение со стороной в процессе. Прокурор и другие организации или граждане, предъявляющие иск в защиту интересов других лиц, обязаны доказать обстоятельства, лежащие в основании предъявленного ими иска.

Исключения из общего правила распределения обязанностей по доказыванию устанавливаются путем презумпции, то есть предположения

о существовании факта или его отсутствия, пока не доказано иное. В гражданском праве наиболее распространены две доказательственные презумпции:

- 1) презумпция вины причинителя вреда;
- 2) презумпция вины лица, не исполнившего обязательство или исполнившего его ненадлежащим образом. При разрешении споров о возмещении вреда причинитель вреда обязан доказать, что вред причинен не по его вине.

Как способ борьбы против сокрытия доказательств в п.10 ст.66 ГПК РК введены презумпции законом, так в отношении стороны, удерживающей у себя и не представляющей по требованию суда письменное или вещественное доказательство, суд вправе установить, что содержащиеся в доказательстве сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, стороной признаны.

В п.8 ст.91 ГПК РК также закреплено, что в случае уклонения стороны от участия в экспертизе (неявки на экспертизу, непредставление экспертам необходимых предметов исследования и тому подобное), когда по обстоятельствам дела без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также, какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым.

Таким образом, распределение обязанностей по доказыванию, основанных на презумпциях, состоит в том, что при особой трудности доказывания определенного факта закон освобождает сторону от этой обязанности, если доказан связанный с ним другой факт.

Презумпции освобождают сторону от обязанности доказывания, но не лишают ее права приводить доказательства, обосновывать наличие факта. В нормах материального права имеются также иные способы распределения обязанностей по доказыванию.

Например, гражданин или организация вправе требовать по суду опровержения, порочащих их честь и достоинство сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности. В этой норме нет презумпции. В силу ст.143 ГК РК обязанность доказывать соответствие действительности распространенных сведений лежит на ответчике, истец обязан доказать лишь сам факт распространения сведений лицом, к которому предъявлен иск».

Закон устанавливает такую норму, исходя из целей защиты достоинства и чести, а также исходя из того, что распространивший сведения до процесса располагает доказательствами, а поэтому ему и необходимо доказывать соответствие распространенных сведений действительности.

При разрешении трудовых споров обязанность по доказыванию определяется, исходя из специфики трудовых отношений.

Например, при рассмотрении исков о восстановлении на работе лиц, уволенных по инициативе работодателя, обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для увольнения, возлагается на

последнего. По искам о взыскании заработной платы, о выплате компенсаций, доказательства, подтверждающие расчеты, обязана представить также администрация, поскольку она осуществляет контроль за количеством, качеством труда и его оплатой.

С учетом изложенного, можно сделать вывод о том, что критерием оценки выполнения стороной обязанности доказывания является достаточность доказательств, представленных в подтверждение своих требований.

Однако, когда представление доказательств для сторон и других лиц, участвующих в деле, затруднительно (это касается представления письменных и вещественных доказательств, например, когда они находятся в государственных органах, организациях, у граждан, которые отказываются представить их по предложению стороны, а также получения заключения эксперта, которое по закону может быть дано только по определению суда или судьи), они вправе ходатайствовать перед судом об их истребовании; в таких случаях суд (судья) оказывает лицам, участвующим в деле, содействие в собирании доказательств: истребует от граждан или организаций письменные и вещественные доказательства, назначает экспертизу (п.3,6 ст.66 ГПК). Порядок реализации права стороны собрать письменные или вещественные доказательства с помощью суда определен соответственно в п.5 ст.66 ГПК, в которых говорится, что лицо, ходатайствующее перед судом об истребовании письменного или вещественного доказательства от лиц, участвующих или не участвующих в деле, должно: во-первых, обозначить письменное доказательство или описать вещь (указать, какой конкретно документ и от кого просит истребовать и т.д.); во-вторых, указать причины, препятствующие самостоятельному их получению, в-третьих, привести основания, по которым оно считает, что доказательство находится у данного лица или в организации.

Само по себе закрепление в ГПК норм, обязывающих стороны доказывать обстоятельства, на которые они ссылаются как на основания своих требований и возражений, было бы малоэффективным, если бы закон не предусмотрел последствия неисполнения ими этой обязанности. Гражданско-процессуальный кодекс Республики Казахстан такие последствия устанавливает, что обеспечивает реальное действие принципа состязательности и освобождает суд от несвойственных ему функций, не допускает злоупотреблений со стороны лиц, участвующих в деле.

Неисполнение сторонами обязанностей по доказыванию и злоупотребление правами могут проявляться как в уклонении истца или ответчика от явки в суд, так и, при их явке, в непредставлении ими доказательств в установленные судом (судьей) сроки, затягивании рассмотрения дела по различным надуманным причинам (желание пригласить для участия в деле в качестве представителя адвоката либо заменить уже участвующего адвоката на другого, хотя времени для этого им было предоставлено достаточно). Поэтому в апелляционном разбирательстве право представления доказательств в силу части 2 ст.355 ГПК РК сопряжено с обязанностью подтвердить невозможность их использования в суде первой инстанции. Вместе с тем, никто не ставит под сомнение действие в апелляционной и кассационных инстанциях принципа состязательности.

При рассмотрении дела в апелляционном порядке суд проверяет законность и обоснованность судебных актов по имеющимся в деле материалам и дополнительно представленным материалам (ст.347 ГПК РК). Рассмотрение дела в апелляционной инстанции начинается с подготовительной части: объявлением председательствующего о том, какой судебный акт и по чьей жалобе (протесту) пересматривается, кто входит в состав суда, и кто из лиц, участвующих в деле, присутствует в зале судебного заседания (ч. 1 ст. 351 ГПК РК). Важным для действия принципа состязательности в этой части является присутствие лиц, участвующих в деле. Рассмотрение дела в отсутствие кого-либо из участвующих в деле лиц, не извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, принятия судом постановления о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, влечет за собой нарушение принципа состязательности. Суд на такой случай должен принять определение об отложении слушания дела, обеспечив тем самым реализацию принципа состязательности. Важно также для реализации принципа состязательности лицам, участвующим в деле, своевременно, если есть основания, заявить отвод составу суда либо прокурору, принимающим обязательное участие в апелляционном производстве. (Здесь возможно и участие переводчика, которому также, согласно ч. 1 ст. 41 ГПК РК может быть заявлен отвод).

После разрешения заявленных отводов и ходатайств суд апелляционной инстанции приступает к слушанию дела, где слово предоставляется лицу, подавшему апелляционную жалобу (протест). Участвующие в деле лица могут заявить на этой стадии ходатайства, которые разрешаются коллегией в соответствии с требованиями ст.353 ГПК РК. При этом, законодательно установленные процессуальные сроки (ст.349 ГПК РК) не позднее месячного срока со дня поступления жалобы или протеста и порядок рассмотрения дел на этой стадии гражданского процесса, обеспечивают реализацию принципа состязательности.

Как реализация принципа состязательности и равноправия сторон в ст.187 ГПК РК установлены последствия неисполнения стороны обязанности по доказыванию.

1. Закон требует от сторон в случае их неявки в суд известить его о причинах неявки и представить доказательства уважительности этих причин.

2. Если истец не просил рассмотреть дело в его отсутствие и не явился в суд по вторичному вызову, а ответчик не требует разбирательства дела по существу, суд оставляет заявление без рассмотрения, что влечет окончание процесса (п.7 ст.249 ГПК). Если же истец просил рассмотреть дело в его отсутствие (а он и ответчик вправе это сделать согласно ч.5 ст. 187 ГПК) либо если ответчик потребует разбирательства дела по существу при отсутствии такой просьбы (это может быть нужно для обеспечения защиты его прав, когда ответчик уверен, что в иске должно быть отказано, и не желает сохранять за истцом право на повторное обращение в суд с таким же иском, которое он будет иметь в случае оставления заявления без рассмотрения), дело может быть рассмотрено судом в отсутствие истца (если суд не признает его участие в судебном заседании обязательным) по имеющимся в деле доказательствам.

3. Если ответчик не представляет в установленный судьей (судом) срок письменные объяснения на иск и доказательства в обоснование своих возражений, то это в случае его неявки в судебное заседание, не препятствует рассмотрению дела по имеющимся доказательствам (ч.2 ст.170 ГПК). Как указывалось, стороны обязаны в каждом случае неявки в суд известить его о причинах неявки и представить доказательства уважительности этих причин. Суд теперь согласно ч.4 ст.187 ГПК РК вправе рассмотреть дело в отсутствие ответчика если:

- сведения о причинах неявки отсутствуют;
- сведения о причинах неявки имеются, но суд признает их неуважительными;
- ответчик умышленно затягивает производство по делу.

При этом, рассмотрение дела в отсутствие стороны в любом производстве (в том числе, вынесение определения об оставлении заявления без рассмотрения по мотивам вторичной неявки истца) допустимо только в том случае, если эта сторона надлежащим образом извещена о времени и месте судебного заседания. Важное значение для исследования состязательности имеет и решение вопроса о влиянии данного принципа на рассмотрение дела в отсутствие одной из сторон, то есть заочно. Такую возможность предусматривает ст.260 ГПК РК при соблюдении судом содержащихся в ней предписаний. Следует учесть, что отсутствующий участник процесса, независимо от подачи им пояснений по делу, доказательств в подтверждение своих возражений, не имеет возможности подвергнуть критике доводы другой стороны, однако данное право является важным правилом состязательности. Реальное исполнение статьи 15 ГПК РК обеспечивается при осведомленности противоположной стороны о доводах другой стороны. Процесс, состоявшийся в заочном производстве, нельзя признать состязательным, поскольку неизвестно, с кем в таком случае состязается активная сторона. Правило нового процессуального закона о отсутствовавшем ответчике (статья 264 ГПК РК) как раз и направлено на разбирательство спора с учетом требований статьи 15 ГПК РК. Кроме того, суд обязан направить отсутствующей стороне копию решения суда. Вместе с тем принцип состязательности требует, чтобы отсутствующему участнику была вручена и копия постановления апелляционной инстанции.

Что касается неявки представителя лица, участвующего в деле, извещенного о времени и месте судебного разбирательства (адвоката и др.), то данное обстоятельство не является препятствием к рассмотрению дела (ч.6 ст. 187 ГПК), так как лицо, участвующее в деле, при желании может иметь представителя, обеспечить его явку в суд. Неисполнение им этой обязанности, равно как и нежелание его лично участвовать в судебном заседании и представлять доказательства, не должны отражаться на правах других лиц, участвующих в деле; влиять на разбирательство их дела судом в состязательном процессе. В таком процессе стороны сами решают, участвовать в нем или нет, доказывать свои доводы и возражения или нет. Главное - чтобы

ими были созданы надлежащие условия для добровольного участия, и они были осведомлены о своих правах, обязанностях и возможных последствиях своего пассивного поведения.

В п. 10 ст.66 ГПК РК в соответствии со смыслом принципа состязательности закон установил негативные последствия для стороны, удерживающей у себя и не представляющей по требованию суда письменное доказательство, суд в этом случае вправе установить, что содержащиеся в нем сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, стороной признаны. Положение этой нормы закона распространяется и в отношении стороны, не представляющей по требованию суда вещественное доказательство, хотя в самой диспозиции п.2 ст.83 ГПК РК это четко не сформулировано. В соответствии с п.8 ст.91 ГПК в случае уклонения стороны от участия в экспертизе (неявки на экспертизу, непредставления экспертам необходимых предметов исследования и тому подобное), когда по обстоятельствам дела без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым.

Все названные выше нормы закона и обеспечивают соблюдение принципа равноправия и состязательности сторон в гражданском судопроизводстве. Так, если сторона уклоняется от выяснения какого-либо обстоятельства с помощью имеющихся у нее письменных или вещественных доказательств либо участия в экспертизе, то это расценивается как злоупотребление или нежелание участвовать в состязательном процессе и может повлечь для нее неблагоприятные последствия в виде признания судом того, что сторона это обстоятельство не доказала либо не опровергла.

Например при восстановлении на работе, ответчик, обязанный доказать, что сокращение штата работников имело место, не представило по требованию суда штатные расписания, суд руководствуясь ст.65 и ч. 1 ст.82 ГПК, вправе установить, что ответчик не доказал этого обстоятельства, и вынести решение об удовлетворении иска.

Однако всегда необходимо помнить, что нормы, закрепленные в ст.65, 82, 91 ГПК, предоставляют суду право сделать определенные выводы о доказанности или не доказанности тех или иных обстоятельств, но не обязывают его к этому. Суду при их применении надо учитывать и другие имеющиеся в деле доказательства, т.к. их может быть достаточно, чтобы сделать иные, вполне определенные выводы (например, имеются другие письменные, вещественные доказательства, заключения экспертов, достаточные для другого вывода о доказанности или не доказанности обстоятельств).

Уменьшение роли суда в собирании доказательств по гражданским делам с учетом ст.15 ГПК РК не означает снижения его роли в гражданском судопроизводстве. Так, в целях обеспечения состязательного процесса и создания условий для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела суд (судья) разъясняет лицам, участвующим в деле, их права и обязанности п.3 ст.15 ГПК. Например, обязанность стороны доказать

обстоятельства и к определенному сроку представить суду соответствующие доказательства, право ответчика предъявить встречный иск и т.д. В тех случаях, когда по обстоятельствам дела предъявление встречного иска является единственным процессуальным средством защиты от иска первоначального, разъяснение этого права особенно необходимо. Это касается случаев с жилыми помещениями. Например, когда наймодатель предъявляет иск о выселении гражданина из жилого помещения, наниматель которого умер, по тем основаниям, что ответчик является временным жильцом, а ответчик в возражениях на иск утверждает, что он был вселен в жилое помещение нанимателем в качестве члена семьи для постоянного проживания и приобрел право на это помещение, ответчику следует разъяснить, что в такой ситуации средством защиты от иска является предъявление встречного иска о признании права на жилое помещение.

Разъяснение права на предъявление встречного иска закреплено и в п.9 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан « О практике рассмотрения судами споров о праве на жилище, оставленное собственником» от 20 апреля 2006 года, согласно п.9 «при рассмотрении иска собственника о выселении лица, проживающего в его жилище, суду необходимо проверить основания вселения этого лица в жилище. Если оно вселилось по распоряжению Акима, по суду необходимо привлечь его к участию в деле с разъяснением права на предъявление встречного иска к собственнику о прекращении права собственности по основаниям, предусмотренным законом».

Как видно из изложенного, разъяснение судом лицам, участвующим в деле их прав и обязанностей, не пустая формальность, а эффективное средство организации состязательного процесса.

Для соблюдения принципа состязательности и равноправия сторон суд (судья) также предупреждает лиц, участвующих в деле, о последствиях совершения или не совершения процессуальных действий. Например, в случае отказа истца от иска разъясняет ему, что производство по делу будет прекращено; вопрос, который истец поставил в исковом заявлении, судом решен не будет, а повторное обращение в суд с таким же иском невозможно; в случае непредставления истцом или ответчиком в установленный срок доказательств, которые они обязаны представить, дело может быть рассмотрено по тем доказательствам, которые в деле имеются.

Кроме того, в случаях, предусмотренных ГПК РК, суд (судья) оказывает лицам, участвующим в деле, содействие в осуществлении их прав, например, в соответствии с п.2 ст.66 ГПК, по их ходатайству содействует им в собирании доказательств, которые они сами представить не в состоянии.

Новый ГПК РК определяет обязанности суда (судьи) по созданию условий для состязательного процесса, которые он выполняет с учетом особенностей каждого конкретного дела.

А именно, еще на стадии подготовки дела к судебному разбирательству судья в зависимости от категории дела должен определить:

- какие обстоятельства имеют значение для дела (даже если стороны на них не ссылаются);

- какая сторона должна их доказывать;
- установить разумный срок для представления доказательств и возражений (ч.2 ст.66, п.4 ч.2 ст. 166, ст. 170 ГПК).

В это же время судья должен решить главное действие, предусмотренное в п/п.2 ч.2 ст. 166 ГПК, - «определение правоотношений сторон и закона, которым следует руководствоваться», так как правильное и своевременное разрешение судьей этой задачи обеспечит вынесение законного и обоснованного решения.

Таким образом, суд разрешает заявленный спор на основе анализа норм материального права, регулирующего спорные отношения.

С учетом изложенного, можно сделать вывод, что роль суда в гражданском судопроизводстве состоит в том, что он должен создать лицам, участвующим в деле, необходимые и равные процессуальные условия. Принцип состязательности должен включать в себя активность суда в руководстве судебным процессом, так как это и есть логичное продолжение сущности состязательного процесса. Объективным подтверждением данному выводу служат изложенные выше нормы закона, из которых прямо следует, что суд действует не в качестве самостоятельного исследователя, а в роли помощника сторон.

Главным в данном случае является и то, что соотношение состязательности и установление объективной истины по делу должны быть во взаимодействии и взаимодополнении, поскольку вынесение законного и обоснованного решения по делу является целью всего процесса, а состязательность является средством достижения такого результата. При этом, равные права и обязанности сторон в процессе являются условиями для реализации состязательности.

А.К Нурлумбаева,
судья апелляционной судебной коллегии
Костанайского областного суда

Расчетная площадь квартиры в договоре долевого участия

Экономическая реформа, переход к рыночной экономике, широкая приватизация принесли в повседневную жизнь наряду с положительными результатами и новые негативные явления, среди которых отмечается нарушение прав граждан при исполнении договоров на приобретение жилых помещений в совместно строящихся многоквартирных домах.

В настоящее время государство в условиях рыночной экономики жилищное строительство фактически передала хозяйствующим субъектам и фирмам, которые в основу своей коммерческой деятельности по извлечению прибыли и положили принцип привлечения денежных средств граждан для строительства жилых многоквартирных домов.

Возможность реализации права граждан на собственное жилье за счет своих собственных средств без ограничения площади, нашла свое отражение

в главе 22 (договора подряда) Гражданского кодекса РК и Закона РК «О жилищных отношениях».

Договоры граждан с организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства жилых многоквартирных домов, коттеджей, носят самые различные названия: подряда, долевого участия в строительстве, совместной деятельности, приобретения квартиры по безвозмездному договору, в том числе с привлечением трудового участия гражданина - дольщика, купли - продажи квартиры с рассрочкой платежа, безвозмездной передачи квартиры в собственность, уступки требования (цессии) и других. Однако все названные договоры содержат один и тот же предмет, условия участия в нем сторон, их взаимные права и обязанности.

Особенность возникших между сторонами отношений по договору строительного подряда заключается в том, что гражданин вступает в правоотношения по строительству своей квартиры непосредственно с подрядчиком, а именно со строительной организацией, осуществляющей строительство жилого дома.

В строительстве жилого помещения подрядчик принимает на себя функции юридического заказчика по строительству определенного объекта жилой недвижимости (самостоятельно или с помощью третьих лиц) с обязательством передать гражданину в собственность обусловленное договором жилое помещение по окончании строительства и сдачи дома в эксплуатацию.

В соответствии со ст. 616 ГК РК по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать её результат заказчику в установленный срок, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его (уплатить цену работы).

В соответствии со ст. 620 ГК РК в договоре подряда указываются начальные и конечные сроки выполнения работы. По соглашению между сторонами в договоре могут быть предусмотрены также сроки завершения отдельных этапов работ (промежуточные сроки).

Указанные в договоре подряда начальный, конечный и промежуточные сроки выполнения работы могут быть изменены в случаях и в порядке, предусмотренных договором.

В соответствии со ст. 392 ГК РК при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случаях его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

В договорах стороны предусматривают общую площадь предоставляемого жилья для определения стоимости 1 кв. м., с оговоркой, если по результатам технической инвентаризации ЦРН после окончания строительства фактическая общая площадь квартиры, передаваемой участнику в качестве доли от результата участия в совместном строительстве жилого комплекса, увеличивается или уменьшается, относительно проектной площади стороны заключают дополнительное соглашение о пропорциональном увеличении либо уменьшении стоимости квартиры.

Также в общую стоимость предоставляемого жилья включались площади балкона и лоджии с коэффициентами 0,2 и 0,3, соответственно были и другие коэффициенты.

Анализ рассмотренных дел позволяет сделать вывод о том, что споры возникают не только при нарушении обязательства сторон, но и при неправильном толковании условий договора, в частности расчетной площади квартиры.

Расчетная площадь - общая площадь каждой квартиры, определяемая для целей настоящего договора как сумма площади всех частей квартиры, включая площадь помещений вспомогательного использования, а также балконов, лоджий, веранд и террас с применением понижающих коэффициентов. В свою очередь вспомогательные помещения квартиры (Принадлежности жилых комнат) конструктивно обособленные функциональные неделимые части квартиры (принадлежности площади основного назначения), площадь которых в соответствии с правилами государственного учета учитывается в составе общей площади квартиры. Назначение вспомогательных помещений предусматривается проектом и признается в административном порядке. Вспомогательные помещения, назначение которых не указано в проекте и/или не признано в административном порядке, объектами оценки не являются.

Общая площадь - сумма площади всех частей квартиры, включая площадь помещений вспомогательного использования, за исключением балконов, лоджий, веранд и террас.

Жилая площадь - сумма площади всех жилых комнат квартиры.

Взнос Участника в доленое строительство - установленная договором денежная сумма, равная произведению расчетной площади на инвестиционную цену одного кв. метра.

Таким образом, расчетная площадь квартиры является предварительной, после окончания строительства производится обмер готовой квартиры и на основании обмера выдается технический паспорт с указанием общей площади, далее одной из сторон выплачивается компенсация за разницу площадей.

При этом, понятие расчетная площадь является в первую очередь понятием инвестиционным, то есть в стоимость одного расчетного метра включается стоимость межкомнатных стен и так далее. В самом договоре нет подробного описания понятия расчетный метр, и то, что один расчетный метр не равен одному квадратному метру общей площади, напротив, в отдельном пункте договора застройщик производит ссылку на то, что по окончании строительства квартира подлежит обязательному уточнению на основании данных обмера РГП «Центр по недвижимости».

Таким образом, если по результатам технической инвентаризации Центра по недвижимости после окончания строительства фактическая общая площадь квартир, передаваемых Участнику в качестве доли от результата участия в совместном строительстве жилого дома, уменьшается от проектных площадей, производится перерасчет по изменению размера участка участника в совместной деятельности по строительству дома.

Однако названное требование договора, как следствие п.2 ст.9 Закона РК « О долевом участии в жилищном строительстве» от 12 января 2007 года не всегда соблюдается судами, а зачастую просто проигнорированы.

Примером служит гражданское дело по иску Н. к ТОО «High Vill Kazakhstan» о признании частично недействительным договора №162 от 19.10.2006г. и взыскании излишне уплаченной суммы. В обоснование своих требований истец указала, что 19 октября 2006 года между ответчиком и Альбековым С.К. был заключен договор № 162 на долевое участие в финансировании строительства жилья, согласно которому Альбеков С.К. выступил в качестве дольщика строящегося ответчиком жилого комплекса, расположенного в г.Астане, на правом берегу реки Ишим, Блок «А». Договором цессии от 12.04.2007г. Альбеков С.К. уступил право требования на квартиру Ищанову М.К. При этом, в этот же день было заключено трехстороннее дополнительное соглашение №1 к Договору №162. Договором цессии от 02.10.2007г. Ищанов М.К. уступил права требования на квартиру Нурлумбаевой А.К. Договор №162 был дополнен трехсторонним дополнительным соглашением от 03.10.2007г. По условиям договора жилое помещение имеет расчетную площадь, равную 75,19 кв.м., стоимость жилого помещения составляет 15 784 860 тенге. Стоимость одного квадратного метра жилья составила 209933 тенге. В связи с имеющимися недостатками квартиры не принята ею по Акту приема-передачи, не подписан и Договор передачи недвижимости. При ознакомлении с техническим паспортом на квартиру она обнаружила несоответствие между оплаченной площадью квартиры (75,19кв.м.) и фактической общей площадью, указанной в техпаспорте и составившей 66.10 кв.м. На претензию от 6 октября 2008г. с просьбой возратить в денежном эквиваленте стоимость разницы между оплаченной площадью и указанной в техпаспорте, ответчик не ответил. Считает, что ответчик в нарушение СНиП РК 3.02-01-2001 «Жилые здания», в своих интересах применяет в договорах долевого участия другие понятия, в частности, расчетной площади, которая характеризует правильность хода строительства на определенном этапе, а именно после возведения стен, и относится к предварительным параметрам строительства, но никак не к конечному результату - готовым квартирам. Полагает, что застройщики должны предвидеть в определенных количественных показателях ожидаемые изменения в площади квартир после отделочных работ и соответственно указывать в договорах долевого участия фактические площади, на которые и ориентируется дольщик при принятии решения о заключении договора. В связи с чем, ею была излишне оплачена разница между общей площадью по договору (71,25) и фактической общей площадью квартиры, указанной в техническом паспорте (66,10). И в соответствии со ст.9 Закона РК «О долевом участии», оплате подлежит полезная площадь. Истица просит суд признать частично недействительным договор №162 от 19.10.2006г. в части определения площади, подлежащей оплате, пункты 1.3.1,1.3.2,1.3.3., приложение 2- в части включения межкомнатных перегородок, примечания к приложению 2 договора «стороны относительно «расчетной площади», указанной в понятиях, используемых в настоящем договоре» пришли к соглашению, что расчетная

площадь составляет, как указано в данном плане, 75,19 кв.м., и взыскать излишне уплаченную сумму в размере 2 154 962 тенге и судебные расходы.

Решением Алматинского районного суда г.Астаны от 2 февраля 2009 года в иске отказано, со взысканием истца в ТОО «High Vill Kazakhstan» представительских расходов сумме 100 000 тенге.

Истица обжаловала данное решение, однако постановлением Алматинского городского суда в удовлетворении апелляции жалобы Н. отказано. В обоснование отказа апелляционная инстанция указала о необходимости буквального толкования условий договора, однако Условиями договора предусмотрено: п. 1.3.1 по соглашению сторон оплате подлежит расчетная площадь квартиры, которая определяется путем замера по внутренней части внешних стен по периметру всей квартиры и застекленной лоджии, при этом в указанную площадь включена площадь, занимаемая межкомнатными перегородками, встроенными шкафами, колоннами, вентиляционными шахтами и иными инженерными коммуникациями.

Пунктом 1.3.2 Договора предусмотрено, что расчетная площадь квартиры подлежит уточнению на основании данных предварительного обмера квартиры Республиканского Государственного предприятия «Центр по недвижимости по городу Астана» Министерства юстиции Республики Казахстан.

Также в п. 1.3.2.1 Договора стороны определили, что если отклонение расчетной площади квартиры, указанной Застройщиком, от данных предварительного обмера квартиры РГП «Центр по недвижимости по городу Астана» МЮ РК не превышает 4 %, то перерасчета долевого взноса не производится. Если такое отклонение площади превышает 4 %, стороны осуществляют перерасчет долевого взноса, производят возврат либо доплату за разницу между учитываемым процентом погрешности и процентом, превышающим такой учет в течение 20 дней с момента получения результатов обмеров. В пункте 1.3.3. оговорено, определение общей площади квартиры, производится на основании данных обмера квартиры РГП «Центр по недвижимости по г.Астана» МЮ РК, при проведении технической инвентаризации при приемке государственной комиссией законченного строительством объекта, при этом стороны понимают и соглашаются, что оплате подлежит расчетная площадь квартиры, указанная в п 1.3. настоящего Договора.

Таким образом, условия договора подтверждали доводы истицы.

С учетом вступившего в законную силу решения Верховного Суда Республики Казахстан от 24 ноября 2008 года, которым постановлено «Признать пункт 5 Типового договора о долевом участии в жилищном строительстве, утвержденного постановлением Правительства РК от 23 декабря 2006 года №1275, недействующим в части указанного в скобках следующего содержания (Договором может быть предусмотрен иной порядок расчета стоимости жилища), полагаю с целью исключения различного толкования условий договора о долевом строительстве законодательно закрепить понятие РАСЧЕТНОЙ ПЛОЩАДИ квартиры.

Представление доказательств. Оценка доказательств

Представление доказательств сторонами, оценка доказательств регламентированы в главе 7 Гражданско-Процессуального Кодекса. В силу требований статьи 66 ГПК РК, доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле. Обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, определяются судом на основании требований и возражений сторон, других лиц, участвующих в деле, с учетом подлежащих к применению норм материального и процессуального права.

Истец, в исковом производстве, либо заявитель в особом исковом производстве, заявляя требования должен к заявлению приложить документы, подтверждающие обстоятельства, на которых основывает свои требования, копии этих документов для ответчиков и третьих лиц, если они присутствуют. Кроме того, в ходе подготовки дела к судебному разбирательству, непосредственно на процессе суд предлагает и разъясняет сторонам, что в порядке статьи 65 ГПК РК каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений. При этом, в силу статьи 15 ГПК РК, суд полностью освобожден от сбора доказательств по своей инициативе в целях установления фактических обстоятельств дела, однако по мотивированному ходатайству стороны оказывают ей содействие в получении необходимых материалов в порядке, предусмотренном Кодексом. Суд основывает процессуальное решение лишь на тех доказательствах, участие в исследовании которых на равных основаниях было обеспечено каждой из сторон.

Только истец вправе изменить основание или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований или отказаться от иска.

Обеспечение доказательств производится судьей по правилам, установленным ГПК РК. Лица, имеющие основание опасаться, что предоставление необходимых для них доказательств сделается впоследствии невозможным или затруднительным, могут просить суд об обеспечении этих доказательств.

Доказательства выявляются, собираются и представляются в стадии судебного разбирательства. Начиная с подготовительной части и до вынесения решения по делу заинтересованные лица, а также суд могут принимать меры по привлечению в процессе доказательств, которые не были предъявлены в суд в стадии возбуждения или подготовки дела. Если во время прений или заключения прокурора, а также в момент вынесения решения суд признаёт необходимым выяснить новые обстоятельства или исследовать новые доказательства, он выносит определение о возобновлении рассмотрения дела по существу.

Суд вправе предложить сторонам и другим лицам, участвующим в деле, представить необходимые для правильного разрешения дела дополнительные

доказательства. В случае, когда представление доказательств для сторон и других лиц, участвующих в деле, затруднительно, суд по их ходатайству оказывает им содействие в истребовании доказательств.

Заявление об обеспечении доказательств подается в суд с указанием, какие доказательства нужно обеспечить, в подтверждение каких обстоятельств нужны доказательства, по какой причине заявитель обращается с просьбой, а также для какого дела доказательства необходимы.

В процессе судопроизводства доказательство признается судом относящимся к делу, если оно представляет собой фактические данные, которыми подтверждаются, опровергаются либо ставятся под сомнение выводы о существовании обстоятельств, имеющих значение для дела (ст. 67 ГПК РК).

Признанные судом общеизвестными обстоятельства не нуждаются в доказывании (преюдиции). Факты, установленные вступившим в законную силу решением суда по ранее рассмотренному гражданскому делу, обязательны для суда и не доказываются вновь при разбирательстве других гражданских дел, в которых участвуют те же лица. Вступивший в законную силу приговор суда по уголовному делу обязателен для суда, рассматривающего дело о гражданско-правовых последствиях деяний лица, в отношении которого состоялся приговор суда, также по вопросам, имели ли место эти деяния и совершены ли они данным лицом, а также в отношении других установленных приговором обстоятельств и их правовой оценке. Т.е. взаимной преюдицией связаны решение суда по одному гражданскому делу и решение суда по другому делу, приговор суда по уголовному делу и решение по гражданскому делу. Так, факты, установленные вступившим в законную силу решением суда по одному гражданскому делу, не доказываются при разбирательстве других гражданских дел, в которых участвуют те же лица.

Представление доказательств производится различными способами, применение которых зависит от вида соответствующего средства доказывания.

Объяснения сторон и третьих лиц заслушиваются судом. Письменные доказательства, письменные объяснения лиц, участвующих в деле, а также письменные материалы, полученные с помощью судебного поручения или в результате обеспечения доказательств, оглашаются в судебном заседании и предъявляются для ознакомления лицами, участвующими в деле, судебным представителям, а в необходимых случаях экспертам и свидетелям. Вещественные доказательства осматриваются судом и предъявляются для ознакомления лицами, участвующим в деле, представителям, а в необходимых случаях экспертам и свидетелям.

Исследование доказательств осуществляется судом вместе с лицами, участвующими в деле. Оценка доказательств относится исключительно к компетенции суда. В то же время необходимо отметить тесную связь всех сторон деятельности по доказыванию. Таким образом, судебное доказывание - это деятельность суда и лиц, участвующих в деле, по выявлению, собиранию, исследованию и оценке доказательств, направленная на установление фактов и обстоятельств, имеющих значение для дела.

Использование в судебном процессе доказательств представляет собой сложный процесс, в котором тесно переплетаются явления чисто логического и гражданско-процессуального порядка.

Всякое доказывание представляет собой мыслительную, умственную деятельность, и судебное доказывание не является здесь исключением. Вместе с тем доказывание в суде опирается не только на законы логики, но регулируется и процессуальными нормами, подробно регламентирующими весь процесс доказыванием, что необходимо доказывать, какими средствами это делать и т.д.

Можно сказать, что основными субъектами доказывания являются лица участвующие в деле. Стороны, третьи лица, заявители, заинтересованные лица активно участвуют как в собирании, так и в исследовании доказательств. Каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений.

Закон устанавливает, что доказыванию подлежат обстоятельства, обосновывающие требования и возражения сторон, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела. Следует отметить, что предмет доказывания включает в себя сложную совокупность различных факторов и обстоятельств. Закон иногда прямо перечисляет те юридические факты, которые для ответчика могут явиться основанием его возражений. Таким образом, предмет доказывания определяется содержанием исковых требований и возражений сторон.

Таким образом, учитывая все виды судопроизводства гражданского процесса, а также характер всех подлежащих установлению обстоятельств, предмет доказывания следует определить как совокупность фактов, установление которых обеспечивает правильное, законное и обоснованное решение гражданского дела. Правильное определение предмета доказывания, т.е. круга тех фактов и обстоятельств, которые нужно установить по делу, имеет большое практическое значение для быстрого и правильного разрешения дела. Формирование предмета доказывания начинается уже в стадии возбуждения дела, продолжается в ходе подготовки дела и окончательно происходит в стадии судебного разбирательства. Стороны и другие лица, участвующие в деле, могут расширить или сужать круг фактов, входящих в предмет доказывания, в зависимости от изменения характера своих интересов (изменение основания или предмета иска, признание или отказ от иска, мировое соглашение и т.д.).

Признание иска не является доказательством, так как представляет собой акт распоряжения материальным правом (аналогичным отказу от иска). Признание правоотношения или признание факта должно рассматриваться в качестве доказательства, так как подтверждает определённые факты и обстоятельства, на которые ссылается другая сторона.

Признание, совершённое в суде, называют судебным признанием. Оно происходит в ходе судебного заседания, и лицо, ссылавшееся на факты, признанные в заседании, освобождается от их доказывания.

Свидетельские показания относятся к числу наиболее распространенных средств доказывания и, несмотря на возможность их фальсификации в силу

случайных или умышленных причин, могут быть достоверным средством установления истины. Однако судебным доказательством свидетельские показания становятся только в суде. Необходимо иметь в виду, что доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда.

Представление письменных доказательств. Предметы, на которых с помощью знаков нанесены определенные мысли, содержащие сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для дела, являются письменными доказательствами. В законе перечисляются отдельные виды письменных доказательств: акты, документы, письма делового или личного характера. Указанный перечень не является исчерпывающим, так как к числу письменных доказательств относятся: чертежи, карты, схемы, музыкальные ноты и т.д.

Документами являются также письменные носители, которые удостоверяют определенные факты, связанные с совершением юридически значимых действий. К ним относятся: договоры, заявки, повестки, квитанции, платежные документы, авансовые отчеты, акты ревизий и т.п.

Юридические документы составляют лишь часть письменных доказательств. Не все письменные носители информации предназначены для установления юридических фактов и не все они излагаются в предусмотренной законом специальной форме. К числу доказательств такого вида прежде всего следует отнести письма делового характера по самым различным вопросам: извещение о подготовке научной конференции, просьбу об оказании технической помощи, заключение по выполненной работе, ходатайство о предоставлении земельного участка и т.п.

Переписка сторон также относится к числу письменных доказательств. Для личной переписки характерно, что в большинстве случаев ее участники не предполагают юридического значения тех сведений, которые излагают. Сведения могут приобрести, а могут и не приобрести юридического характера в зависимости от обстоятельств конкретного дела.

Еще один вид средств доказывания - заключение эксперта. Экспертиза - процесс экспертного исследования обстоятельств дела.

В зависимости от объекта, подлежащего исследованию, и содержания вопросов, для разрешения которых необходимы специальные познания, в гражданском процессе применяется несколько видов экспертиз: медицинская, психиатрическая, химическая, техническая, криминалистическая, бухгалтерская, литературоведческая и др.

В гражданском процессе заключение эксперта имеет значение самостоятельного вида средств доказывания. Заключение эксперта важно для суда, прежде всего как источник, содержащий анализ и оценку специалистом фактов и обстоятельств, имеющих значение для дела. Проведение экспертизы связано с проверкой доказательств, но эксперт не только проверяет факты и доказательства, но и дает им оценку, сообщает суду научные, технические или другие специальные сведения о соответствующих обстоятельствах, расширяя тем самым предмет судебного познания.

Оценка доказательств - завершающий этап процесса доказывания. Это третье направление доказательственной деятельности неразрывно связано с двумя первыми. Уже при возбуждении дела, а затем в ходе подготовки к судебному разбирательству судья предварительно оценивает представляемые доказательства на основании правила относимости: имеющие значение принимает, а не относящееся к делу устраняет. Оценочное суждение судьи или суда о недостаточности или недостоверности доказательств, имеющих в деле, влечёт определение суда об истребовании дополнительных доказательств, принятии мер по проверке представленных доказательств и т.д. Оценочные суждения суда о силе, значении и достоверности доказательств, такие же суждения лиц, участвующих в деле, являются неотъемлемой частью процесса судебного доказывания.

Однако указанные суждения, хотя и носят оценочный характер, не являются оценкой доказательств в том смысле, как её понимает закон. Это - предварительные суждения, но не их окончательная оценка. Оценка доказательств - это имеющее правовое последствие окончательное суждение суда о достоверности, силе и значении доказательства, зафиксированное в соответствующем судебном постановлении. Закон устанавливает, что оценка доказательств судом происходит по внутреннему убеждению, основанному на всестороннем полном рассмотрении в судебном заседании всех обстоятельств дела в их совокупности.

Оценивая доказательство, суд, прежде всего, определяет его достоверность, т.е. соответствие доказательства объективной действительности.

В соответствии со статьей 77 ГПК, каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности –достаточности для разрешения гражданского дела. В соответствии со статьей 16 настоящего Кодекса судья оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению. Совокупность доказательств признается достаточной для разрешения гражданского дела, если собраны относящиеся к делу допустимые и достоверные доказательства, неоспоримо устанавливающие истину о всех и каждом из обстоятельств, подлежащих доказыванию, либо не опровергнутые стороной.

В частности, при оценке документов и иных письменных доказательств суд обязан с учетом других доказательств убедиться в том, что такой документ или иное письменное доказательство исходит от органа, уполномоченного представлять данный вид доказательств, подписан лицом, имеющим право скреплять документ подписью, содержит все другие неотъемлемые реквизиты данного вида доказательств;

при оценке копии документа или иного письменного доказательства суд проверяет, не произошло ли изменения содержания копии документа по сравнению с его оригиналом при копировании;

суд не может считать доказанным факт, подтверждаемый только копией документа или иного письменного доказательства, если утрачен и не передан суду оригинал документа и представленные каждой из спорящих сторон копии этого документа нетождественны между собой и невозможно установить подлинное содержание оригинала с помощью других доказательств.

Законодатель определил, что "доказательство признается судом достоверным, если в результате его проверки и исследования выясняется, что содержащиеся в нем сведения соответствуют действительности" (ст. 70 ГПК РК).

Не вызывает возражений утверждение, что доказательства так или иначе подвергаются оценке участвующих в деле лиц. Однако нельзя согласиться с "широкой" трактовкой оценки доказательств, когда сам итоговый вывод о процессуальном понятии оценки доказательств по существу связывается "с процессуальной и мыслительной деятельностью суда, а также участвующих в деле лиц - на всех стадиях гражданского процесса".

В основе оценки судебных доказательств лежит внутреннее судебское убеждение. Оно складывается постепенно, в результате познания судом всех обстоятельств дела, и фиксируется в установленных законом процессуальных формах. Оценка доказательств не может быть безотчетной и интуитивной, она должна быть мотивированной, а мотивы оценки должны найти отражение в письменном документе - судебном решении.

Судебные акты не могут быть основаны на предположениях. Отвергая, например, доказательство ввиду его недостоверности, суд обязан объяснить свое суждение по этому вопросу. В противном случае лица, участвующие в деле, а также вышестоящий суд не могут знать, по каким основаниям суд принял одни доказательства и отверг другие. Свобода суда в оценке доказательств и его независимость в решении вопросов факта и права обеспечивается следующим процессуальным правилом: «Никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы». Любое доказательство независимо от его внешней авторитетности или неавторитетности суд может принять или отвергнуть, если объективное содержание доказательства соответствует фактическим обстоятельствам дела.

Таким образом, доказательства оцениваются только судом после того, как все дело было рассмотрено в судебном заседании и есть возможность оценить каждое доказательство отдельно, а также в совокупности с другими доказательствами. Субъект оценки - суд (судья); место и момент оценки - совещательная комната, вынесение решения; процессуальная форма оценки - мотивировочная часть судебного решения.

Г.З.Артыкбаева,
судья Костанайского городского суда

Доказательства и доказывание в гражданском процессе

Для гражданской юрисдикции обязательным является установление действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей участников процесса. Суждения по ним суд делает на основании доказательств - фактических данных, получаемых в порядке, установленном гражданско-процессуальным законом. Прежде чем применить норму права, суд должен знать, к каким обстоятельствам данная норма применима.

В теории гражданского процесса под предметом доказывания понимается совокупность юридических фактов, которые необходимо установить для решения дела по существу. Суть предмета доказывания заключается в том, что, если необходимые для разрешения дела юридические факты не включены в предмет доказывания, это влечет за собой вынесение судом незаконного и необоснованного решения.

Доказательствами по делу являются полученные законным способом фактические данные, на основе которых в предусмотренном законом порядке суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. Эти фактические данные устанавливаются объяснениями сторон и третьих лиц, показаниями свидетелей, вещественными доказательствами, заключениями экспертов, протоколами процессуальных действий, протоколами судебных заседаний, отражающими ход и результаты процессуальных действий, и иными документами /ст.64 ГПК РК/. Новым является указание на возможность использования звуко- и видеозаписей как средства получения сведений об определенных фактах.

Вместе с тем не любые доказательства могут быть использованы в процессе. Согласно ч. 1 ст. 69 ГПК РК доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда.

В соответствии со ст.65 ГПК обязанность доказывания обстоятельств лежит на той стороне, которая ссылается на них как на основание своих требований и возражений. При этом законом может быть предусмотрено иное.

Примером такого исключения из общего правила может служить положение, содержащееся в ч. 4 ст. 284 ГПК, согласно которому обязанность доказывания законности принятого нормативного правового акта, а также законности обжалуемых решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных или муниципальных служащих возлагается не на заявителя, а на указанные органы или должностных лиц и служащих. Иначе говоря, в данном случае речь идет о перераспределении бремени доказывания.

Возможность перераспределения бремени доказывания следует отличать от освобождения от доказывания (ст. 71 ГПК). В первом случае обязанность доказывания предполагается, вопрос только в том, какая сторона обязана это сделать. Статья 71 ГПК содержит перечень оснований для освобождения от доказывания, т.е. перечисленные в ней факты и обстоятельства не нуждаются в доказывании ни одной из сторон.

В соответствии со ст.66 ГПК РК обязанность представить доказательства возложена на стороны и других лиц, участвующих в деле. Суд вправе предложить указанным лицам представить дополнительные доказательства, если сочтет, что представленных доказательств недостаточно для всестороннего рассмотрения дела. На суд также возложена обязанность оказывать содействие в собирании и истребовании доказательств по

ходатайству участвующих в деле лиц, если представление необходимых доказательств является для них затруднительным.

Вместе с тем следует отметить, что суд может истребовать доказательства по своей инициативе.

Для оказания содействия в истребовании доказательства судом в соответствующем ходатайстве должно быть оговорено, какое именно доказательство необходимо истребовать, а также указано, какие имеющие значение для дела обстоятельства могут быть подтверждены или опровергнуты истребованным доказательством. В ходатайстве должны быть также указаны причины, препятствующие получению доказательства, а также место нахождения доказательства. Удовлетворяя указанное ходатайство, суд либо выдает соответствующий запрос на получение доказательства стороне, либо запрашивает доказательство самостоятельно. Соответственно и лицо, у которого находится истребуемое доказательство, либо передает его лицу, имеющему запрос на получение указанного доказательства, для представления в суд, либо направляет доказательство непосредственно в суд.

В ч. 7 статьи 66 ГПК РК предусмотрена ситуация, когда должностное лицо или гражданин не имеют возможности представить истребуемое доказательство вообще или в установленный судом срок. В этом случае указанные лица должны в 5-дневный срок со дня получения запроса известить суд о невозможности предоставления доказательств и указать причины.

Законом определены последствия для лиц, не известивших суд о невозможности предоставления доказательства или не выполнивших требование суда о представлении доказательства по причинам, которые суд признал неуважительными. Указанные бездействия влекут административную и даже уголовную ответственность в случае злостного неисполнения запроса суда.

Один из случаев, когда обязанность по доставке в суд истребуемых доказательств может быть невыполнима, - невозможность или затруднительность доставки указанных доказательств в суд. В этом случае суд вправе произвести осмотр и исследование письменных или вещественных доказательств в месте их хранения или нахождения (ст.84 ГПК РК). Осмотр и исследование доказательств производится с участием лиц, участвующих в процессе. Неявка указанных лиц в случае надлежащего извещения не является препятствием к осмотру и исследованию. При необходимости для участия в осмотре и исследовании доказательств могут быть приглашены эксперты, специалисты, свидетели. По итогам осмотра и исследования доказательств по месту их хранения или месту нахождения составляется протокол.

Суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения дела (ст. 67 ГПК). В этом состоит относимость доказательств.

Однако реализация судом правил об относимости доказательств, позволяющих суду принимать только те из представленных доказательств, которые имеют значение для дела, требует объективного и тщательного подхода к установлению зависимости между предъявляемым доказательством и предметом доказывания.

Законодатель расширил состязательные начала в гражданском судопроизводстве, ограничив активность суда в собирании доказательств и возложив на каждую из сторон обязанность доказывания обстоятельств, положенных в основание их требований и возражений. При таких условиях, когда существенно повышается роль сторон в доказательственной деятельности, суд должен обеспечить им максимальную возможность процесса доказывания и ни в коей мере не ограничивать их право на доказывание обстоятельств, лежащих в основе заявленных требований и возражений, взвешенно подходить к отклонению ходатайств о приобщении и истребовании доказательств, позволяющих установить действительные обстоятельства дела и вынести правильное решение.

Статья 68 ГПК РК посвящена допустимости доказательств. Обстоятельства дела, которые по закону должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами. Не может, например, быть подтвержден факт наличия договорных отношений между сторонами в отношении тех договоров, которые должны быть совершены в письменной форме/ст.153 ГК РК/.

В статье 71 ГПК РК перечислены основания для освобождения от доказывания. Согласно ч. 1 не нуждаются в доказывании обстоятельства, признанные судом общеизвестными. Обязательными для суда и не подлежащими доказыванию являются факты, установленные вступившим в силу решением суда по ранее рассмотренному гражданскому делу, в котором участвовали те же лица. Указанные факты не могут быть оспорены при рассмотрении гражданского дела. В соответствии с ч. 3 статьи 71 ГПК вступивший в законную силу приговор суда по уголовному делу обязателен для суда, рассматривающего дело о гражданско-правовых последствиях действий лица, в отношении которого постановлен приговор суда, по вопросам, имели ли место эти действия и совершены ли они данным лицом.

Статья 72 ГПК РК посвящена судебным поручениям. Судебное поручение - это поручение одного суда, рассматривающего гражданское дело, другому суду произвести определенные процессуальные действия. Судебное поручение направляется с целью получения доказательств, находящихся в другом городе или районе. Это может быть необходимость получения свидетельских показаний лица, которое по объективным причинам не может прибыть в суд, рассматривающий дело, а также - иных доказательств.

О необходимости направления судебного поручения выносится определение, которое является обязательным для суда, которому оно адресовано. В определении о судебном поручении должно быть изложено существо рассматриваемого дела, содержаться сведения о сторонах, месте их проживания или нахождения. В определении должны быть перечислены обстоятельства, подлежащие выяснению, а также указаны доказательства, которые подлежат собрать суду, выполняющему поручение. Срок выполнения такого поручения не может превышать 10 дней со дня его получения. На время выполнения судом поручения может быть приостановлено производство по делу. Следует отметить положительный эффект от введения ЕАИС в

нашей Республике, определение с документами отправляется в любой суд РК по электронной почте и обычной, после получения электронного ответа с исполнением судебного поручения производство возобновляется, что значительно сокращает сроки рассмотрения дела по существу. В своей работе я направляю судебные поручения и в другие государства по электронной почте, отказов в исполнении еще не было.

В статье 73 ГПК РК определен порядок выполнения судебного поручения. Для выполнения судебного поручения установлен общий порядок выполнения процессуальных действий, предусмотренный ГПК. Выполнение судебного поручения производится в судебном заседании. Лица, участвующие в деле, извещаются о времени и месте заседания. При этом их неявка в случае надлежащего уведомления не является препятствием для выполнения судебного поручения. По окончании выполнения поручения протоколы и все собранные в процессе выполнения поручения доказательства должны быть немедленно пересланы в суд, от которого было получено поручение.

В ч. 3 статьи 73 ГПК РК содержится правило, согласно которому лица, участвующие в деле, свидетели и эксперты, давшие объяснения, показания, заключения суду в процессе выполнения поручения, при явке в суд, рассматривающий дело, дают объяснения, показания, заключения в общем порядке. С одной стороны, такая запись - гарантия права указанных лиц на участие в деле, а с другой - не связывает их данными в процессе выполнения поручения объяснениями, и показаниями, поскольку они могут быть изменены. В этом случае новые объяснения и показания будут оцениваться судом наряду с ранее данными в процессе выполнения судебного поручения.

2. Обеспечение доказательств

Статья 74 ГПК РК предусматривает право лиц, участвующих в деле, просить суд об обеспечении доказательств, если имеются основания опасаться, что представление необходимых для них доказательств окажется впоследствии невозможным или затруднительным.

При этом статья не содержит каких-либо оговорок, по субъективным или объективным причинам представление доказательств может оказаться невозможным или затруднительным. К числу субъективных причин можно отнести предполагаемое недобросовестное поведение стороны, в распоряжении которой находятся указанные доказательства (возможность уничтожения, приведения в негодность и т.д.). Объективные причины - это, например, особые естественные свойства товара, не подлежащего длительному хранению.

Для обеспечения доказательств в суд, в котором рассматривается дело или в районе деятельности которого должны быть проведены процессуальные действия по обеспечению доказательств, подается соответствующее заявление (ст. 75 ГПК). В заявлении должны быть указаны: существо дела; сведения о сторонах, их месте проживания или нахождения; доказательства, которые необходимо обеспечить; обстоятельства, для подтверждения которых необходимы указанные доказательства; причины, побудившие заявителя

обратиться с такой просьбой. По данному вопросу судьей выносится определение. В соответствии с ч. 3 ст. 75 ГПК определение об отказе в обеспечении доказательств может быть обжаловано.

В ст. 76 ГПК определен порядок обеспечения доказательств. В соответствии с положениями ч. 1 обеспечение доказательств производится судьей по правилам их исследования, установленным ГПК. Это означает, что в процессе обеспечения доказательств судом должны быть выполнены положения ГПК, а по итогам осмотра и исследования доказательств составлен протокол. Обеспечение доказательств до возникновения дела в суде производится нотариусами или должностными лицами консульских учреждений в порядке, предусмотренном законодательством. Протоколы и все собранные в порядке обеспечения доказательства должны быть переданы в суд, рассматривающий дело, с извещением об этом участвующих в процессе лиц. Однако не исключена ситуация, когда действия по обеспечению доказательств должны будут проведены не в том суде, в котором рассматривается дело. Иначе говоря, имеется в виду ситуация, когда доказательства, в отношении которых принято решение об обеспечении, находятся не в районе деятельности суда, рассматривающего гражданское дело. В этом случае применяются правила ст. 72 и 73 ГПК о судебных поручениях.

3. Оценка доказательств. Виды доказательств

1. Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности - достаточности для разрешения гражданского дела. 2. В соответствии со статьей 16 настоящего Кодекса судья оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению. 3. Совокупность доказательств признается достаточной для разрешения гражданского дела, если собраны относящиеся к делу допустимые и достоверные доказательства, неоспоримо устанавливающие истину о всех и каждом из обстоятельств, подлежащих доказыванию, либо не опровергнутые стороной /ст.77 ГПК РК/.

Суд оценивает относимость, допустимость и достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности. Другими словами, суд при оценке доказательств определяет, имеет ли конкретное доказательство отношение к рассматриваемому делу, может ли то или иное обстоятельство быть подтверждено данным доказательством. Суду необходимо также установить достоверность доказательства, т.е. факт действительного существования данного доказательства. Суд оценивает достаточность доказательств и их взаимосвязь в совокупности, т.е. суд должен определить, что представленных доказательств достаточно для установления того или иного обстоятельства. Кроме того, должны быть исключены противоречия или иные несоответствия между различными доказательствами. Результаты оценки доказательств суд отражает в решении с указанием мотивов, по которым одни доказательства приняты судом, а другие отвергнуты в качестве обоснования выводов суда.

В решении суда должны быть приведены основания, по которым одним доказательством отдано предпочтение перед другими.

При оценке документов и иных письменных доказательств, кроме всего прочего, суду надлежит убедиться, что представленный документ или иное письменное доказательство исходят от органа, уполномоченного на представление соответствующего письменного доказательства, подписан надлежащим лицом (т.е. лицом, уполномоченным подписывать такого рода документы), а также содержит все другие неотъемлемые реквизиты данного вида доказательств. В отношении документов такими реквизитами, например, являются наличие бланка или печати, исходящего номера и даты подписания. При оценке копии представленного документа или иного письменного доказательства суду надлежит проверить, не произошло ли при копировании изменения содержания копии документа по сравнению с оригиналом, гарантирует ли процесс копирования тождественность копии документа и его оригинала. Следует также определить, с помощью какого технического приема выполнено копирование и каким образом сохранилась копия документа.

При этом, если документ или иное письменное доказательство подтверждается только соответствующими копиями при утрате подлинника и эти копии не являются тождественными между собой, а установление подлинного содержания оригинала документа или иного письменного доказательства с помощью других доказательств невозможно, суд не может считать факт доказанным. Данное положение - проявление принципа объективности в исследовании доказательств, ибо если объективно остаются разночтения относительно конкретного документа (причем неустранимые в данных условиях), он не может использоваться в качестве доказательства по делу.

Поскольку никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы, объяснения сторон и третьих лиц об известных им обстоятельствах, имеющих значение для правильного рассмотрения дела, подлежат проверке и оценке наряду с другими доказательствами. Вместе с тем если сторона, обязанная доказать свои требования и возражения, удерживает находящиеся у нее доказательства и не представляет их суду, суд вправе обосновать свои доводы объяснениями другой стороны ч.10 ст. 66 ГПК РК. Необходимость законодательного закрепления данного положения вызвана тем, что сторона, неправомочно удерживающая у себя доказательства и не представляющая их суду, практически не несет никакой ответственности. Если в отношении свидетеля установлена уголовная ответственность за отказ от дачи показаний, то в отношении стороны гражданского судопроизводства такая норма отсутствует.

Строго говоря, содержащаяся в ч. 10 статьи 66 ГПК РК запись о праве суда обосновать свое решение объяснениями только одной стороны не является мерой ответственности. Это, скорее, невыгодные последствия, которые могут наступить для другой стороны в ответ на непредоставление суду удерживаемых доказательств. Указанные невыгодные последствия могут быть применены судом, если достоверно известно, что сторона обладает доказательствами.

Должно быть также установлено, что именно удерживаемыми доказательствами могут быть доказаны соответствующие требования и возражения. Иначе говоря, необходимо определить, что иными доказательствами (кроме как удерживаемыми) указанные требования и возражения не могут быть доказаны.

В то же время, согласно ч. 3 статьи 78 ГПК признание стороной фактов, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, освобождает последнюю от необходимости дальнейшего доказывания этих обстоятельств. Устное признание заносится в протокол судебного заседания, а признание, изложенное в письменном заявлении, приобщается к материалам дела.

Вместе с тем не во всех случаях такое признание принимается судом. В соответствии с ч. 4 статьи 78 ГПК РК суд не принимает признание, если имеются основания полагать, что признание совершено либо в целях сокрытия действительных обстоятельств дела, либо под влиянием обмана, насилия, угрозы или добросовестного заблуждения. В первом случае речь идет о признании, совершенном из корыстных побуждений. Второй случай охватывает возможность внешнего воздействия с чьей бы то ни было стороны с целью получения такого признания. Сюда, правда, не относится добросовестное заблуждение, которое не связано ни с умыслом, ни с воздействием на личность. В данном случае имеет место не вполне адекватная оценка происходящего по тем или иным причинам. В том случае, когда суд не принимает такое признание, выносится определение. После этого признанные обстоятельства доказываются стороной на общих основаниях.

Свидетели играют немаловажную роль для правильного и всестороннего рассмотрения гражданских дел. Свидетель - это лицо, которому могут быть известны сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела (ч. 1 ст. 79 ГПК РК). При этом специально оговорено, что, если свидетель не может указать источник своей осведомленности, сообщенные сведения не являются доказательствами. С точки зрения гражданского процесса свидетель - фигура самостоятельная, не относящаяся к числу лиц, участвующих в деле.

Свидетели вызываются для дачи показаний по ходатайству лиц, участвующих в деле. При этом лицо, ходатайствующее о вызове свидетеля, обязано указать, какие обстоятельства, имеющие значение для дела, может подтвердить свидетель, а также сообщить суду имя, отчество, фамилию и место жительства свидетеля (ст.79 ГПК).

Однако не любое лицо может быть допрошено в качестве свидетеля. Часть 2 ст.79 ГПК РК содержит перечень лиц, которые не подлежат допросу в качестве свидетелей. К ним относятся представители по гражданскому делу или защитники по уголовному делу, делу об административном правонарушении - об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя или защитника. Судьи подлежат допросу в качестве свидетелей в вопросах, возникших в совещательной комнате в связи с обсуждением обстоятельств дела при вынесении решения или приговора. Священнослужители религиозных конфессий, прошедших государственную регистрацию, также не подлежат допросу в качестве

свидетелей об обстоятельствах, которые им стали известны из исповеди или аналогичных обрядов. Лица, которые в силу своих физических или психических недостатков не способны правильно воспринимать факты или давать о них правильные показания, за исключением дел связанных с воспитанием детей.

Также дан перечень лиц, которые вправе отказаться от дачи свидетельских показаний. Сразу следует оговориться, что это не означает, что перечисленные лица не могут быть вызваны в суд и допрошены в качестве свидетелей. Они лишь могут отказаться от дачи свидетельских показаний. Итак, вправе отказаться от дачи свидетельских показаний: гражданин против самого себя; супруг против супруга; дети, в том числе усыновленные, против родителей (усыновителей); родители (усыновители) против детей, в том числе усыновленных; братья, сестры друг против друга; дедушка, бабушка против внуков и внуки против дедушки, бабушки. Данное положение ГПК основано на конституционной норме, поскольку в соответствии с Конституцией никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определен законом.

Статья 80 ГПК РК посвящена обязанностям и правам свидетеля. В соответствии с ч. 1 лицо, вызванное в качестве свидетеля, обязано явиться в суд в назначенное время и дать правдивые показания. Если свидетель вследствие болезни, возраста или других уважительных причин не в состоянии прибыть в суд, он может быть допрошен судом в месте своего пребывания. Особо оговорена ответственность свидетеля за дачу заведомо ложного показания, а также за отказ от дачи показаний по мотивам, не предусмотренным законом. За перечисленные нарушения установлена уголовная ответственность свидетеля.

В качестве прав свидетеля в ч. 4 статьи 80 ГПК указаны право свидетеля на возмещение расходов, связанных с вызовом в суд, а также на получение денежной компенсации в связи с потерей времени.

К числу письменных доказательств отнесены документы, акты, договоры, справки, деловая корреспонденция и иные документы и материалы, содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела. Указанные документы могут быть выполнены в форме словесной, цифровой, графической записи и получены посредством факсимильной, электронной или другой связи либо иным способом, позволяющим установить содержание документа. К письменным доказательствам отнесены также приговоры и решения суда, а также иные судебные акты, протоколы совершения процессуальных действий, приложения к указанным протоколам, протоколы судебных заседаний. Письменные доказательства могут быть представлены как в подлинном виде, так и в форме надлежаще заверенной копии. При этом подлинный документ представляется, если, во-первых, согласно закону обстоятельства дела могут быть подтверждены только подлинными документами, во-вторых, когда без подлинных документов невозможно разрешить дело и, в-третьих, когда представлены в суд копии документа, различные по своему содержанию. Во всех остальных случаях допускается представление документов в форме надлежащим образом заверенной копии.

Копии письменных доказательств независимо от того, кем они представлены, должны быть направлены другим лицам, участвующим в деле. Письменным доказательством в суде признается также документ, полученный в иностранном государстве по существующим в этом государстве законам, если не опровергается его подлинность и он легализован в установленном порядке. Возможно признание иностранных официальных документов в качестве письменных доказательств в суде без их легализации лишь в случаях, предусмотренных международным договором.

По просьбе лиц, представивших письменные доказательства, суд возвращает им имеющиеся в деле письменные доказательства после вступления в силу решения суда. При этом в деле должна быть оставлена копия указанного доказательства, засвидетельствованная. До вступления в законную силу решения суда письменные доказательства могут быть возвращены представившим их лицам, если суд найдет это возможным, т.е. по усмотрению суда.

Если в качестве письменных доказательств, в основном, рассматривались документы (в том или ином виде), то в качестве вещественных доказательств рассматриваются предметы, которые своим внешним видом, свойствами, местом нахождения или по иным признакам могут служить средством установления обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения дела.

В соответствии со ст. 86 ГПК РК, вещественные доказательства хранятся в суде (кроме случаев, установленных федеральным законом). Предметы, которые по объективным причинам не могут быть доставлены в суд в качестве вещественных доказательств, хранятся по месту их нахождения или ином определенном судом месте. Они должны быть осмотрены судом, подробно описаны, о чем должен быть составлен протокол.

В случае необходимости эти предметы могут быть сфотографированы и опечатаны. На суд и хранителя возлагается принятие мер по сохранению вещественных доказательств в неизменном состоянии. Расходы на хранение указанных вещественных доказательств распределяются между сторонами по ст. 110 ГПК РК.

Вещественные доказательства, подвергающиеся быстрой порче, не могут храниться длительное время и, следовательно, могут быть безвозвратно утрачены, поэтому их осмотр и исследование в соответствии с ч. 1 статьи 88 ГПК РК производится судом немедленно по месту их нахождения либо в ином определенном судом месте.

После осмотра указанные вещественные доказательства передаются лицу, представившему их для осмотра и исследования, а при невозможности такой передачи - организациям, которые могут их использовать по назначению. Лица, участвующие в деле, извещаются о времени и месте осмотра и исследования вещественных доказательств. Неявка указанных лиц в случае надлежащего извещения не препятствует осмотру и исследованию (ст.88 ГПК). По итогам осмотра и исследования вещественных доказательств составляется протокол, куда заносятся данные осмотра и исследования.

После вступления в законную силу решения суда вещественные доказательства либо возвращаются лицам, от которых они были получены,

либо передаются лицам, за которыми суд признал право на эти предметы, либо реализуются в порядке, определяемом судом. В первом случае все ясно: вещественное доказательство возвращается лицу, которое имеет на него определенное право. Во втором случае суд передает вещественное доказательство лицу, за которым суд признал право на это доказательство. Здесь доказательство, по существу, становится предметом спора. В итоге у вещественного доказательства меняется собственник (владелец). И, строго говоря, доказательство перестает быть таковым, поскольку наряду с основным иском суд решает спор о признании соответствующего права на указанное доказательство либо об истребовании названного доказательства из чужого незаконного владения. Третий случай распоряжения вещественными доказательствами более характерен для доказательств, подвергающихся быстрой порче. До окончания производства по делу доказательства могут быть возвращены лицам, от которых они получены, только при наличии ходатайства от указанных лиц и в случае, если удовлетворение такого ходатайства не будет препятствовать правильному разрешению дела.

В соответствии со ст. 89 ГПК по вопросам распоряжения вещественными доказательствами судом выносится определение, которое может быть обжаловано. Однако не вполне ясно: требуется ли вынесение определения о распоряжении тем вещественным доказательством, в отношении которого в ходе процесса изменился собственник (т.е. когда суд признал право собственности на представленное вещественное доказательство за другим лицом). Вероятно, в этом случае достаточно вступившего в законную силу решения суда о смене собственника, в отношении представленной вещи, которая, по сути, перестала служить доказательством.

Аналогичный вопрос может возникнуть и в процессе реализации ч. 2 ст. 89 ГПК РК, согласно которой предметы, которые по закону не могут находиться в собственности или владении граждан, подлежат передаче соответствующим организациям. По существу, в данном случае определением суда решается, в том числе, и вопрос о прекращении права собственности граждан на те или иные предметы. Более того, указанные предметы определением суда изымаются у граждан и передаются соответствующим организациям. Между тем основания и порядок прекращения права собственности на объекты гражданских прав является единым для всех. При этом не имеет никакого значения, являются ли конкретные объекты гражданских прав доказательствами по делу или они в качестве таковых не выступают. Не все затронутые вопросы урегулированы ГК.

Анализ положений статьи 89 ГПК позволяет сделать вывод о том, что и вопросы, решаемые в ее ч. 2, и вопросы признания права на доказательства за другими лицами в порядке ч. 1, могут быть решены в самостоятельном гражданском деле при наличии соответствующего требования правообладателя или уполномоченной организации. Кроме того, разрешая вопрос по существу заявленного требования и решая судьбу доказательства со сменой правообладателя, суд в данном процессе выходит за пределы заявленных требований.

Статья 90 ГПК РК посвящена научно-техническим средствам как одному из видов доказательств. В соответствии с положением данной статьи лицо, представляющее звуко- или видеозапись на электронном или ином носителе либо ходатайствующее об их истребовании, должно указать, когда, кем и в каких условиях осуществлялась запись. Следует полагать, что по общему правилу в ходатайстве об истребовании названных доказательств должно быть указано, какие обстоятельства могут быть подтверждены истребуемыми доказательствами.

В отличие от вещественных доказательств носители звуко- и видеозаписи хранятся в суде. На суд возложена обязанность по принятию мер с целью сохранения указанных записей в неизменном виде и лишь в исключительных случаях данные записи могут быть возвращены лицу или организации, от которых они получены только после вступления решения суда в законную силу. В отличие от письменных доказательств, копии которых должны быть направлены другим участвующим в деле лицам, копия звуко- и видеозаписи может быть выдана лицу, участвующему в деле по его ходатайству. При этом изготовление такой копии производится за счет лица, заявившего соответствующее ходатайство.

4. Экспертиза доказательств

Экспертиза назначается судом при возникновении в процессе рассмотрения дела вопросов, требующих специальных познаний в области науки, техники, искусства. При этом проведение экспертизы может быть поручено экспертному учреждению, конкретному эксперту или нескольким экспертам (ст. 91 ГПК РК). Стороны и другие участвующие в деле лица имеют право представить суду вопросы, которые должны быть поставлены перед экспертом.

Однако окончательный круг вопросов, по которым требуется заключение эксперта, определяется судом. При этом отклонение вопроса, предложенного участниками процесса, суд обязан мотивировать. О назначении экспертизы суд выносит определение.

К правам сторон и других лиц, участвующих в деле при назначении и проведении экспертизы, относятся:

- право просить суд назначить производство экспертизы в конкретном экспертном учреждении либо поручить ее проведение конкретному эксперту;

- заявлять отвод эксперту;
- право формулировать вопросы для эксперта;
- право на ознакомление с определением суда о назначении экспертизы и сформулированными в нем вопросами;

- на ознакомление с заключением эксперта;

- на заявление ходатайств перед судом о назначении повторной, дополнительной, комплексной или комиссионной экспертизы.

Часть 8 ст.91 ГПК РК предусматривает наступление невыгодных последствий для стороны, уклоняющейся от участия в экспертизе, непредставляющей экспертам необходимых предметов исследования и в иных случаях, когда по обстоятельствам дела и без участия этой стороны

невозможно провести экспертизу. В зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое значение экспертиза для нее имеет, суд вправе признать установленным или опровергнутым факт, для выяснения которого была назначена экспертиза. Это вынужденная мера со стороны суда в ответ на недобросовестное поведение стороны, предпринимаемое, как правило, с целью затянуть рассмотрение дела. Такое право предоставлено суду с целью более полного, объективного и своевременного рассмотрения дела. Однако суд должен выяснить конкретно по каким обстоятельствам сторона не может участвовать в проведении экспертизы, часто возникают вопросы по установлению отцовства, когда у истицы нет средств для оплаты генетической экспертизы, а ответчик не желает нести расходы, необходимо провести определенную работу с истицей, постараться объяснить последствия. В данном случае все зависит от отношений между сторонами, опытности и авторитета судьи, мне кажется необходимо обеспечить возможность оплату экспертизы из бюджетных средств, чтобы не зависеть в таких ситуациях от воли случая. Имеется преимущество у суда РФ, так как в частности, согласно ч. 2 ст. 96 ГПК РФ в случаях назначения экспертизы по инициативе суда, соответствующие расходы возмещаются за счет средств федерального бюджета.

Помимо реквизитов, указанных в ст.91 ГПК, определение должно содержать:

- решение о необходимости проведения экспертизы, которое принимается судьей в форме определения. Экспертиза может быть назначена как при подготовке дела к судебному разбирательству, так и непосредственно в ходе судебного разбирательства, указание, по чьей инициативе проводится экспертиза (по инициативе суда или участвующих в деле лиц);

- вид экспертизы и четкий перечень вопросов, которые подлежат разрешению экспертом;

- причины необходимости экспертного исследования с указанием, для установления каких юридических фактов, имеющих значение для дела, назначается проведение экспертизы;

- перечень материалов, направляемых на экспертизу;

- перечень вопросов, представленных участвующими в деле лицами, но отклоненных судом, и мотивы их отклонения. Эксперт предупреждается об уголовной ответственности за заведомо ложное заключение.

Кроме того, законодатель предусмотрел возможность указания в определении наименование стороны, на которую возлагается оплата экспертизы. Важно отметить, что порядок распределения издержек, связанных с выплатой денежных сумм экспертам, определен ст.108 ГПК РК.

При необходимости сравнительного исследования подлинности подписи на документе или ином доказательстве, у лица, подпись которого имеется на документе, но которое оспаривает ее подлинность, образец подписи указанного лица может быть получена в суде на основании определения суда. Для получения образцов почерка в суд может быть приглашен специалист.

Факт получения образцов почерка фиксируется в протоколе, в котором указывается время, место и условия получения образцов почерка. Протокол

должен быть подписан судьей, лицом, у которого взяты образцы почерка, а также специалистом в случае его участия в данном процессуальном действии.

Комплексная экспертиза назначается судом в тех случаях, когда установление фактических обстоятельств по делу требует одновременного проведения исследований с использованием различных отраслей знаний или научных направлений в пределах одной отрасли знаний (ст.95 ГПК РК). Комплексная экспертиза проводится несколькими экспертами, которые в ходе проведенных исследований готовят общее заключение, которое подписывается всеми экспертами. При этом, если эксперты не согласны с общим выводом или не участвовали в формулировании общего вывода, они подписывают свою исследовательскую часть заключения. По объему проводимых исследований экспертиза может быть комплексной или комиссионной.

В отличие от комплексной комиссионная экспертиза назначается судом для установления фактических обстоятельств двумя или более экспертами одной отрасли знания (ст.94 ГПК РК). В ходе проведения экспертизы эксперты формулируют общий вывод в заключении, подписываемом всеми экспертами. При этом эксперт, не согласный с другими экспертами, имеет право дать отдельное заключение по вопросам, вызвавшим разногласия.

Экспертиза может проводиться либо экспертами экспертных учреждений по поручению руководителя учреждения, либо иными экспертами которым ее проведение поручено судом. Проведение экспертизы может быть поручено нескольким экспертам. По месту проведения экспертиза может проводиться либо в судебном заседании, либо вне заседания, когда это необходимо по характеру исследований, а также при невозможности или затруднительности доставки объектов экспертизы в судебное заседание.

В соответствии с ч. 4 ст.93 ГПК РК лица, участвующие в деле, вправе присутствовать при проведении экспертизы. Исключение составляют случаи, когда такое присутствие может помешать экспертному исследованию, совещанию и составлению заключения. При прочих равных условиях надо полагать, что указанное право лиц, участвующих в деле, более полно может быть реализовано при проведении экспертизы в судебном заседании, поскольку исследования, проводимые в экспертных учреждениях, связаны в большинстве случаев с использованием специальной техники.

В соответствии со ст.92 ГПК РК эксперт обязан принять к производству порученную ему судебную экспертизу и провести полное исследование представленных материалов. В результате проведенных исследований эксперт обязан дать обоснованное и объективное заключение по поставленным перед ним вопросам и направить его суду, назначившему экспертизу. Кроме того, эксперт обязан прибыть по вызову суда для личного участия в судебном заседании и ответить на вопросы, связанные с проведенным исследованием и данным по его итогам заключением.

Эксперту также предоставлено право направить в суд мотивированное письменное сообщение о невозможности дать заключение по поставленным вопросам, если указанные вопросы выходят за пределы специальных знаний эксперта либо представленные материалы непригодны или недостаточны для проведения экспертизы.

К обязанностям эксперта относится обеспечить сохранность предоставленных ему для исследования материалов и вернуть их в суд вместе с заключением или сообщением о невозможности проведения экспертизы.

Согласно ст. 92 ГПК РК эксперту запрещено самостоятельно собирать материалы для проведения экспертизы, а также вступать в личные контакты с участниками процесса, если это может повлиять на объективность его беспристрастность в исходе дела. Эксперт не имеет права разглашать сведения, которые ему стали известны в связи с производством экспертизы, и сообщать кому-либо о результатах экспертизы, за исключением суда, ее назначившего. Кроме этого, эксперт имеет право знакомиться с материалами дела в той мере, в какой это необходимо для подготовки заключения. Эксперт имеет право также просить суд о предоставлении ему дополнительных материалов для исследования; задавать в судебном заседании вопросы участвующим в деле лицам и свидетелям; ходатайствовать о привлечении к производству экспертизы других экспертов.

Заключение дается экспертом в письменной форме. В заключении эксперта должны быть подробно описаны проведенные исследования и полученные в ходе исследований данные. В заключении должны содержаться выводы по результатам экспертизы и ответы на поставленные судом вопросы. При этом, если экспертом будут установлены факты, имеющие значение для дела, по поводу которых ему не были поставлены вопросы, он вправе включить в заключение выводы и в отношении названных фактов (ст.96 ГПК РК).

Поскольку заключение эксперта - один из видов доказательств по делу, оно в соответствии со ст.96 ГПК РК не является для суда обязательным и подлежит оценке. Суд обязан в решении по делу или в определении мотивировать свое несогласие с представленным заключением.

Статья 98 ГПК РК допускает возможность назначения дополнительной и повторной экспертизы. Дополнительная экспертиза назначается в случаях недостаточной ясности или неполноты заключения эксперта. При этом ее производство может быть поручено тому же или другому эксперту. Иначе говоря, дополнительная экспертиза назначается не тогда, когда выводы первоначальной экспертизы ставятся судом под сомнение, а в случае неясности некоторых вопросов, которые возникли у суда и которые не нашли свое отражение или были недостаточно исследованы при проведении первоначальной экспертизы.

Повторная экспертиза назначается судом тогда, когда у суда возникли сомнения в правильности или обоснованности ранее данного заключения. Именно поэтому те же вопросы ставятся судом перед другим экспертом.

Назначение дополнительной или повторной экспертизы оформляется определением, в котором судом должны быть либо поставлены дополнительные вопросы, на которые следует дать ответ эксперту, либо должны быть изложены мотивы несогласия суда с ранее данным заключением.

Совокупность юридических фактов, которые позволяют разрешить дело по существу, весьма широка и обширна. Сам по себе принцип диспозитивности невозможно рассмотреть отдельно от обязанности сторон представлять доказательства.

В науке гражданского процесса по этому поводу существуют различные подходы. Одни ученые полагают, что доказывание в гражданском процессе есть процессуальная деятельность только сторон, основанная на совокупности соответствующих процессуальных прав и состоящая в утверждении о фактических обстоятельствах дела, представлении доказательств, опровержении доказательств другой стороны, заявлении ходатайств об истребовании доказательств, участии в исследовании доказательств, дачи объяснений по поводу исследованных доказательств. Другие, напротив, определяют судебное доказывание как деятельность субъектов процесса по установлению при помощи законных процессуальных средств и способов объективной истинности наличия или отсутствия фактов, необходимых для разрешения спора между сторонами, т.е. фактов основания требований и возражения сторон. При этом, раскрывая сущность доказывания, они исходят из того, что должна быть активной роль суда в достижении истины, в процессе собирания и исследования доказательств. Суд, как они считают, имеет право ставить на свое обсуждение факты, на которые стороны не ссылались, если при этом суд не выходит за пределы оснований иска и возражений против него, как мне видится, что вторая позиция более полно отображает процессуальное законодательство, так как в обязанности суда входит принять все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного рассмотрения дела.

Закон Республики Казахстан от 23 декабря 1995 года № 2723 Об ипотеке недвижимого имущества

(с изменениями и дополнениями по состоянию на 26.07.2007 г.)

Форма акта и заголовок изложены в редакции Закона РК от 23.12.05 г. № 107-III (см. стар. ред.)

Статья 20. Способы реализации ипотеки

В случае неисполнения должником основного обязательства залогодержатель вправе удовлетворить свои требования путем:

- 1) реализации ипотеки в судебном порядке;
- 2) реализации ипотеки во внесудебном порядке, если это предусмотрено законодательными актами либо в ипотечном договоре, или последующем соглашении сторон;
- 3) обращения в свою собственность заложенного имущества в случае объявления торгов несостоявшимися согласно **статье 32** настоящего Закона.

*В статью 21 внесены изменения в соответствии с **Законом** РК от 03.06.03 г. № 427-II (см. стар. ред.)*

Статья 21. Реализация ипотеки в судебном порядке

1. Реализация ипотеки в судебном порядке производится в соответствии с решением суда по иску залогодержателя. При этом продажа недвижимого имущества, являющегося предметом ипотеки, производится путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном процессуальным законодательством.

2. В обращении взыскания на имущество, заложенное по ипотечному договору, может быть отказано, если допущенное должником нарушение основного обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества.

3. Принимая решения об обращении взыскания на недвижимое имущество, заложенное по ипотечному договору, суд должен определить и указать в решении:

1) все суммы, подлежащие уплате залогодержателю из стоимости заложенного имущества, за исключением сумм расходов по охране и реализации недвижимого имущества, которые определяются по завершении его реализации. Для сумм, исчисляемых в процентном соотношении, должны быть указаны сумма, на которую начисляется вознаграждение, размер вознаграждения и период, за который они подлежат начислению;

2) являющееся предметом ипотеки недвижимое имущество, из стоимости которого удовлетворяются требования залогодержателя;

3) начальную продажную цену заложенного недвижимого имущества при его реализации;

4) меры по обеспечению сохранности недвижимого имущества до момента его реализации, если они необходимы.

4. По просьбе залогодателя суд при наличии уважительных причин вправе в решении об обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество отсрочить его реализацию на срок до одного года в случаях, когда:

1) залогодателем является гражданин, независимо от того, какое недвижимое имущество заложено им по ипотечному договору, при условии, что залог не связан с осуществлением этим гражданином предпринимательской деятельности;

2) предметом ипотеки является земельный участок из состава земель **сельскохозяйственного назначения**.

Отсрочка реализации заложенного недвижимого имущества не затрагивает прав и обязанностей сторон по основному обязательству и не освобождает должника от возмещения возросших за время отсрочки убытков кредитора, причитающихся ему вознаграждения и неустойки.

Если залогодатель в пределах предоставленного ему отсрочкой времени удовлетворит требования залогодержателя, суд по заявлению залогодателя отменяет это решение.

5. Отсрочка реализации ипотеки не допускается в случаях:

1) если она может повлечь существенное ухудшение финансового положения залогодержателя;

2) если в отношении залогодателя или залогодержателя возбуждено дело о признании его банкротом.

*В статью 22 внесены изменения в соответствии с **Законом** РК от 03.06.03 г. № 427-II (**см. стар. ред.**)*

Статья 22. Прекращение реализации ипотеки

Должник и/или залогодатель, являющийся третьим лицом (вещный поручитель) вправе в любое время до того, как состоялась продажа предмета залога, прекратить обращение на него взыскания и его реализацию, исполнив требования залогодержателя в том объеме, какой они имеют к моменту их удовлетворения в соответствии с условиями ипотечного договора. Соглашение, ограничивающее это право, недействительно.

Статья 23. Возмещение расходов, связанных с реализацией ипотеки

Произведенные залогодержателем расходы, связанные с реализацией ипотеки, возмещаются ему из стоимости заложенного имущества.

*В статью 24 внесены изменения в соответствии с **Законом** РК от 03.06.03 г. № 427-II (см. стар. ред.)*

Статья 24. Процедура реализации ипотеки во внесудебном порядке

1. Реализация ипотеки во внесудебном порядке производится путем проведения торгов на заложенное имущество, организуемых доверенным лицом.

2. Доверенное лицо определяется сторонами в ипотечном договоре. В случае, если в ипотечном договоре доверенное лицо не определено, оно назначается залогодержателем.

3. Удовлетворение требований залогодержателя во внесудебном порядке не допускается в случаях, когда:

1) для ипотеки недвижимого имущества требовалось согласие другого лица или органа и такое согласие не было получено;

2) предметом ипотеки является недвижимое имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества;

3) предметом ипотеки является недвижимое имущество, находящееся в общей собственности, и кто-либо из его собственников не дает письменного согласия на удовлетворение требований залогодержателя во внесудебном порядке.

В указанных случаях взыскание на заложенное имущество обращается только по решению суда.

Г. Г. Кудабаява,

судья апелляционной судебной коллегии Северо-Казахстанского областного суда

Разбор гражданского дела о признании договоров о долевом участии в инвестировании строительства расторгнутыми и принуждении к исполнению обязательств по договорам (с применением немецкой техники судебного разбирательства)

Фабула данного дела сформулирована исходя из предложенного Верховным Судом Республики Казахстан постановления о возбуждении надзорного производства по делу по иску Бисеновой Г.М. к ТОО «Success Building» о признании договоров о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта расторгнутыми и принуждении к исполнению обязательств по договорам.

Демонстрируется немецкая техника судебного разбирательства:

1. Фабула гражданского дела.
2. Заключение №1 по фактическим обстоятельствам.
3. Экспертная оценка по иску.
4. Проект решения.
5. Выводы.

1. Фабула гражданского дела

Согласно, предложенному судебному акту – постановлению судей Верховного Суда Республики Казахстан о возбуждении надзорного производства, по делу рассмотрены искивые требования Бисеновой Г.М. к ТОО «Succes Building»:

- 1) Признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-003 расторгнутым.
- 2) Признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-004 расторгнутым.
- 3) Признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-005 расторгнутым.
- 4) Принудить ответчика исполнить п. 3 обязательств по договорам.
- 5) Обязать ответчика возратить все полученные им денежные взносы на банковский счет истца в АО «БанкЦентрКредит».

Исковое заявление

Бисенова Г.М. обратилась в суд с иском к ТОО «Succes Building» о признании договоров о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта расторгнутыми и принуждении к исполнению обязательств по договорам

В иске указано, что 20 ноября 2006 года между сторонами заключены договора о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта, согласно которым истец обязана оплатить полную стоимость договоров в размере 112 015 750 тенге, 126 208 600 тенге и 60 738 975 тенге, а ответчик в срок до четвертого квартала 2007 года, с возможностью в одностороннем порядке продлить данный срок не более, чем на три месяца, обязан передать помещения площадью 161, 0 кв. м, 176, 8 кв. м и 106, 7 кв.м.

Обязательства истцом, обусловленные договорами, выполнены в полном объеме, сумма внесена своевременно, однако ответчиком условия договора не исполнены.

Истец мотивирует свое исковое заявление тем, что ответчик нарушил обязательства по своевременной сдаче объекта строительства. Кроме того, при решении вопроса о принятии помещений установлено, что фактическая площадь помещений не соответствует площади, определенной договорами. Более того, нарушены ее производственные планы по эксплуатации помещений, тем, что Ответчик без ведома Истицы разделил помещение на комнаты и санузлы, что требует дополнительных затрат на перепланировку.

А согласно п. 3.2.1 договоров, застройщик обязан принять меры, направленные на достижение согласия между сторонами об изменении площади, предоставленного помещения. В связи с чем, истец просит:

- признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-003 расторгнутым;
- признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-004 расторгнутым;
- признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-005 расторгнутым;
- принудить ответчика исполнить п. 3 обязательств по договорам;
- обязать ответчика возратить все полученные им денежные взносы на банковский счет истца в АО «БанкЦентрКредит».

Возражение Ответчика на иск

ТОО «Succes Building» не признал исковые требования, пояснив, что Бисеновой Г.М. было предложено 18 февраля 2009 года явиться в офис компании для подписания актов передачи помещений, что общая фактическая площадь по трем договорам больше, чем площадь, предусмотренная договорами, однако дополнительную плату не требует. Более того, иск заявлен после исполнения обязательств сторонами и прекращения действия договоров. Согласно условиям договоров п. 5.1, 5.2, 5.3 размер проектной площади помещения может не соответствовать размеру его расчетной площади. Претензии дольщика по расхождению между проектной и расчетной площадями не подлежат рассмотрению застройщиком, а при увеличении или уменьшении площадей помещения оговаривается доплатой или возвратом долевых взносов. Просил отказать в иске.

2. Заключение по фактическим обстоятельствам дела

Заключение по фактическим обстоятельствам дела составляется исходя из тех утверждений сторон, которые изложены в иске, возражении на иск, других письменных документов, а также даны в объяснениях сторон.

При этом следует разграничить сообщение о факте от правовой оценки, которую сама сторона дает данному факту. В заключении по фактическим обстоятельствам должны фигурировать только сообщения о факте.

Вначале следует выделить утверждения Истца и Ответчика по иску, которые подлежат анализу.

2.1. Утверждения Истца

1) 20 ноября 2006 года между Истцом и ТОО «Succes Building» заключен договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта № С 2006-003;

2) 20 ноября 2006 года между Истцом и ТОО «Succes Building» заключен договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта № С 2006-004;

3) 20 ноября 2006 года между Истцом и ТОО «Succes Building» заключен договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта № С 2006-005;

4) истец исполнил условия договоров оплатил полную стоимость договоров в размере 112 015 750 тенге, 126 208 600 тенге и 60 738 975 тенге;

5) ответчик условия договора в полном объеме не исполнил;

6) нарушил обязательства по своевременной сдаче объекта строительства;

7) фактическая площадь помещений не соответствует площади, определенной договорами;

8) ответчик без согласования с Истцом разделил помещение на комнаты и санузлы, а входы, выходы и окна расположил не в запланированных проектом местах, что для Истца требует дополнительных затрат на перепланировку.

2.2. Утверждения Ответчика

Ответчик утверждает, а Истец оспаривает, что:

9) общая фактическая площадь по трем договорам больше, чем площадь, предусмотренная договорами, однако дополнительную плату Ответчик не требует, в связи с этим претензий у Истца возникать не должно;

10) иск заявлен после исполнения обязательств сторонами и прекращения действия договоров.

2.3. Требования Истца по иску

Истцом заявлено 5 требований:

1) признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-003 расторгнутым;

2) признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-004 расторгнутым;

3) признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-005 расторгнутым;

4) принудить ответчика исполнить п. 3 обязательств по договорам;

5) обязать ответчика возратить все полученные им денежные взносы на банковский счет истца в АО «БанкЦентрКредит».

2.4. Заключение по фактическим обстоятельствам состоит из трех частей

А. Бесспорные обстоятельства.

Б. Утверждения Истца, которые оспариваются Ответчиком.

В. Утверждения Ответчика, которые оспариваются Истцом.

Вначале следует выделить обстоятельства, которые сторонами не оспариваются (бесспорные обстоятельства), следовательно, которые не нуждаются в доказывании.

Данные бесспорные обстоятельства (А) вкупе с оспариваемыми утверждениями истца (Б), а затем оспариваемыми утверждениями ответчика (В) служат фактической основой для последующей Экспертной оценки.

А. Бесспорные обстоятельства по иску

Истец утверждает, а Ответчик не оспаривает, что:

Утверждение 1) 20 ноября 2006 года между Истцом и ТОО «Success Building» заключен договор № С 2006-003 о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта;

Утверждение 2) 20 ноября 2006 года между Истцом и ТОО «Success Building» заключен договор № С 2006-004 о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта;

Утверждение 3) 20 ноября 2006 года между Истцом и ТОО «Success Building» заключен договор № С 2006-005 о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта;

Утверждение 4) Истец исполнил условия договоров оплатил полную стоимость договоров в размере 112 015 750 тенге, 126 208 600 тенге и 60 738 975 тенге;

Утверждение 5) Несвоевременная сдача объекта строительства;

Утверждение 6) Фактическая площадь помещений не соответствует площади, определенной договорами.

Утверждение 7) Планировка не соответствует проекту.

Б. Утверждения Истца, которые оспариваются Ответчиком

Истец утверждает, а Ответчик оспаривает, что договоры следует расторгнуть; принудить исполнить п. 3 обязательств по договорам, что его следует обязать возвратить все полученные им денежные взносы на банковский счет истца.

В. Утверждение Ответчика, которые оспариваются Истцом

Ответчик утверждает, а Истец оспаривает, что:

- согласно условиям договоров п. 5.1, 5.2, 5.3 размер проектной площади помещения может не соответствовать размеру его расчетной площади;

- претензии дольщика по расхождению между проектной и расчетной площадями не подлежат рассмотрению застройщиком, а при увеличении или уменьшении площадей помещения оговаривается доплатой или возвратом долевых взносов; однако в этой части не предъявлялись иски требования;

- что дополнительную плату Ответчик не требует, хотя фактическая общая площадь по трем договорам больше, чем площадь, предусмотренная договорами;

- более того, иск заявлен после исполнения обязательств сторонами и прекращения действия договоров.

На этом составление Заключения по фактическим обстоятельствам дела окончено. Следует перейти к Экспертной оценке.

3. Экспертная оценка по иску

В Экспертной оценке фактические обстоятельства дела анализируются с правовой точки зрения вначале с позиции Истца, а при необходимости повторно, но уже с позиции Ответчика. Результатом Экспертной оценки является предложение по решению об обоснованности или необоснованности заявленных требований и юридической судьбе иска.

3.1. Обоснованность утверждений Истца (А+Б)

Вначале проверяется обоснованность всех утверждений истца, как бесспорных, так и оспариваемых Ответчиком.

Истец в своих утверждениях 1), 2), 3), 4), 5), 6) констатируют факты заключения договора и его исполнения им.

Из данных утверждений Истца, которые не оспаривает Ответчик, следует, что между Истцом и Ответчиком заключено три договора о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта. Истец исполнил условия договоров, а именно, оплатил стоимость договоров в полном объеме. Ответчик несвоевременно сдал объект строительства. Фактическая площадь помещений не соответствует площади, определенной договорами. Ответчик без ведома Истицы разделил помещение на комнаты и санузлы; входы, выходы и окна расположены не в запланированных проектом местах.

Указанные обстоятельства являются основанием для расторжения договоров.

Так, согласно п.п.1 п.2 ст. 401 ГК РК по требованию одной из сторон договор может быть расторгнут по решению суда при существенном нарушении договора другой стороной. Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

То есть, должны быть указаны существенные нарушения договора другой стороной.

А существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

Так, истцом исполнены условия договоров, а именно, Истцом оплачена стоимость договоров в полном объеме и в установленный договорами срок. Ответчик же несвоевременно сдал объект строительства. Фактическая площадь помещений не соответствует площади, определенной договорами. Ответчик без ведома Истицы разделил помещение на комнаты и санузлы; входы, выходы и окна расположены не в запланированных проектом местах. Также ответчиком нарушен п. 3.2.1 договоров, где указано, что, если дольщик и застройщик не придут к согласию по изменению помещений и по альтернативным вариантам долевого участия в строительстве, то стороны обязуются подписать соглашение о расторжении договоров, при этом застройщик обязуется вернуть дольщику все полученные по договорам взносы в срок указанный в соглашении о расторжении.

Таким образом, из утверждений Истца имеются обязательные условия для расторжения договоров.

Истец заключил договора:

№С 2006-003 – 161, 0 кв. метров;

№С 2006-004 – 176, 8 кв. метров;

№ С 2006-005 – 106, 7 кв. метров.

Однако, согласно техническому паспорту площадь предоставленных ответчиком помещений составила:

по договору №С 2006-003 - 138,9 кв. метров;
по договору №С 2006-004 – 194,7 кв. метров;
по договору № С 2006-005 – 113,1 кв. метров.

Истец Бисенова Г.М. представила суду, изготовленные РГП «Центр по недвижимости города Алматы», технические паспорта, согласно которым площади помещений составили:

по договору №С 2006-003 - 134,8 кв. метров;
по договору №С 2006-004 – 170,3 кв. метров;
по договору № С 2006-005 – технический паспорт заказан не был.

Кроме этого, договорами п. 3.2 предусмотрено, что об изменении планировки и, соответственно, размеров проектной площади помещений, а также иных параметров и характеристик помещений, застройщик должен письменно уведомить дольщика не позднее, чем за 2 месяца до окончания строительства. Однако этого сделано Ответчиком не было.

То есть, существенные нарушения договора имеются, поскольку площади объектов недвижимости по трем договорам являются другими, чем те, которые были обусловлены с застройщиком.

Вывод: Иск по п. 1 ст. 401 ГК РК является обоснованным, а также по п.5 ст. 403 ГК РК.

В утверждении Истца усматриваются основания для расторжения договоров, поскольку существенно нарушены условия договора:

Истцом исполнены условия договоров, а именно, Истцом оплачена стоимость договоров в полном объеме и в установленный договорами срок. Ответчиком же фактическая площадь помещений не соответствует площади, определенной договорами.

Более того, Ответчик разделил помещения на комнаты и санузлы; входы, выходы и окна расположил не в запланированных проектом местах.

А договорами п. 3.2 предусмотрено, что об изменении планировки и, соответственно, размеров проектной площади помещений, а также иных параметров и характеристик помещений, застройщик должен письменно уведомить дольщика не позднее, чем за 2 месяца до окончания строительства. Однако этого сделано Ответчиком не было.

В соответствии с п. 3.2.1 договоров, указано, что, если дольщик и застройщик не придут к согласию по изменению помещений и по альтернативным вариантам долевого участия в строительстве, то стороны обязуются подписать соглашение о расторжении договоров, при этом застройщик обязуется вернуть дольщику все полученные по договорам взносы в срок указанный в соглашении о расторжении.

3.2. Обоснованность утверждений Ответчика (А+В)

Теперь по методике следовало бы провести анализ позиции Ответчика и проверить обоснованность всех утверждений Ответчика, как бесспорных, так и оспариваемых истцом (А+В).

Ответчик не опровергает доводы Истца, а указывает, что общая фактическая площадь по трем договорам больше, чем площадь,

предусмотренная договорами, однако дополнительную плату они с Истца не требуют. Более того, иск заявлен после исполнения обязательств сторонами и прекращения действия договоров. Согласно условиям договоров п. 5.1, 5.2, 5.3 размер проектной площади помещения может не соответствовать размеру его расчетной площади. Претензии дольщика по расхождению между проектной и расчетной площадями не подлежат рассмотрению застройщиком, а при увеличении или уменьшении площадей помещения оговаривается доплатой или возвратом долевых взносов.

Вывод: Утверждения Ответчика не содержат ничего существенного и не опровергают утверждения Истца. А в части того, что договором предусмотрена доплата взносов за увеличение площадей, суд не может принять во внимание, поскольку такие требования Ответчиком не предъявлялись, и данные требования не опровергают доводы Истца.

3.3. Доказывание

По делу не требуется исследование доказательств, так как обоснованность иска в части признания сделки недействительной по п. 1 ст. 401 ГК РК основана на утверждениях Истца, которые Ответчиком не оспорены.

3.4. Предложение по делу

Иск обоснован, предлагается:

- 1) признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-003 расторгнутым;
- 2) признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-004 расторгнутым;
- 3) признать договор о долевом участии в инвестировании строительства нежилого объекта от 20 ноября 2006 года № С 2006-005 расторгнутым;
- 4) взыскать с ответчика сумму убытков в размере 112 015 750 тенге, 126 208 600 тенге и 60 738 975 тенге, а также расходы по оплате государственной пошлины.

4. Проект решения суда

Исходя из заключения и экспертных оценок можно составить проект решения суда, структура которого включает изложенные выводы.

В резолютивной части решения следует отразить, что требования Истца являются обоснованными. Договора от 20 ноября 2006 года следует расторгнуть по п. 1 ст. 401 ГПК РК, взыскать на основании п. 5 ст. 403 ГК РК сумму убытков.

5. ВЫВОДЫ

Преимущество предлагаемой немецкой методики судебного разбирательства:

1. Тщательный анализ фактических обстоятельств дела и правильная их правовая оценка при применении техники судебного разбирательства позволили правильно определить бесспорные обстоятельства дела,

определить предмет доказывания и сделать важный вывод о том, что по делу нет необходимости исследовать доказательства.

2. Мотивировочные части решений суда, составленных с применением техники судебных разбирательств и без применения таковой будут существенно отличаться друг от друга, как по структуре изложения суждений, так и по применяемым нормам материального права. Так апелляционная коллегия отменила решение суда, в связи с тем, что согласно условий договора 5.1, 5.2, и 5.3 размер проектной площади помещения может не соответствовать размеру его расчетной площади, претензии дольщика по расхождению между проектной и расчетной площадями не подлежат рассмотрению застройщиком, а при увеличении или уменьшении площадей помещения оговаривается доплатой или возвратом долевых взносов. Застройщик никаких претензий по дополнительной оплате за лишнюю квадратуру не предъявляет, что иск заявлен после исполнения обязательств сторонами и прекращения действия договора. Однако сделаны выводы, что Ответчиком нарушены существенно условия договора.

Достоинства и преимущества немецкой методики судебного разбирательства

Необходимым условием применения техники судебного разбирательства является тщательная досудебная подготовка дела, так как анализ дела, составление Заключения по фактическим обстоятельствам дела и проведение Экспертной оценки требует времени. На практике же подготовка дела к судебному разбирательству часто носит формальный характер.

**Рекомендации регионального семинара
«Судебная практика применения закона
«О долевом участии в жилищном строительстве.
Доказательства и доказывание в гражданском процессе»**

В целях совершенствования правового регулирования отношений в сфере долевого участия в строительстве предлагаем внести следующие изменения и дополнения в Закон РК от 7 июля 2006 года № 180-III ЗРК «О долевом участии в жилищном строительстве» (далее – Закон):

1.1. Название Закона изложить в новой редакции: «О долевом участии в строительстве».

1.2. Преамбулу Закона изложить в новой редакции: «Настоящий Закон регулирует общественные отношения, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства объектов недвижимости на основании договора участия в долевом строительстве и возникновением у участников долевого строительства права собственности на объекты долевого строительства и права общей долевой собственности на общее имущество в объекте недвижимости, а также устанавливает гарантии защиты прав и законных интересов участников долевого строительства».

1.3. Подпункт 7 ст. 1 Закона изложить в новой редакции: «7) объект долевого строительства – жилое или нежилое помещение, общее имущество в объекте недвижимости, подлежащие передаче участнику долевого строительства по передаточному акту».

1.4. Подпункт 8 ст. 1 Закона изложить в следующей редакции: «8) долевое участие в строительстве – отношения сторон договора о долевом участии в строительстве, в том числе – договоров о долевом участии в жилищном строительстве и в строительстве коммерческой недвижимости».

1.5. По всему тексту Закона исключить слово «жилищное» применительно к строительству, когда речь идет о строительстве вообще либо о строительстве коммерческой недвижимости.

1.6. Подпункт 10 ст. 1 Закона изложить в новой редакции:

«10) договор долевого участия в жилищном строительстве – смешанный договор, в котором могут содержаться элементы договоров строительного подряда, о совместной деятельности и др., в соответствии с которым застройщик обязуется в предусмотренный договором срок своими силами и (или) с привлечением других лиц построить (создать) объект недвижимости и по передаточному акту передать его участнику долевого строительства, а другая сторона (участник долевого строительства) обязуется уплатить обусловленную договором цену и принять объект долевого строительства по передаточному акту. Долевое участие в жилищном строительстве может осуществляться в двух основных формах: долевое участие потребителя в жилищном строительстве и долевое участие в жилищном строительстве в предпринимательских целях».

1.7. Дополнить ст. 1 Закона новым подпунктом 10-1) следующего содержания:

«10-1) долевое участие потребителя в жилищном строительстве – договор, заключаемый между застройщиком и физическим лицом для строительства жилого помещения в многоквартирном жилом доме (в том числе нежилых помещений), предназначенного для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью».

1.8. Дополнить ст. 1 Закона новым подпунктом 10-2) следующего содержания:

«10-2) долевое участие в жилищном строительстве в предпринимательских целях - договор, заключаемый между застройщиком и физическим или юридическим лицом для строительства жилого помещения в многоквартирном жилом доме (в том числе нежилых помещений) в предпринимательских целях, в том числе для последующей перепродажи с целью извлечения прибыли (дохода)».

1.9. Исключить из договора таких участников, как проектная компания и банк-агент, так как их права и обязанности и права и обязанности застройщика и дольщика не корреспондируют друг другу, т.е. не являются взаимными.

1.10. Статью 1 Закона дополнить подпунктом 12) следующего содержания:

«12) договор долевого участия в строительстве коммерческой недвижимости – договор, заключаемый между застройщиком и коммерческой организацией или индивидуальным предпринимателем для долевого строительства объекта недвижимости, который будет использоваться в предпринимательской деятельности последнего».

1.11. Пункт 3 ст.2 Закона изложить в другой редакции: «Настоящий закон не распространяется на отношения, связанные с индивидуальным жилищным строительством, и отношения, связанные с инвестированием в объекты недвижимости коммерческих организаций или индивидуальных предпринимателей, не основанные на договоре долевого участия в строительстве».

1.12. Следует изменить условия и порядок заключения договора долевого участия в строительстве – земельный участок должен быть в собственности застройщика. Участник долевого строительства приобретает право собственности на часть земельного участка, определяемого в зависимости от размера жилого или нежилого помещения, приобретаемого по договору после оплаты первоначального взноса, размер которого должен быть не менее 40% от общей стоимости объекта недвижимости, создаваемого по договору долевого участия в строительстве.

В постановление Правительства РК об утверждении типового договора долевого участия в строительстве следует внести соответствующие изменения и установить следующий порядок расчетов по договору долевого строительства: 1 – первоначальный взнос в размере 40% для проведения начальных работ по возведению объекта, 2 – взнос в размере 30% для проведения работ по черновой отделке, 3 – взнос в размере 20% для чистовой отделки помещений, 4 – взнос в размере 10% до введения объекта в эксплуатацию. Участник долевого строительства имеет право досрочно погасить суммы, причитающиеся по договору. Этот порядок и очередность выплаты должны контролироваться

уполномоченным органом, выдавшим лицензию на привлечение средств физических и юридических лиц для участия в долевом строительстве объектов недвижимости.

1.13. Застройщик обязан застраховать риск не возврата денег участнику долевого участия в строительстве или получить поручительство (гарантию) от третьих лиц (банков).

Вывод: В целом, нужна тщательная редакция положений Закона с учетом меняющейся концепции – договор долевого участия двусторонний – с участием застройщика и участника долевого строительства. Обязательное участие банка в качестве стороны договора приводит к дополнительным расходам участников долевого строительства.

2. Нужно внести соответствующие изменения в Закон РК «О лицензировании», предусмотрев, что «лицензированию подлежит деятельность по привлечению денежных средств физических и (или) юридических лиц для строительства объекта недвижимости», с тем, чтобы недобросовестные участники строительного бизнеса, не имеющие лицензий ни на осуществление строительной деятельности ни на осуществление деятельности по привлечению средств дольщиков, вместе с тем такой деятельностью занимаются, используя в своих корыстных интересах пробелы законодательства РК о долевом участии в жилищном строительстве – чрезмерно узкую сферу регулирования специального Закона.

3. Нужно внести изменения в постановление Правительства РК от 6 ноября 2007 г. № 1039 «Об утверждении Плана первоочередных действий по обеспечению стабильности социально-экономического развития Республики Казахстан» о том, что: «Настоящее постановление распространяется на отношения, связанные с долевым участием потребителя в жилищном строительстве, основанном на договоре, заключаемом между застройщиком и физическим лицом для строительства жилого помещения в многоквартирном жилом доме (в том числе нежилых помещений), предназначенного для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью».

4. Принять нормативное постановление Верховного суда по вопросам применения Закона об ипотеке, в котором регламентировать вопросы:

- соотношения ГК и других законов по вопросам правового регулирования ипотеки;
- обратить внимание судов на вещно-правовые элементы в залоге и особенностях их реализации.

5. Рекомендовать Парламенту и Правительству Республики Казахстан провести совершенствование гражданского законодательства в сфере залоговых отношений по следующим вопросам:

- исключить возможность ипотеки имущественных прав и движимого имущества;
- разграничить сферу применения ипотеки для потребительских и предпринимательских целей;
- установить запрет на залог земельного участка, используемого для долевого жилищного строительства;

- законодательно ограничить размер ипотечного долга. В первую очередь для ипотечных кредитов, используемых для потребительских целей;
- законодательно ограничить случаи применения внесудебной реализации ипотеки;
- единообразно урегулировать случаи прекращения ипотеки в ГК и Законе об ипотеке (соотношение ст. 319 ГК и 37 Закона об ипотеке);
- закрепить и подробно урегулировать предоставления отсрочек и других вопросов, связанных с реализацией ипотеки, защите прав залогодателя и залогодержателя. В том числе добросовестного приобретения ипотеки от неуправомоченного отчуждателя.

Содержание

МАТЕРИАЛЫ

РЕГИОНАЛЬНОГО СЕМИНАРА ПО ДОКАЗАТЕЛЬСТВУ И ДОКАЗЫВАНИЮ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ. МЕТОДИКА РАЗБОРА ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛ

(г. Шымкент, 1-4 июня 2010 года)

Алимбеков М.Т.

Приветственное слово 5

**СЕССИЯ 1. Общие вопросы доказательства и доказывания
в гражданском процессе. Теория и практика 8**

Мырзаке Г.Ж.

Доказательства и доказывание в гражданском процессе.
Теория и практика 8

Шнитгер Г.

Утверждение и доказывание 18

Узденова И.Д.

Теория доказательств в гражданском процессе 25

**СЕССИЯ 2. Особенности доказывания по спорам
о праве собственности на недвижимое имущество 42**

Скрябин С.В.

Отдельные особенности доказывания по спорам о защите
владения, права собственности и иных вещных прав 42

Туякбаева И. С.

Особенности назначения и проведения судебной экспертизы.
Основания и порядок назначения судебно-экономических экспертиз 65

Кошикбаев М.Ж.

Письменные доказательства 78

**СЕССИЯ 3. Доказательства и доказывание
по делам особого искового производства 83**

Мадыбаева З. О.

Понятие и цели судебного доказывания по делам
особого искового производства 83

Салпеков А.С.

Сбор, исследование и анализ доказательств при рассмотрении
гражданских дел в порядке особого искового производства 99

Пуделька Й.

Разница и общность принципов гражданского и административного процесса при исследовании доказательств 106

Сейдалина Ж.К.

Разбор дела по обжалованию действий должностных лиц 111

СЕССИЯ 4. Доказательства и доказывание

по трудовым спорам.....118

Шарифбаева Х.С.

Доказательства и доказывание по трудовым спорам.

Фактические данные, не допустимые в качестве доказательств 118

Сейтжанов М.Д.

Виды доказательств по трудовым спорам в суде 128

Кунанбаев С.Т.

Понятие доказательств. Порядок предоставления доказательств.

Относимость, допустимость и достоверность доказательств..... 133

Есжанова Г.К.

Проблемные вопросы, встречающиеся в судебной практике

в процессе доказывания по трудовым спорам..... 136

Жумагулов М.Ж.

Письменные доказательства в гражданском процессе 142

Куанова И.З.

Применение «техники судебного разбирательства в

гражданском процессе» при рассмотрении трудовых споров 145

**СЕССИЯ 5. Доказательства и доказывание по спорам, регламентируемым
брачно-семейным законодательством 166**

Ак-куова Г.Б.

Доказывание при рассмотрении исковых требований о разделе

совместного имущества супругов. Установление отцовства,

установление факта признания отцовства 166

Буленок Е.Г.

Понятие, правовая природа и место экспертизы

в системе доказательств.

Необходимые требования, предъявляемые при назначении

судебно-почерковедческой экспертизы 179

Куанова И.З.

Разбор семейно-брачного спора 188

Раисова Б. А.	
Экспертиза как доказательство в гражданском процессе.	
Особенности доказывания по семейным спорам	201
СЕССИЯ 6. Вопросы гендерного равенства	205
Сулейменова У.А.	
О гендерной политике и включении гендерного компонента в программу обучения судей	205
Ерманов А.Н.	
О ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин	
О конвенции от 18 декабря 1979 г.	213
Жаппасова К.Ж.	
Вопросы гендерного равенства при рассмотрении гражданских дел	216
Мырзахметова Г.Ш.	222
Елибаева А.С.	
Гендерное образование и правовое просвещение	226
Рекомендации по программе регионального семинара «Доказательства и доказывание в гражданском процессе. Методика разбора гражданских дел».....	229
Материалы регионального семинара «Судебная практика применения закона «О долевом участии в жилищном строительстве. Доказательства и доказывание в гражданском процессе» (г. Астана, 11-13 октября 2010 года)	236
Приветственное слово председателя надзорной судебной коллегии по гражданским и административным делам Верховного Суда Республики Казахстан Ташеновой Алмаз Дулатовны	237
СЕССИЯ 1. Судебная практика применения закона «О долевом участии в жилищном строительстве. Доказательства и доказывание в гражданском процессе»	239
Тумабеков Д.А.	
Закон Республики Казахстан «О долевом участии в жилищном строительстве» и его применение при исполнении своих обязательств сторонами договора.	
Расторжение договора и правовые последствия.....	239

Мороз С. П.

Договор долевого участия в строительстве по законодательству
Республики Казахстан 247

Жусупбекова Г.К.

Споры, связанные с реализацией договоров долевого участия,
и вытекающие из них последствия 256

Шрамм Х.И.

Правовые отношения сторон по договору в договоре
о долевом участии в строительстве 269

Туленова Г.К.

Некоторые вопросы правового регулирования долевого участия
в жилищном строительстве 276

Шайхина А. Т.

Правовое регулирование защиты прав участников
долевого строительства 279

Жармухамбетова С.А.

Судебная практика применения закона
о долевом участии в жилищном строительстве 285

Сейдалина Ж. К.

Разбор дела и его обсуждение 289

Жумагулов Б. Т.

Споры по вопросам долевого участия в жилищном строительстве.
Особенности рассмотрения дел по спорам, связанным с долевым
строительством жилых помещений..... 299

Сейтимова В.Х.

Изменение условий договора о долевом участии в жилищном строительстве.
Добросовестность участников договора..... 305

Кайсаров Б.К.

Правовые последствия заключения договоров о долевом участии 308

Бекбатыр Г.Ш.

Судебная практика рассмотрения гражданских дел,
связанных с защитой прав участников долевого строительства 313

Шрамм Х.И.

Рекомендации по завершению международного семинара для судей
Судебная практика применения закона
«О долевом участии в жилищном строительстве» 316

Стикулова Г.К.	
Практика рассмотрения судами города Алматы дел, вытекающих из договоров долевого строительства	325
Ертаева Р. М.	
Расторжение договора о долевом участии в жилищном строительстве	332
Жанысова Л.Б.	
Проблемы при исполнении судебных актов по спорам, связанным с долевым строительством.....	338
СЕССИЯ 2. Судебная практика применения закона «Об ипотеке недвижимого имущества».....	345
Ташенова А.Д.	
Практика применения судами республики Закона «Об ипотеке недвижимого имущества»	345
Скрябин С.В.	
Применение казахстанского законодательства об ипотеке: некоторые теоретические и практические проблемы.....	350
Пуделька Й.	
Сравнение правовых возможностей обеспечения исполнения кредитных обязательств для финансирования приобретения недвижимости в Казахстане и в Германии.....	364
Таткеева К.К.	
Ипотека - один из эффективных видов способа обеспечения исполнения обязательств	374
Тыртыкаева С.Ж.	
Защита прав Банка как залогодержателя. Защита прав Банка как участника долевого строительства	392
Исабекова Р.К.	
Анализ истории и эволюции ипотеки на примере развитых и развивающихся стран	397
Иванова Ю.П.	
Судебная практика по делам, связанным с ипотекой.....	411
Карашева А.Б.	
Об истории ипотеки	415

Даненова А.А.	
Вопросы, возникающие при подготовке и рассмотрению исков о судной задолженности по ипотеке	419
СЕССИЯ 3. Доказательства и доказывание в гражданском процессе	425
Мамытбеков О.М.	
Доказательства и доказательства в гражданском процессе по делам особого искового производства	425
Смагулова З. Ш.	
Доказывание по делам, связанным с реализацией ипотеки в судебном порядке	430
Касенова Б.Ж.	
Особенности доказывания, по спорам связанным с ипотекой	435
Мельников В.М.	
Доказывание и оценка доказательств в гражданском судопроизводстве.....	444
Налимова Ю.В.	
Доказательства по гражданским делам и их оценка	451
Мухамедьярова А.У.	
Доказывание и доказательство в судопроизводстве Республики Казахстан	460
Нусупова Ш. М.	
Особенности и проблемы доказывания при рассмотрении экономических споров в суде	469
Садуакасов Б.М.....	471
Нурлумбаева А.К.	
Роль суда и сторон в доказывании.....	471
Нурлумбаева А.К.	
Расчетная площадь квартиры в договоре долевого участия.....	479
Сейдахметова Г.Т.	
Представление доказательств. Оценка доказательств	484
Артыкбаева Г.З.	
Доказательства и доказывание в гражданском процессе	489

Кудабаева Г.Г.

Разбор гражданского дела

о признании договоров о долевом участии в инвестировании строительства
расторгнутыми и принуждении к исполнению обязательств по договорам

(с применением немецкой техники судебного разбирательства) 506

Рекомендации регионального семинара

«Судебная практика применения закона

«О долевом участии в жилищном строительстве.

Доказательства и доказывание в гражданском процессе» 515