ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО
Учебник для вузов (академический курс)
Том I (главы 16 - 31)

Глава 16. Право собственности. Общие положения

§1. Собственность и право собственности

**Собственность как экономическая категория**. Основа понимания экономической категории собственности сформулирована в ряде научных работ еще в XIX в. Доминирующая точка зрения сводится к тому, что собственность может существовать только в обществе и только в обществе, организованном в государство. Собственность - это не вещи и не имущество. “Это - определенное экономическое (фактическое) отношение”1 .

**Собственность есть определенное, исторически обусловленное общественное отношение, которое существует между людьми по поводу вещей***.* Понятие собственности объективно присуще организованному человеческому обществу. Возникновение собственности на послед-них стадиях развития первобытного строя привело к появлению государства и последующему более интенсивному развитию общества. Отношения собственности выражают социально-экономическую сущность общественного устройства. Поэтому вопрос о собственности является основным в жизни общества. От ее построения зависит организация и благополучие человеческого общества. Основные формы отношений собственности и производства исторически определили типы общества: рабовладельческий, феодальный, капиталистический. Кроме того, позволили выделить дособственнический период - первобытно-общинный и спроектированный научно, но недостаточно успешно осуществленный - социалистический.

Изменение отношений собственности - основной двигатель общества и причина всех социальных потрясений. Естественно, изменение отношений собственности может вести как к прогрессу, так и к регрессу общества. Определить эффективность изменений очень легко, сопоставив статистические данные экономического и социального развития государства и гражданина соответствующих периодов.

Термин “собственность” используют в разных значениях. В повседневной жизни собственность чаще всего отождествляют с имуществом или правом. В первом случае могут сказать “это моя (его) собственность”. Во втором - “приобрел (передал) в собственность”. И то, и другое понимание не точны с точки зрения права. Необходимо отличать собственность от права собственности. Собственность - категория экономическая, право собственности - юридическая. В приведенных нами выше обиходных пониманиях собственности юридический смысл гражданами ошибочно выражается через экономическую категорию собственности. К тому же собственность не должна отождествляться с объектом (например, столом, машиной). В нашем случае правильно было бы сказать: “Эта вещь принадлежит мне на праве собственности” или “Он приобрел право собственности на квартиру в результате договора купли-продажи”. Нельзя смешивать экономические и правовые категории. В то же время следует понимать, что право собственности является отражением и выражением экономических отношений собственности. Поэтому изучение права собственности начинается со знакомства с экономической категорией собственности.

В российской юридической литературе было высказано мнение, что “собственность - это не только и не столько отношения между людьми по поводу имущества (этот аспект отношений регулируется в большей степени нормами обязательственного права), сколько отношение человека к вещи как к своей, как к собственной”2 . Данное положение является ошибочным. Ни одно явление не может быть объяснено само из себя. Сколько бы человек ни относился к понравившейся ему чужой вещи как к своей собственной, он не станет собственником, если у него нет законного титула (т. е. не сможет присвоить блага). Иначе собственником можно было бы считать любого фактического держателя вещи.

**Понятие права собственности. Право собственности есть признаваемое и охраняемое законодательными актами право субъекта по своему усмотрению владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом** [(ч. 1 п. 1 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880000)).

Правовые отношения собственности - в отличие от экономических отношений собственности - формируются в зависимости от человеческой воли, порождаются сознанием и волей их участников. Люди вступают в эти отношения как носители прав и обязанностей, которые регулируются и защищаются правом. Хотя правовые отношения собственности — суть отражение экономических отношений собственности, они как любое явление надстройки существуют относительно самостоятельно3 .

Регулирование отношений собственности возможно осуществлять разными правовыми средствами. В зависимости от этого, а также от среза исследования проблемы понятие права собственности многозначно.Остановимся на его понимании в двух плоскостях. **Право собственности как правовой институт - это совокупность правовых норм, закрепляющих, регулирующих и охраняющих состояние присвоенности (принадлежности) материальных благ определенному лицу.** В данном случае речь идет о праве собственности в объективном смысле. **Закрепление же определенной меры юридической власти за собственником позволяет говорить о праве собственности в субъективном смысле**4 .

Право собственности является установленным в соответствии с законом имущественным, абсолютным, вещным правом, которое характеризуется возможностью непосредственного воздействия на вещь и наличием правомочий владения, пользования и распоряжения. Праву собственности сопутствуют права следования и преимущества.

Право собственности - **основное вещное право**. Вещные права находятся в постоянной связи с иными типами прав. Носитель вещного права обычно вступает в обязательственные отношения, в т.ч. и в отношении своих объектов собственности. Тогда возникает параллельное существование двух видов прав, определяемое, как правило, различными субъектными связями. Так, например, если собственник сдал свое здание в аренду, то с арендатором его связывают обязательственные отношения. В отношении всех остальных третьих лиц он - носитель вещного права с соответствующими способами защиты. Поэтому недопустимо вести речь о смешении разновидовых прав или объединении их в новое комплексное право, которое имеет смешанный характер. В нашем случае речь идет о переплетении вещного и обязательственного прав. Однако, сколь бы тесным и масштабным ни было их переплетение, оно не порождает и не может породить качественно новое право, отличное и от вещного, и от обязательственного.

Один из обязательных признаков права собственности - **необходимость установления его законом**. Данный признак расшифровывается через элементы “признаваемости и охраняемости законодательными актами” права собственности, приведенными в [ст. 188](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880000) ГК. Право собственности существует только в пределах, признаваемых государством. Это значит, что абсолютное право собственности может быть ограничено законодательными актами. В ряде случаев ограничения права собственности имеют специальный характер, обусловленный особым правовым режимом имущества, находящегося в собственности. Так, отдельные объекты гражданских прав могут быть полностью или частично изъяты из гражданского оборота, чем и объясняется существование ограничений прав на такое имущество (например, земля, леса, радиоактивные вещества и т. п.). Возможно положение, когда иностранное право признает право собственности, а казахстанское - нет. В этом случае вступают в силу нормы международного частного права, и возможна ситуация, когда в пределах юрисдикции казахстанского законодательства права собственности не существует. Признак охраняемости права собственности означает возможность его защиты гражданско-правовыми способами.

Право собственности - наиболее полное право. Обусловлено это тем, что над собственником находится только воля закона и его общественные обязанности. Собственник осуществляет правомочия владения, пользования и распоряжения *по своему усмотрению*. Поэтому право собственности самое “сильное” вещное право. В то же время следует заметить, что собственник сам по договору может ограничить свои собственнические правомочия. [Пункт 3 ст. 188](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880300) ГК дает примерную расшифровку действий “по своему усмотрению”. Так, собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, в т. ч. отчуждать это имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, свои правомочия по владению, пользованию и распоряжению имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом.

Осуществление собственником своих правомочий не должно нарушать прав и охраняемых законом интересов других лиц и государства. Нарушение прав и законных интересов может найти выражение, наряду с иными формами, в злоупотреблении собственником своим монопольным или иным доминирующим положением ([ч. 1 п. 4 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880400)). Критерии, которые позволяют выявить факт злоупотребления монопольным положением, определены в антимонопольном законодательстве. Антимонопольное законодательство определяет органы, осуществляющие контроль за доминирующим положением на рынке, и санкции, применяемые к нарушителям антимонопольного законодательства.

Таким образом, в право собственника законом заложена пассивная обязанность. Помимо сказанного выше, “собственник обязан принимать меры, предотвращающие ущерб здоровью граждан и окружающей среде, который может быть нанесен при осуществлении его прав” ([ч. 2 п. 4 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880400)). Меры, которые собственник должен предпринимать для предотвращения ущерба окружающей среде, определяются природоохранным законодательством. Им предусмотрены также критерии нарушения природоохранного законодательства, органы, осуществляющие контроль за его соблюдением, и другие правовые механизмы, обеспечивающие природоохранное законодательство.

В соответствии с [п. 2 ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60200) Конституции РК “собственность обязывает, пользование ею должно одновременно служить общественному благу”. Конкретизация всех приведенных положений может и не быть закреплена в законодательстве. Поэтому можно сделать вывод, что собственник в своих действиях ограничен законодательством, правами и охраняемыми интересами других лиц и государства, служением общественному благу, а также непричинением ущерба окружающей среде.

По сути ограничения сопровождают в той или иной мере любое право собственности. Можно сказать и так, что право собственности существует только в пределах установленных для него ограничений. Независимо от них право собственности и внутри своих пределов иногда ограничивается по различным основаниям, лежащим или в личности отдельного субъекта права собственности, или в обстоятельствах, находящихся вне личности субъекта. Ограничение может касаться каждой из составных частей права собственности - владения, пользования и распоряжения, и при том может касаться или одной только составной части права собственности, или распространяться и на другие части.

Ограничение самого права собственности следует отличать от ограничения круга действий, которые может совершать собственник. В частности, ряд запретов на действия собственника вытекает из противопожарных, санитарных, ветеринарных, эпидемиологических и прочих правил. Так, собственник, торгующий продовольственными товарами, должен пройти соответствующее медицинское освидетельствование, его рабочее место должно располагаться на специально оборудованной для этого территории и т. п.

В случаях, на условиях и в пределах, предусмотренных законодательными актами, собственник обязан допустить ограниченное пользование его имуществом другими лицами ([п. 6 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880600)). Такое пользование третьими лицами имуществом собственника называется сервитутом.

Объектом права собственности является имущество в узком смысле - вещи, наличные деньги и документарные ценные бумаги. То есть речь идет об овеществленных осязаемых предметах. Соответственно электронные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, работы, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, имущественные права и некоторое другое имущество не являются объектами собственности и не регламентируются правилами [раздела 2](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880000) “Право собственности и иные вещные права” ГК.

В соответствии с казахстанской концепцией право собственности бессрочно ([п. 5 ст. 188](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880500)). Принцип бессрочности означает то, что право собственности не может возникать под условием его временности, а, значит, и нельзя быть собственником на время.

Собственник несет бремя содержания принадлежащего ему имущества, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором, и не может в одностороннем порядке переложить такое бремя на третье лицо ([п. 1 ст. 189](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1890000)). Под бременем содержания имущества понимается обязанность собственника поддерживать имущество в надлежащем состоянии по тем параметрам, которые требуются законодательством. Так, например, на собственнике дома лежит обязанность по уплате налогов, капитальному и текущему ремонту, страхованию, регистрации, охране, расходам по имуществу, связанным с соблюдением прав третьих лиц, расходам по его содержанию и др. Бремя содержания имущества может быть передано третьему лицу только по договору.

Если имущество правомерно находилось у третьих лиц, то понесенные ими расходы на содержание чужого имущества подлежат возмещению собственником, если иное не предусмотрено договором ([ч. 1 п. 2 ст. 189 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1890200)). Правомерное нахождение имущества у третьих лиц может иметь место в результате гражданско-правового договора (например, договоров аренды, безвозмездного пользования и др.), находки, опеки или доверительного управления имуществом. В случае разногласий между собственником и третьим лицом об основаниях возмещения расходов или их размере и форме спор может быть разрешен в судебном порядке. Расходы по содержанию имущества не возмещаются лицу, обладавшему вещью недобросовестно и неправомерно ([ст. ст. 189](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1890000), [263 ГК).](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2630000)

§ 2. Содержание права собственности

Собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом ([ч. 1 п. 2 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880200)). Эти права определяют содержание права собственности. Впервые упомянутая триада была использована в работах средневековых комментаторов римского частного права, хотя само римское частное право не знало исчерпывающего перечня правомочий собственника. В российском законодательстве она появилась впервые в 1832 г5.

**Право владения представляет собой юридически обеспеченную возможность осуществлять фактическое обладание имуществом** ([ч. 2 п. 2 ст. 188](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880200)). В обыденном понимании данному правомочию ближе всего соответствует понятие “держание”. Из этого следует, что в случае спора титульным (законным) владельцем предполагается держатель вещи до тех пор, пока не будет установлено иное. Однако следует понимать, что право собственности не связано жестко ни с обладанием (держанием), ни даже с владением в данный момент. Кроме того, на сегодняшний день законодателю не удалось выявить правовые сущностные признаки права владения. Поэтому на практике приходится исходить из “принципа исключения” - то, что не покрывается правами пользования и распоряжения, является правом владения. В то же время владение имеет существенное значение, которое позволяет отличить его от всех иных прав (особенно обязательственных). Если в иных вещных правах правомочия владения может по общему правилу и не быть, то в праве собственности это, как правило, обязательный элемент6 .

**Право пользования представляет собой юридически обеспеченную возможность извлекать из имущества его полезные естественные свойства, а также получать от него выгоды***.* Выгода может выступать в виде дохода, приращения, плодов, приплода и в иных формах ([ч. 3 п. 2 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880200)). Для наглядности возьмем пример с велосипедом. Если собственник на нем катается, то он извлекает из велосипеда его полезные естественные свойства. Первый постулат, конечно же, не вызовет ни у кого сомнений. Представим более сложное с правовой точки зрения действие - собственник забивает велосипедом гвозди. Может быть, это и не удобно, но приносит собственнику выгоду. Это, в соответствии с данным выше определением, будет идентифицировано как осуществление права пользования. А если собственник покрасил велосипед или переставил его из одной комнаты в другую? По-нашему мнению, данные действия относятся уже к осуществлению правомочия владения. То есть, действие, не являющееся распоряжением, использованием полезных естественных свойств вещи и не приносящее прямой выгоды, может быть отнесено к сфере права владения.

Важным является вопрос - может ли быть в праве собственности право пользования без права владения? Мы считаем, что нет. По нашему мнению, ответ на данный вопрос зависит от того, что понимать под владением. В изложенной нами концепции, по общему правилу, право пользования предполагает наличие физического держания. То есть сдача, например, машинного времени в аренду означает появление права владения на компьютер в момент его использования по договору.

**Право распоряжения представляет собой юридически обеспеченную возможность определять юридическую судьбу имущества** ([ч. 4 п. 2 ст. 188](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880200)). Чаще всего юридическая судьба имущества определяется сделкой. Но обыденными являются случаи распоряжения имуществом посредством иного юридического факта.

В соответствии с [п. 3 ст. 188](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880300) ГК собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, в т. ч. отчуждать это имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, свои правомочия по владению, пользованию и распоряжению имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом.

Собственник вправе распоряжаться своим имуществом наиболее абсолютным образом. Все иные права производны от права собственности, зависимы от него и не могут быть по объему шире первичного права. Собственник вправе даже уничтожить свое имущество, если этим не будут нарушены требования законодательства, а также права и охраняемые законом интересы других лиц.

Право собственности может прекратиться ввиду особенности его объекта. Имеются в виду случаи, когда правомочия пользования и распоряжения сливаются. Обычно это происходит при потреблении потребляемых вещей, например при съедении продукта питания. В этом случае процесс осуществления права пользования приводит к реализации и правомочия распоряжения, а, следовательно, и прекращению права собственности. Иной позиции придерживается Ю. К. Толстой. По его мнению, “если право собственности прекращается в результате однократного использования вещи (например, Вы съедаете яблоко или сжигаете дрова в камине), то воля собственника направлена вовсе не на то, чтобы прекратить право собственности, а на то, чтобы извлечь из вещи ее полезные свойства. Поэтому в указанном случае имеет место осуществление только права пользования вещью, но не права распоряжения ею”7 . Это мнение увязано с пониманием в российском законодательстве права распоряжения как юридической возможности определять судьбу вещи путем совершения юридических актов в отношении этой вещи. Казахстанское законодательство со своей стороны оперирует понятием “возможность определять юридическую судьбу”, т. е. совершать любые действия, которые не обязательно должны классифицироваться как сделка.

Как это ни покажется странным на первый взгляд, на классификацию действия собственника, как носителя вещного права, влияет его намерение. Допустим, собственнику вещь перестала быть нужна, и он ее выбросил. Собственник осуществил право распоряжения. Право собственности на нее прекратилось только потенциально. De jure же право собственности прекратится, только если право собственности на нее возникнет у нашедшего по правилам [ст. 245 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2450000) “Находка”. Продолжим развитие гипотетической ситуации. Если собственник на другой день изменил свое намерение и решил подобрать брошенную вещь, то его действие по выбросу вещи может быть уже квалифицировано как осуществление правомочия владения.

Возможна ситуация, когда собственник на законных основаниях лишается одновременно прав владения, пользования и распоряжения (например, при аресте имущества или передаче собственником всех трех правомочий по договору). Но и в этом случае собственник не утрачивает права собственности. Это говорит о том, что кроме трех, перечисленных [ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880000) вещных правомочий, собственник имеет титульное право, которое может быть отчуждено им только добровольно по договору с утратой права собственности либо изъято в связи с принудительным прекращением права собственности по основаниям, предусмотренным ГК.

Научная мысль в западных странах предлагает существенно расширить данный круг правомочий8 . Такое, якобы общее для всех “зрелых” правовых систем определение “полного”, “либерального” права собственности, охватывающее не три-четыре основных правомочия, а одиннадцать “элементов”, выдвинул в 1961 г. А. М. Оноре. Оноре считает, что каждый элемент “полного” права собственности может иметь много вариантов в зависимости от конкретного определения задач объекта данного права и т. д. **Ни один из элементов не является настолько необходимым, чтобы можно было говорить о реально существующих правах** собственности(выделено нами. - *И. Ж.*). Такие права на один объект могут одновременно принадлежать разным лицам. Каждое из этих прав не обязательно включает какой-либо или какие-либо из названных элементов9 .

Наиболее часто классическую триаду дополняют новыми правомочиями управления и контроля. Проистекает это из факта регистрации многими исследователями объективных экономических процессов отделения управления от собственности10 . Однако, такая позиция не находит законодательной поддержки нигде в мире. Это правильно, так как искусственное конструирование любого нового правомочия означает либо переход из правовой плоскости в иную (обычно экономическую или управленческую), либо наложение на уже существующее правомочие под каким-либо иным углом зрения.

В то же время следует заметить, что широкий набор правомочий собственника в западных странах, используемый в специальной литературе, как правило, не подкрепляется законодательно. Но термины “владение”, “пользование”, “распоряжение” и “контроль” встречаются в отдельных правовых нормах. Более того, понятие права собственности законодательно за пределами бывших стран социалистической ориентации раскрывается только в странах Западной Европы и странах, перенявших их правовую систему. Причем их диапазон определяется через степень свободы собственника. Наиболее консервативная позиция изложена в Гражданском кодексе Франции, где собственность определена как “право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом с тем, чтобы пользование не являлось таким, которое запрещено законами или регламентами” (ст. 544)11 . Однако, общая тенденция развитых стран последнего столетия направлена на последовательное ограничение прав собственника интересами других граждан и государства. Поэтому государственное вторжение в частную собственность дело довольно обычное. В этой части казахстанское законодательство занимает даже более строгую позицию по охране частной собственности и созданию условий для предпринимательской деятельности.

Достаточно часто несобственник осуществляет в отношении имущества права владения, пользования и распоряжения одновременно с собственником. В качестве примера можно привести право хозяйственного ведения и право оперативного управления. Исходя из этого, следует признать, что одно и то же правомочие может быть у двух субъектов, или собственнические правомочия могут быть разделены между собственником и иным субъектом вещного права. Возможным выходом из этой ситуации было бы считать право собственности особым вещным правом, которое в принципе может существовать при отсутствии всех трех правомочий. Схема эта, конечно же, условна, поскольку законодательство во всех случаях оставляет за собственником в нормальном режиме работы хотя бы одно или даже часть одного правомочия. Но законодательными актами или волей собственника может быть предусмотрена передача всех трех правомочий другому носителю вещного права с сохранением у собственника его титула. Пока же для наиболее распространенного случая - права хозяйственного ведения - достаточно толкования, при котором право распоряжения имуществом государственного предприятия поделено между государством и предприятием. Право пользования принадлежит предприятию, а право владения государству или предприятию— в зависимости от того, какую концепцию вещного права мы примем за основу.

§ 3. Формы и виды права собственности

В соответствии с [п. 1 ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60000) Конституции РК, “в Республике Казахстан признаются и равным образом защищаются государственная и частная собственность”. Это формы собственности. Основанием к их выделению являются различное социальное назначение и правовой режим. Разделение собственности на две формы производится в Конституции по признаку их отношения к государству как субъекту права собственности. Принадлежность к частной собственности определяется законом очень просто - это все, что не принадлежит государству. То есть вся негосударственная собственность является частной. В Российской Федерации перечень форм собственности не закрыт. Помимо частной и государственной упоминаются муниципальная и иные формы собственности (п. 2).

Формам собственности соответствуют формы права собственности. В свою очередь, формы делятся на виды. Форма отражает качественное отличие собственности по ее назначению и социальной направленности, вид - субъектное различие внутри формы собственности. Субъектом права собственности могут быть любые граждане или юридические лица, а также государство. В случае ограничения дееспособности гражданина или даже ее отсутствия его интересы представляет представитель по закону или договору. Особенности государства как субъекта права собственности определяются тем, что реализация его права осуществляется через уполномоченные государственные органы или государственные юридические лица, а в случаях, предусмотренных законодательными актами,— негосударственными юридическими лицами и гражданами.

Гражданский кодекс, вслед за Конституцией, выделяет в качестве форм собственности частную ([ст. 191](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1910000)) и государственную собственность ([ст. 192](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1920000)). В то же время, в отличие от российского законодателя, казахстанский избежал использования при классификации термина “формы”. Это сделано сознательно, поскольку понятия “форма” и “вид” по своей сути многозначны и теоретически применительно к праву собственности недостаточно разработаны. Очевидно, такая позиция верна. Тем не менее, следует отметить два возможных подхода к этому вопросу. В соответствии с первым право собственности едино и однородно. Оно подчинено общим правилам рыночной экономики. Но исключение из него составляет право государственной собственности, которое существует в минимальных пределах для поддержания функций государства и обеспечения нормального функционирования права частной собственности. То есть частная собственность является не видовым, а родовым понятием, тождественным понятию собственности.

При втором подходе право собственности — родовое понятие, а право частной и государственной собственности - видовые. Обоснованием ей служит разный правовой режим имущества, установленный законодательством для частной и государственной собственности. Вытекает это из специфики функций государства и обусловлено также особенностью субъекта.

Как и в отношениях с участием юридических лиц, в отношениях с участием представителей государства приходится исходить из наличия абстрактного субъекта - Республики Казахстан или административно-территориальной единицы. От их имени в гражданском обороте участвуют уполномоченные лица - юридические или физические. Причем юридические лица, как правило, являются государственными органами, наделенными статусом учреждения. И в этих случаях важно различать, когда такое государственное учреждение выступает от своего имени, а когда от имени государства или административно-территориальной единицы. Но в любом случае надо иметь в виду, что государство и административно-территориальная единица непосредственно распоряжаются тем государственным имуществом, которое не закреплено на балансе государственных юридических лиц. С другой стороны, реализация государственной собственности осуществляется государственными юридическими лицами (предприятиями и учреждениями) только в отношении имущества, находящегося у них в хозяйственном ведении или оперативном управлении.

Ст. 191 ГК устанавливает два вида частной собственности - собственность граждан и негосударственных юридических лиц и их объединений. В свою очередь, ст. 192 устанавливает два вида государственной собственности - республиканскую и коммунальную. В отличие от Республики Казахстан, в Российской Федерации муниципальная (коммунальная) собственность не является государственной и, соответственно, не входит в ее состав.

Может возникнуть вопрос: каким образом классифицировать право собственности иностранных граждан и юридических лиц? По общему правилу, право собственности на имущество определяется по праву страны, где это имущество находится. Следовательно, на территории Республики Казахстан для иностранных лиц действует законодательство о праве собственности граждан и юридических лиц Республики Казахстан.

Некоторые объекты собственности присущи только определенным формам и видам собственности. Особым объектом собственности являются земля и ее недра, воды, растительный и животный мир, другие природные ресурсы. В соответствии с [п. 3 ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60300) Конституции РК они находятся в государственной собственности. Однако, земля может находиться также в частной собственности на основаниях, условиях и в пределах, установленных законом. В отличие от земли, нахождение недр в частной собственности невозможно в принципе, так как добытые на поверхность породы перестают быть недрами, а, значит, могут явиться объектом частной собственности. Устанавливая принадлежность остальных объектов, следует иметь в виду, что речь идет о водах, растительном и животном мире вообще. В этом смысле они находятся в исключительной собственности государства. В то же время, при выделении конкретного дерева или животного, они могут быть объектами частной собственности в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Количественное соотношение частной и государственной собственности определяется темпами приватизации государственной собственности. Процесс этот в Казахстане идет, пожалуй, активнее, чем где-либо в иной стране СНГ, и конечной целью имеет сведение государственной собственности до минимально необходимого уровня.

Отказ от приоритета государственной собственности, вовлечение имущества в рыночный оборот и развитие вещных характеристик права собственности находит отражение в разных группах норм, в т. ч. и регулирующих возникновение права собственности. Исходя из акцентирования вещности права собственности, в последние годы наметилось направление на признание собственности за добросовестным владельцем в случаях неизвестности собственника. Кроме того, намечается общая тенденция на отказ от обязательной передачи в государственную собственность имущества, не имеющего собственника или собственник которой неизвестен, и на установление судебного порядка признания права собственности. Это касается новых в казахстанском законодательстве оснований возникновения права собственности в связи с приобретательной давностью ([ст. 240 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2400000)), в связи с обращением в собственность общедоступных для сбора либо добычи вещей ([ст. 241](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2410000)). Господство над вещью и обращение с нею как со своей в этих случаях ведет к появлению нового собственника. В данном контексте осуществлен подход законодателя к определению собственника бесхозяйного имущества, безнадзорных животных и находки ([ст. ст. 242](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2420000), [245-247 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2450000)). Принцип здесь один - у кого вещь, тот и собственник, если, конечно, соблюдены все законодательные требования. Таким образом, мы можем отметить, что нормы о праве собственности усиливают свою вещность и приближаются по своему существу и по стратегической направленности к соответствующему законодательству развитых стран. Большой теоретический багаж цивилистики, приобретенный в советский период, не утрачен, а развит в действующем законодательстве, что позволяет говорить о праве собственности Казахстана как об одном из наиболее разработанных институтов в мировых правовых системах.

Глава 17. Право собственности граждан

§1. Понятие, виды и основания возникновения права
собственности граждан

Право собственности граждан является одним из видов права частной собственности. Граждане Республики Казахстан могут иметь в частной собственности любое законно приобретенное имущество ([п. 1 ст. 26 Конституции](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=260000)). Право собственности граждан отражает экономическую категорию собственности граждан. Поскольку собственность мы рассматриваем как общественные отношения по поводу присвоения, то собственность граждан является общественными отношениями по поводу индивидуального присвоения. Таким образом, собственность граждан как экономическая категория охватывает все формы индивидуального присвоения. Гражданское законодательство регулирует отношения по обращению имущества в собственность гражданина, осуществление им владения, пользования и распоряжения этим имуществом, а также защиту этого имущества. Совокупность норм, регламентирующих данный вид отношений, составляет право собственности граждан, иначе это понимается как право собственности в объективном смысле. Право собственности в субъективном смысле - это признаваемое и охраняемое законодательными актами право гражданина по своему усмотрению владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом. Соответственно, в более строгой форме, **право собственности граждан** - это урегулированные нормами права общественные отношения по поводу индивидуального присвоения материальных благ.

В советский период собственность граждан носила исключительно потребительский характер и образовывалась как результат распределения части общественного продукта государством. Причем характер присвоения во многом обусловливала государственная принадлежность средств производства. С начала 90-х г.г. в Казахстане прошла приватизации большей части средств производства. Это определило серьезные изменения в характере присвоения и, как следствие, в видах собственности граждан и ее содержании. Основа изменений заложена [п. 4 ст. 26](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=260000) ныне действующей Конституции Республики Казахстан, в соответствии с которой “каждый имеет право на свободу предпринимательской деятельности, свободное использование своего имущества для любой законной предпринимательской деятельности”. То есть акцент с потребительского характера собственности переместился на стимулирование ее функционирования как капитала, стремящегося к увеличению.

Право собственности граждан может иметь в своей основе разнохарактерные отношения. Обусловлены они способом присвоения, спецификой экономических отношений, возникающих при образовании собственности граждан. Гражданин присваивает материальные блага как в процессе производства, так и в процессе распределения и перераспределения уже существующих материальных благ. Присвоение в процессе производства может быть осуществлено как в результате владения средствами производства, так и без такового. Кроме того, собственность может возникнуть в результате как индивидуального, так и общественного присвоения. Основными источниками образования собственности граждан служат их труд в качестве наемных работников и их собственная экономическая деятельность. Из последней, в свою очередь, выделяется предпринимательская деятельность, т. е. инициативная деятельность граждан, направленная на получение чистого дохода путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги), осуществляемая от имени, за риск и под имущественную ответственность предпринимателя ([п. 1 ст. 10 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=100000)). Предпринимательская деятельность может осуществляться как с применением, так и без применения наемного труда. Данные особенности определяют разный характер присвоения и разные виды собственности граждан.

Если гражданин сам осуществляет производство на своих или заимствованных на каком-либо основании средствах производства, то в результате присвоения возникает, по общему правилу, **индивидуальная трудовая** (не направленная на извлечение дохода) или **мелкая частная собственность** (в результате предпринимательской деятельности). Если собственник средств производства использует чужой труд, не вкладывая свое непосредственное производственное участие, то может возникнуть **крупная частная собственность**. Самостоятельный вид собственности гражданина образуется, если источником является его собственный наемный труд. Собственником средств производства могут быть не только отдельные лица, но и общество (его часть) в целом (например, государство). В этом случае образуемая государственная собственность постепенно переходит в собственность граждан через заработную плату, премиальные выплаты, пособия, стипендии, медицинские услуги, пенсии и т. п. Такая собственность граждан является **личной** и носит преимущественно потребительский характер. Если собственность возникает не в результате производства, а при распределении или перераспределении материальных благ (например, при совершении сделки), тогда также возникают отношения индивидуальной собственности. Но в основу этой индивидуальной собственности уже не заложен производительный труд собственника.

Различие перечисленных подвидов собственности заключается не в объеме или характере правомочий, а в основаниях возникновения, сферах действия и круге объектов1 . Казахстанское законодательство прямо не проводит такого подразделения. Но фактически правовой режим перечисленных подвидов имеет некоторые отличия. Закон не препятствует переходу одного подвида собственности граждан в другой. Конституционное право на свободное использование своего имущества и рыночные отношения сами определяют направления перетекания капитала и способы его образования.

Допускается объединение имущества, находящегося в частной собственности граждан, если иное не предусмотрено законом. Имущество может принадлежать на праве общей собственности одновременно нескольким лицам с определением доли каждого из них (долевая собственность) или без определения доли (совместная собственность) ([ст. 209 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2090000)).

Право собственности граждан возникает по **общим основаниям**. Наиболее распространенными являются сделки (например, купли-продажи, дарения). Другими общегражданскими основаниями возникновения собственности являются наследование, дивиденды на акции и иные ценные бумаги и т. п. Однако немалый удельный вес занимают и **“социальные” способы образования собственности граждан**. Речь идет о пособиях и выплатах из общественных фондов потребления, благотворительных фондов и некоторых иных источников. Роль и значение последних в формировании собственности граждан постепенно падает. Следует иметь в виду, что право собственности конкретного гражданина образуется, как правило, из различных источников, допустим, оплаты за наемный труд, пенсии и доходов от подсобного хозяйства2 .

Все положения предыдущей главы о понятии и характеристиках собственности распространяются на право собственности граждан. В отличие от ранее культивируемого принципа приоритета государственной собственности, [п. 1 ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60000) Конституции провозгласил, что “в Республике Казахстан признаются и равным образом защищаются государственная и частная собственность”. Охране частной собственности посвящены многие нормы отраслевых законодательств. Они основаны на конституционном принципе “никто не может быть лишен своего имущества иначе, как по решению суда”. В условиях социально ориентированного государства задача гражданского права должна быть направлена на позитивное свободное развитие частной собственности в интересах индивида и общества.

§ 2. Субъекты права собственности

Любой гражданин, даже несовершеннолетний, даже недееспособный, может быть **субъектом права собственности**. Национальный правовой режим распространяется на иностранных граждан и лиц без гражданства за ограничениями, предусмотренными в законодательстве. Это - общий принцип. Но для случаев, когда источником образования собственности является собственная предпринимательская деятельность, появляются некоторые дополнительные требования. В первую очередь они связаны с необходимостью регистрации гражданина в качестве предпринимателя. Рассмотрим обе ситуации.

**Собственником, не занимающимся предпринимательской деятельностью,** может быть любое лицо. Это условие верно, если его собственность возникает в результате дарения. Для участия в других сделках требуется наличие гражданской дееспособности. При приобретении собственности в результате продажи своего наемного труда требования к работнику определяются трудовым законодательством. Некоторые сделки, например, с недвижимостью должны быть зарегистрированы. Это является обязательным условием их действительности. В других случаях специальной регистрации подвергается имущество. Такое происходит, допустим, при приобретении транспортных средств - автомобиля, катера и т. п. Данная регистрация не имеет ничего общего с регистрацией гражданина в качестве предпринимателя.

Регистрация гражданина в качестве **индивидуального предпринимателя** установлена Законом об индивидуальном предпринимательстве. В соответствии с ним обязательной государственной регистрации подлежат индивидуальные предприниматели, которые отвечают одному из следующих условий:

используют труд наемных работников на постоянной основе;

имеют от предпринимательской деятельности совокупный годовой доход, исчисленный в соответствии с налоговым законодательством в размере, превышающем необлагаемый налогом размер совокупного годового дохода, установленный для физических лиц законодательными актами Республики Казахстан.

Регистрация носит явочный характер и заключается в постановке на учет в качестве индивидуального предпринимателя в территориальном налоговом органе по месту жительства гражданина. Индивидуальные предприниматели, не перечисленные выше, вправе зарегистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя по своему усмотрению. Соответственно, отсутствие у них свидетельства о государственной регистрации не является препятствием для осуществления предпринимательской деятельности.

**Видами индивидуального предпринимательства** являются личное предпринимательство и совместное предпринимательство. **Личное предпринимательство** осуществляется одним гражданином самостоятельно на базе имущества, принадлежащего ему на праве собственности, а также в силу иного права, допускающего пользование и (или) распоряжение имуществом. С**овместное предпринимательство** осуществляется группой граждан (индивидуальных предпринимателей) на базе имущества, принадлежащего им на праве общей собственности, а также в силу иного права, допускающего совместное пользование и/или распоряжение имуществом.

В свою очередь, совместное предпринимательство может осуществляться на базе общей совместной собственности (общая собственность супругов, общая собственность крестьянского (фермерского) хозяйства, общая собственность на приватизированное жилище) или общей долевой собственности. **Формами совместного предпринимательства** являются:

1) предпринимательство супругов, осуществляемое на базе общей совместной собственности супругов;

2) семейное предпринимательство, осуществляемое на базе общей совместной собственности крестьянского (фермерского) хозяйства или общей совместной собственности на приватизированное жилище;

3) простое товарищество, при котором предпринимательская деятельность осуществляется на базе долевой собственности.

§ 3. Объекты права собственности граждан

На потенциальный круг **объектов права собственности** граждан влияет политика государства. Отказавшись от исключительно потребительского назначения собственности, Казахстан всячески поощряет использование имущества граждан для предпринимательской цели. Этим определяется и государственный подход в правовом регулировании объектов собственности. Его можно выразить в двух принципах. Во-первых, в собственности граждан может находиться любое имущество, за исключением отдельных видов имущества, которые, в соответствии с законодательными актами, не могут принадлежать гражданам ([ч. 1 п. 2 ст. 191 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1910200)). Данные ограничения могут быть установлены законодательными актами. Под законодательными актами п. 1 ст. 3 понимает только законы, указы Президента, имеющие силу закона, постановления Парламента, постановления Сената и Мажилиса Парламента. Второй принцип, применяемый к объектам права собственности граждан, выражен [ч. 2 п. 2 ст. 191 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1910200) - “количество и стоимость имущества, находящегося в собственности граждан, не ограничивается”. Единственно, что в отношении приобретения некоторых видов имущества необходимо декларировать источники дохода в соответствии с казахстанским налоговым законодательством. Так, [п. 1 ст. 49](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007159#sub_id=490000) Указа о налогах и других обязательных платежах в бюджет предусмотрел необходимость декларирования совокупного годового дохода для физических лиц, совершивших в налоговом году строительство или крупное приобретение на общую сумму свыше 500 месячных расчетных показателей, за исключением строительства жилища и крупных приобретений строительных материалов для такого строительства.

Способы, пределы осуществления права личной собственности в отношении его отдельных объектов определяются правовым режимом данных объектов. Правовой режим вещи представляет собой совокупность законодательно закрепленных правомочий собственника и форм, средств, способов их осуществления3 .

Объекты собственности могут подчиняться **общему** и **специальному режиму**. Специальный режим означает существование нормативно установленных специальных правил в отношении возможности приобретения, использования и распоряжения каким-либо видом имущества. Если таких ограничений нет, то предполагается, что собственник может делать с имуществом что угодно, разумеется, в пределах рамок, установленных [п. 3 ст. 8 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=80300) в отношении пределов осуществления гражданских прав.

Специальный режим установлен для ряда объектов. В первую очередь следует отметить недвижимость. Сделки с ней считаются совершенными с момента их государственной регистрации. Кроме того, для сделок с землей необходимы некоторые дополнительные разрешения. Специальной регистрации в территориальных органах МВД подлежат автотранспортные средства. Они предполагают умение пользоваться ими (получение водительских прав соответствующей категории) и периодичный технический осмотр. Специальным законодательством регулируется оборот ценных бумаг. Кроме того, ряд объектов ограничен в гражданском обороте. Можно упомянуть оружие, сильнодействующие яды, взрывчатые вещества, шедевры искусства и т. п. Пользование одними предполагает постановку на специальный учет, другими - нахождение на определенной должности, для третьих существуют особые правила их приобретения и продажи.

Помимо того, что гражданин сам может определить судьбу своего имущества, законодательство предусматривает случаи, когда на имущество гражданина **может быть обращено взыскание**. Это может быть как связано с банкротством, так и без признания должника несостоятельным. Взыскание может быть осуществлено как по решению суда, так и в бесспорном порядке. Последнее позволяется делать таможенным и налоговым органам при неуплате обязательных платежей государству, контрабанде товара и некоторых других случаях. Несогласие собственника с таким взысканием может быть рассмотрено в суде. В то же время собственность граждан несет в себе определенную социально-экономическую гарантию прав личности. Поскольку она является необходимым условием физического существования индивида и осуществления всех его прав и свобод, никто не может быть лишен необходимого минимума жизненных благ.

Наиболее важными объектами собственности являются земля и жилище. В отношении них государство установило особый правовой режим.

**Земельный участок как объект права собственности граждан.** В соответствии с [ч. 3 ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60300) Конституции Республики Казахстан земля может находится в частной собственности. Основания, условия и пределы такого права определяются законодательными актами. Основным нормативным актом, определяющим правовой режим земельного участка, является Указ о земле. Частная собственность на землю выступает в виде собственности граждан и негосударственных юридических лиц. Право частной собственности на землю - право граждан и негосударственных юридических лиц владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему земельным участком на условиях и в пределах, установленных Указом о земле и иным законодательством.

**Предоставление** земельных участков в частную собственность подлежит ведению районного (кроме районов в городах), город-ского, поселкового, аульного и сельского исполнительных органов на соответствующих территориях. В частной собственности граждан могут находиться участки, предоставленные для ведения личного подсобного хозяйства, садоводства и под застройку или застроенные производственными и непроизводственными, в т. ч. жилыми, зданиями, сооружениями и их комплексами, включая земли, предназначенные для обслуживания зданий и сооружений в соответствии с их назначением. На иностранных граждан распространен национальный режим. Однако, они не вправе иметь на праве частной собственности участки, предоставленные (предоставляемые) для ведения личного подсобного хозяйства, садоводства и дачного строительства.

Поскольку иное не установлено законодательными актами, вещные права на земельный участок распространяются на находящиеся в границах этого участка поверхностный почвенный слой, замкнутые водоемы, лесные насаждения. Собственник земельного участка вправе использовать по своему усмотрению и без необходимости получения каких-либо разрешений все, что находится над и под поверхностью этого участка, если такое использование не нарушает права других лиц или государства, в т. ч. права на недра, воды, леса и воздушное пространство ([ст. 14](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=140000) и [п. 1 ст. 34](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=340000) Указа о земле). Осуществление субъектами земельных отношений принадлежащих им прав не должно наносить вреда земле как природному объекту, окружающей природной среде, а также правам и правомерным интересам других лиц.

Собственники земельных участков **имеют право**, если иное не установлено законодательными актами:

самостоятельно хозяйствовать на земле, используя ее в целях, вытекающих из назначения земельного участка;

собственности на посевы и посадки сельскохозяйственных и иных культур и насаждений, на произведенную сельскохозяйственную и иную продукцию, полученную в результате использования земельного участка, и доходы от ее реализации;

использовать в установленном порядке для нужд своего хозяйства имеющиеся на земельном участке песок, глину, гравий и другие общераспространенные полезные ископаемые, торф, лесные угодья, поверхностные и подземные воды, а также эксплуатировать иные полезные свойства земли;

на возмещение убытков в полном объеме при изъятии (выкупе) земельного участка на государственные нужды;

возводить на праве собственности жилые, производственные, бытовые и иные строения и сооружения, не противоречащие целевому назначению земельного участка, с соблюдением установленных архитектурно-планировочных, строительных, экологических, санитарно-гигиенических, противопожарных и иных специальных требований (норм, правил, нормативов);

проводить оросительные, осушительные и иные мелиоративные работы, строить пруды и иные водоемы в соответствии с установленными строительными, экологическими и санитарными требованиями (п. 1 ст. 28 Указа о земле).

Собственник вправе совершать в отношении своего земельного участка любые сделки, не запрещенные законодательными актами, в частности, продать по договорной цене, внести в качестве взноса в уставный фонд хозяйственного товарищества, передать в залог, подарить и завещать земельный участок. Право собственности на земельный участок передается другому лицу со всеми обременениями, имевшимися на момент совершения сделки. Собственник земельного участка вправе сдавать земельный участок во временное пользование на основе договора о временном пользовании земельным участком. Договор о временном пользовании земельным участком заключается в форме договора аренды (с арендатором) или договора о безвозмездном пользовании (с безвозмездным пользователем).

Правам граждан на земельные участки **сопутствуют обязанности**. Собственники земельных участков обязаны:

использовать землю в соответствии с ее основным целевым назначением;

применять природоохранную технологию производства, не допускать причинения вреда окружающей природной среде и ухудшения экологической обстановки в результате своей хозяйственной деятельности;

повышать плодородие почв;

своевременно вносить земельный налог и другие предусмотренные законодательством и договором платежи;

соблюдать порядок пользования лесными, водными и другими природными ресурсами, обеспечить охрану памятников истории, архитектуры и других расположенных на земельном участке объектов, охраняемых государством;

руководствоваться при осуществлении на земельном участке строительства действующими архитектурно-планировочными, строительными, экологическими, санитарно-гигиеническими и иными специальными требованиями (нормами, правилами, нормативами);

своевременно предоставлять в государственные органы установленные земельным законодательством сведения о состоянии и использовании земель;

не нарушать прав других собственников;

не допускать снятия плодородного слоя почвы с целью продажи или передачи ее другим лицам, за исключением случаев, когда такое снятие необходимо для предотвращения безвозвратной утери плодородного слоя.

Собственники земельных участков несут все обязанности, обременяющие земельный участок (его использование по назначению), предоставление сервитутов, уплата налогов и иных обязательных платежей и другие ([п. п. 1 и 3 ст. 29](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=290000) Указа о земле). В случае стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотий и при иных обстоятельствах чрезвычайного характера земельный участок в интересах общества по решению представительных и исполнительных органов может быть временно изъят у собственника с возмещением ему убытков.

Права собственности на земельный участок и находящиеся на нем строения связаны между собой. Отчуждение права собственности на земельный участок, который занят зданиями и сооружениями, а также предназначен для их эксплуатации, без соответствующего отчуждения указанной недвижимости не допускается ([п. 3 ст. 18](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=180300) Указа о земле).

Право частной собственности на земельный участок **прекращается** при:

отчуждении земельного участка собственником другим лицам;

отказе собственника от права собственности;

утрате права собственности на земельный участок в иных случаях, предусмотренных законодательными актами.

Собственник может отказаться от права собственности на земельный участок, объявив об этом либо совершив другие действия, определенно свидетельствующие об их устранении от принадлежащих им прав на земельный участок без намерения сохранить эти права. В случае совершения собственником земельного участка действий, определенно свидетельствующих о его отказе от прав собственности (отъезд, длительное неиспользование участка и другие), этот участок принимается на учет как бесхозяйное имущество. По истечении трех лет такой земельный участок по требованию местного исполнительного органа на основании решения суда возвращается в государственную собственность. Отказ от права собственности не влечет прекращения прав и обязанностей собственника в отношении земельного участка до момента приобретения права собственности на данный земельный участок другим лицом.

**Изъятие (выкуп) земельного участка** у собственника не допускается, кроме случаев:

обращения взыскания на земельный участок по обязательствам собственника;

изъятия (выкупа) у частного собственника земельного участка для государственных надобностей;

конфискации.

Основанием для изъятия (выкупа) земельных участков для государственных надобностей являются генеральные планы городов и иных поселений, схемы зонирования территорий и иная, утвержденная в установленном порядке, градостроительная или землеустроительная документация. Собственник земельного участка должен быть не позднее чем за год до предстоящего выкупа участка письменно уведомлен об этом органом, принявшим решение о выкупе. Выкуп земельного участка до истечения года со дня получения собственником такого уведомления допускается только с согласия собственника.

**Жилище как объект права собственности граждан.** Правовой режим жилища определен Законом о жилищных отношениях. Гражданин может иметь в частной собственности законно приобретенное жилище, независимо от его местонахождения на территории Республики Казахстан, если иное не предусмотрено законодательными актами. Количество и размеры жилищ, находящихся в собственности одного гражданина, не ограничиваются.

Гражданин может приобрести жилище **по различным основаниям.** Наиболее распространенные - по наследству и по договору купли-продажи. В 90-х гг. массовым основанием приобретения жилища выступала приватизация. Если гражданин имел членов семьи, то приватизированное жилище переходило в общую совместную собственность. Право собственности на жилище возникает с момента его регистрации в регистрирующем органе.

Собственник жилища, а также недостроенного жилого дома **вправе** свободно, по своему усмотрению, продавать его, определяя условия продажи, дарить, обменивать, завещать другим лицам, отдавать в залог, распоряжаться иным образом, не запрещенным законодательными актами. Использование собственником жилища или его части по нежилому назначению не требует разрешения на это государственных органов. Указанное право реализуется собственником лишь при соблюдении строительных, санитарных, противопожарных и других обязательных норм и правил.

Собственники помещений, находящихся в одном жилом доме, обязаны участвовать **в общих затратах по его содержанию.** Размеры затрат каждого собственника определяются отношением полезной площади жилых помещений или площади нежилых помещений в жилом доме, находящихся в раздельной собственности, к общей площади жилого дома, если иное не установлено соглашением собственников ([ст. 18](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=180000) и [ст. 36](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=360000) Закона о жилищных отношениях). Непроживание собственника в жилище, независимо от времени отсутствия и от сохранения гражданства Республики Казахстан, не прекращает и не ограничивает прав и обязанностей собственника. Однако, за ним сохраняются все обязанности по общим затратам на содержание дома.

При просрочке собственниками помещений обязательных платежей в счет общих расходов за каждый просроченный день, начиная с первого дня последующего месяца, на сумму долга начисляется пеня в размере, установленном законодательством. При непогашении членом кооператива собственников помещений задолженности в течение трех месяцев после установленной даты платежа без уважительных причин кооператив вправе обратиться в суд о принудительном взыскании задолженности. Обращение взыскания производится в том же порядке, который установлен законодательством об ипотеке недвижимого имущества.

Право собственности на жилище является основанием к отказу собственника впустить в помещение любое третье лицо, даже представителя государственных органов. Проникновение в помещение против воли собственника возможно только с санкции прокурора. Некоторые ограничения прав собственника предусмотрены в кондоминиуме. В соответствии со с[т. 38](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=380000) Закона о жилищных отношениях, “по получении заблаговременного письменного уведомления собственник либо другой проживающий обязаны допустить представителя других собственников помещений или органа управления объектом кондоминиума в помещение, если необходима проверка состояния общего имущества, ремонт или замена общего имущества, которые могут быть произведены лишь из помещения собственника”. В аварийных случаях или при иных чрезвычайных обстоятельствах, создающих угрозу здоровью или жизни человека, доступ должен быть разрешен и без заблаговременного уведомления.

Переделка помещения собственником, включая перепланировку и переоборудование, связанная с производством работ, угрожающих общему имуществу или ухудшающих его, запрещается. Изменение границ между помещениями, а также между помещениями и общим имуществом допускается с соблюдением строительных норм и правил, а также иных обязательных требований безопасности. Изменение границ между соседними (смежными) помещениями может производиться по взаимному согласию собственников этих помещений. Изменение границ между помещением и общим имуществом может производиться только с согласия других собственников или органа управления объектом кондоминиума.

Право собственности на здания и сооружения **влечет право собственности на ту часть делимого земельного участка**, которая занята указанными зданиями и сооружениями и необходима для их эксплуатации. Указанные права неотделимы друг от друга. При переходе права собственности на строения, сооружения (включая незавершенное строительство) и другое недвижимое имущество к приобретателю переходит право собственности на весь земельный участок или его определенную часть, что решается соглашением сторон. Если иное не предусмотрено договором об отчуждении здания или сооружения, к приобретателю переходит право собственности на ту часть делимого земельного участка, которая занята зданием или сооружением и необходима для его эксплуатации. Если указанный участок является неделимым либо специально предназначен для обслуживания расположенной на нем недвижимости, он переходит к приобретателю недвижимости полностью ([п. п. 1, 2 ст. 18](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=180000) и [п. 3 ст. 26](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=260300) Указа о земле, [ст. 19](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=190000) Закона о жилищных отношениях).

**Кондоминиум.** Специфика объекта права собственности граждан возникает при кондоминиуме. Кондоминиум - **форма собственности на недвижимость**, при которой отдельные части недвижимости (например, квартиры и (или) нежилые помещения), в т. ч. отдельные земельные участки, находятся в индивидуальной собственности граждан, юридических лиц и (или) государства, а те части недвижимости, которые не находятся в раздельной собственности (неделимый земельный участок при доме, земля общего пользования, общие части дома, находящиеся за пределами квартир (помещений), принадлежат собственникам частей недвижимости на праве общей собственности ([подпункт 9 ст. 1](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=10900), [ч. 1 п. 2 ст. 26](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=260200) и [п. 2 ст. 78](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=780200) Указа о земле; [ст. 2](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=20000) и [ст. 31](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=310000) Закона о жилищных отношениях). Формой управления кондоминиумами выступают, в частности, потребительские кооперативы собственников земельных участков (садоводческие и дачные кооперативы), кооперативы собственников квартир (КСК) и другие.

**Особенности отдельных видов кондоминиума** определены законодательными актами. Так, Закон о жилищных отношениях установил специальные правила для жилищного кондоминиума (ст. 31). В соответствии с ним доля каждого собственника помещений в общем имуществе неотделима от раздельной (индивидуальной) собственности на принадлежащее ему помещение. Размер доли, если иное не предусмотрено соглашением собственников, определяется отношением полезной площади жилых помещений или площади нежилых помещений, находящихся в раздельной (индивидуальной) собственности, к общей площади всего дома. Такая доля не может быть выделена в натуре. В случае, если помещения пристраиваются к объекту кондоминиума или отделяются от него, размеры долей в общем имуществе пересчитываются.

Проживание собственников в другом месте, а также передача права пользования помещением другим лицам не влекут за собой ограничения прав собственника помещения и не освобождают его от обязанностей, налагаемых на собственника законодательством, соглашением собственников или Уставом объединения собственников по управлению объектом кондоминиума. В случае, если отсутствующий собственник помещения в кондоминиуме не исполняет обязанности по содержанию общего имущества, такие обязанности должны исполняться лицами, проживающими в нанимаемом жилище или арендующими нежилые помещения. Собственник нежилого помещения не обязан участвовать в общих расходах к тем частям общего имущества, которые связаны исключительно с пользованием жилыми помещениями. Расходы, относящиеся к тем частям общего имущества, которые связаны исключительно с пользованием нежилыми помещениями, несут собственники таких помещений.

Переход права собственности на помещение (помещения) к другому лицу влечет переход к приобретателю соответствующей доли в общем имуществе. Собственник помещения не вправе отчуждать свою долю в общем имуществе отдельно от помещения, принадлежащего ему на праве раздельной (индивидуальной) собственности. Кондоминиум может быть прекращен при переходе прав собственности на все помещения и общее имущество в жилом доме к одному собственнику или при изъятии (выкупе) земельного участка для государственных надобностей, или повреждении (разрушении) большей части жилого дома в результате чрезвычайной ситуации.

§ 4. Содержание и осуществление права собственности граждан

**Содержание права собственности граждан** составляют правомочия собственника по владению, пользованию и распоряжению имуществом по своему усмотрению и в своем интересе. Собственник имеет право устранять вмешательство всех третьих лиц в отношении своего имущества.

Каждое право имеет свои пределы осуществления. В гражданском праве они определяются принципами дозволительности и диспозитивности. Принцип дозволительности можно выразить формулой “разрешено все, что не запрещено”. Принцип диспозитивности предполагает право собственника осуществлять или не осуществлять свое право и самостоятельно определять способ и пределы его осуществления. Запретительные нормы, устанавливающие объективные пределы права собственности, немногочисленны и содержатся в разных правовых актах. Гражданское законодательство в результате своего исторического развития пришло к поощрению нетрудового дохода, представляющего собой присвоение части чужого наемного труда или полученного благодаря выгодной рыночной конъюнктуре. Борьба ведется методами всех отраслей права с незаконными доходами, созданными в результате недобросовестной конкуренции, неправомерного использования своего доминирующего положения на рынке, занятия без лицензии лицензионной деятельностью и т. п.

**Содержание и осуществление права собственности граждан, занимающихся предпринимательской деятельностью.** На специфику осуществления права собственности предпринимателя влияют вид индивидуального предпринимательства и характер собственности. Так, при осуществлении личного предпринимательства гражданином, состоящим в браке, без упоминания другого супруга в качестве предпринимателя, согласия этого супруга на осуществление предпринимательской деятельности не требуется. В случаях, когда для осуществления личного предпринимательства гражданин использует общее имущество супругов, согласие другого супруга на такое использование предполагается, если иное не предусмотрено законодательными актами или брачным контрактом либо иным соглашением между супругами.

При осуществлении предпринимательства супругов в деловом обороте от имени супругов выступает один из супругов с согласия другого супруга, которое может быть подтверждено при регистрации индивидуального предпринимательства или выражено письменно и нотариально заверено, в случаях, когда деятельность индивидуального предпринимателя осуществляется без государственной регистрации. При отсутствии таким образом выраженного согласия одного из супругов на выступление другого супруга в деловом обороте от их имени предполагается, что супруг, выступающий в деловом обороте, осуществляет предпринимательскую деятельность в виде личного предпринимательства.

При осуществлении семейного предпринимательства, связанного с использованием в качестве объекта предпринимательской деятельности приватизированного жилища, выступление в деловом обороте одного из собственников жилища производится только с нотариально удостоверенного согласия других собственников. При осуществлении индивидуального предпринимательства с использованием формы простого товарищества ведение общих дел участников простого товарищества производится по их общему согласию. По соглашению между собой участники могут поручить выступление в деловом обороте одному из участников, действующему в этом случае на основании доверенности, выданной остальными участниками товарищества.

Индивидуальный предприниматель занимается предпринимательской деятельностью, приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем. При совместном индивидуальном предпринимательстве все сделки, связанные с предпринимательской деятельностью, совершаются, а права и обязанности приобретаются и осуществляются от имени всех участников совместного предпринимательства, за исключением случаев, предусмотренных законом. Гражданин при совершении сделок, связанных с его предпринимательской деятельностью, должен указывать, что он действует в качестве индивидуального предпринимателя, если это с очевидностью не вытекает из самой обстановки совершения сделок. Отсутствие такого указания не освобождает индивидуального предпринимателя от риска и ответственности, которые несет индивидуальный предприниматель по своим обязательствам. При осуществлении своей деятельности индивидуальный предприниматель вправе использовать персональные бланки деловой документации, печать, штампы, тексты которых должны со всей определенностью свидетельствовать о том, что данное лицо является индивидуальным предпринимателем.

Индивидуальный предприниматель вправе осуществлять любые виды предпринимательской деятельности, если иное не установлено законом. Ускорению обращения имущества послужило введение [ст. 15](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007998#sub_id=150000) Закона об индивидуальном предпринимательстве понятия “предпринимательское дело”. Предпринимательское дело - это совокупность имущества, включая имущественные права, на основе и посредством которых индивидуальный предприниматель осуществляет свою деятельность. Индивидуальный предприниматель вправе присвоить своему делу и/или его части, выделенному в составе имущества предпринимателя, фирменное наименование. При выделении в составе имущества (дела) индивидуального предпринимателя более чем одной части каждой из них может быть присвоено свое фирменное наименование. Фирменное наименование присваивается делу и/или его части только как объекту прав в целях его индивидуализации и должно включать в себя указание на принадлежность дела и/или его части индивидуальному предпринимателю с обозначением имени (имен) предпринимателя. Предпринимательское дело в целом или его часть может быть объектом купли-продажи, залога, аренды и других сделок, связанных с установлением, изменением и прекращением прав.

Приобретатель предпринимательского дела в полном объеме является правопреемником всех прав и обязанностей прежнего предпринимателя. При передаче предпринимательского дела в части договором о передаче должно быть предусмотрено, какие права и какие непогашенные долги переходят к приобретателю. О предстоящей передаче предпринимательского дела другому лицу должны быть извещены кредиторы, которые вправе потребовать от предпринимателя, передающего дело, досрочного прекращения или исполнения обязательства. Без их согласия передача исполнения обязательства приобретателю предпринимательского дела не допускается. Предприниматель, передающий предпринимательское дело, и приобретатель предпринимательского дела несут перед кредитором, не извещенным о передаче дела, солидарную ответственность по требованиям этого кредитора, связанным с предпринимательским делом. Договор о передаче предпринимательского дела должен быть заключен в письменной форме. Нарушение данного условия влечет за собой недействительность договора.

Индивидуальные предприниматели вправе реализовывать производимую ими продукцию, а также товары, приобретенные для целей реализации, любыми, не запрещенными законодательством, способами и в любой местности, если иное не предусмотрено законодательными актами. Индивидуальные предприниматели вправе использовать для ведения мелкорозничной торговли (торговля с рук и с переносных лотков) земли общего пользования населенных пунктов (за исключением мест, где такая торговля прямо запрещена местными исполнительными органами, в установленном порядке за-креплена за юридическими лицами, а также участков, являющихся проезжей частью площадей, улиц, дорог, проездов и пассажирских остановок общественного транспорта) при условии, что такая торговля:

не создает помех движению пешеходов;

не создает неудобств жильцам прилегающих жилых домов (жилых зданий);

осуществляется с соблюдением санитарных требований;

не приводит к загрязнению территории.

Плата за осуществление указанной торговли не взимается.

Государственные органы не вправе вмешиваться в деятельность индивидуальных предпринимателей, кроме случаев, установленных законодательными актами. Текущая проверка индивидуальной предпринимательской деятельности уполномоченными на то государственными органами, осуществляющими контрольные и надзорные функции, может проводиться не чаще одного раза в год, если иное не установлено законодательными актами, а также когда такие проверки производятся в порядке контроля за исполнением предписаний, которые содержались в акте предыдущей проверки. Такие ограничения не применяются в случаях возбуждения по материалам проверки уголовного дела.

Индивидуальные предприниматели несут ответственность по своим обязательствам всем своим имуществом, за исключением имущества, на которое взыскание не может быть обращено в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан. При осуществлении личного предпринимательства гражданин несет ответственность всем имуществом, принадлежащим ему на праве собственности, в т. ч. долей в общей собственности супругов. В случаях, когда гражданин использует для осуществления предпринимательской деятельности общее имущество супругов, взыскание по его долгам может быть обращено и на общее имущество супругов. Если супруг, не являющийся предпринимателем, не согласен на использование общего имущества другим супругом для осуществления предпринимательской деятельности, он вправе поставить вопрос, в т. ч. и в судебном порядке, о разделе имущества. Имущество каждого из супругов, не являющегося предпринимателем, не может быть предметом обращения взыскания по долгам другого супруга, осуществляющего личное предпринимательство.

При осуществлении предпринимательства супругов взыскание по долгам супругов в связи с осуществлением предпринимательской деятельности может быть обращено на общее имущество супругов, независимо от того, кто из них выступает в деловом обороте. В случаях, когда в качестве объекта предпринимательской деятельности используется приватизированное жилище, взыскание по долгам обращается на это жилище. При осуществлении предпринимательской деятельности, связанной с простым товариществом, участники простого товарищества отвечают по обязательствам простого товарищества перед третьими лицами солидарно, если договором о совместной деятельности не предусмотрено иное.

Глава 18. Право собственности юридических лиц

§1. Понятие права собственности юридических лиц

**Право собственности юридического лица есть признаваемое и охраняемое законодательными актами право юридического лица по своему усмотрению владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом** ([ч. 1 п. 1 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880000)).Право собственностинегосударственных юридических лиц и их объединений является видом частной собственности ([ст. 191](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1910000)) наряду с частной собственностью граждан.

Основанием возникновения права собственности юридического лица является чаще всего гражданско-правовая сделка и вклад учредителей (участников). Однако право собственности может возникнуть и по другим законным основаниям. Например, в результате производства, правопреемства, срока давности, находки. Право собственности юридического лица может возникнуть только с момента его регистрации (получения свидетельства о регистрации) и прекращается не позже исключения юридического лица из государственного регистра юридических лиц в случае ликвидации. В соответствии со [ст. 118](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1180000) ГК право собственности юридического лица на недвижимое имущество может возникнуть только с момента регистрации сделки.

Объекты права собственности юридического лица отражаются на его самостоятельном балансе. Поэтому нахождение имущества на балансе дает основание предполагать принадлежность его хозяину баланса на праве собственности. Каждый способ возникновения собственности технически оформляется особой процедурой. Например, при слиянии, присоединении и преобразовании юридических лиц имущество (права и обязанности) переходит в собственность на основании передаточного акта, а при разделении и выделении - на основании разделительного баланса ([ст. 46](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=460000)). Имущество (права и обязанности) переходит к правопреемнику в момент его регистрации, если иное не предусмотрено законодательными актами или решением о реорганизации ([п. 3 ст. 47 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=470300)).

Приобретение права собственности юридическим лицом связано с его правоспособностью. Правоспособность юридического лица в сфере деятельности, на занятие которой необходимо получение лицензии, возникает с момента получения такой лицензии и прекращается в момент ее изъятия, истечения срока действия или признания недействительной в установленном законодательными актами порядке ([п. 2 ст. 35 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=350200)). Соответственно, и право собственности на отдельные объекты юридическое лицо может приобрести только при наличии у него правоспособности.

§ 2. Субъекты, объекты и содержание права собственности

**Субъектами права собственности** являются негосударственные юридические лица ([п. 1 ст. 191 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1910000)). Государственные юридические лица не являются собственниками ([п. 1 ст. 102](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1020000), ч[. 2 п. 1 ст. 105](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1050000)). Собственниками имущества, находящегося на балансе государственных юридических лиц, является государство. Государственным юридическим лицам это имущество принадлежит на праве хозяйственного ведения или оперативного управления ([п. 4 ст. 192](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1920400)). Не являются собственниками имущества также негосударственные учреждения. Они финансируются собственником (сособственниками) и обладают имуществом на праве оперативного управления.

**Негосударственные юридические лица** делятся на коммерческие (преследующие извлечение дохода в качестве основной цели своей деятельности) и некоммерческие (не имеющие извлечение дохода в качестве основной цели деятельности и не распределяющие полученный чистый доход между участниками). Коммерческими юридическими лицами являются хозяйственное товарищество, акционерное общество и производственный кооператив. Перечень некоммерческих юридических лиц не является исчерпывающим. К ним относятся общественные и религиозные объединения, общественные фонды, потребительские кооперативы, некоммерческие акционерные общества и некоторые другие организации, которые могут быть определены только законодательными актами ([п. п. 1-3 ст. 34 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=340000)).

Субъектами права собственности являются также объединения юридических лиц - ассоциации и союзы. Членами ассоциаций и союзов могут быть как коммерческие, так и некоммерческие организации. В обоих случаях ассоциация и союз являются некоммерческими организациями [(п. п. 1-3 ст. 110](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1100000)).

В частной собственности юридического лица может находиться **любое имущество**, за исключением отдельных видов имущества, которые в соответствии с законодательными актами не могут принадлежать юридическим лицам ([ч. 1 п. 2 ст. 191](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1910200)). Ряд вещей изъяты из гражданского оборота или ограничены в обороте. Это, например, вооружение, сильнодействующие наркотические вещества и яды. Количество и стоимость имущества, находящегося в частной собственности, не ограничивается (ч. 2 п. 2 ст. 191 ГК). В то же время наше законодательство знает отдельные случаи количественных ограничений права частной собственности юридических лиц. Примером тому - предельный размер земельного участка, предоставляемого юридическому лицу в собственность в связи с возникновением у него права собственности на здание.

В отношении обособленного имущества юридического лица-собственника его учредители (участники) могут либо иметь обязательственные права, либо не сохранять никаких прав. К юридическим лицам, на имущество которых их участники (учредители) сохраняют обязательственные права, относятся хозяйственные товарищества, акционерные общества и кооперативы ([ст. 36 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=360000)). Член коммерческой организации может продать свою долю (акции, пай), на нее может быть обращено взыскание и ее можно передать по наследству. В первом и последнем случаях активы юридического лица не меняются. При обращении же взыскания на долю (акции, пай) происходит уменьшение уставного капитала. В определенных случаях на определенное время коммерческая организация может выкупать свои акции. В противовес учредителям коммерческих организаций учредители (участники) общественных объединений, общественных фондов и религиозных объединений не сохраняют имущественных прав на имущество образованных ими организаций ([п. 4 ст. 36 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=360400)).

**Содержание права собственности** юридических лиц определяется Гражданским кодексом. Коммерческие организации имеют общую правоспособность, а некоммерческие - специальную. В учредительных документах некоммерческой организации должны быть определены предмет и цели деятельности юридического лица (ч. 1 п. 3 ст. 41). В отличие от некоммерческих организаций, коммерческие могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых, не запрещенных законодательными актами или учредительными документами, видов деятельности. В случаях, предусмотренных законодательными актами, для юридических лиц, осуществляющих определенные виды деятельности, может быть исключена или ограничена возможность заниматься другой деятельностью. Отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законодательными актами, юридическое лицо может заниматься только на основании лицензии ([п. 1 ст. 35 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=350000)).

Правила образования имущества юридического лица и распределения его чистого дохода устанавливаются учредительными документами. В учредительном договоре стороны (учредители) определяют условия передачи в собственность юридического лица своего имущества, условия и порядок распределения между учредителями чистого дохода ([ч. 1 п. 4 ст. 41](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=410400)). Если юридическое лицо учреждается одним лицом, то в его уставе определяются также порядок образования имущества и распределения доходов ([ч. 2 п. 5 ст. 41 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=410500)).

Юридические лица, кроме финансируемых собственником учреждений и казенных предприятий, отвечают по своим обязательствам всем принадлежащим им имуществом. Учредитель (участник) юридического лица не отвечает по его обязательствам, а юридическое лицо не отвечает по обязательствам учредителя (участника) юридического лица, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами либо учредительными документами юридического лица. Некоторые из таких случаев предусмотрены ГК. Например, в соответствии со [ст. 44](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=440000): “если банкротство юридического лица вызвано действиями его учредителя (участника) .., то при недостаточности средств у юридического лица, учредитель (участник) ... несет перед кредиторами субсидиарную ответственность”.

Возможность ответственности учредителей хозяйственного товарищества перед его кредиторами предусмотрена и [ст. 59](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=590000) ГК. При перерегистрации хозяйственного товарищества денежная оценка вклада его участника может подтверждаться бухгалтерскими документами товарищества либо аудиторским заключением. Учредители (участники) товарищества в течение пяти лет с момента такой оценки несут солидарную ответственность перед кредиторами товарищества в пределах суммы, на которую завышена оценка вклада.

Дополнительное основание ответственности предусмотрено также для полных товарищей. Участники полного товарищества (полные товарищи в коммандитном товариществе) при недостаточности имущества товарищества несут солидарную ответственность по его обязательствам всем принадлежащим им имуществом ([п. 1 ст. 63,](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=630000) [п. 1 ст. 70 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=700000)). Полный товарищ, погасивший долги полного (коммандитного) товарищества в части, превышающей его долю в имуществе товарищества, вправе обратиться с регрессным требованием в соответствующей части к остальным участникам, которые несут перед ним долевую ответственность пропорционально размеру своих долей в имуществе товарищества (п. 2 ст. 70). Из этого положения вытекает следующее правило - полный товарищ, вышедший из полного (коммандитного) товарищества по собственному желанию или исключенный из товарищества по решению суда, а также правопреемник (наследник) умершего участника, отказавшийся от предложения вступить в товарищество, отвечает по обязательствам товарищества, возникшим до момента их выбытия, в течение двух лет со дня утверждения отчета о деятельности товарищества за год, в котором они выбыли из товарищества. Полный товарищ, вышедший из полного (коммандитного) товарищества в порядке передачи доли другому участнику или третьему лицу, в порядке обращения взыскания на его долю в имуществе товарищества кредитором (кредиторами), а также правопреемник (наследник) умершего участника, которому было отказано остальными участниками в приеме в товарищество, не отвечают по обязательствам товарищества.

После прекращения полного (коммандитного) товарищества полные товарищи несут ответственность по обязательствам товарищества, возникшим до момента его прекращения, в течение двух лет с даты прекращения товарищества ([п. п. 3-5 ст. 70 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=700300)). В соответствии с этим при преобразовании полного или коммандитного товарищества в акционерное общество, товарищество с ограниченной или дополнительной ответственностью каждый полный товарищ, ставший участником акционерного общества, товарищества с ограниченной или дополнительной ответственностью в течение двух лет несет субсидиарную ответственность всем своим имуществом по обязательствам, перешедшим к акционерному обществу, товариществу с ограниченной или дополнительной ответственностью от полного или коммандитного товарищества. Отчуждение бывшим полным товарищем принадлежащих ему акций (долей) не освобождает его от такой ответственности ([п. 2 ст. 62 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=620200)).

Самостоятельное основание ответственности участника по долгам юридического лица предусмотрено в отношении участников товарищества с ограниченной ответственностью. Участники товарищества с ограниченной ответственностью, не полностью внесшие вклады, несут солидарную ответственность по его обязательствам в пределах стоимости невнесенной части вклада каждого из участников ([ч. 2 п. 1 ст. 77 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=770000)).

§ 3. Право собственности отдельных видов юридических лиц

Собственниками своего имущества являются хозяйственные товарищества, акционерные общества, кооперативы, общественные объединения, общественные фонды, религиозные объединения и объединения юридических лиц (ассоциация, союз). Учреждения и государственные предприятия обладают имуществом на основании ограниченных вещных прав - оперативного управления и хозяйственного ведения. Законодательство не содержит исчерпывающего списка некоммерческих организаций. Поэтому законодательными актами могут быть предусмотрены новые организационно-правовые формы некоммерческих организаций-собственников.

**Право собственности хозяйственного товарищества.** Имущество, созданное за счет вкладов учредителей (участников), а также произведенное и приобретенное хозяйственным товариществом в процессе его деятельности, принадлежит товариществу на праве собственности ([ч. 1 п. 1 ст. 58 ГК).](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=580000)

**Вкладом в уставный капитал** хозяйственного товарищества могут быть деньги, ценные бумаги, вещи, имущественные права, включая права на результаты интеллектуальной деятельности, и иное имущество. Вклады учредителей (участников) в уставный капитал в натуральной форме или в виде имущественных прав оцениваются в денежной форме по соглашению всех учредителей или по решению общего собрания всех участников товарищества. Если стоимость такого вклада превышает сумму, эквивалентную двадцати тысячам размеров месячных расчетных показателей, ее оценка должна быть подтверждена независимым экспертом. При перерегистрации хозяйственного товарищества денежная оценка вклада его участника может подтверждаться бухгалтерскими документами товарищества либо аудиторским заключением. Учредители (участники) товарищества в течение пяти лет с момента такой оценки несут солидарную ответственность перед кредиторами товарищества в пределах суммы, на которую завышена оценка вклада. В случаях, когда в качестве вклада товариществу передается право пользования имуществом, размер этого вклада определяется платой за пользование таким имуществом, исчисленной за весь срок, указанный в учредительных документах. Не допускается внесение вкладов в виде личных неимущественных прав и иных нематериальных благ, а также путем зачета требований участников к товариществу ([п. 1 ст. 59 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=590000)).

Доли всех участников в уставном капитале и, соответственно, их доли в стоимости имущества хозяйственного товарищества (доля в имуществе) пропорциональны их вкладам в уставный капитал, если иное не предусмотрено учредительными документами. Участник хозяйственного товарищества имеет право закладывать и продавать свою долю в имуществе товарищества, если иное не предусмотрено законодательными актами или учредительными документами ([п. 2 ст. 59 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=590200)).

Порядок и сроки внесения вкладов в уставный капитал, а также ответственность за неисполнение обязательств по формированию уставного капитала устанавливаются законодательными актами и (или) учредительными документами ([п. 3 ст. 59](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=590300)). Из этих вкладов образуется первоначальный уставный капитал. Смысл уставного капитала заключается в определении идеальных долей участников и создании базового капитала для организации деятельности. Вопрос о гарантирующем значении уставного капитала является дискуссионным в юридической литературе.

**Размер уставного капитала** хозяйственного товарищества определяется его учредительными документами, но не может быть менее минимального размера, установленного законодательными актами. В соответствии с Указом о хозяйственных товариществах [(ст. ст. 13](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003646#sub_id=130000), [28](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003646#sub_id=280000)) и Законом о ТОО ([ст. 23](http://online.zakon.kz/Document/?link_id=1000191792)), минимальный размер уставного капитала для полного товарищества должен быть не менее двадцати пяти размеров месячного расчетного показателя; для коммандитного товарищества - не менее ста (для субъектов малого предпринимательства - не менее пятидесяти); для товариществ с ограниченной и дополнительной ответственностью — не менее ста.

Законодательство устанавливает правила, связанные с **изменением уставного капитала**. Особенно строги эти правила в отношении уменьшения уставного капитала. Так, в соответствии с [п. 4 ст. 59 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=590400), “уменьшение уставного капитала хозяйственного товарищества допускается после уведомления всех его кредиторов. Последние вправе в этом случае потребовать досрочного прекращения товарищества или исполнения соответствующих обязательств и возмещения им убытков”. Несоблюдение данного требования является основанием для ликвидации товарищества по решению суда по заявлению заинтересованных лиц.

Помимо вкладов учредителей в уставный капитал товарищества, его имущество может быть увеличено за счет дополнительных взносов. Подкрепим это суждение законодательной нормой. Так, если уставом товарищества с ограниченной (дополнительной) ответственностью не предусмотрено иное, общее собрание участников может принять решение о внесении участниками дополнительных взносов в имущество товарищества. Решение принимается большинством в три четверти голосов всех участников товарищества ([ст. 81 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=810000)).

Законодательство предусматривает механизмы уменьшения имущественной базы товарищества в определенных случаях. При отказе правопреемника (наследника) участника товарищества от вступления в товарищество, либо отказе товарищества от приема правопреемника (наследника), ему выплачивается стоимость принадлежащей ему на основе правопреемства доли в имуществе товарищества, определяемой на день смерти участника. В этих случаях, соответственно, уменьшается размер имущества товарищества, указанный в учредительном договоре (уставе), в срок, предусмотренный в учредительном договоре (уставе) ([ст. ст. 66](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=660000), [80](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=800000)). Для полных (коммандитных) товариществ этот срок должен быть не более трех месяцев ([п. 5 ст. 66 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=660500)).

Другой случай уменьшения имущественной базы товарищества связан с выходом полного товарища из полного (коммандитного) товарищества или продажей доли (ее части) участником товарищества с ограниченной (дополнительной) ответственностью товариществу ([п. 3 ст. 80 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=800300)). Если при выходе участника полное (коммандитное) товарищество сохраняется, выбывающему участнику выплачивается стоимость его доли в имуществе товарищества, пропорциональной внесенному вкладу, в соответствии с балансом, составленным на день выхода. По требованию участника и с согласия товарищества вклад может быть возвращен полностью или частично в натуральной форме. Выбывшему участнику выплачивается также причитающаяся ему часть чистого дохода, полученная товариществом в данном году за период его нахождения в товариществе в этом году ([ч. 1 п. 2 ст. 67 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=670200)). В данном порядке выплачивается также стоимость части имущества участнику, исключенному из полного товарищества ([п. 2 ст. 68 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=680200)). Аналогичные правила действуют в отношении товариществ с ограниченной и дополнительной ответственностью ([ст. 80 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=800000)).

В случае приобретения доли участника (ее части) самим товариществом с ограниченной (дополнительной) ответственностью оно обязано реализовать ее другим участникам или третьим лицам в сроки и в порядке, предусмотренные законодательными актами и учредительными документами товарищества, либо уменьшить свой уставный капитал. В течение этого периода распределение чистого дохода, а также голосование в высшем органе производится без учета приобретенной товариществом с ограниченной (дополнительной) ответственностью доли ([п. 5 ст. 80 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=800500)).

**Обращение взыскания на долю участника** товарищества в имуществе товарищества по его личным долгам допускается лишь при недостатке иного имущества для покрытия долгов. Кредиторы такого участника вправе потребовать от товарищества выдела части имущества товарищества пропорционально доле должника в уставном капитале с целью обращения взыскания на это имущество. Подлежащая выделу часть имущества товарищества или его стоимость определяется по балансу, составленному на момент предъявления кредиторами требования о выделе ([п. 1 ст. 69](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=690000), [ст. 83](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=830000) ГК).

Хозяйственное товарищество не вправе выпускать акции ([п. 9 ст. 58](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=580900)). Данное право предоставлено только акционерному обществу и связано с усложненной процедурой регистрации эмиссии, особой бухгалтерской отчетностью и специфической системой управления. В то же время хозяйственные товарищества вправе выпускать иные ценные бумаги, если это не запрещено законодательными актами.

Кроме того, орган управления товариществом может передать свое имущество третьему лицу в доверительное управление. Речь может идти о части имущества или о предприятии как имущественном комплексе. Такая возможность предоставлена Особенной частью Гражданского кодекса, а для товариществ с ограниченной и дополнительной ответственностью прямо предусмотрена подпунктом [2 ч. 1 п. 2 ст. 79](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=790200) ГК.

**Право собственности акционерного общества.** Имущество акционерного общества принадлежит ему на праве собственности. Акции акционерного общества принадлежат на праве собственности акционерам. Независимо от размера пакета акций, принадлежащего государству или государственным юридическим лицам, имущество акционерного общества является частной собственностью самого акционерного общества. Акционерное общество обладает имуществом, обособленным от имущества своих участников, несет ответственность по своим обязательствам в пределах своего имущества и не отвечает по обязательствам своих участников ([ч. 1 п. 2 ст. 85 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=850200)).

Законодательными актами могут быть предусмотрены случаи, когда акционеры отвечают по долгам акционерных обществ (п. 1 ст. 85 ГК). Так, в соответствии с ч. 2 п. 2 ст. 85, “акционеры корпоративных накопительных пенсионных фондов несут солидарную ответственность по обязательствам названных фондов в порядке и на условиях, установленных законодательством о пенсионном обеспечении”.

В отличие от других видов юридических лиц, применительно к акционерному обществу используется **два вида капитала: объявленный** и **выпущенный (оплаченный)**. Предполагается, что общество сначала при своем создании заявляет желаемый им (объявленный) капитал и объявляет подписку на акции в пределах этого еще несуществующего капитала. Выпущенный же (оплаченный) капитал отражает реальное поступление денежных средств за размещенные акции.

Акционерное общество вправе выпустить все или часть объявленных к выпуску акций. Неполное размещение акций от объявленного объема эмиссии акционерного общества при открытом способе размещения не приводит к уменьшению объявленного уставного капитала ([п. 1 ст. 88 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=880000)). Акционерное общество вправе по решению общего собрания акционеров увеличить объявленный уставный капитал путем увеличения номинальной стоимости акций или выпуска дополнительных акций. Увеличение объявленного уставного капитала акционерного общества допускается после его полной оплаты. Решение об увеличении выпущенного (оплаченного) уставного капитала путем выпуска новых акций в пределах объявленного уставного капитала принимается советом директоров акционерного общества (в акционерном обществе, не имеющем совета директоров - общим собранием акционеров акционерного общества) в установленном законодательством порядке. Акционерное общество не вправе осуществлять эмиссию акций при наличии убытков, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами. Если акционерное общество объявит о своем намерении выпустить акции или другие ценные бумаги, конвертируемые в акции, тогда оно обязано предложить эти новые акции или ценные бумаги, конвертируемые в акции, на одинаковых условиях своим акционерам в соответствии с правом преимущественной покупки пропорционально имеющимся у них акциям в порядке, установленном законодательством ([ст. 89 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=890000)).

Выпускаемые акционерным обществом **ценные бумаги** являются его обязательством перед держателями этих бумаг. Обязательства образуют пассив, который покрывается с балансового имущества акционерного общества. Акционерное общество может выпускать именные акции, купонные и дисконтные облигации, иные конвертируемые ценные бумаги, производные ценные бумаги и опционы. Форма, способ и порядок выплаты дохода по ценным бумагам определяются уставом акционерного общества или проспектами эмиссии (условиями выпуска) ценных бумаг с учетом особенностей, предусмотренных законодательными актами. Акционерное общество не вправе выплачивать дивиденды по простым акциям в последующий год при отрицательном собственном капитале общества или если общество отвечает признакам неплатежеспособности или несостоятельности в соответствии с законодательством о банкротстве, или указанные признаки появятся у общества после объявления и выплаты дивидендов ([ст. 91 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=910000)).

Владение, пользование и распоряжение объектами собственности акционерного общества осуществляют его органы. Высшим органом акционерного общества является общее собрание акционеров. В его исключительной компетенции находится решение важнейших вопросов использования имущества. В промежутках между собраниями правомочия собственника осуществляют совет директоров, а также коллегиальные (правление) и единоличные (директор, генеральный директор, президент) исполнительные органы.

**Право собственности производственного кооператива.** Имущество производственного кооператива принадлежит ему на праве собственности. Правовой режим имущества определен ГК и Указом о производственном кооперативе. Имущество, находящееся в собственности производственного кооператива, делится на паи его членов пропорционально их взносам, если уставом кооператива не предусмотрено иное.

**Имущественные взносы** формируют первоначальный капитал производственного кооператива и предназначены для покрытия расходов по его созданию и организации деятельности. Состав и размер имущественных взносов, а также порядок, способы и сроки их внесения определяются учредительным договором или уставом. По решению общего собрания кооператива может быть предусмотрено внесение членом кооператива дополнительных имущественных взносов. Вступительный имущественный взнос вновь принимаемого члена определяется его соглашением с кооперативом и фиксируется в протоколе общего собрания членов кооператива. Каждому члену кооператива выдается документ, удостоверяющий размер и вид его вступительного имущественного взноса ([п. п. 1-5 ст. 7](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003955#sub_id=70000) Указа о производственном кооперативе).

Учредительными документами кооператива может быть предусмотрено формирование **уставного фонда кооператива**, который определяет минимальный размер имущества кооператива, гарантирующий интересы его кредиторов. Размер уставного фонда и порядок его формирования устанавливаются уставом кооператива. Если кооператив осуществляет деятельность, в отношении которой законодательными актами предусмотрено наличие у организаций, осуществляющих такую деятельность, уставного фонда в определенных размерах, кооператив обязан сформировать его и использовать в порядке, предусмотренном указанными законодательными актами.

Кооператив может создать **резервный фонд** за счет ежегодных отчислений от прибыли, предназначенный для обеспечения исполнения обязательств кооператива перед кредиторами и на покрытие непредвиденных расходов. Размер резервного фонда и порядок его формирования устанавливаются уставом кооператива. Если кооператив осуществляет деятельность, в отношении которой законодательными актами предусмотрено наличие у организаций, осуществляющих такую деятельность, резервного фонда в определенных размерах, кооператив обязан сформировать его и использовать в порядке, предусмотренном указанными законодательными актами.

Кооператив вправе создавать **иные денежные** и **материальные фонды**, необходимые для его производственной деятельности и социального развития. Перечень таких фондов, порядок их образования и расходования определяются в уставе кооператива ([ст. 21](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003955#sub_id=210000) Указа о производственном кооперативе).

Чистый доход кооператива является его собственностью и распределяется между его членами в соответствии с их трудовым участием, если иной порядок не предусмотрен уставом кооператива ([ст. 98 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=980000)).

Осуществление правомочий владения, пользования и распоряжения осуществляет общее собрание членов кооператива и исполнительные органы (правление и председатель). Члены производственного кооператива несут по обязательствам кооператива дополнительную (субсидиарную) ответственность ([п. 3 ст. 96](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=960300)). Предельный размер дополнительной (субсидиарной) ответственности члена кооператива по обязательствам кооператива определяется учредительными документами, но не может быть меньше размера стоимости пая члена кооператива. Распределение ответственности между членами кооператива производится пропорционально размеру их паев ([п. 5 ст. 14](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003955#sub_id=140500) Указа о производственном кооперативе).

В случае ликвидации производственного кооператива или выхода (исключения) из него члена кооператива последний имеет право на выдел своего пая, а также другие выплаты, предусмотренные уставом. Выдача пая и другого имущества выходящему (исключенному) члену кооператива производится по окончании отчетного периода и утверждении финансовой отчетности кооператива ([ст. 100 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1000000)).

Правопреемство или уменьшение имущественной базы кооператива может быть предусмотрено законодательными актами. В случае смерти члена производственного кооператива его наследники могут быть приняты в члены кооператива, если иное не предусмотрено уставом кооператива. При отказе наследника умершего члена кооператива от вступления в кооператив либо отказе кооператива от приема наследника ему выплачивается доля в имуществе, пропорциональная паю умершего члена кооператива, а также причитающиеся умершему часть чистого дохода кооператива и вознаграждение за личное трудовое участие в деятельности кооператива ([п. 4 ст. 100 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1000400)).

**Право собственности потребительского кооператива.** Потребительский кооператив является собственником принадлежащего ему имущества. Правовой режим имущества определяется социальным назначением кооператива. Потребительским кооперативом признается добровольное объединение граждан на основе членства для удовлетворения материальных и иных потребностей участников, осуществляемое путем объединения его членами имущественных (паевых) взносов (ст. 108). Потребительский кооператив существует, в основном, на взносы своих участников. Все текущие расходы и долги погашаются за счет дополнительных взносов. Члены потребительского кооператива солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам в пределах невнесенной части дополнительного взноса членов кооператива. Члены потребительского кооператива обязаны в течение трех месяцев после утверждения ежегодного баланса покрыть образовавшиеся убытки путем дополнительных взносов. В случае невыполнения этой обязанности кооператив может быть ликвидирован в судебном порядке по требованию кредиторов. Доходы, полученные потребительским кооперативом, не могут распределяться между его членами и направляются на уставные цели.

В случае ликвидации потребительского кооператива или выхода из него члена кооператива он имеет право на выделение своей доли в имуществе потребительского кооператива, пропорциональной его паю. В случае смерти члена потребительского кооператива его наследники имеют первоочередное право на принятие в члены кооператива, если иное не предусмотрено уставом кооператива. В последнем случае кооператив выплачивает наследникам долю в имуществе потребительского кооператива, пропорциональную его паю.

**Право собственности общественного объединения.** Общественное объединение является собственником принадлежащего ему имущества. Правовой режим имущества общественного объединения определяется ГК и [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005615) РК от 31 мая 1996 г. “Об общественных объединениях”1. Начальный капитал общественного объединения образуется из взносов его участников (членов). Денежные средства общественного объединения формируются из вступительных и членских взносов, если их уплата предусмотрена уставом; добровольных взносов и пожертвований; поступлений от проведения в соответствии с уставом лекций, выставок, спортивных и иных мероприятий, лотерей; доходов от производственной и иной хозяйственной деятельности; других не запрещенных законодательными актами поступлений ([ч. 2 ст. 21 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005615#sub_id=210000) об общественных объединениях). Участники (члены) общественных объединений не имеют права на переданное ими этим объединениям имущество, в т. ч. на членские взносы. Они не отвечают по обязательствам общественных объединений, в которых участвуют в качестве их членов, а указанные объединения не отвечают по обязательствам своих членов.

**Правоспособность** общественного объединения является специальной. В уставе должны быть определены предмет и цели деятельности, источники формирования денежных средств и иного имущества, права общественного объединения и его структурных подразделений по управлению имуществом, судьба имущества общественного объединения в случае ликвидации ([ч. 1 ст. 12 Закона).](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005615#sub_id=120000)

**Имущество общественного объединения** формируется всеми законными способами. В то же время [ч. 4 ст. 5](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005615#sub_id=50000) Закона прямо запрещает финансирование политических партий и профессиональных союзов иностранными юридическими лицами и гражданами, иностранными государствами и международными организациями.

Общественные объединения **могут осуществлять предпринимательскую деятельность** постольку, поскольку это служит достижению уставных целей. Доходы от предпринимательской деятельности общественных объединений не могут перераспределяться между членами (участниками) общественных объединений и должны использоваться для достижения уставных целей. Допускается использование общественными объединениями своих средств на благотворительные цели [(ст. 20 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005615#sub_id=200000)).

В случае приостановления деятельности общественного объединения приостанавливается также его право пользоваться банковскими вкладами, за исключением расчетов по трудовым договорам, возмещения убытков, причиненных в результате его деятельности, и уплаты штрафов ([ч. 2 ст. 23](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005615#sub_id=230000) Закона об общественных объединениях). Имущество общественного объединения, ликвидированного по решению съезда (конференции) или общего собрания, направляется на цели, предусмотренные его уставом. Имущество общественного объединения, ликвидированного по решению суда, используется в соответствии с законодательными актами.

**Право собственности общественного фонда.** Имущество, переданное общественному фонду его учредителями, является собственностью фонда. Правовой режим имущества общественного фонда определяется его правовой природой. В соответствии со [ст. 107 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1070000), “общественным фондом признается не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная гражданами и (или) юридическими лицами на основе добровольных имущественных взносов, преследующая социальные, благотворительные, культурные, образовательные и иные общественно-полезные цели”.

Финансовым источником общественного фонда являются деньги, а также другое имущество учредителей, спонсорство, добровольные пожертвования и законные поступления. Имущество фонда отражается на самостоятельном балансе, а движение денежных средств осуществляется через расчетный счет. Права владения, пользования и распоряжения в отношении имущества фонда осуществляют его органы. Порядок управления общественным фондом и порядок формирования его органов определяются уставом.

Фонд обязан ежегодно публиковать отчеты об использовании своего имущества в официальных печатных изданиях. Общественный фонд может быть ликвидирован по решению суда, если имущества фонда недостаточно для осуществления его целей и вероятность получения необходимого имущества нереальна. Учредители фонда не имеют имущественных прав на имущество общественного фонда. В уставе общественного фонда должны содержаться указания относительно судьбы имущества фонда в случае его ликвидации (ст. 107 ГК).

**Право собственности религиозного объединения.** Религиозное объединение имеет право собственности на имущество, приобретенное или созданное им за счет собственных средств, пожертвованное гражданами, организациями или переданное государством и приобретенное по другим основаниям, не противоречащим законодательным актам (п. 9 ст. 109). Правовой режим имущества религиозного объединения определяется ГК и [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1000934) Республики Казахстан от 15 января 1992 г. № 1128-XII “О свободе вероисповедания и религиозных объединениях”2 (далее - Закон о религиозных объединениях).

Собственностью религиозных объединений являются здания, предметы культа, объекты производственного, социального и благотворительного назначения, деньги и иное имущество, необходимое для обеспечения их деятельности. В собственности религиозных объединений может быть имущество, находящееся за границей.

Религиозные объединения вправе обращаться за добровольными финансовыми и другими пожертвованиями и получать их ([ст. 16](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1000934#sub_id=160000) Закона о религиозных объединениях). Часть 1 ст. 4 прямо запрещает государству финансировать религиозные объединения. Однако, государство может оказывать материальную помощь в реставрации культовых зданий, представляющих историко-культурную ценность (ч. 4 ст. 17 Закона о религиозных объединениях). Кроме того, передача вещей государством религиозным объединениям не воспрещается.

Религиозные объединения используют здания, территорию и имущество, предоставляемое им на договорных началах государством, общественными объединениями и гражданами. Маслихаты и государственные органы вправе передавать религиозным объединениям в собственность или безвозмездное пользование культовые здания и иное имущество, находящееся в собственности государства. Религиозные объединения имеют преимущественное право на передачу им культовых зданий с прилегающей территорией. Передача религиозным объединениям и использование ими объектов и предметов, являющихся памятниками истории и культуры, осуществляется в соответствии с законодательством. Порядок содержания религиозными объединениями указанных объектов согласовывается с соответствующими государственными органами (ч. ч. 1-3 ст. 17 Закона о религиозных объединениях).

Религиозные объединения вправе приобретать и использовать религиозную литературу, а также другие предметы и материалы религиозного назначения по своему усмотрению. Религиозные объединения имеют право издавать, производить, экспортировать, импортировать и распространять предметы религиозного назначения, богослужебную литературу и иные информационные материалы религиозного содержания. Религиозные объединения пользуются исключительными правами учреждения предприятий по выпуску богослужебной литературы и производству предметов религиозного назначения. Другие учреждения и организации могут осуществлять данную деятельность только по согласованию с соответствующими религиозными объединениями, управлениями и центрами ([ч. ч. 1-4 ст. 13 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1000934#sub_id=130000)). Религиозные объединения вправе осуществлять благотворительную деятельность и милосердие через общественные фонды, а также учреждать благотворительные заведения (приюты, интернаты, больницы и другие) ([ч. 2 ст. 14 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1000934#sub_id=140000)). Не допускается оказание политическим партиям финансовой поддержки со стороны религиозных объединений ([ч. 2 ст. 4 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1000934#sub_id=40000)).

Религиозные объединения в соответствии с законодательством и своими уставами (положениями) вправе учреждать издательские, полиграфические, производственные, реставрационно-строительные, сельскохозяйственные и другие предприятия, обладающие правами юридического лица ([ч. 1 ст. 18](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1000934#sub_id=180000) Закона о религиозных объединениях).

Участники (члены) религиозного объединения **не сохраняют прав на переданное ими этой организации имущество, в т. ч. на членские взносы**. Они не отвечают по обязательствам религиозного объединения, а религиозное объединение не отвечает по обязательствам своих членов ([п. 10 ст. 109 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1091000)).

При прекращении деятельности религиозного объединения распоряжение находившимся в его собственности имуществом осуществляется в соответствии с его уставом (положением) и действующим законодательством. На имущество культового назначения, принадлежащее религиозным объединениям, не может быть обращено взыскание по претензиям кредиторов. При отсутствии правопреемников имущество переходит в собственность государства ([ч. ч. 2-4 ст. 19](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1000934#sub_id=190000) Закона о религиозных объединениях).

**Право собственности объединения юридических лиц в форме ассоциации (союза).** Объединению юридических лиц (ассоциации, союзу) на праве собственности принадлежит имущество, переданное в собственность членами объединения, а также имущество, перешедшее в собственность объединения по другим законным основаниям либо приращенное за счет этих средств. Имущество объединения отражается на самостоятельном балансе. Правовой режим имущества объединения определяется специальной правоспособностью ассоциации (союза), которая вытекает из ее статуса некоммерческой организации и определяется уставными предметом и целью деятельности. Ассоциация (союз) не отвечает по обязательствам своих членов. Члены ассоциации (союза) несут субсидиарную ответственность по ее обязательствам в размере и в порядке, предусмотренном учредительными документами ассоциации (союза) ([п. 5 ст. 110 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1100500)).

Глава 19. Право государственной собственности

§ 1. Понятие права государственной собственности

Право государственной собственности является одной из двух форм собственности, признанных в Республике Казахстан. В соответствии с [п. 1 ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60000) Конституции, “в Республике Казахстан признаются и равным образом защищаются государственная и частная собственность”. **Право государственной собственности есть признаваемое и охраняемое законодательными актами право государства по своему усмотрению владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему имуществом.**

Государственная собственность предназначена для выполнения государством своих функций, а также задействуется в тех случаях, когда частный сектор экономики не может должным образом насытить рынок каким-либо видом товара (услуг). Функции государства - это основные (главные) направления (стороны, виды) деятельности государства по реализации стоящих перед ним задач для достижения определенных целей, обусловленных как классовой, так и его общесоциальной сущностью и социальным назначением1. К ним можно отнести установление и охрану правового порядка; охрану прав собственности, иных прав и свобод граждан; экономическую; культурную; социальную; экологическую; поддержание мира и мирного сосуществования; обеспечение делового партнерства и сотрудничества; защиту государственного суверенитета от внешних посягательств2.

Государственный сектор экономики развитых стран всегда имел достаточно высокий удельный вес, особенно в таких капиталоемких областях, как энергетика, транспорт, космонавтика, социальная сфера и инфраструктура, содержание репрессивного аппарата и ряде других. Для нормального функционирования любое государство должно создавать материальные резервы (продовольствия, горючего и т. п.) на случай чрезвычайных ситуаций (военных действий, стихийных бедствий, экологических катастроф, аварий техногенного характера, эпидемий и т. п. явлений). Поэтому концентрация материальных ресурсов в руках государства и даже государственное предпринимательство - дело довольно обычное. Проблема за-ключается в пределах осуществления государством своей имущественной деятельности, которая не должна губительно сказываться на рынке как универсальном регуляторе экономического развития общества. Пределы колебания доли государственного сектора собственности определяются в каждом государстве его законодательно установленными функциями.

Функции государства Республика Казахстан, осуществляемые им через государственные предприятия, закреплены законодательно. В соответствии с [п. 1 ст. 2 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=20000) о государственном предприятии **основным назначением деятельности государственных предприятий** является решение социально-экономических задач, определяемых потребностями общества и государства:

- материальное обеспечение обороноспособности государства и защиты интересов общества;

- производство товаров (работ, услуг) первой необходимости в тех сферах и областях общественного производства, которые не охвачены либо недостаточно охвачены частным сектором экономики;

- осуществление деятельности в сферах, отнесенных к государственной монополии или являющихся функцией государства.

Указ о государственном предприятии установил исчерпывающие сферы деятельности для предприятий **на праве хозяйственного ведения** и казенных предприятий. Государственные предприятия на праве хозяйственного ведения могут создаваться в следующих сферах деятельности:

разработка, производство, ремонт и реализация вооружения и боеприпасов к нему, защитных средств, военной техники, запасных частей, комплектующих элементов и приборов к ней; ликвидация (уничтожение, утилизация, захоронение) и переработка высвобождаемых военно-технических средств;

добыча, производство, транспортировка, переработка, захоронение и реализация урана и других делящихся материалов, а также изделий из них; изготовление и реализация продукции, содержащей радиоактивные вещества в количествах, превышающих норму, допустимую для их использования без необходимости применения специальных средств защиты;

изготовление и реализация медикаментов, лекарственных средств и лечебных препаратов, медицинского оборудования и инструментария;

осуществление хозяйственной деятельности в сферах, отнесенных к государственной монополии или где установлен специальный порядок хозяйствования;

осуществление хозяйственной деятельности в области энерго-, водо- и теплоснабжения, магистрального транспорта, связи, коммуникаций, коммунального и жилищного хозяйства и других систем жизнеобеспечения республиканской и местной инфраструктур, которые, в силу своего естественного монопольного положения и социально-экономической значимости, требуют прямого государственного управления;

в области банковской, страховой и иной финансовой деятельности ([ст. 18](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=180000) Указа о государственном предприятии).

[Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1015485) РК от 4 ноября 1999 г. “О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам деятельности казенных предприятий” этот перечень расширен.

Еще более узкая сфера деятельности предусмотрена для казенных предприятий. **Казенные предприятия** могут создаваться в установленном законодательством порядке для:

выполнения горно-спасательных и иных специальных работ в чрезвычайных и аварийных ситуациях, защиты от пожаров, наводнений и других стихийных бедствий;

осуществления производственной деятельности в области уголовно-исполнительной системы;

производства топографо-геодезических и картографических работ;

осуществления производственно-хозяйственной деятельности в области здравоохранения, охраны природы, образования, социальной защиты, науки, культуры и спорта ([ст. 32](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=320000) Указа о государственном предприятии).

В отличие от частной собственности, которая принадлежит частным лицам (гражданам и негосударственным юридическим лицам), государственная собственность принадлежит всему обществу в целом и обслуживает его интересы. Хотя это и не исключает целевого расходования государственного имущества (денежных средств, например) для определенных групп населения (пенсионеров, ветеранов и т. п.) или даже определенных лиц (помощь конкретному предприятию, государственная премия изобретателю и т. п.).

Собственность составляет основу государственности. С ее наличием и нормальным функционированием связано полноценное существование государства и защита прав его граждан. Поэтому [п. 2 ст. 26](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=260200) Конституции устанавливает важное правило - “собственность гарантируется законом”.

Наличие разных функций дифференцирует структуру государственной собственности. Дифференциация проводится в основном по территории и по субъектам реализации собственности. В соответствии с [п. 1 ст. 192](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1920000) ГК “государственная собственность выступает в виде республиканской и коммунальной собственности”.

Государственная собственность не имеет общих нормативных приоритетов перед частной ([п. 1 ст. 6 Конституции](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60000)). Республика Казахстан выступает в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений ([п. 1 ст. 111 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1110000)). То же самое правило установлено для административно-территориальной единицы ([п. 1 ст. 112 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1120000)). Равные начала в отношениях с другими субъектами гражданских правоотношений означают отсутствие, по общему правилу, приоритетов в правовом статусе разных субъектов и отсутствие для суда приоритетов при разрешении спора с участием Республики Казахстан (административно-территориальной единицы). Республика Казахстан (административно-территориальная единица) не пользуется в гражданских правоотношениях своими властными полномочиями, на нее в полной мере распространяются нормы гражданского законодательства. Споры с участием субъекта государственной собственности, по общему правилу, рассматриваются государственными судами. Однако, по желанию сторон спор может быть рассмотрен третейским судом, решение которого является окончательным и обеспечивается государственными судами.

§ 2. Субъекты права государственной собственности

Государство является специфическим субъектом права собственности. Это определяется его повышенной абстрактностью и формальностью. Необходимость осуществления большого числа разнохарактерных функций и разветвленная система соподчиненных государственных органов предопределили множественность субъектов, которые реализуют право собственности государства. Поэтому следует разделять два уровня: уровень того, кого представляют, и уровень представляющего.

Законодательство Республики Казахстан предусматривает **два субъекта государственной собственности**, имеющих право выступать от своего имени: Республику Казахстан в целом (в отношении имущества, составляющего республиканскую собственность) и административно-территориальную единицу (в отношении имущества, составляющего коммунальную собственность). То есть в гражданском обороте данные субъекты являются носителями права государственной собственности. В зависимости от выполняемых задач государство осуществляет правомочия собственника от имени одного из перечисленных субъектов.

**Республика Казахстан и административно-территориальная единица** не являются юридическими лицами. Однако, к государству и административно-территориальным единицам применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательных актов ([ст. 114 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1140000)). Республика Казахстан и административно-территориальная единица действуют в качестве субъектов гражданского права в рамках тех норм ГК и других актов гражданского законодательства, которые определяют участие юридических лиц в гражданском обороте. Это прежде всего статьи ГК общего характера о порядке заключения договоров, ответственности за причинение вреда, праве собственности. Существуют и исключения из этого общего правила. Во-первых, следует учитывать особенности статуса и круга полномочий Республики Казахстан и административно-территориальной единицы. Например, на государство и административно-территориальную единицу не распространяются нормы о регистрации юридических лиц. Данные субъекты существуют без какой-либо учетной регистрации на основании Конституции и конституционных законов. Во-вторых, в самом ГК ряд статей относится к правоотношениям с участием Республики Казахстан или возлагает на нее определенные гражданско-правовые обязательства ([п. 5 ст. 9](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=90500); [п. 6 ст. 104](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1040600); [ст. 266 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2660000)).

Государство и административно-территориальная единица, как особые субъекты, обладают всеми правами субъекта гражданских правоотношений и ограничены в правосубъектности только действующим законодательством. В случаях, определенных законодательством, административно-территориальная единица может выступать в гражданских правоотношениях от имени государства. Также от имени Республики Казахстан могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в суде органы государственной власти и управления Республики Казахстан в рамках их компетенции, установленной законодательными актами, положениями или иными актами, определяющими статус этих органов ([п. 2 ст. 111 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1110200)).

Первую позицию в этом контексте занимает **Правительство**. Правовой статус его определен Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу [Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003973), от 18 декабря 1995 г. № 2688 “О Правительстве Республики Казахстан”. В соответствии с [подпунктом 8 ст. 9](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003973#sub_id=90800) данного Указа Правительство “организует управление государственной собственностью, вырабатывает и осуществляет меры по ее использованию, обеспечивает защиту права государственной собственности на территории Республики Казахстан”. То есть Правительство может выступать от имени государства как субъекта государственной собственности. В этом качестве оно может совершать любые действия по владению, пользованию и распоряжению государственным имуществом, совершать сделки, распределять и перераспределять государственное имущество.

В системе Правительства особое место занимает **Министерство финансов**. Многие функции субъекта государственной собственности Правительство делегирует Министерству финансов. Так, например, средства республиканской казны находятся в ведении Министерства финансов Республики Казахстан, которое распоряжается ими от имени государства. Непосредственно эти функции выполняет **Департамент казначейства** Министерства финансов. Он действует на основании Положения о Департаменте казначейства Министерства финансов Республики Казахстан, утвержденного [Постановлением](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1011284) Правительства от 9 октября 1998 г. № 1028. Департамент казначейства является государственным органом, осуществляющим специальные функции по исполнению республиканского бюджета и расчетно-кассовому обслуживанию государственного бюджета и государственных внебюджетных фондов и средств, финансовому контролю за целевым использованием средств государственного бюджета и государственных внебюджетных фондов и средств.

Важное место в системе центральных исполнительных органов, осуществляющих правомочия собственника, занимает **государственный орган по управлению государственным имуществом и его приватизации**, который в последнее время часто меняет свое название и ведомственную подчиненность.

Функции собственника выполняют и **иные центральные органы исполнительной власти**. Так, по отношению к республиканским государственным предприятиям функциями субъекта государственной собственности наделены министерства, государственные комитеты, ведомства и некоторые департаменты министерств и иные управомоченные Правительством органы.

В случаях и в порядке, предусмотренных законодательством, по специальному поручению Республики Казахстан от ее имени могут выступать **иные государственные органы, юридические лица и граждане** ([п. 2 ст. 111 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1110200)). Например, в акционерном обществе с участием государства назначается лицо, уполномоченное от имени государства выполнять функции акционера-государства.

**От имени административно-территориальной единицы** могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в суде местные представительные и исполнительные органы в рамках их компетенции, установленной законодательными актами, положениями или иными актами, определяющими статус этих органов. В случаях и в порядке, предусмотренных законодательством, по специальному поручению от имени административно-территориальной единицы могут выступать местные государственные органы, юридические лица (включая негосударственные) и граждане. Например, в АО с участием административно-территориальной единицы назначаются лица, уполномоченные от имени административно-территориальной единицы представлять акционера - административно-территориальную единицу.

От имени административно-территориальной единицы в гражданские правоотношения могут вступать лишь те государственные органы и юридические лица, которые прямо на это уполномочены законодательством. К органам власти и управления, имеющим право выступать в гражданском обороте от имени административно-территориальной единицы, в первую очередь относятся маслихаты, акимат, территориальные органы исполнительной власти (областные управления юстиции, областные финансовые управления, территориальные комитеты по управлению государственным имуществом и т. п.).

Местные государственные органы обладают статусом учреждения. Поэтому необходимо различать, когда они выступают как учреждения от своего имени, а когда как государственные органы от имени административно-территориальной единицы. В обоих случаях их правоспособность является специальной и определяется их компетенцией.

На административно-территориальную единицу и ее органы распространяются положения ГК об участии соответственно государства и его органов в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательства ([п. п. 4 ст. 112 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1120400)).

Средства местной казны находятся в ведении местных органов Министерства финансов Республики Казахстан, которые распоряжаются ими от имени административно-территориальной единицы. Иное государственное имущество, не закрепленное за коммунальными государственными юридическими лицами, находится в ведении местных органов Министерства финансов или иного местного уполномоченного органа государства.

Имущество, находящееся в государственной собственности, может закрепляться за **государственными юридическими лицами на праве хозяйственного ведения или оперативного управления** ([п. 4 ст. 192 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1920400)). В первом случае речь идет о государственном предприятии на праве хозяйственного ведения, а во втором - о казенном предприятии и государственном учреждении. В то же время следует иметь в виду, что государственное имущество может быть передано предприятию не по указанным выше основаниям, а на праве аренды, пользования или по другому законному основанию. Например, земельные участки закрепляются за государственными предприятиями на праве постоянного землепользования. Перечень республиканских государственных предприятий утвержден [Постановлением](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006138) Правительства от 25 июня 1996 г.3. Перечни коммунальных государственных предприятий утверждаются соответствующими главами местных администраций (акимами) ([ст. 2 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=20000) о государственном предприятии).

Все субъекты права государственной собственности, по общему правилу, не отвечают по долгам друг друга и имеют имущественную обособленность. Республика Казахстан отвечает по своим обязательствам имуществом государственной казны, а административно-территориальная единица отвечает по своим обязательствам имуществом местной казны. Республика Казахстан и административно-территориальная единица не отвечают по обязательствам друг друга, а также по обязательствам граждан и юридических лиц, а граждане и юридические лица не отвечают по обязательствам Республики Казахстан и административно-территориальной единицы, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами ([ст. 113 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1130000)).

Одно из исключений распространяется на случаи, когда Республика Казахстан или административно-территориальная единица приняли на себя гарантию (поручительство) по обязательствам административно-территориальной единицы, юридического лица или гражданина. В этом случае ответственность наступает в соответствии с правилами гарантии (поручительства).

Другое исключение предусмотрено ГК. В соответствии с ним Республика Казахстан несет субсидиарную (дополнительную) ответственность по обязательствам (кроме договорных обязательств), республиканских казенных предприятий и государственных учреждений в случае нехватки у них собственных денег ([ст. ст. 104](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1040000), [207 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2070000); [п. 3 ст. 44 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=440000) о государственном предприятии). Кроме того, РК несет субсидиарную (дополнительную) ответственность по обязательствам республиканского предприятия на праве хозяйственного ведения при его преобразовании в казенное предприятие при отсутствии достаточных средств у самого предприятия.

Республика Казахстан и административно-территориальная единица отвечают по обязательствам соответственно республиканского и местного предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения, в случае их банкротства, которое было вызвано действиями учредителей (уполномоченных органов), при недостаточности средств предприятий для удовлетворения требований кредиторов ([ст. 30 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=300000) о государственном предприятии).

Помимо упомянутых выше случаев, государство (административно-территориальная единица) может нести ответственность за деятельность хозяйственного товарищества, где оно является основным вкладчиком, имея в собственности его акции (доли), в случаях несостоятельности (банкротства) юридического лица, вызванной неправильными указаниями либо иными действиями со стороны вкладчика-государства (административно-территориальной единицы). Наличие оснований такой ответственности должно быть доказано заинтересованными лицами.

§ 3. Содержание права государственной собственности

**Содержание права собственности** определяется совокупностью прав и обязанностей. Право собственника абсолютно. “Объем и пределы осуществления собственником своих прав, гарантии их защиты определяются законом” [(п. 2 ст. 6 Конституции](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60200)). То есть государство как единый собственник объектов государственной собственности само для себя определяет через законы пределы осуществления и защиты гражданских прав, а также обязанности.

В соответствии с [п. 2 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880200) собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом. В гражданском обороте государство может быть представлено двумя субъектами: Республикой Казахстан и административно-территориальной единицей, которые, реализуя государственную собственность, выступают от своего имени. Поэтому сложность субъектного состава предполагает разделение правомочий собственника между государством, одним из перечисленных субъектов государственной собственности и, возможно, лицом, представляющим их.

**Право владения** государственной собственностью представляет собой юридически обеспеченную возможность осуществлять фактическое обладание имуществом. Государство, как особый нематериализированный субъект, во всех случаях сохраняет титул права владения, осуществляя фактическое обладание своим имуществом опосредовано через систему государственных органов. Непосредственное фактическое обладание государственным имуществом осуществляют, как правило, государственные юридические лица или органы исполнительной власти. Вопрос о праве владения государства является спорным в юридической литературе. Например, А. В. Венедиктов под владением понимал право фактического (физического или хозяйственного) господствования над вещью, право “держать вещь в руках”. Поэтому он считал, что государство огромными массами своего имущества владеет не непосредственно, а только через свои органы4.

**Право пользования** государственной собственностью представляет собой юридически обеспеченную возможность извлекать из государственного имущества его полезные естественные свойства, а также получать от него выгоды. Выгода может выступать в виде дохода, приращения, плодов, приплода и в иных формах. Пользование государственным имуществом осуществляется в разных формах. Например, широко практикуется сдача государством в аренду и пользование земельных участков, добыча полезных ископаемых, эксплуатация зданий, оборудования и мебели государственными организациями, осуществление предпринимательской деятельности в сфере, допускаемой законом.

**Право распоряжения** государственной собственностью представляет собой юридически обеспеченную возможность определять юридическую судьбу имущества. Поскольку основную массу движущегося в обороте государственного имущества составляют денежные средства, то правомочия пользования и распоряжения, как правило, совпадают. Государство распределяет, в основном, бюджетные деньги. В осуществлении этой функции задействованы органы представительной и исполнительной власти. Сначала Парламент и маслихаты утверждают бюджеты, а затем Казначейство и акиматы распределяют денежные средства по государственным органам, которые, в свою очередь, доводят их до субъекта финансирования.

Достаточно широко применяется в пределах государственной собственности схема, когда государство передает права владения, пользования и распоряжения имуществом государственным юридическим лицам (в рамках права оперативного управления или хозяйственного ведения) полностью или частично. В этом случае государство не утрачивает права собственности. Это говорит о том, что кроме трех, упомянутых выше вещных правомочий, государство имеет титульное право, которое может быть отчуждено им только добровольно по договору с утратой права собственности либо прекращает существование в результате потребления объекта при пользовании-распоряжении им (например, при сжигании государственного угля на государственной теплоэлектростанции).

Данный тезис подтверждается положениями [п. 3 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880300), в соответствии с которым субъект права государственной собственности вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, в т. ч. отчуждать это имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, свои правомочия по владению, пользованию и распоряжению имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом. Данное правило действует с учетом того, что государственные юридические лица имеют специальную правоспособность, и государство, реализуя свое абсолютное право собственности, передает свое имущество государственному юридическому лицу для задействования в гражданском обороте на строго целевых условиях. Даже государственные органы и административно-территориальные единицы расходуют государственные денежные средства в соответствии с утвержденным бюджетом.

Содержание права собственности предполагает не только наличие прав, но и обязанностей на стороне собственника. Обязанности делятся на вытекающие из закона и из юридических фактов. Основу формулы составляет [п. 2 ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60200) Конституции, в соответствии с которой “собственность обязывает, пользование ею должно одновременно служить общественному благу”. Осуществление субъектом государственной собственности своих правомочий не должно нарушать прав и охраняемых законом интересов других лиц.

Нарушение прав и законных интересов может найти выражение, наряду с иными формами, в злоупотреблении субъектом государственной собственности своим монопольным или иным доминирующим положением. Критерии, которые позволяют выявить факт злоупотребления монопольным положением, определены в антимонопольном законодательстве. Антимонопольное законодательство определяет органы, осуществляющие контроль за доминирующим положением на рынке, и санкции, применяемые к нарушителям антимонопольного законодательства.

Субъект государственной собственности обязан принимать меры, предотвращающие ущерб здоровью граждан и окружающей среде, который может быть нанесен при осуществлении его прав. Меры, которые субъект государственной собственности должен предпринимать для предотвращения ущерба окружающей среде, определяются природоохранным законодательством. Им предусмотрены также критерии нарушения природоохранного законодательства, органы, осуществляющие контроль за его соблюдением, и другие правовые механизмы, обеспечивающие природоохранное законодательство.

В случаях, на условиях и в пределах, предусмотренных законодательными актами, субъект государственной собственности обязан допустить ограниченное пользование его имуществом другими лицами. Речь идет, в основном, о законных (публичных) земельных сервитутах. Мотивы установления сервитута могут быть самые разные. Чаще всего на практике речь идет о праве прохода через государственный земельный участок, когда иным образом нельзя пройти к своему земельному участку или сооружениям общего пользования (дороге, магазину, аэропорту и т. п.). Все возможные случаи сервитутов, по общему правилу, могут быть предусмотрены только на уровне законодательных актов или договором. Земельное законодательство допускает установление сервитута и на основании подзаконного нормативного акта. Основания возникновения сервитута на земельные участки устанавливаются [ст. 47 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=470000).

§ 4. Объекты права государственной собственности

Государство может иметь в своей собственности любой объект. **Объекты государственной собственности** входят в республиканскую или коммунальную собственность. Субъектом республиканской государственной собственности является Республика Казахстан. Субъектом же коммунальной государственной собственности является административно-территориальная единица. Разделение государственной собственности на республиканскую и коммунальную осуществляется Правительством Республики Казахстан. Соответственно, вопросы перевода государственного имущества из одного вида собственности в другой также решаются Правительством или уполномоченным им органом.

Объекты государственной собственности классифицируются в зависимости от видовой принадлежности. Так, **республиканская собственность** состоит из республиканской казны и имущества, закрепленного за государственными республиканскими юридическими лицами в соответствии с законодательными актами.

Средства республиканского бюджета, золотовалютный запас и алмазный фонд, объекты государственной собственности на землю и другие природные ресурсы, а также иное государственное имущество, не закрепленное за государственными юридическими лицами, составляют **государственную казну Республики Казахстан** ([п. 2 ст. 192 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1920200)).

Понятие **республиканского бюджета** определяет Закон о бюджетной системе. Республиканский бюджет представляет собой централизованный денежный фонд, утверждаемый законом Республики Казахстан, формируемый за счет поступлений и финансирования дефицита (профицита) и предназначенный для финансирования республиканских бюджетных программ, определяемых Правительством Республики Казахстан для осуществления функций, возложенных на него Конституцией и законодательными актами Республики Казахстан ([ст. 1 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1012652#sub_id=10000) о бюджетной системе).

Согласно п. 2 ст. 192 ГК, в казну входят золотовалютный запас и алмазный фонд. [Указ](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003548) Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 30 марта 1995 г. № 2155 “О Национальном Банке Республики Казахстан”5 (далее - Указ о Национальном Банке) называет этот фонд “золотовалютными активами” ([ст. ст. 10](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003548#sub_id=100000), [15](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003548#sub_id=150000), [58](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003548#sub_id=580000) и [60](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003548#sub_id=600000)) и “золотовалютным резервом” ([ч. 2 ст. 41](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003548#sub_id=410000), [подпункт “е” ч. 1 ст. 56](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003548#sub_id=560000)).

Золотовалютные активы Национального Банка Казахстана создаются и используются для обеспечения внутренней и внешней устойчивости казахстанского тенге и состоят из: аффинированного золота; иностранной валюты в виде банкнот, монет и остатков средств на счетах Национального Банка Казахстана, находящихся в Республике Казахстан и за рубежом; валютных ценностей, хранящихся в Национальном Банке Казахстана; простых и переводных векселей в иностранной валюте; ценных бумаг, выпущенных и гарантированных иностранными правительствами или международными финансовыми организациями; других внешних активов, деноминированных в иностранной валюте, при условии обеспечения ликвидности и сохранности таких активов.

Не допускается использование золотовалютных активов в форме выдачи кредитов (займов, ссуд) и предоставление гарантий или других обязательств резидентами и нерезидентами Республики Казахстан, за исключением случаев, предусмотренных Указом о Национальном Банке. Увеличение и изменение структуры золотовалютных активов производится Национальным Банком ([ст. 58 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003548#sub_id=580000) о Национальном Банке).

**Коммунальная собственность Республики Казахстан** состоит из местной казны и имущества, закрепленного за коммунальными юридическими лицами в соответствии с законодательными актами. Средства местного бюджета и иное коммунальное имущество, не закрепленное за государственными юридическими лицами, составляют **местную казну** ([п. 3 ст. 192 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1920300)).

Объектом сделки с участием государства могут быть имущество казны, объекты исключительной собственности государства и его неимущественные права, связанные с имущественными, а также специальные объекты, предусмотренные законодательством о приватизации. При приватизации государство может выступить самостоятельно или в лице уполномоченного государственного органа продавцом предприятия в целом, государственного пакета акций или имущества ликвидированного предприятия.

Казахстанское законодательство сохраняет понятие **исключительной собственности**. Так, в соответствии с п. 3 ст. 6 Конституции, “Земля и ее недра, воды, растительный и животный мир, другие природные ресурсы находятся в государственной собственности”. Его дословно повторяет [ст. 193 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1930000). Из смысла статьи следует, что природные ресурсы, по общему правилу, не могут быть переданы в собственность гражданам и юридическим лицам. Однако, исключительная государственная собственность, как правило, не исключает предоставление указанных объектов частным лицам в пользование по другим правовым основаниям.

[Пункт 3 ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60300) Конституции РК установил, что земля может находиться в частной собственности на основаниях, условиях и в пределах, установленных законом. Таким законом является Указ о земле. В соответствии со [ст. 33 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=330000) о земле, в частной собственности граждан могут находиться участки, предоставленные (предоставляемые) для ведения личного подсобного хозяйства, садоводства и дачного строительства. Однако, такие участки не могут находиться в частной собственности иностранных граждан. В частной собственности граждан и негосударственных юридических лиц могут находиться земельные участки, предоставленные (предоставляемые) под застройку или застроенные производственными и непроизводственными, в т. ч. жилыми, зданиями, сооружениями и их комплексами, включая земли, предназначенные для обслуживания зданий и сооружений в соответствии с их назначением.

Не могут находиться в частной собственности (т. е. принадлежат только государству) земельные участки:

1) сельскохозяйственного назначения (за исключением выделенных для ведения личного подсобного хозяйства, садоводства и дачного строительства);

2) обороны;

3) особо охраняемых природных территорий;

4) лесного и водного фондов;

5) земли общего пользования на землях населенных пунктов.

В соответствии с Конституцией Республики Казахстан ([ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60000)) недра, в т. ч. полезные ископаемые, находятся в государственной собственности ([п. 1 ст. 5 Указа о недрах](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=50000)). Право их разработки может быть предоставлено предпринимателю-недропользователю по лицензии. Право собственности на полезные ископаемые у недропользователя может возникнуть только с момента, когда разработанные (добытые) полезные ископаемые превратятся в минеральное сырье или техногенные минеральные образования (ст. 5 Указа).

Объектом сделки с участием административно-территориальной единицы могут быть имущество местной казны, объекты исключительной собственности государства, находящиеся в ведении административно-территориальной единицы, и ее неимущественные права, связанные с имущественными, а также специальные объекты, предусмотренные законодательством о приватизации. Все вышеперечисленные объекты образуют коммунальную собственность, которая является составной частью государственной.

Другая часть государственной собственности - республиканская - также находится на территории административно-территориальной единицы. В отношении ее административно-территориальная единица может осуществлять правомочие распоряжения только в соответствии с законодательством и от имени государства. Распоряжение местной казной осуществляют аким и подчиненные ему местные исполнительные органы в соответствии со своей компетенцией, на основании бюджета административно-территориальной единицы, утвержденного соответствующим маслихатом.

Право государственной собственности возникает по общим основаниям, предусмотренным ГК для любых формы и вида собственности. В то же время основу образования государственной собственности составляют налоговые и таможенные сборы, собственная производственная и коммерческая деятельность. Одна из групп оснований возникновения права собственности, характерных только для государственной собственности, связана с правоохранительной, обеспечительной и карательной функциями государства. Законодательство предусматривает случаи, когда конфискации и реквизиции имущества допустимы и пополняют государственную казну. В то же время “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” (п. 3 ст. 26 Конституции).

§ 5. Приватизация государственной собственности

**Приватизация** означает продажу государственного имущества в собственность физическим, негосударственным юридическим лицам и иностранным юридическим лицам, производимую по воле государства, как собственника, в рамках специальных процедур, установленных законодательными актами**.**

Логика приватизации заключается в передаче частному собственнику государственного имущества для более инициативного и эффективного использования. В основе лежит посыл о незаинтересованности и неспособности государства эффективно хозяйствовать. Предполагается, что только рынок определит точное соотношение между спросом и предложением, организует общественно необходимое производство и будет стимулировать продуктивный труд членов общества.

Начало приватизации было положено еще в бытность СССР. Закон СССР от 1 июня 1991 г. “Об основных началах разгосударствления и приватизации”6 и [Закон](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1000581) Казахской ССР от 22 июня 1991 г. “О разгосударствлении и приватизации”7 предусматривали сокращение государственного сектора экономики в двух направлениях: посредством преобразования государственных предприятий в предприятия, основанные на других (негосударственных) формах собственности (разгосударствление), и посредством приобретения государственного имущества в собственность граждан и созданных ими юридических лиц (приватизация).

Приватизация в Казахстане проводится в четыре этапа. В рамках Программы разгосударствления и приватизации государственной собственности в Казахской ССР на 1991-1992 гг. (1-й этап) осуществлялись: передача предприятий в аренду трудовым коллективам с правом последующего выкупа, преобразование в коллективное предприятие; безвозмездный выкуп трудовым коллективом государственного имущества; участие населения в приватизации через приватизационные инвестиционные купоны (ПИКи); продажа государственного имущества через аукционы и конкурсы.

[Указом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1001761) Президента Республики Казахстан 5 марта 1993 г. № 1135 была утверждена “Национальная программа разгосударствления и приватизации в Республике Казахстан” на 1993-1995 гг. (2-й этап)8. Она выполняла следующие задачи: акционирование государственных предприятий; приватизация по индивидуальным проектам; массовая приватизация; малая приватизация; приватизация в агропромышленном комплексе. В соответствии с Указом Президента “Об организационных мерах по преобразованию государственных предприятий в акционерные общества”, работники трудового коллектива имели право на безвозмездное получение до десяти процентов акций; по объектам массовой приватизации не менее 51 процента акций должно было быть продано на купонных аукционах инвестиционным приватизационным фондам за ПИКи населения; 39 процентов акций должны были реализоваться за денежные средства через фондовые биржи, аукционы и конкурсы. В соответствии с [Указом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1001781) Президента Республики Казахстан от 11 марта 1994 г. № 1589 “О выделении части государственного пакета акций руководителям государственных акционерных обществ”9 руководители предприятий имели возможность приобрести до пяти процентов акций по номинальной стоимости.

Основным нормативным актом, регулирующим приватизацию с 1996 г. в Казахстане, является [Указ](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004037) Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 23 декабря 1995 г. № 2721 “О приватизации”. В развитие данного Указа принято Постановление Правительства от 7 февраля 1996 г., которым утверждена Программа приватизации государственной собственности на 1996-1998 гг. (3-й этап). Основными принципами при проведении приватизации являются гласность, конкурентность, правопреемственность, ответственность должностных лиц за законность проведения приватизации и достоверность предоставленных данных об объектах, выставляемых на продажу ([ст. 4 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004037#sub_id=40000) о приватизации).

В целях приватизации государство определяет, какое государственное имущество подлежит продаже частным лицам. Как правило, это предприятия как имущественные комплексы и государственные пакеты акций. В то же время Правительство составило перечень не подлежащего приватизации имущества. При приватизации недвижимого имущества к покупателю переходит право собственности на земельный участок в соответствии с земельным законодательством. Стоимость земельного участка включается в цену объекта приватизации.

Приватизация осуществляется путем продажи на торгах (аукцион, тендер) или прямой адресной продажи. Для проведения торгов или адресной продажи объект проходит соответствующую подготовку. Уточняется его баланс, определяются долги, может выделяться социальная инфраструктура и т. п. Предприятие может быть акционировано или передано в доверительное управление. Действия, непосредственно не ведущие к продаже государственного имущества, но предусматривающие его последующую продажу (преобразование государственного предприятия в акционерное общество, сдача в аренду государственного имущества либо передача его в доверительное управление с правом последующего выкупа соответственно арендатором либо доверительным управляющим), рассматриваются не как виды приватизации, а как ее предварительные стадии ([ст. 12 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004037#sub_id=120000) о приватизации).

Продажа государственного имущества осуществляется уполномоченным государственным органом. Обычно это один из департаментов Министерства финансов (название и структура этого органа периодически меняются, иногда его функции выполняют несколько органов).

Покупателями при приватизации не могут быть хозяйственные товарищества, в уставном капитале которых доля государства составляет более 20-ти процентов, а также юридические лица, которые, в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан или учредительными документами, не вправе заниматься теми видами деятельности, осуществление которых является условием продажи объекта на торгах ([п. 4 ст. 1 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004037#sub_id=10000) о приватизации).

Если продажа государственного имущества осуществлялась под условием, то существует постприватизационный период, в течение которого уполномоченный государственный орган может контролировать исполнение покупателем взятых на себя обязательств по договору приватизации. Естественно, несоблюдение договорных условий влечет понуждение к их исполнению или прекращение договора приватизации с возмещением государству ущерба, нанесенного недобросовестным покупателем.

[Постановлением](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013433) Правительства РК от 1 июня 1999 г. № 683 была утверждена Программа приватизации и повышения эффективности управления государственным имуществом на 1999—2000 гг. (4-й этап), которой предусматривается: совершенствование законодательства о приватизации, улучшение учета государственного имущества и создание Сводного реестра активов РК, усиление роли “национальных компаний”, обеспечение конкурсной и транспарентной приватизации, продажа акций “голубых фишек”, крупных объектов приватизации и государственных пакетов акций, обеспечение постприватизационного контроля и выполнения инвестиционных обязательств.

Глава 20. Право общей собственности

§ 1. Понятие, виды и основания возникновенияобщей собственности

Имущество может находиться на праве собственности у одного или нескольких лиц. В зависимости от числа субъектов (лиц), которым принадлежит определенное имущество на праве собственности, это право можно подразделить на односубъектное и многосубъектное. ГК устанавливает, что имущество, находящееся в собственности двух или нескольких лиц, принадлежит им на праве общей собственности ([п. 1 ст. 209](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2090000)). Таким образом, под **общей собственностью** в юридическом смысле понимается имущество, принадлежащее на праве общей собственности двум или более лицам. Эти лица ГК именует участниками общей собственности, а в науке права и в учебной литературе о них говорят также как о сособственниках.

Многосубъектность обусловливает специфику субъективного права общей собственности. Эта специфика привела к выделению в ГК особого **института права общей собственности** ([гл. 11 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2090000)).

Нормы ГК об односубъектном праве собственности, выступающие по существу как общие нормы, регламентируют и право общей собственности. Естественно, в той мере, в какой они не расходятся со специальными нормами об общей собственности.

Общую собственность ГК подразделяет на два вида: долевую и совместную ([п. 2 ст. 209](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2090200)). При **долевой собственности** имущество находится в общей собственности с определением доли каждого из собственников в праве собственности, а при **совместной собственности** - без определения таких долей. Если иное не установлено законодательными актами, общая собственность на имущество является долевой.

Круг возможных участников долевой и совместной собственности существенно различается. Участниками долевой собственности могут быть любые, предусмотренные законодательством субъекты гражданского права в любом их сочетании. Например, участниками долевой собственности могут быть граждане, граждане и юридические лица, юридические лица. Участниками совместной собственности могут быть только физические лица, причем обычно связанные друг с другом семейными отношениями.

Совместная собственность может устанавливаться лишь тогда, когда это прямо предусмотрено законодательными актами.

Соглашением участников общей совместной собственности, а при не достижении соглашения между ними - по решению суда, на общее имущество, находящееся в совместной собственности, может быть установлена общая долевая собственность. Преобразование общей долевой собственности в совместную по соглашению ее участников или по решению суда законом не предусмотрено.

Независимо от вида общей собственности она выступает как собственность всех ее участников и, таким образом, является многосубъектной. Собственники имеют на праве общей собственности неразделенный между ними объект собственности в виде индивидуально определенной вещи, набора (совокупности) таких вещей или единого имущественного комплекса (например, предприятия как объекта права). Таким образом, каждый из участников общей собственности отдельно от других не является собственником как всего имущества, находящегося в общей собственности, так и отдельных предметов общей собственности, их частей или долей.

От общей собственности на вещь следует отличать право собственности на отдельные части вещи, каждая из которых имеет своего собственника. Например, в многоквартирном доме каждая из квартир и нежилые помещения могут иметь своих собственников, а общая собственность не возникает. Однако, общей собственностью всех собственников квартир являются части дома, объединяющие квартиры в единое целое - жилой дом (например, крыша, лестничные клетки, подвал и т. п.) Такую собственность на недвижимое имущество, при которой отдельные части недвижимости находятся в раздельной собственности граждан или юридических лиц, а остальные части недвижимости находятся у них на праве долевой собственности, называют кондоминиумом ([п. 6 ст. 209 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2090600)).

Понятие общей собственности - это основной вид более широкого **понятия общего имущества**. Последним понятием охватывается не только общая собственность, но и другие общие вещные и обязательственные имущественные права. Поэтому право общей собственности как вид права на общее имущество необходимо отличать от других общих вещных и обязательственных прав. Наиболее распространенным видом общих вещных прав и наиболее урегулированном законодательно является **право общего землепользования**. Это право в случаях, когда оно по закону может находиться в гражданском обороте, по своему характеру близко к праву собственности. Право общего землепользования, как и право общей собственности, может быть долевым или совместным ([п. 4 ст. 19 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=190400)).

Значительно менее урегулированы законодательно другие общие вещные права, например, право общего хозяйственного ведения или право общего оперативного управления, хотя существования таких общих прав законодательство не исключает. Например, на праве общего хозяйственного ведения двум или нескольким государственным предприятиям может принадлежать дом, построенный за счет средств этих предприятий. При наличии пробелов в законодательстве об общих вещных правах возможно по аналогии применение норм гражданского законодательства об общей собственности.

ГК различает случаи возникновения права общей собственности на неделимое (физически или юридически) и делимое имущество ([п. 4 ст. 209 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2090400)). При приобретении в собственность двумя или более лицами неделимого имущества у них возникает право общей собственности на это имущество независимо от оснований его приобретения (например, по договору купли-продажи, по наследству). Иное дело — возникновение права общей собственности на делимое имущество. Такое право возникает лишь в случаях, предусмотренных законодательными актами или договорами. Например, делимое имущество, приобретенное супругами во время совместной жизни, становится в силу закона их общей собственностью ([п. 1 ст. 223](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2230000) ). Впрочем, указанная норма закона диспозитивна и соглашением супругов может быть установлено иное. Если же несколько лиц приобретут делимое имущество, которое в силу закона не становится их общей собственностью, то общая собственность на такое имущество возникает только на основе договора между ними.

В праве общей собственности как многосубъектном выделяются **две группы отношений**: отношения участников общей собственности с третьими лицами и отношения между собой. Права сособственников в отношениях с третьими лицами могут носить как абсолютный, так и относительный характер. Права сособственников в отношениях с другими сособственниками относительны.

В научной юридической литературе господствует мнение, что право собственности - это всегда абсолютное право, т. е. право с неопределенным кругом обязанных лиц. Применительно к праву общей собственности это верно лишь в отношениях сособственников с третьими лицами. Например, имущество, находящееся на праве общей собственности, может быть истребовано сособственниками из чужого незаконного владения любого третьего лица. Но, как сказано выше, выделяются также права участников общей собственности по отношению друг к другу, т. е. относительные, а не абсолютные права. Это специфический круг **относительных прав собственников**. Наличие таких прав уже отмечалось в литературе1. Примером таких прав служат права каждого из сособственников по владению и пользованию имуществом, находящимся в общей собственности, право преимущественной покупки при продаже доли в праве общей долевой собственности. Эти права, несмотря на их относительный характер, не являются обязательственными. Они регламентируются не нормами обязательственного права, а нормами о праве общей собственности.

Права сособственников как в отношениях с третьими лицами, так и в отношениях между собой, имеют свои особенности, о которых подробнее будет сказано далее.

§ 2. Право общей долевой собственности

В праве общей долевой собственности каждый из ее участников имеет определенную долю. Это именно **доля в праве общей собственности**, а не доля в общем имуществе или его стоимости. Эта доля по отношению к долям всех остальных участников общей долевой собственности измеряется дробью, например 1/4, 1/2, 3/5 и т. п. по отношению ко всему общему праву долевой собственности. Таким образом, общее имущество не делится между участниками долевой собственности на части, не выделяются доли в стоимости общего имущества.

Доли участников в праве общей собственности могут быть равными и неравными. ГК исходит из **презумпции равенства долей.** Они равны, если иное не предусмотрено законодательными актами или соглашением всех участников долевой собственности ([п. 1 ст. 210 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2100000)).

Число случаев, когда доли участников в праве собственности определяются законодательными актами или в установленном этими актами порядке третьими лицами, а не самими участниками долевой собственности, невелико. Например, доля каждого сособственника в праве на общее имущество в кондоминиуме определяется отношением полезной площади жилых помещений или площади нежилых помещений, находящихся в раздельной (индивидуальной) собственности, к общей площади всего дома ([п. 3 ст. 31 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=310000) о жилищных отношениях). При наследовании по завещанию завещатель вправе определить наследников в завещанном неделимом имуществе.

В большинстве случаев размеры долей в праве долевой собственности устанавливаются соглашением ее участников. При этом участниками долевой собственности может быть установлен порядок определения их долей в зависимости от вклада каждого из них в образование и приращение общего имущества (п. 2 ст. 210 ГК). Таким образом, за отдельными исключениями, размер долей в праве долевой собственности находится в прямой зависимости от величины вкладов, которые сделаны собственниками в образование и приращение общего имущества. Соответственно определяются и права участников долевой собственности при ее улучшении.

ГК различает **улучшения неотделимые** и **отделимые** от долевой собственности. Участник долевой собственности, осуществивший за свой счет неотделимые улучшения имущества, например, сделавший пристройку к дому, имеет право на соответствующее увеличение своей доли в праве на общее имущество. Но это право у него возникает, если он осуществил неотделимые улучшения с соблюдением установленного порядка использования общего имущества, в частности, с согласия других участников долевой собственности ([п. 1 ст. 211 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2110000)).

Иная юридическая судьба у отделимых улучшений общего имущества. Они поступают в собственность того участника долевой собственности, который их произвел, если иное не предусмотрено соглашением участников общей долевой собственности ([п. 2 ст. 211](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2110200)).

Доля в праве собственности - это юридическая конструкция для определения меры возможностей каждого из участников долевой собственности в реализации правомочий владения, пользования и распоряжения общим имуществом, определения доли в доходах от этого имущества и расходов по его содержанию, а также порядка раздела общего имущества и выдела из него доли. Ведь, в конечном счете, участников долевой собственности интересуют не абстрактные доли в праве собственности, а те реальные имущественные блага, которые стоят за этими долями.

Право общей долевой собственности включает в себя все правомочия, которые ГК предусматривает для права собственности, т. е. **права владения, пользования** и **распоряжения**. Но реализация этих правомочий в праве долевой собственности имеет свои особенности. Рассмотрим особенности правомочий в той последовательности, в которой они сформулированы в ГК, а он начинает с распоряжения имуществом. При этом ГК различает распоряжение имуществом, находящимся в общей долевой собственности, и распоряжение долей в праве долевой собственности.

**Распоряжение имуществом, находящимся в долевой собственности**, осуществляется по соглашению всех ее участников ([п. 1 ст. 212](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2120000)).

Распоряжение общей долевой собственностью основано на принципе единогласия ее участников. Продать, подарить или иным образом распорядиться имуществом, находящимся в долевой собственности, ее участники могут лишь на основе взаимного согласия, независимо от размеров долей в праве собственности каждого из них.

Согласие участников долевой собственности на распоряжение ею, в отличие от аналогичного согласия участников совместной собственности, не презумируется, а должно быть надлежаще выражено. Например, письменные сделки по распоряжению долевой собственностью должны быть подписаны всеми ее участниками или их представителями. Отсутствие согласия хотя бы одного участника долевой собственности на сделку с нею невосполнимо иными способами, в т. ч. и решением суда. Распорядиться частью имущества, находящегося в долевой собственности, без согласия всех собственников ее участник может лишь после раздела или выдела имущества из состава долевой собственности, т. е. прекращения общей собственности на имущество ([ст. 218 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2180000)).

Иной порядок установлен для **распоряжения долей в праве собственности**. Каждый участник долевой собственности вправе по своему усмотрению продать, подарить, завещать, заложить свою долю или распорядиться ею иным образом ([п. 2 ст. 212](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2120200)).

При совершении сделок в отношении своей доли в праве долевой собственности с ее участником согласия других участников не требуется. Но при продаже (обмене) своей доли третьим лицам, а не собственнику, ГК, охраняя интересы других собственников, предусматривает для них **преимущественное право покупки** продаваемой доли по цене, за которую она продается, и на равных условиях ([п. 1 ст. 216](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2160000)).

По законодательству, действовавшему в Казахстане до принятия ГК, преимущество собственников при продаже одним из них доли в праве долевой собственности касалось только покупной цены, но не условий купли-продажи. Если сособственник предлагал цену, равную той, которую было согласно уплатить третье лицо, преимущество в покупке получал сособственник. По действующему ГК преимущество участников долевой собственности касается не только покупной цены, но и других условий договора купли-продажи. Например, если продавец доли в праве собственности предоставляет третьему лицу рассрочку платежа, то такую же рассрочку может требовать и сособственник, естественно, если он согласен заплатить цену, за которую доля продавалась третьему лицу.

При продаже доли одному из сособственников, а не постороннему (третьему) лицу другие сособственники не имеют преимущественного права покупки, а продавец может продавать долю по своему усмотрению любому из сособственников, изъявивших желание приобрести долю.

Преимущественное право покупки распространяется на все случаи продажи доли в праве собственности, кроме случая продажи с публичных торгов. Продажа доли с публичных торгов может проводиться либо по желанию продавца, либо в силу предписания законодательного акта. Если продавец доли желает продать ее с публичных торгов, то он может это сделать лишь с согласия остальных участников долевой собственности. Продажа доли только с публичных торгов производится в случаях, предусмотренных законодательными актами ( п. 1 ст. 216 ГК).

Преимущественное право покупки доли в праве собственности закон признает неотчуждаемым правом участников долевой собственности. Поэтому сделки об уступке этого права или отказе от него признаются недействительными.

Для обеспечения преимущественного права покупки важен четкий правовой механизм его реализации. Такой механизм предусмотрен ГК. Продавец должен, притом обязательно в письменной форме, предупредить каждого из сособственников о продаже доли в праве долевой собственности и условиях продажи, включая условие о цене. Установлены сроки, в течение которых участники долевой собственности имеют преимущественное право на приобретение доли, о продаже которой третьему лицу их известил продавец. Эти сроки различны при продаже доли в праве долевой собственности на недвижимое и движимое имущество. Если участники долевой собственности откажутся от покупки или не приобретут продаваемую долю в праве на недвижимое имущество в течение месяца, а в отношении прочего имущества в течение 10-ти дней со дня получения извещения, продавец вправе продать свою долю любому лицу, но только на условиях, указанных в извещении ([п. 2 ст. 216 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2160200)). Если же покупателю будут предоставлены условия лучшие, чем это указано в извещении, то продажа возможна лишь при посылке нового извещения с указанием новых условий и с соблюдением новых сроков на преимущественную покупку.

Следует отметить, что различие в сроках, в течение которых сособственники имеют преимущество на приобретение доли, имеет практическое значение, если вся общая собственность является недвижимым или движимым имуществом. Ведь сособственники имеют доли не в общей собственности, а в праве на долевую собственность. Поэтому фиксация в натуре имущества в доле в праве на долевую собственность не происходит. Если же в состав общей долевой собственности входит как недвижимое, так и движимое имущество, необходимо соблюдение срока, установленного для отказа собственника от приобретения доли в праве на недвижимость.

Участник права долевой собственности при нарушении его преимущественного права покупки может в течение трех месяцев предъявить в суде иск к продавцу и покупателю доли о переводе на него прав и обязанностей покупателя ([п. 3 ст. 216 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2160300)).

ГК устанавливает, что преимущественное право сособственников на приобретение доли в праве долевой собственности возникает не только при продаже этой доли третьему лицу, но и при заключении договора мены на такую долю с третьим лицом ([п. 5 ст. 216 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2160500)). Это правило на практике может иметь ограниченное применение, поскольку осуществление в договоре мены преимущественного права на приобретение доли возможно, если собственник может передать отчуждателю доли вещь, тождественную вещи, которая предусмотрена договором мены с третьим лицом. Это, как правило, возможно, если доля обменивается на вещь, определенную родовыми признаками, но не индивидуально-определенную вещь, особенно недвижимость. В последнем случае участнику общей собственности невозможно или очень трудно предоставить отчуждателю доли вещь, тождественную той, которая меняется на долю в долевой собственности третьим лицом.

Говоря о продаже доли в праве долевой собственности, следует отметить, что эта доля переходит к приобретателю с момента заключения договора ([ст. 217 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2170000)). Норма закона о переходе права собственности на долю к ее приобретателю диспозитивна. Соглашением сторон может предусмотрен иной момент перехода права собственности. Впрочем, момент перехода права собственности на долю в праве, если в долевой собственности находится недвижимое или иное имущество, договор об отчуждении которого подлежит государственной регистрации или нотариальному удостоверению, подчиняется общим правилам о моменте возникновения права собственности у приобретателя по договору, предусмотренным [п. 2 ст. 238 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2380200). Это означает, что право собственности у приобретателя в указанном случае возникает с момента регистрации или нотариального удостоверения. При необходимости как нотариального удостоверения, так и государственной регистрации право собственности на долю в праве долевой собственности возникает с момента государственной регистрации.

**Владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности.** Порядок реализации правомочий владения и пользования при долевой собственности существенно отличается от реализации правомочия распоряжения. Во владении и пользовании участников долевой собственности находится всегда определенное имущество, а не доля в праве. Владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, как и распоряжение им, осуществляется по согласию всех сособственников. Но при недостижении соглашения между ними суд вправе установить порядок владения и пользования таким имуществом по иску одного или нескольких участников долевой собственности к другому (другим) участникам ([п. 1 ст. 213 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2130000)).

Выше уже было сказано, что принадлежащая участнику долевой собственности доля - это доля в праве, а не в имуществе. Поэтому такая доля не воплощается в какой-то определенной части общего имущества. Но участник долевой собственности может быть заинтересован не только в распоряжении своей долей или в получении доходов от общего имущества, но и в пользовании частью имущества. Поэтому ГК устанавливает, что каждый участник долевой собственности имеет право на предоставление в его владение и пользование части общего имущества, соразмерной его доле, а при невозможности этого - вправе требовать от других участников, владеющих и пользующихся имуществом, приходящейся на его долю вы-платы соответствующей денежной суммы или иной компенсации ([п. 2 ст. 213 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2130200)).

Получение во владение и пользование части общего имущества оформляется договором с другими сособственниками. Этот договор должен быть надлежаще оформлен, в частности, в отношении недвижимого имущества зарегистрирован в порядке, установленном для государственной регистрации недвижимости и сделок с ней. При недостижении соглашения между участниками долевой собственности о порядке владения и пользования имуществом, этот порядок может быть определен решением суда.

Надлежаще оформленный договор о праве владения и пользования на часть имущества, находящегося в долевой собственности, или соответствующее решение суда сохраняют силу и при переходе права на доли в праве общей собственности к другим лицам.

По своей юридической природе право на владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, - это вещное право, поскольку всякое право, в которое включено право владения, представляет собой, если иное не установлено законодательным актом, право вещное, или, по крайней мере, включает в себя элементы вещного права.

**Раздел имущества, находящегося в долевой собственности и выдел из него доли.** Раздел имущества, находящегося в долевой собственности, и выдел из него доли представляют собой специфические формы полного или частичного прекращения права долевой собственности. Имущество, находящееся в долевой собственности, может быть разделено между ее участниками по соглашению между ними, а участник долевой собственности вправе требовать выдела своей доли из общего имущества ([п. 1 и 2 ст. 218 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2180000)). При разделе право общей долевой собственности прекращается на все имущество, находящееся в долевой собственности. При выделе доли право долевой собственности прекращается на выделенную или выделенные части, если выдел частей происходит в натуре.

Если выдел в натуре не допускается законодательством или невозможен без несоразмерного ущерба имуществу, находящемуся в общей собственности, выделяющийся собственник имеет право на выплату ему стоимости его доли другими участниками долевой собственности ([п. 3 ст. 218](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2180300)).

Раздел имущества, находящегося в долевой собственности, может происходить только по соглашению сособственников. При недостижении участниками долевой собственности соглашения об условиях раздела общего имущества участник или участники долевой собственности вправе требовать выдела доли (долей). Выдел может происходить как на основе соглашения между всеми сособственниками, так и в судебном порядке при недостижении соглашения между ними.

Выдел доли может происходить не только по требованиям участников долевой собственности, но и по требованиям кредиторов для обращения взыскания на общее имущество.

При разделе и выделе имущества, находящегося в долевой собственности, каждый из разделившихся или выделившихся сособственников взамен доли в праве собственности приобретает право собственности на конкретное имущество из состава общего имущества или на компенсацию стоимости этой доли. Размер долей в имуществе в стоимостном выражении при разделе и выделе долей в общей собственности пропорционален величине долей в праве собственности, если иное не предусмотрено соглашением сособственников.

По общему правилу участники долевой собственности вправе требовать выдела своей доли в натуре (п. 3 ст. 218 ГК). Но могут быть случаи, когда выдел имущества в натуре не допускается законом или невозможен без несоразмерного ущерба имуществу. В качестве примера законодательного запрета на выдел доли общей собственности в натуре можно назвать [п. 3 ст. 31](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=310300) Закона о жилищных отношениях, по которому доля каждого сособственника в общем имуществе в кондоминиуме неотделима от его раздельной (индивидуальной) собственности. Выдел доли в натуре без несоразмерного ущерба имуществу обычно невозможен в неделимых вещах.

В тех случаях, когда выдел доли в натуре возможен без причинения несоразмерного ущерба общему имуществу, замена этого выдела денежной или иной компенсацией допустима, как правило, с согласия собственника, требующего выдела доли. Без его согласия, по решению суда выплата компенсации возможна при одновременном наличии трех условий: незначительности доли собственника, требующего выдела; невозможности реального выдела в натуре; отсутствии существенного интереса выделяющегося в получении доли в натуре ([п. 4 ст. 218 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2180400)).

При невозможности выделить в натуре долю в имуществе, соразмерную доле в праве долевой собственности участника, требующего выдела, эта несоразмерность устраняется путем выплаты ему либо соответствующей денежной суммы, либо иной компенсации в дополнение к выделенной в натуре доле.

Если выдел доли в описанном выше порядке окажется явно нецелесообразным, например, из-за неделимости в натуре общей собственности и нежелания или отсутствия реальных возможностей выплаты собственниками стоимости этой доли сособственнику, требующему выделения доли, то суд вправе принять решение о продаже всего общего имущества с публичных торгов. При этом вырученные на торгах суммы распределяется между участниками общей собственности соразмерно их долям ([п. 6 ст. 218 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2180600)).

**Кондоминиум.** Весьма своеобразен правовой режим общей долевой собственности в кондоминиуме, где всегда сочетается право раздельной (индивидуальной) собственности на отдельные части вещи с правом общей долевой собственности на части той же вещи, не находящиеся в раздельной собственности. При этом право долевой собственности в кондоминиуме производно от права раздельной собственности, дополняет его, неотделимо от этого права и следует за ним.

Институт кондоминиума - новый для гражданского законодательства Казахстана. В ГК дано лишь понятие кондоминиума, а нормы о нем сконцентрированы в Законе о жилищных отношениях и Указе о земле. Подробно нормы о кондоминиуме проанализированы в главе 26. Заметим, что нормы об общей собственности в кондоминиуме настолько своеобразны, что общие нормы ГК о долевой собственности, например, нормы о распоряжении имуществом, находящимся в долевой собственности, о владении и пользовании этим имуществом, о преимущественном праве покупки, разделе и выделе имущества к долевой собственности в кондоминиуме неприменимы.

§ 3. Общая совместная собственность

В отличие от общей долевой собственности, доли в праве общей совместной собственности не выделяются. Выдел доли возможен лишь как стадия прекращения или изменения совместной собственности при ее разделе или выделе.

Общая совместная собственность существует в **трех видах**: собственности супругов, собственности крестьянского (фермерского) хозяйства, собственности на приватизированное жилище ([п. 1 ст. 219 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2190000)). Законодательными актами могут быть предусмотрены и другие виды совместной собственности. Но в настоящее время иные виды совместной собственности, кроме указанных выше, не предусмотрены.

Общая совместная собственность устанавливается и существует лишь тогда, когда это предусмотрено законодательными актами и когда иное не предусмотрено соглашением участников совместной собственности, которые в любое время могут преобразовать ее в долевую собственность.

Так как круг участников совместной собственности определен законом и связан с их семейными отношениями, право совместной собственности не может перейти к другим лицам в порядке правопреемства. Сособственники могут отчуждать не право совместной собственности, а имущество, находящееся в совместной собственности.

Участники совместной собственности, если иное не предусмотрено соглашением между ними, **сообща владеют** и **пользуются** общим имуществом ([п. 1 ст. 220 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2200000)). Это означает, что каждый из сособственников и все они вместе имеют право владеть и пользоваться совместной собственностью на равных основаниях как единым целым, например, сообща владеть и пользоваться приватизированной квартирой. Свое право пользования и владения общим имуществом каждый из участников совместной собственности вправе реализовать в любое время и на всем протяжении существования совместной собственности. Соглашением участников совместной собственности может быть установлен иной порядок владения и пользования совме-стной собственностью. Например, приватизированная квартира может быть передана в пользование одного или нескольких участников сов-местной собственности. Но участники совместной собственности, в отличие от участников долевой собственности, не вправе требовать, в т. ч. по суду, закрепления за ними во владение и пользование какой-либо части общего имущества или выплаты им соответствующей компенсации, как это предусмотрено законом для участников долевой собственности.

**Распоряжение** имуществом, находящимся в совместной собственности, осуществляется по согласию всех ее участников ([п. 2 ст. 220 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2200200)). Но это согласие обычно предполагается и не должно подтверждаться в каждом отдельном случае со стороны других участников совместной собственности. Лишь в случаях, когда сделка по распоряжению общим имуществом требует нотариального удостоверения или государственной регистрации, согласие на нее других участников долевой собственности должно быть подтверждено в нотариальном порядке. Так как распоряжение совместной собственностью осуществляется по согласию всех участников совместной собственности, любой из них, узнав о намерении другого участника совершить сделку, связанную с общей собственностью, вправе высказать возражение против ее заключения. В этом случае сделка не может быть совершена, а совершенная может быть признана по суду недействительной. Участник совместной собственности вправе оспорить сделку, совершенную другим участником. Но по мотиву отсутствия у участника, совершавшего сделку, необходимых полномочий она может признана недействительной только тогда, когда будет доказано, что другая сторона сделки знала или заведомо должна была знать об этом.

Отсутствие заранее определенных долей в имуществе участников совместной собственности сказывается и на **порядке раздела** и **выдела доли** из этого имущества. Такой раздел или выдел может быть осуществлен лишь при условии предварительного определения доли каждого из участников в праве на общее имущество. При этом их доли признаются равными, если иное не предусмотрено законодательными актами или соглашением участников совместной собственности. Процесс определения долей обычно совмещается во времени с разделом имущества или выделом из него доли. Однако сама стадия определения долей имеет вспомогательное значение. Если раздел или выдел имущества по какой-либо причине не состоится, утрачивает свое значение и определение долей в совместной собственности, а сама совместная собственность не превращается в долевую, если собственники не пожелают этого.

Раздел совместного имущества или выдела из него доли происходит по правилам, установленным законом для раздела и выдела долевой собственности, рассмотренным выше. Конечно, если иное не установлено законодательными актами для отдельных видов совместной собственности и не вытекает из существа отношений участников совместной собственности.

Некоторые особенности имеет выдел доли в общем имуществе, производимый по требованию кредитора участника совместной собственности, независимо от того, является ли эта общая собственность совместной или долевой. Кредитор вправе требовать выделения доли в общем имуществе для обращения на нее взыскания лишь при недостаточности для удовлетворения его требования другого имущества у должника, к которому обращено требование. При этом обращение взыскания на долю участников общей собственности происходит посредством продажи ее на основании решения суда с публичных торгов, если остальные участники общей собственности откажутся от приобретения по требованию кредитора этой доли или согласятся приобрести ее по цене, не покрывающей размера долга.

**Общая собственность супругов.** Имущество может принадлежать супругам на праве раздельной, общей совместной или общей долевой собственности. По общему правилу закона имущество, нажитое супругами во время брака, принадлежит им на праве совместной собственности. Имущество, принадлежащее каждому из супругов до вступления в брак, а также полученное каждым из них во время брака в дар или в порядке наследования, является их раздельной собственностью ([п. п. 1 и 2 ст. 223 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2230000)).

Норма о совместной собственности супругов на имущество, нажитое во время брака, диспозитивна. Договорами между супругами, включая брачные контракты, может быть предусмотрено, что такое имущество является их долевой собственностью либо принадлежит на праве собственности одному из них, либо в соответствующих частях является раздельной собственностью супругов. Так как совместная собственность устанавливается только в соответствии с законом, а не договором, недопустимы соглашения супругов о признании совместной собственностью имущества, нажитого не во время совместной жизни или полученного одним из супругов в раздельную собственность. Такие сделки недействительны. Однако вполне допустимы соглашения супругов о прекращении их договоров об установлении иного правового режима имущества, нажитого во время брака, а не режима совместной собственности.

Общая собственность супругов регламентируется нормами ГК об общей собственности, а также семейным законодательством. При этом к совместной собственности супругов применимы общие нормы о совместной собственности, если специальные нормы о совместной собственности супругов не устанавливают иные правила.

Нормы о совместной собственности супругов применяются лишь тогда, когда брак был заключен в установленном законом порядке, поскольку, в силу [п. п. 1 ст. 1 Закона о браке](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1011851#sub_id=10000) и семье от 17 декабря 1998 г., браком признается союз между мужчиной и женщиной, заключенный в соответствии с законом. Поэтому имущество, нажитое во время фактического брака (сожительства), не становится совместной собственностью, но может быть долевой общей собственностью этих лиц при наличии оснований для возникновения такой собственности.

Из общего правила об общности имущества супругов, нажитого во время брака, законом предусмотрены некоторые изъятия. Эти изъятия заключаются как в признании имущества, нажитого во время брака, не совместной, а раздельной собственностью, так и в признании раздельного имущества супругов их совместной собственностью. Прежде всего раздельным признается имущество, которое хотя и приобретено за счет общих средств, но предназначено для индивидуального пользования одним из супругов (например, одежда, обувь), за исключением драгоценностей и других предметов роскоши ([п. 2 ст. 223 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2230200)). Указанное правило не подлежит расширительному толкованию. Оно касается лишь вещей, в силу своих качеств являющихся вещами индивидуального пользования по своему характеру, но не вещей, которыми фактически пользуется только один из супругов. Например, если в семье имеется автомобиль или мотоцикл, которым пользуется лишь один из супругов, то от этого указанные вещи не становятся раздельным имуществом того из супругов, который ими пользуется. Такие вещи, если они приобретены во время брака, являются общей, а не раздельной собственностью супругов, даже если они зарегистрированы на имя одного из них. Согласно [п. 2 ст. 34](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1011851#sub_id=340200) Закона о браке и семье, имущество, нажитое каждым из супругов во время брака, но в период их раздельного проживания, связанного с фактическим прекращением брака, суд вправе признать имуществом каждого из них.

Раздельным семейное законодательство признает и имущество, приобретенное одним из супругов во время брака, но на средства, которые принадлежали одному из них до брака или вырученные от продажи раздельного имущества. Естественно, что и деньги, вырученные одним из супругов от продажи в период брака раздельного имущества, остаются его раздельным имуществом.

Наоборот, если в имущество, находящееся в раздельной собственности одного из супругов, в период брака были произведены вложения за счет общего имущества, значительно увеличивающие его стоимость, раздельное имущество может быть признано их совместной собственностью.

Права супругов по владению, пользованию и распоряжению совместным имуществом равны. Они не зависят от фактического вклада каждого из супругов в создание общего имущества. Супруги пользуются равными правами на имущество и в том случае, если один из них был занят ведением домашнего хозяйства, уходом за детьми и не имел самостоятельных доходов. Соответственно при разделе имущества, являющегося совместной собственностью супругов, их доли признаются равными. В отдельных случаях при разделе имущества суд может отступить от начал равенства, учитывая интересы несовершеннолетних детей или заслуживающие внимания интересы одного из супругов ([п. 2 ст. 37 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1011851#sub_id=370200) о браке и семье).

**Совместная собственность крестьянского (фермерского) хозяйства.** ГК, определяя правовой режим общей собственности членов крестьянского (фермерского) хозяйства, не проводит дифференциации между крестьянским и фермерским хозяйством. Он устанавливает, что имущество крестьянского (фермерского) хозяйства принадлежит его членам на праве совместной собственности, поскольку договором между ними не установлено иное ([п. 1 ст. 224 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2240000)).

Последующее специальное законодательство пошло по пути выделения в едином понятии крестьянского (фермерского) хозяйства **трех** его **основных форм**. Закон об индивидуальном предпринимательстве признает основными формами крестьянского (фермерского) хозяйства, во-первых, крестьянское хозяйство, в котором предпринимательская деятельность осуществляется в форме семейного предпринимательства, основанного на базе совместной собственности; во-вторых, фермерское хозяйство, основанное на осуществлении личного предпринимательства; в третьих, фермерское хозяйство, организованное в форме простого товарищества на основе договора о сов-местной деятельности ([ст. 8 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007998#sub_id=80000) об индивидуальном предпринимательстве). Тождественное выделение форм крестьянского (фермерского) хозяйства проведено и в [Законе](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009109) “О крестьянском (фермерском) хозяйстве” от 31 марта 1998 г. ([п. 3 ст. 1 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009109#sub_id=10000)). Таким образом, в крестьянском (фермерском) хозяйстве выделены один вид крестьянского и два вида фермерского хозяйства.

Бесспорно, что нормы ГК относительно крестьянского (фермерского) хозяйства ([ст. ст. 224-226 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2240000)) полностью применимы к крестьянскому хозяйству.

В совместной собственности членов **крестьянского хозяйства** находятся насаждения, хозяйственные и иные постройки, мелиоративные и другие сооружения на земельном участке, хозяйственные сооружения, продуктивный и рабочий скот, птица, сельскохозяйственная и иная техника и оборудование, транспортные средства, инвентарь и другое имущество, приобретенное для хозяйства на общие средства его членов ([п. 2 ст. 224 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2240200)). Земельные участки, на которых ведется крестьянское хозяйство, хотя и являются важнейшей составной частью имущества членов хозяйства, в состав их собственности не входят. Эти участки могут принадлежать членам крестьянского хозяйства на праве совместного или долевого землепользования ([ст. 19 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=190000)).

Совместная собственность членов крестьянского хозяйства всегда создается для целевого назначения - ведения хозяйства как вида предпринимательской деятельности. Но, попав в состав совместной собственности крестьянского двора, имущество не перестает быть такой собственностью, если используются не по целевому назначению. То имущество, которое не предназначено для ведения товарного сельского хозяйства или переработки сельскохозяйственного сырья, не относится к совместной собственности членов крестьянского хозяйства, даже если оно приобретено на средства лиц, являющихся членами такого хозяйства. Например, эти лица могут на праве индивидуальной или общей собственности иметь мебель, радио-, видеотехнику, жилые строения. Но эти вещи принадлежат им не на праве совместной собственности членов крестьянского хозяйства, а как субъектам иных видов права собственности. Так, супруги - члены крестьянского хозяйства могут иметь жилое строение и иное имущество в качестве совместной собственности супругов, но не совместной собственности членов крестьянского хозяйства - хотя бы последнее состояло из супругов. Поэтому характер общей собственности всегда следует учитывать при определении ее правового режима. Следует учитывать и то, что норма о совместной собственности членов крестьянского хозяйства диспозитивна и соглашением последних может быть установлен иной правовой режим этой собственности.

Субъектами права совместной собственности в крестьянском хозяйстве всегда являются физические лица как члены этого хозяйства. Крестьянское (фермерское) хозяйство по законодательству РК не может быть юридическим лицом.

Круг членов крестьянского хозяйства определен [п. 2 ст. 1 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009109#sub_id=10200) “О крестьянском (фермерском) хозяйстве” Это супруги, дети, включая усыновленных (удочеренных), родители и другие близкие родственники, совместно ведущие общее хозяйство.

Владение, пользование и распоряжение совместной собственностью членов крестьянского хозяйства в основном подчиняется общим правилам о владении, пользовании и распоряжении имуществом, находящимся в совместной собственности. Однако оно имеет некоторые особенности, связанные с выделением законом фигуры главы крестьянского хозяйства. Главой крестьянского хозяйства может быть гражданин РК, достигший 18-ти лет. Глава крестьянского хозяйства представляет его интересы в отношениях с другими лицами и государственными органами, осуществляет от имени членов хозяйства гражданско-правовые сделки ([п. 4 ст. 1 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009109#sub_id=10400) “О крестьянском (фермерском) хозяйстве”).

Если члены крестьянского хозяйства установили для общего имущества режим долевой, а не совместной собственности, то владение, пользование и распоряжение общим имуществом происходит по правилам, установленным ГК для владения, пользования и распоряжения долевой собственностью.

Весьма важным для крестьянского хозяйства является правовая судьба плодов, продукции и иных доходов, полученных в результате деятельности крестьянского хозяйства, поскольку оно и создается как предпринимательская структура для получения доходов. Эти доходы признаются общим имуществом членов крестьянского хозяйства и используются по соглашению между ними ([п. 3 ст. 229 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2290000)).

Сложнее решаются вопрос о собственности на имущество в **фермерском хозяйстве**. Во-первых, в двух выделенных законом формах этого хозяйства правовой режим имущества различен и, как правило, не совпадает с правовым режимом имущества в крестьянском хозяйстве. В **фермерском хозяйстве, основанном на осуществлении личного предпринимательства**, устанавливается обычно правовой режим односубъектной собственности. В **фермерском хозяйстве, организованном в форме простого товарищества**, устанавливается правовой режим многосубъектной собственности в виде общей долевой.

Во-вторых, определение правового режима собственности в фермерском хозяйстве осложняется противоречивостью некоторых норм [Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009109) “О крестьянском (фермерском) хозяйстве”, который, с одной стороны, вслед за [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007998) “Об индивидуальном предпринимательстве” выделяет в качестве форм крестьянского (фермерского) хозяйства три упомянутые формы. С другой стороны, он определяет крестьянское (фермерское) хозяйство как семейно-трудовое объединение лиц, осуществляющих индивидуальное предпринимательство с использованием земель сельскохозяйственного назначения, не проводя в этом определении дифференциации между крестьянским и фермерским хозяйствами, и ограничивая круг членов хозяйства лишь супругами и близкими родственниками (п. 1 и 2 ст. 1 Закона).

Между тем, фермерское хозяйство, основанное на осуществлении личного предпринимательства, - это вообще не семейно-трудовая объединение. Поэтому оно не имеет и не может иметь общей собственности членов фермерского хозяйства, как семейно-трудового объединения. Личное предпринимательство по Закону “Об индивидуальном предпринимательстве”, в отличие от совместного, осуществляется одним гражданином самостоятельно на базе имущества, принадлежащего ему на праве собственности, а также в силу иного права, допускающего пользование и (или) распоряжение имуществом (п. 2 ст. 3 Закона).

Нельзя рассматривать в качестве семейно-трудового объединения и фермерское хозяйство, организованное в форме товарищества на основе договора о совместной деятельности. Простое товарищество регламентировано [гл. 12 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2280000), которая не ограничивает участников этого товарищества кругом членов одной семьи. Ими могут быть и граждане, не связанные узами родства. Простое товарищество функционирует на базе общей долевой собственности его членов, которая не может быть преобразована ими в совместную, так как последняя возникает только в случаях, прямо предусмотренных законодательными актами. Владение, пользование и распоряжение долевой собственностью фермерского хозяйства подчиняется общим правилам ГК о долевой собственности.

С учетом сказанного нуждаются в корректировке нормы [ст. 224 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2240000) о собственности крестьянского (фермерского) хозяйства, поскольку они фактически рассчитаны на такую форму этого хозяйства, как крестьянское, но не фермерское. Нуждаются в корректировке, как показано выше, и нормы Закона “О крестьянском (фермерском) хозяйстве”.

ГК особо регламентирует раздел имущества в крестьянском (фермерском) хозяйстве при его прекращении. Порядок раздела в основном соответствует общим правилам ГК о разделе и выделе имущества из состава общей собственности. Однако средства производства при выходе одного из членов крестьянского хозяйства выделу не подлежат, а вышедший имеет право на получение соразмерной денежной компенсации.

ГК определяет и правовой режим имущества при реорганизации крестьянского (фермерского) хозяйства в хозяйственное товарищество или кооператив ([ст. 226](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2260000)). Хозяйственное товарищество в любой предусмотренной законом форме и кооператив могут быть созданы на базе имущества (фермерского) хозяйства в общем, предусмотренном для организации хозяйственных товариществ и производственных кооперативов, порядке. Такое хозяйственное товарищество или кооператив как юридическое лицо становится собственником имущества, переданного ему в виде вкладов и других взносов членами крестьянского (фермерского) хозяйства.

**Совместная собственность на приватизированное жилище.** Совместной собственности на приватизированное жилище ГК посвящает одну статью ([ст. 227](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2270000)). Эта статья регламентирует один из видов общей собственности на жилище - совместную собственность. Более подробно право на жилище, в т. ч. право совместной собственности на приватизированное жилище, регламентировано Законом о жилищных отношениях.

Купленное или приобретенное безвозмездно нанимателем в соответствии с законодательством о приватизации жилище в домах государственного фонда переходит в совместную собственность нанимателя и проживающих с ним членов семьи, в т. ч. несовершеннолетних и временно отсутствующих, если иное не предусмотрено договором между ними.

Статья 227 ГК регулирует право совместной собственности не на любое, а только на приватизированное жилище, т. е. перешедшее в собственность нанимателя и членов его семьи в порядке приватизации. Поэтому на жилище, перешедшее в собственность граждан по иным основаниям, в т. ч. и на ранее приватизированное (например, купленное ими, полученное по договору дарения), устанавливаются другие виды собственности, в т. ч. совместной, но не совместная собственность на приватизированное жилище.

Более подробно право собственности на жилище, в т. ч. на приватизированное, рассмотрено в главе 24 настоящего учебника.

Глава 21. Простое товарищество

§ 1. Понятие простого товарищества

По **договору о совместной деятельности (договору простого товарищества)** стороны обязуются совместно действовать для получения доходов или достижения иной, не противоречащей закону, цели ([п. 1 ст. 228 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2280000)).

Одной из особенностей ГК РК является помещение главы о совместной деятельности в общей части, в то время как в ГК всех других стран СНГ она расположена в особенной части в разделе “Обязательственное право”. Связано это с тем, что, по мнению разработчиков ГК РК, из договора о совместной деятельности возникают не обязательственные правоотношения, а вещные отношения. Поэтому логично расположение норм об этом договоре вслед за главой об общей собственности.

Такое понимание природы отношений органично связано с новеллой ГК о том, что из договора могут возникнуть обязательственное, вещное, авторское или иное правоотношение ([ст. 379](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3790000)).

Глава 12 ГК называется “Договор о совместной деятельности (простое товарищество)”, а [ст. 228 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2280000) - “Простое товарищество”. В ст. 228 закреплено, что простое товарищество образуется на основе договора о совместной деятельности.

Понятие договора о совместной деятельности и простое товарищество - взаимосвязанные понятия. Надо отметить, что эти понятия варьируются в ст. 228 в самых различных сочетаниях (кстати, юридически не всегда точных и выверенных). Так, в одном случае употребляется сочетание договор о совместной деятельности (простое товарищество), в другом случае - договор о совместной деятельности (договор простого товарищества), в третьем - простое товарищество образуется на основе договора о совместной деятельности.

Точное толкование этих терминов заключается в следующем. Договор о совместной деятельности и договор простого товарищества - однозначные термины. На основе договора о совместной деятельности (договора простого товарищества) образуется простое товарищество. Можно признать, что главу 12 ГК следовало бы назвать “Совместная деятельность (простое товарищество)”.

Следует отметить также, что в одном случае в ГК говорится “договор о совместной деятельности”, в другом - “договор о совместной хозяйственной деятельности”. Более точным является первый термин. Конечно, участники договора о совместной деятельности, как правило, занимаются хозяйственной деятельностью, однако не исключен вариант, когда она будет носить иной характер (культурная, благотворительная и т. п.). Это допустимо, так как договоры могут носить как возмездный, так и безвозмездный характер.

Исходя из этого, в последней редакции ГК применяется в основном термин “совместная деятельность”. О совместной хозяйственной деятельности говорится только применительно к консорциуму ([ст. 233 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2330000)).

На наш взгляд, следует различать **коммерческие товарищества**, создаваемые для ведения предпринимательской деятельности, и **некоммерческие товарищества**, не имеющие целью извлечение доходов и направленные для достижения иной, не противоречащей закону, цели (например, совместная покупка жилого дома)1.

В силу того, что статья называется “простое товарищество”, закономерно возникает вопрос о соотношении простого и хозяйственного товарищества. Главное отличие закреплено в [п. 1 ст. 228 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2280000): **простое товарищество не является юридическим лицом.**

Хозяйственное товарищество - это один из видов юридических лиц, являющихся коммерческими организациями.

Больше всего сходства имеется между простым товариществом и полным товариществом, потому что и в том, и в другом случае граждане, создавшие товарищество, отвечают по его долгам всем своим имуществом. Отличие как раз в том и состоит, что в первом случае граждане занимаются деятельностью без образования юридического лица, во втором - с образованием юридического лица. Во втором случае юридическое лицо возникает как самостоятельный субъект права, выступающий в гражданском обороте. При создании простого товарищества нового самостоятельного субъекта права не возникает, в гражданском обороте продолжают выступать сами граждане - участники простого товарищества.

Именно на деятельности без образования юридического лица основывается **предпринимательская деятельность граждан**. Например, в Законе об индивидуальном предпринимательстве закрепляется, что субъектами индивидуального предпринимательства являются физические лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица и при отсутствии признаков юридического лица ([п. 2 ст. 1 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007998#sub_id=10000)).

Договор о совместной деятельности следует отличать от **учредительного договора**, на основе которого образуется юридическое лицо и который регулируется [ст. 41 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=410000).

В Указах о нефти ([ст. 25](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003801#sub_id=250000)) и о недрах и недропользовании [(ст. 42](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=420000)) раньше (до внесения изменений Законом РК от 11 августа 1999 г. № 467-1) говорилось о контракте о совместной деятельности (с образованием и без образования юридического лица). Может показаться, что речь идет об одном контракте. Но на самом деле предполагалось, конечно, применение двух совершенно разных видов договоров: учредительного договора об образовании хозяйственного товарищества по правилам [ст. ст. 41](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=410000), [58](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=580000) и [87](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=870000) ГК и договора о совместной деятельности по правилам [гл. 12 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2280000).

Необходимо отличать договор о совместной деятельности от **смешанных договоров**, прежде всего от договоров подряда, оказания услуг, аренды и т. п. При строительстве зданий и сооружений обычно заключается договор строительного подряда между заказчиком и подрядчиком. Однако, если подрядчик намеревается не просто построить объект, но стать его собственником, между сторонами может быть заключен договор о совместной деятельности, по которому одна сторона вносит в качестве взноса строительно-монтажные работы, а другая - материально-техническое обеспечение.

На практике получили распространение случаи, когда государственные организации пытаются с помощью договора о совместной деятельности скрыть факты сдачи занимаемых ими зданий и помещений в аренду коммерческим организациям. Такой договор, в соответствии со [ст. 160 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1600000), является притворным и должен быть признан недействительным.

В [ст. 228 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2280000) закреплена диспозитивная норма о солидарной ответственности перед третьими лицами. Участники простого товарищества могут отказаться от солидарной ответственности, но тогда необходимо четко предусмотреть, кто и в каком порядке должен отвечать перед кредиторами. Если этого в договоре предусмотрено не будет, отвечать перед кредиторами придется участнику, заключившему в интересах простого товарищества договор с кредитором. Распределение убытков между участниками товарищества производится по правилам [ст. 231 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2310000).

Особо регулируется в ГК такой вид простого товарищества, как консорциум. **Консорциум** - это временный добровольный равноправный союз (объединение) на основе договора о совместной хозяйственной деятельности, в котором юридические лица объединяют те или иные ресурсы и координируют усилия для решения конкретных хозяйственных задач ([п. 1 ст. 233 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2330000)).

Консорциум - это одна из форм объединения юридических лиц. Объединения юридических лиц могут быть коммерческими (несколько хозяйственных товариществ создают коммерческое объединение в форме хозяйственного товарищества) и некоммерческими - в форме ассоциации (союза). Но это касается объединений, являющихся юридическими лицами.

Консорциум не является юридическим лицом. Это - договорное объединение, и все отношения между участниками консорциума определяются договором о совместной деятельности и нормами об общей долевой собственности на имущество консорциума.

Консорциум - это один из видов простого товарищества, участниками которого являются юридические лица. Поэтому все положения о простом товариществе в полной мере применимы к консорциуму.

Консорциум - временное объединение. Он создается либо на определенный срок, либо для достижения определенной цели. Правда, цель может быть сформулирована неопределенно (например, консорциум по строительству и дальнейшему эксплуатированию сигаретной фабрики), в этом случае консорциум практически становится бессрочным.

Применительно к консорциуму договор о совместной деятельности именуется “консорциальное соглашение”. Консорциальное соглашение определяет все вопросы его деятельности: отношения между участниками, систему управления консорциумом.

Наиболее ярким примером консорциума, который может дать представление о возможностях этой правовой формы объединения юридических лиц, может служить консорциум “Казахстанкаспийшельф”, созданный для нефтяной разведки казахстанского сектора Каспийского моря и объединивший ряд крупнейших нефтяных компаний (Бритиш петролеум, Бритиш газ, Аджип, Шелл, Тоталь, Эксон) и казахстанскую нефтяную компанию “Казахстанкаспийшельф”. Причем оператором консорциума (т. е. руководителем работ по разведке нефти) выступила казахстанская компания.

§ 2. Содержание договора о совместной деятельности

Содержание договора составляют права и обязанности его участников.

**Обязанности участников** заключаются в следующем: внесение имущественных взносов; участие в ведении общих дел товарищества.

**Правами участников** простого товарищества являются: право на участие в управлении и ведении общих дел товарищества; право на информацию; право на передачу права на участие и отказ от участия в деятельности простого товарищества; права, возникающие в отношении общего имущества, в т. ч. на получение доли дохода.

Для достижения своих целей участники договора о совместной деятельности вносят взносы деньгами или другим имуществом либо путем трудового вклада.

В [ст. 230 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2300000) речь идет о взносах участников товарищества. В этом простое товарищество тоже отличается от хозяйственного. Участники хозяйственного товарищества, являющегося юридическим лицом, вносят вклады в уставной капитал товарищества ([ст. 59](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=590000)).

Более близки по названию взносы членов производственного кооператива, которые называются имущественными взносами (паями) членов кооперативов (см. [ст. 96](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=960000)). В кооперативе обязательным является трудовое участие, и в простом товариществе допускается внесение взносов путем трудового участия.

Однако, это сходство чисто внешнее. Правовой режим имущества простого товарищества, с одной стороны, и имущества юридического лица, с другой стороны, является принципиально различным. Хозяйственные товарищества и кооперативы как юридические лица являются собственниками всего имущества, в т. ч. и вкладов участников. В простом товариществе собственниками имущества остаются участники, оно принадлежит им на праве общей долевой собственности. Это не значит, что участники являются собственниками именно той части имущества, которое они внесли, тем более, что взносы могут вноситься деньгами и трудовым вкладом.

В ст. 230 говорится о деньгах или другом имуществе. В соответствии со [ст. 115 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1150000), к имуществу относятся вещи, деньги, в т. ч. иностранная валюта, ценные бумаги, работы, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, имущественные права и другое имущество.

К трудовому вкладу в порядке толкования этой нормы можно отнести профессиональные знания, навыки и умения, а также деловую репутацию, деловые связи (см. ст. 1042 ГК РФ)2.

Денежная оценка взносов каждого из участников производится по соглашению сторон. Размер доли каждого определяется договором в зависимости от размера взноса.

**Соглашение участников о размере и порядке внесения вкладов в общее имущество** следует признать существенным условием договора о совместной деятельности ([ст. 393 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3930000)).

**Ведение общих дел** участников договора является и обязанностью, и правом участников товарищества. По общему правилу, ведение общих дел участников договора о совместной деятельности осуществляется по их общему согласию ([ст. 229 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2290000)).

Обычно порядок ведения общих дел определяется в договоре о совместной деятельности. Но могут быть заключены дополнительные соглашения в течение срока существования простого товарищества.

Порядок ведения дел и, в частности, управления товариществом устанавливается в зависимости от количества и состава участников и целей совместной деятельности. Ясно, что если договор заключается двумя братьями для совместного строительства дома, никакого особого порядка ведения дел устанавливать нет необходимости. Другое дело, когда граждане создают простое товарищество для ведения предпринимательской деятельности (строительство завода, организация производственной мастерской и т. п.). Еще более сложным является порядок управления при организации консорциума.

В соответствии со сложностью простого товарищества определяется и выступление участников в гражданском обороте. В первом из вышеприведенных случаев каждый из братьев может самостоятельно заключать договоры о закупке материалов, привлечении подрядчиков и т. п. с тем, чтобы другой брат возмещал часть произведенных расходов. В других, более сложных случаях, руководство товариществом и выступление в гражданском обороте обычно осуществляет один из участников, которому все остальные участники выдают доверенность по правилам [ст. 167 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1670000).

В соответствии с [п. 2 ст. 167 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1670200) доверенность на управление имуществом и на совершение сделок, требующих нотариального удостоверения, должна быть нотариально удостоверена. В силу того, что управление простым товариществом требует управления имуществом и совершения самых разнообразных сделок, в т. ч. требующих нотариального удостоверения, можно прийти к выводу, что доверенность, выдаваемая одному из участников простого товарищества на руководство совместной деятельностью и ведение общих дел, должна быть нотариально удостоверена.

В случае, если в выданной доверенности не будет подписи хотя бы одного из участников, доверенность может быть признана недействительной на основании [ст. 158 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1580000) как противоречащая законодательству. Не подписавший доверенность участник в любом случае не обязан возмещать расходы и убытки, возникшие в результате деятельности поверенного.

Передача права на участие в совместной деятельности связана с распоряжением участников своей долей в общем имуществе и может быть осуществлена только с согласия участников.

Отказ от участия в совместной деятельности может иметь самостоятельное значение, а может выступать как последствие отказа участников договора дать согласие на передачу права насчет участия в совместной деятельности или на распоряжение своей доли. Убытки участников, вызванные отказом кого-либо из них от участия в совместной деятельности, взыскиваются в полном объеме, если договором о совместной деятельности (договором простого товарищества) не предусмотрено иное ([п. 3 ст. 232 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2320300)).

Участник, претендующий на взыскание убытков, должен доказать их реальность, обоснованность и связь с отказом другого участ-ника от участия в совместной деятельности. Взыскание в полном объеме означает возможность взыскания как реального ущерба, так и неполученной выгоды (см[. п. 4 ст. 9 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=90400)).

Денежные или иные имущественные взносы участников договора, а также имущество, созданное или приобретенное в результате их совместной деятельности, является их общей долевой собственностью ([п. 2 ст. 230 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=230200)).

На имущество простого товарищества распространяется **режим общей долевой собственности**, поэтому в [гл. 12 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2280000) об этом подробно не говорится. Применяются нормы [гл. 11](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2090000) об общей долевой собственности, а именно: ст. ст. 209, 210, 211, п. 1 ст. 212, 213, 215, 217, 218, 222.

Определенным упущением ГК является отсутствие в нем нормы о порядке распределения прибыли, полученной в результате деятельности простого товарищества. Особенно это касается товариществ, созданных для ведения предпринимательской деятельности.

Здесь можно применить положение [ст. 214](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2140000) ГК о том, что плоды, продукция, доходы от использования имущества, находящегося в общей долевой собственности, поступают в состав общего имущества и в последующем распределяются между участниками долевой собственности соразмерно их долям, если иное не предусмотрено в соглашении между ними.

Некоторые вопросы [ст. 230 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=230000) решены иначе, чем в [гл. 11 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2090000).

Так, в соответствии с [п. 2 ст. 212 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2120200), каждый участник долевой собственности вправе по своему усмотрению распорядиться своей долей с соблюдением преимущественного права покупки. Но в [п. 3 ст. 230 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2300300) закреплено другое правило: участники договора не вправе распоряжаться своей долей в общем имуществе без согласия остальных участников договора о совместной деятельности. В этом случае, в соответствии с [п. 4 ст. 230 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2300400), должно действовать правило статьи о простом товариществе. Таким образом, [п. 2 ст. 212](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2120200) и [ст. 216](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2160000) ГК к простому товариществу не применяются. Возникает вопрос: каковы последствия отказа остальных участников дать согласие участнику на распоряжение своей долей? Этот вопрос не решен достаточно четко, но можно предположить, что у этого участника есть право по своему усмотрению отказаться от участия в совместной деятельности ([п. 2 ст. 232 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2320200)) и потребовать выдела своей доли из общего имущества ([ст. 218 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2180000)).

Расходы и убытки должны покрываться всеми участниками договора; это общее правило. [Ст. 231](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2310000) предоставляет возможность самим участникам определить порядок покрытия общих расходов и возможных убытков. Только на случай, если договором о совместной деятельности такой порядок не предусмотрен, вступает в силу порядок, предусмотренный ст. 231. Главный принцип здесь такой: сначала взыскание обращается на общее имущество, затем расходы и убытки раскладываются между участниками пропорционально их долям. Этот принцип применяется и в нормах об общей собственности ([ст. 215 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2150000)).

Глава 22. Вещные права лиц, не являющихся собственниками

§ 1. Владение

**Право владения - вещное право, представляющее собой юридически обеспеченную возможность осуществлять обладание вещью**.

Владение в нашем законодательстве рассматривается как одно из правомочий права собственности. Однако в римском праве, так же, как и в ряде правовых систем континентального права, владение (possessio) не всегда напрямую связывалось с собственностью.

Римские источники в числе правомочий собственника не упоминают владение (possessio), т. е. обладание вещью.

В древнем цивильном праве применительно к правомочию собственника бытовал термин usus - использование, обеспечивающее непосредственное господство над вещью, но не ограниченное по своему объему. В классическом римском праве завершилось формирование понятия владения.

Владение - есть фактическое господство лица над вещью. Это фактическое господство не предполагает непременно физического воздействия лица на вещь; для его наличности достаточно такого отношения между лицом и вещью, при котором при обычных условиях владелец может рассчитывать на продолжительное и обеспеченное от посягательства третьих лиц и от препятствий со стороны сил природы распоряжение вещью. Кроме фактического господства над вещью, существует право на полное и беспрепятственное господство над вещью. Это право есть право собственности (dominium, proprietas), в отличие от него фактическое господство называется владением (possessio). Смешивать эти термины нельзя. Владение - институт, совершенно отличный от права собственности; собственник вещи может не быть ее владельцем, и наоборот, владеть вещью может и несобственник1.

Противоречивость института владения заключается в том, что он объединяет в себе **правовой** и **фактический составы**.

Если составные части права собственности (пользование (uti), собирание плодов (frui), распоряжение (abuti) и другие) мыслимы только как юридические, то владение нередко существует как чисто фактическое состояние. Основанием владения может быть не только право собственности (когда собственник и владелец совпадают в одном лице), но и иное вещное право (например, право суперфиция). Владение также может не иметь никакого правового основания (например, владение вещью, приобретенной у лица, не являющегося его собственником) и быть даже нарушением права (например, владение вора). В таких случаях налицо факт, а не право. Но даже тогда, когда собственник и владелец совпадают в одном лице, владелец с внешней стороны рассматривается не как собственник, а как лицо, имеющее реальную, фактическую власть над вещью2.

Наибольшее влияние на становление и развитие современного гражданского права оказали **теории владения**, выдвинутые в начале XIX в. К.-Ф. Савиньи и в середине XIX в.- Р. Иерингом.

**По теории Савиньи**, владение само по себе есть не право, а факт. Если право преследует известные случаи нарушения владения, то лишь ввиду того, что ими нарушается неприкосновенность владеющего лица. Упрощенная владельческая защита была одной из мер борьбы с самоуправством. Государство ограждало владельца от посягательств на владение помимо суда, даже если он и не имел права на владение.

Владение предполагает наличие воли лица на владение вещью как своей. В случае, когда воля направлена на обладание в качестве собственника или иного носителя вещного права, речь идет о юридическом владельце. В случае отсутствия такой воли у лица, осуществляющего господство над вещью в интересах другого лица, обладатель имущества считается простым держателем - хранителем, перевозчиком, комиссионером и т. д. Держание владельческой защите не подлежит3.

**По теории Иеринга**, наличность владения создает для владельца презумпцию права собственности. В силу этих соображений закон возлагает тяжесть доказывания собственности на невладеющее лицо, которое могло доказать незаконность владения путем предъявления петиторного иска, доказать свое право собственности и истребовать вещь. По мнению Иеринга, владение защищается не ради владения, а ради собственности. Владение есть форпост собственности (Vorwerk des Eigentums). По теории Иеринга, главным элементом владения является тело владения (corpus). Владельческая воля (animus) воплощается в фактическом осуществлении владения: corpus молчаливо включает animus4.

Если говорить коротко о практическом значении теории владения, то, по теории Савиньи, для защиты владения необходимы были оба элемента (и corpus, и animus), в случае отсутствия владельческой воли лицо признавалось не владельцем, а простым держателем для другого, и не подлежало владельческой защите. По теории Иеринга, различие между владением и держанием отрицалось; владельческой защитой должно обеспечиваться любое фактическое обладание, независимо от намерений владельца.

Обе теории легли в основу всех последующих споров об основаниях защиты владения в римском праве и последующих кодификаций гражданского права.

Теория Савиньи позднее получила название субъективной теории владения, а теория Иеринга - объективной теории владения.

Разграничение владения и держания, в соответствии с субъективной теорией владения, закреплено в гражданских кодексах Франции, Италии, Японии и Нидерландов.

Положения объективной теории в известной степени нашли отражение в Германском Гражданском Уложении и Швейцарском Гражданском Уложении.

В советском праве право владения как самостоятельное вещное право исчезло совсем. Владение в настоящее время, в т. ч. и в ГК РК, закрепляется только как одно из правомочий собственника. Владение рассматривается также при регулировании вещно-правовых исков о защите права собственности. Говорится о незаконном владении, добросовестном владельце, владении как вещном праве лица, не являющегося собственником ([ст. ст. 259-267 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2590000)).

В литературе по гражданскому праву России и других стран СНГ понятие “владение” как самостоятельное вещное право практически не рассматривается. Содержатся лишь отдельные упоминания при изучении курса гражданского права. Например, отмечается, что правомочие владения входит в состав не только права собственности, но и некоторых других субъективных гражданских прав, как вещных, так и обязательственных (например, права залогодержателя, арендатора и др.). Поэтому понятие законного (титульного) и незаконного (фактического) владения применимы не только в праве собственности5. О титульных владельцах упоминается при изучении виндикационного иска, причем к титульным владельцам относят арендатора, хранителя, комиссионера и т. д., а также обладателей вещных прав на имущество: права пожизненного наследуемого владения, хозяйственного ведения, права оперативного управления и т. д6.

Можно констатировать, что в гражданском законодательстве Республики Казахстан, так же, как и в законодательстве стран СНГ, отсутствует закрепление владения как самостоятельного вещного права.

Между тем, признание наличия такого права позволило бы объяснить некоторые проблемы, решение которых вызывает определенные трудности.

Считаем, что **понятие владения** может употребляться в нескольких значениях:

1) владение **как одно из правомочий права собственности**. Собственнику для осуществления своего права собственности необходимо наличие фактического господства над вещью. “Право владения представляет собой юридически обеспеченную возможность осуществлять фактическое обладание имуществом”([п. 2 ст. 188 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880200));

2) владение **как элемент других вещных прав**, когда владелец не относится к вещи как к своей и признает власть собственника. Это то, что называется detentio - в римском праве, непосредственное владение - в германском праве, держание - во французском, и т. п.

Такое владение возникает на основе договоров аренды, залога, ренты, хранения и других договоров, на основе которых собственник добровольно передает собственность во временное владение и пользование. На основе договора у арендатора, залогодержателя и т. п. возникают обязательственные права, но вместе с тем возникает и вещное право, пользующееся вещно-правовой защитой, в т. ч. и против собственника.

В данном случае владение не имеет самостоятельного значения. Оно также составляет одно из правомочий вещного права, причем не самое главное правомочие. Арендатор берет в аренду вещь, главным образом для того, чтобы пользоваться ею. Владение необходимо для того, чтобы осуществлять правомочие пользования.

Особое место занимает право владения как составная часть права хозяйственного ведения и оперативного управления. Передача владения, так же как и остальных правомочий - пользования и частично распоряжения, производится в данном случае не на основе договора, а на основе административного акта - постановления правительства, приказа министра, распоряжения акима и т. п. о создании государственного предприятия или учреждения как юридического лица;

3) владение **как самостоятельная категория, возникающая при реализации отдельных способов приобретения собственности**, при котором владелец, так же, как и собственник, относится к вещи как к своей.

В первую очередь — это правило о **приобретательной давности** ([ст. 240 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2400000)).

В чем сущность приобретательной давности?

Гражданин или юридическое лицо, не являющиеся собственниками имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющее как своим собственным недвижимым имуществом в течение 15-ти лет, либо иным имуществом не менее пяти лет, приобретают право собственности на это имущество (приобретательная давность). Об этом говорится в п. 1 ст. 240 ГК.

Следовательно, право собственности приобретается через 15-ть лет владения недвижимым имуществом. Но какое же право имелось у лица в течение этих 15-ти лет? Обычно (и нередко) доказывают, что это не право, а факт. Тем не менее, это подлинное право, пользующееся юридической защитой против третьих лиц.

[Пункт 2 ст. 240 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2400200) гласит: “До приобретения на имущество права собственности гражданин или юридическое лицо, владеющее им 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”.

Здесь имеет место конфликт прав преимущества на осуществление вещного права. Владение на основе ст. 240 ГК не имеет преимущества перед правом собственности или иным более сильным вещным правом, но имеет преимущества перед правами всех других третьих лиц.

В той или иной степени право владения возникает у лиц и существует до передачи вещи собственнику, или передачи в коммунальную собственность, или обращения в свою собственность, в следующих случаях:

находка ([ст. 245](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2450000));

безнадзорные животные ([ст. 246](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2460000));

клад ([ст. 247](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2470000));

бесхозяйные вещи ([ст. 242](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2420000));

самовольная постройка ([ст. 244 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2440000)).

4) владение **как самостоятельная категория, возникающая при реализации вещно-правовой защиты от третьих лиц**.

В ГК говорится о добросовестных и недобросовестных владельцах, законных и незаконных владельцах ([гл. 15](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2590000)). Кроме того, говорится о защите вещных прав лица, не являющегося собственником. Такая защита, аналогичная защите прав собственника, предоставляется лицу, владеющему имуществом на праве хозяйственного ведения, оперативного управления, постоянного землепользования, либо по иному основанию, предусмотренному законодательными актами или договором. Это лицо имеет право на защиту его владения также против собственника ([ст. 265 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2650000)).

В данной статье ГК, помимо таких прав, как хозяйственное ведение, оперативное управление, постоянное землепользование, говорится о владении имуществом по иному основанию, предусмотренному законодательством или договором.

Таким образом, завершая **исследование категории** “**владение**” и излагая нашу позицию по вопросу о понятии владения, можно констатировать следующее: владение не есть только факт, владение - это и право, пользующееся правовой защитой и влекущее за собой юридические последствия.

В споре между субъективной и объективной теориями владения мы придерживаемся объективной теории владения Иеринга и считаем правильным решение вопроса в Германском Гражданском Уложении и Швейцарском Гражданском Уложении. И владение, и держание должны пользоваться одинаковой владельческой защитой. Ведь и то, и другое является разновидностями единого понятия вещного права владения.

Любое обладание вещью, независимо от оснований возникновения такого обладания, может рассматриваться как владение, причем как право владения, пользующееся юридической защитой. Даже прикосновение к вещи (например, некто взял вещь в руки посмотреть на нее) уже можно рассматривать как владение. Правда, такое владение обычно никаких юридических последствий не несет и не нуждается в правовой защите. Но можно представить гипотетическую возможность возникновения необходимости такой защиты (например, взятая посмотреть вещь осталась у данного субъекта по каким-либо причинам - пожар, землетрясение, внезапная смерть собственника и т. п. В этом случае это лицо будет пользоваться владельческой защитой от посягательств любых других лиц до тех пор, пока он не сможет вернуть вещь собственнику).

Для признания права владения не имеют большого значения также намерения субъекта. С одной стороны, законный владелец может не относиться к вещи как к своей (арендатор, залогодержатель и т. п.). С другой стороны, незаконный владелец может относиться к вещи как к своей (вор, похитивший вещь у собственника; добросовестный владелец, купивший похищенную вещь у вора). В обоих случаях имеет место владение, пользующееся владельческой защитой. Собственник вещи в этих случаях утрачивает права владения (передает его по договору или у него похищают вещь), право владения возникает у арендатора или вора. Недаром виндикационный иск называют иском невладеющего собственника к владеющему несобственнику. Но до тех пор, пока собственник не докажет свое право владения и не изымет вещь, фактические владельцы имеют право владения на эту вещь и пользуются владельческой защитой против всех других лиц, в т. ч. против собственника.

В большинстве случаев владение не имеет самостоятельного значения. Оно выступает или как одно из правомочий собственника, или как одно из правомочий вещного права, возникающего при опосредованном владении. Как отмечалось выше, при опосредованном владении главенствующим правомочием является правомочие пользования. Правомочие владения занимает подчиненное положение.

Тем не менее, есть случаи, когда правомочие владения приобретает **самостоятельное значение**. Прежде всего - это владение при приобретальной давности, а также иные случаи, когда владение как вещное право выступает как основание приобретения права собственности (находка, клад, бесхозяйные вещи, безнадзорные животные).

Определенное значение приобретает владение как вещное право при реализации защиты права собственности.

Не столь широкое применение категории владения не дает оснований отмахнуться от этой проблемы. Данная проблема существует, и рано или поздно ее необходимо решать законодательно. Целесообразно воспользоваться опытом законодательства большинства стран и закрепить в ГК Республики Казахстан институт владения как самостоятельного вещного права.

§ 2. Права хозяйствования юридических лиц

Наряду с правом собственности, гражданское законодательство РК ([ст. 33 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=330000)), как самостоятельное имущественное право юридических лиц, рассматривает право хозяйственного ведения государственных предприятий ([ст. 196)](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1960000) и право оперативного управления казенных предприятий, государственных учреждений и учреждений ([ст. 202](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2020000)).

Гражданский кодекс РК однозначно определил данные имущественные права юридических лиц как самостоятельные вещные права, что вытекает из расположения их в [разделе 2](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1880000) ГК “Право собственности и иные вещные права”.

С положениями ГК о вещном характере права хозяйственного ведения и права оперативного управления скорреспондированы и некоторые нормативные правовые акты РК. Так, в соответствии со ст. 131 Указа о налогах плательщиками налога на имущество являются юридические и физические лица, имеющие объект обложения на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления; в соответствии с п. 1 ст. 2 Указа о государственной регистрации прав на недвижимое имущество, объектами государственной регистрации являются право хозяйственного ведения и право оперативного управления, наряду с правом собственности и другими правами на недвижимость. Тем самым подтверждается вещный характер права хозяйственного ведения и права оперативного управления. Это так называемые нормативные, правовые основы характеристики данных имущественных прав как вещных.

Почти единодушно отнесены к числу вещных прав большинством ученых-цивилистов право хозяйственного ведения и право оперативного управления.

**Право хозяйственного ведения** является вещным правом государственного предприятия, получившего имущество от государства как собственника и осуществляющего в пределах, установленных ГК и иными законодательными актами, права владения, пользования и распоряжения этим имуществом ([ст. 196 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1960000)).

Пределы осуществления прав владения, пользования и распоряжения устанавливаются ГК, Указом о государственном предприятии и иными законодательными актами. Нельзя установить ограничения по осуществлению этих прав подзаконными актами, включая Указы Президента и Постановления Правительства РК. Государственный орган, выступающий от имени государства как собственника, также не вправе устанавливать такие ограничения, за исключением тех, которые он может проводить в соответствии с ГК и иными законодательными актами.

Имуществом на праве хозяйственного ведения могут обладать **только государственные предприятия**. Все остальные негосударственные коммерческие организации, не являющиеся собственниками закрепленного за ними имущества, должны или прекратить свое существование, или преобразоваться в хозяйственное товарищество или кооператив, или преобразоваться в филиал создавшего их юридического лица.

К таким образованиям применяется п. 4 Постановления Верховного Совета РК от 24 декабря 1994 г. “О введении в действие Гражданского Кодекса Республики Казахстан (Общая часть)” о том, что юридические лица, образованные до официального опубликования ГК в организационно-правовых формах, не предусмотренных ГК, подлежат преобразованию в организационно-правовые формы, предусмотренные ГК, до 1 января 1998 г.

В пределах, установленных ГК и другими законодательными актами, государственное предприятие полностью самостоятельно в осуществлении хозяйственной деятельности.

На имущественные отношения с участием государственных предприятий распространяются положения ГК о праве собственности, если иное не вытекает из ГК и иных законодательных актов ([ст. 201 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2010000)). Плоды, продукция и доходы от использования имущества, находящегося в хозяйственном ведении, а также имущество, приобретенное предприятием по договорам или иным основаниям, поступают в хозяйственное ведение предприятия в порядке, установленном законодательством для приобретения права собственности ([п. 2 ст. 198 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1980200)). Предприятия, имущество которых принадлежит им на праве хозяйственного ведения, обладают более узкой правоспособностью, нежели та, которой обладают негосударственные коммерческие юридические лица (см. [ст. 200 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2000000); [Указ о государственном предприятии](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762)).

У собственника имущества есть права, которые он осуществляет в соответствии с законодательными актами, по решению следующих вопросов:

создание предприятия;

определение предмета и целей его деятельности;

реорганизация и ликвидация предприятия;

контроль за использованием по назначению и сохранностью принадлежащего предприятию имущества;

получение части прибыли от использования имущества, находящегося в хозяйственном ведении созданного им предприятия ([ст. 199 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1990000)).

Некоторые виды предпринимательской деятельности, связанные с использованием основных фондов, участием в коммерческих структурах, предоставлением ссуд частным предпринимателям, государственные предприятия вправе осуществлять только с согласия собственника или уполномоченного им государственного органа ([ст. 200 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2000000)).

Во всем остальном, в частности, в распоряжении движимым имуществом (п. 2 ст. 200) государственное предприятие осуществляет свою деятельность самостоятельно. Собственник не вправе вмешиваться в текущую производственную деятельность предприятия.

Реорганизация республиканского государственного предприятия производится по решению Правительства РК, а коммунального предприятия - по решению главы местной администрации. Осуществляет реорганизацию предприятия уполномоченный орган ([п. 1 ст. 16 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=160000) о государственном предприятии). Уполномоченными органами, т. е. государственными органами, осуществляющими по отношению к государственным предприятиям функции субъекта права государственной собственности, являются для республиканских предприятий министерства, государственные комитеты, ведомства и иные уполномоченные на это Правительством РК государственные органы, а для коммунальных предприятий - местные исполнительные органы, уполномоченные на это главой местной администрации.

Имущество государственного предприятия является неделимым и не может быть распределено по вкладам (долям, паям), в т. ч. между работниками предприятия ([п. 2 ст. 10 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=100000) о государственном предприятии). В этом существенное отличие от имущества хозяйственных товариществ и кооперативов.

В отношении имущества государственного предприятия на праве хозяйственного ведения законодателем установлены размеры уставного фонда. Размер уставного фонда предприятия определяется его учредителем, но не может превышать общей стоимости передаваемого предприятию имущества и быть менее 10 000 расчетных показателей, установленных на дату государственной регистрации предприятия ([п. 1 ст. 21 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=210000) о государственном предприятии).

Предприятие обязано формировать резервный фонд в размере, определяемом его уставом и составляющим не менее десяти процентов его уставного фонда, направляя на эти цели не менее пяти процентов остающейся в его распоряжении прибыли до достижения резервным фондом установленной величины.

Средства резервного фонда используются исключительно на покрытие убытков, исполнение обязательств перед бюджетом, погашение государственных кредитов и выплату вознаграждения (интереса) по ним в случае недостаточности иных средств предприятия ([п. 2 ст. 21](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=210200)).

Объектом права хозяйственного ведения ([ст. 197 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1970000)) является любое имущество, если иное не предусмотрено законодательством.

Хотя не все имущество принадлежит предприятию на праве хозяйственного ведения.

Право хозяйственного ведения - это **вещное право**. Вещный характер имущественного права юридического лица проявляется при осуществлении им своих правомочий в отношении материальных объектов, переданных государством. Право хозяйственного ведения не распространяется на безналичные деньги, так как право предприятия на эти безналичные денежные средства, находящиеся в банках,- не вещное, а обязательственное. Следовательно, правовым титулом на этот вид имущества будет не право хозяйственного ведения, а обязательственное право. Не принадлежит государственному предприятию на праве хозяйственного ведения также арендованное имущество, природные ресурсы, земля. Природные ресурсы (земля, ее недра) являются объектом собственности государства ([п. 1 ст. 193](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1930000)) и передаются предприятию лишь во владение и пользование за плату в установленном порядке. Согласно Указу о земле, государственным юридическим лицам земля предоставляется в постоянное землепользование (см. [подпункт 3 п. 1 ст. 36](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=360000), [подпункт 2 п. 1 ст. 40](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=400000)). Таким образом, правовым титулом на природные ресурсы, предоставленные предприятию, являются самостоятельные вещные права - соответственно землепользования и недропользования или водопользования и т. п.

Предприятие как участник правоотношения хозяйственного ведения имеет не только права, но и несет обязанности перед государством в лице соответствующих государственных органов (финансовых или вышестоящих) и несет самостоятельную ответственность по этим обязательствам. (Учреждение, как субъект права несет ответственность лишь в пределах выделяемых учредителем денежных средств).

Из вышеизложенного вытекают следующие выводы:

1) право хозяйственного ведения - это право юридических лиц, занимающихся коммерческой деятельностью;

2) право хозяйственного ведения - это вещное право, производное от права государственной собственности;

3) в силу этого право хозяйственного ведения может возникнуть только у государственного предприятия и носит унитарный характер. Не может быть права хозяйственного ведения у негосударственных коммерческих организаций. Для них предусмотрены только такие юридические формы: акционерное общество, хозяйственное товарищество и производственный кооператив;

4) государственное предприятие обладает правами владения, пользования и распоряжения имуществом, но собственником не является. Собственником остается государство.

**Право оперативного управления** является вещным правом учреждения, финансируемого за счет средств собственника, и казенного предприятия, получивших имущество от собственника и осуществляющих в пределах, установленных законодательными актами, в соответствии с целями своей деятельности, заданиями собственника и назначением имущества, права владения, пользования и распоряжения этим имуществом.

Своим зарождением понятие права оперативного управления обязано А. В. Венедиктову7, предложившему так обозначить имущественное право государственных организаций на выделяемое государственное имущество (имеется в виду как государственных предприятий, так и государственных учреждений, ибо в правовом положений этих субъектов в период административно-командной системы управления экономикой и доминированием лишь государственной собственности было больше схожести, чем различий, они и назывались единым понятием “госорган”).

Как правовой институт, право оперативного управления было внедрено впервые в законодательство вначале в ч. 2 ст. 21 Основ гражданского законодательства , затем оно было продублировано ст. 87 ГК КазССР с целью обозначения имущественных прав государственных организаций. Имущественное право оперативного управления означало владение, пользование и распоряжение государственным имуществом государственными организациями, юридическими лицами в пределах, установленных законом, в соответствии с целями их деятельности, плановыми заданиями и назначением имущества.

Позже, с возникновением проблемы обозначения имущественного права негосударственных предприятий, конструкция права оперативного управления была распространена и на такого рода субъектов имущественных отношений. В 1981 г. законодатель включил в Основы гражданского законодательства ст. 26-1 “Оперативное управление имуществом”8 и, соответственно, в 1982 г. в ГК КазССР ст. 85-1 “Оперативное управление имуществом”9. Тем самым конструкция права оперативного управления получила распространение и на такие негосударственные субъекты, как кооперативные, государственно-кооперативные, межколхозные предприятия - юридические лица.

Теоретические дискуссии по поводу права оперативного управления с первоначального законодательного закрепления и по сей день популярны в юридической литературе.

С отходом от административно-командной системы управления экономикой и внедрением рыночных отношений, соответственно, законодателю необходимо было осовременить правовые институты. Гражданский кодекс 1994 г., наряду с конструкцией права хозяйственного ведения, для обозначения имущественного права государственных предприятий, правом собственности для коммерческих юридических лиц, вместе с тем сохранил институт права оперативного управления, расширив субъекты данного имущественного права, в отличие от прежнего законодательства.

На праве оперативного управления, в соответствии с действующим законодательством, могут обладать имуществом **казенное предприятие, государственное учреждение** и **негосударственное учреждение**. Затруднительно на основе нынешнего законодательства выявить общее при определении субъекта права оперативного управления11. Более простым представляется различение субъектов права оперативного управления - как коммерческие юридические лица - казенное предприятие, и некоммерческие - государственные учреждения и учреждения.

Государственное казенное предприятие и государственное учреждение могут быть образованы только государством в лице уполномоченных им на это органов.

Негосударственное учреждение создается по решению частного собственника - юридического лица или гражданина.

Казенные предприятия, в зависимости от того, кем они образованы, могут быть республиканскими или коммунальными казенными предприятиями. Соответственно, права собственника в отношении их осуществляют разные государственные органы.

Право оперативного управления **отличается от права хозяйственного ведения** по следующим основным особенностям:

казенное предприятие и учреждение постоянно финансируются собственником. Предприятие на праве хозяйственного ведения существует за счет доходов, получаемых от хозяйственной деятельности;

казенное предприятие и учреждение распоряжаются своими средствами по смете. Предприятие на праве хозяйственного ведения самостоятельно определяет направление использования своей прибыли;

казенное предприятие и учреждение обязаны руководствоваться заданиями собственника. Задания собственника предприятия на праве хозяйственного ведения, по общему правилу, не являются для него обязательными, если иное не вытекает из законодательства или уставной правоспособности.

Казенное предприятие, в отличие от учреждения, является коммерческой организацией. Значит, казенное предприятие преследует (или может преследовать) в качестве основной цели своей деятельности извлечение доходов, а учреждение - нет. Учреждение, как правило, финансируется собственником.

Казенное предприятие, государственное учреждение и учреждение обладают специальной правоспособностью. Пределы правоспособности определены в соответствии с ГК, иными законодательными актами и волей собственника в уставе казенного предприятия государственного учреждения, учреждения. Правомочия владения, пользования и распоряжения могут быть осуществлены казенным предприятием (учреждением) по своему усмотрению только в пределах уставной правоспособности. Из этого следует, что собственник может вмешиваться в уставную деятельность казенного предприятия (учреждения), если иное не предусмотрено законодательными актами и учредительными документами.

Собственник может определять для казенного предприятия и учреждения правовой режим использования имущества и выдавать обязательные к исполнению задания.

Казенное предприятие и учреждение могут иметь на праве оперативного управления лишь то имущество, которое необходимо для обеспечения их уставной деятельности.

Пределы осуществления права оперативного управления, а также правовой статус казенных предприятий, а теперь и государственных учреждений12 определены ГК и Указом о государственном предприятии.

Казенное предприятие и учреждение не отвечают по обязательствам своего собственника, государства, административно-территориальной единицы, юридических лиц и граждан, а указанные выше субъекты-несобственники казенного предприятия (учреждения) не отвечают по обязательствам казенного предприятия и учреждения.

Собственник казенного предприятия, государственного учреждения, учреждения несет **субсидиарную (дополнительную) ответственность** по обязательствам созданного им казенного предприятия, государственного учреждения, учреждения в части долга, не покрытого их денежными средствами. При недостаточности у учреждения, государственного учреждения или казенного предприятия денежных средств ответственность по их обязательствам несет собственник учреждения или казенного предприятия ([ст. 207 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2070000)). То есть собственник несет субсидиарную (дополнительную) ответственность по долгам учреждения или казенного предприятия ([п. 1 ст. 44](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=440000)).

Право оперативного управления имуществом, в отношении которого собственником принято решение о закреплении за казенным предприятием, государственным учреждением, учреждением, возникает у этого казенного предприятия, государственного учреждения, учреждения с момента передачи имущества, если иное не установлено законодательством или решением собственника. На практике факт закрепления имущества на балансе казенного предприятия, государственного учреждения, учреждения признается передачей имущества.

**Имущество** казенного предприятия и учреждения, переданное собственником в оперативное управление, а также имущество, приобретаемое казенным предприятием или учреждением в имущественном обороте, является собственностью их учредителей. Вместе с тем, с этим оно находится у казенного предприятия, государственного учреждения, учреждения на праве оперативного управления.

Помимо приращений и возмездных договорных форм приобретения имущества оно может поступить казенному предприятию, государственному учреждению, учреждению по наследству, по обязательству, возникающему из причинения вреда, другим внедоговорным обязательствам, в результате дарения и по иным законным основаниям13.

При изъятии имущества казенного предприятия и учреждения собственником право оперативного управления на такое имущество прекращается14.

При приватизации казенного предприятия право оперативного управления прекращается вместе с правом государственной собственности.

Функции **собственника** казенного предприятия и государственного учреждения осуществляется уполномоченными государственными органами. Такими уполномоченными органами в отношении республиканских казенных предприятий являются министерства, государственные комитеты, ведомства и иные уполномоченные на это правительством РК государственные органы. В отношении же казенных предприятий уполномоченными органами являются местные исполнительные органы, уполномоченные главой местной администрации.

Республиканское казенное предприятие создается, реорганизуется и ликвидируется по решению Правительства РК, а коммунальное казенное предприятие - по решению главы местной администрации. Осуществление процессов реорганизации и ликвидации производится соответствующими уполномоченными органами (например, Агентством по реорганизации и ликвидации неплатежеспособных предприятий).

Изъятие и перераспределение имущества государственного учреждения, казенного предприятия производится по решению собственника имущества в лице Правительства или главы местной администрации.

Учреждение, государственное учреждение ([ст. 206 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008442#sub_id=2060000)) не вправе самостоятельно распоряжаться закрепленным за ним имуществом и имуществом, приобретенным за счет средств, выделенных ему по смете, за исключением случаев, когда такое право вытекает из его учредительных документов либо прямо разрешено собственником.

Казенное предприятие ([п. 2 ст. 206](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2060200)) вправе самостоятельно распоряжаться закрепленным за ним имуществом в случае, если такое право вытекает из его учредительных документов либо прямо разрешено собственником. Однако, в отношении денег казенного предприятия это правило следует понимать ограниченно. Так, в соответствии с [п. 2 ст. 35](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=350200) Указа о государственном предприятии, “казенное предприятие не вправе приобретать на основании договоров купли-продажи, мены, дарения или иной сделки имущество, относящееся к основным фондам, без согласия уполномоченного органа”. Казенное предприятие не вправе пользоваться банковскими кредитами без разрешения уполномоченного органа.

Казенное предприятие не может создавать дочерние предприятия либо выступать учредителем других предприятий (учреждений), не получив согласия Правительства или Министерства финансов (его территориальных органов).

**Право самостоятельного распоряжения.** Ранее действовавшее законодательство для субъектов права оперативного управления, учреждений предусматривало возможность с разрешения собственника его имущества или органа, уполномоченного управлять имуществом от имени собственника, занятия деятельностью, приносящей доходы (ч. 2 п. 1 ст. 206 ГК в ред. 1994 г.): “Если в соответствии с учредительными документами учреждению предоставлено право осуществлять приносящие доходы деятельность, то доходы, полученные от такой деятельности и приобретенное за счет этих доходов имущество поступает в самостоятельное распоряжение учреждения и учитывается на отдельном балансе”.

Хотя это положение в настоящее время исключено из ГК, тем не менее, дискуссия в отношении права самостоятельного распоряжения учреждений актуальна, ибо для частных учреждений это право, наряду с правом оперативного управления, предполагается.

Вопрос стоит об отличном от права оперативного управления вещном праве учреждений, объект которого (имущество, полученное за счет доходов) также не совпадает с объектом права оперативного управления.

Существование теоретических дискуссий в гражданском праве относительно данного имущественного права подтверждает появление в юридической литературе полярных мнений. В юридической литературе высказывались различные мнения по поводу коммерческой деятельности субъектов права оперативного управления и имущественного права учреждений на доходы от этой деятельности. Одни авторы полагают, что имущественное право учреждений на доходы от полученной предпринимательской деятельности, - это вещное право, отличное от права хозяйственного ведения и права оперативного управления15, другие - утверждают, что полномочия учреждений на занятие предпринимательской деятельностью - это право хозяйственного ведения16. Мы сторонники того, что это самостоятельное вещное право учреждений, называемое правом самостоятельного распоряжения17.

Глава 23. Вещные права на природные ресурсы

§ 1. Понятие природных ресурсов и вещных прав на них

**Природные ресурсы** - это составные части окружающей среды. Легальное определение природных ресурсов дано в [Законе](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008107) “Об охране окружающей среды” от 15 июля 1997 г. Они определены как составные части окружающей среды, используемые в процессе хозяйственной и иной деятельности для удовлетворения материальных, культурных и других потребностей общества. Сама же окружающая природная среда определена как совокупность природных объектов, в т. ч. природных ресурсов как живых, так и неживых, включая атмосферный воздух, почву, недра, животный и растительный мир, а также климат в их взаимодействии (ст. 1 Закона).

Вещные права по законодательству Казахстана могут устанавливаться только в отношении той части окружающей природной среды, которая относится к природным ресурсам, но не других объектов этой среды. Последние могут находиться под охраной закона, но право собственности и другие вещные права устанавливаются только в отношении природных ресурсов. Это прямо вытекает из [п. 3 ст. 6](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60300) Конституции РК, по которой земля, ее недра, воды, растительный и животный мир, другие природные ресурсы находятся в государственной собственности. Земля может находиться также в частной собственности на основаниях, условиях и в пределах, установленных законом. Формулировка Конституции относительно собственности на природные ресурсы воспроизведена и в [ст. 193 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1930000).

Среди других вещных прав на природные ресурсы, помимо права собственности, ГК специально упоминает лишь право землепользования ([подпункт 1 п. 1 ст. 195](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1950000)), но говорит также о возможности существования других вещных прав, предусмотренных ГК или иными законодательными актами.

Небольшое количество норм ГК, говорящих непосредственно о природных ресурсах, объясняется тем, что к отношениям по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды применяется прежде всего специальное, а не гражданское законодательство. Специальное же законодательство о природной среде и природных ресурсах как части окружающей среды достаточно обширно и подразделяется на межотраслевое и отраслевое. К межотраслевому законодательству, касающемуся окружающей среды, относится прежде всего Закон об охране окружающей среды.

Среди отраслевых законодательных актов, касающихся природных ресурсов, следует упомянуть Указы [о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064) и [о недрах и недропользовании](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071), [Лесной](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1041486) и [Водный кодексы](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1042116), принятые соответственно 23 января 1993 г. и 31 марта 1993 г., а также [Закон](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1049332) “Об охране, воспроизводстве и использовании животного мира” от 21 октября 1993 г.

Вещные права, по законодательству РК, как об этом уже сказано, устанавливаются только на природные ресурсы, а не на природную среду. Поэтому важно точное определение в законе самого понятия “природные ресурсы”. Если исходить из того определения, которое дано в Законе об охране окружающей среды, то окажется, что вещные права, в т. ч. право собственности, может устанавливаться только на те объекты природной среды, которые используются в процессе хозяйственной и иной деятельности для удовлетворения материальных, культурных и других потребностей общества.

Но такой вывод противоречил бы не только п. 3 ст. 6 Конституции РК, которая говорит о праве государственной собственности на землю, ее недра, воды, растительный и животный мир, другие природные ресурсы, не выделяя те их части, которые используются в процессе хозяйственной и иной деятельности, но и отраслевому законодательству об отдельных видах природных ресурсов. Так, например согласно п. 2 ст. 30 Указа о земле, вся земля, кроме земельных участков, находящихся в частной собственности, является государственной собственностью. Из сказанного вытекает, что вся земля как природный ресурс, а не только та, которая используется в процессе хозяйственной и иной деятельности, является государственной или частной собственностью. Кстати, в [подпункте 5 ст. 1 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=10500) земельные ресурсы определены не только как земля используемая, но и такая, которая может быть использована, что точнее, по сравнению с определением природных ресурсов в Законе об охране окружающей среды.

Вместе с тем, в Указе о земле сказано, что земельные ресурсы - это земля, которая используется или может быть использована в отраслях экономики, что ограничивает признание земли природными ресурсами только сферой использования или возможного использования ее в отраслях экономики, а не по другому назначению. Видимо, целесообразно было бы при определении понятия ресурсов объединить то положительное, что имеется в обоих легальных определениях природных, в частности, земельных ресурсов, сформулировав понятие этих ресурсов примерно следующим образом: **природные ресурсы - это составные части окружающей среды, которые используются или могут быть использованы в процессе хозяйственной, а также иной человеческой деятельности**. Соответствующие изменения следует внести в законодательство.

Вещные права, включая вещные права на природные ресурсы,- это всегда имущественные права, основным из которых является право собственности. Объектами этих прав выступают различные виды природных ресурсов, так как в природе не существует природных ресурсов вообще. В качестве объектов вещных прав объекты выступают не только в их естественном состоянии, но, прежде всего, в социальном качестве имущества, а в имуществе как таковом нет даже атомов естественных элементов природы. Имущество - это общественная форма естественных объектов, особенности которой обусловлены естественными и общественными свойствами различных видов объектов природы, имеющих общественные свойства **имущества**. Природные объекты, входящие в состав природных ресурсов, - это одна из важных частей имущества как объекта имущественных прав.

Имущество как объект прав не следует отождествлять только с их экономической природой как товаров, что, например, сделано в работе “Основы государства и права Республики Казахстан”, в которой указано, что земля, ее недра, воды, растительный и животный мир, другие природные ресурсы - это не имущество, не товары, а дары природы и имеют естественно-природное начало. Поэтому они исключены из гражданского, товарно-денежного оборота1.

Указанный взгляд, высказанный в работе, изданной в 1997 г., не учитывает изменений, которые произошли в социально-экономическом строе РК после обретения ею независимости, а именно,- перехода к гражданскому обществу, рыночной экономике, а также то обстоятельство, что объекты природы выступают в качестве объектов прав не только в своих естественных, но и общественных качествах.

Действительно, объекты природы - это естественные природные предметы. Но правом (как объекты права собственности и других вещных прав) они опосредуются не непосредственно в своих природных качествах, а в своем социальном качестве имущества. Не случайно, говоря об объектах гражданских прав, [ст. 115 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1150000) указывает, что ими являются имущественные и личные блага и права, а имущественные блага и права объединяются в ст. 115 ГК понятием имущества.

В отраслевых законодательных актах о природных ресурсах, принятых после введения в действие новой Конституции РК, подчеркивается, во-первых, что право собственности на природные ресурсы является имущественным правом, и, во-вторых, что эти ресурсы включены в товарно-денежный оборот. Так, например, в [п. 5 ст. 33 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=330500) прямо сказано, что земельный участок, находящийся в частной собственности, является недвижимым имуществом, а [в п. 2 ст. 34 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=340200) установлено, что собственник вправе совершать в отношении своего земельного участка любые сделки, не запрещенные законодательными актами. Включены в гражданский оборот не только земельные участки, находящиеся в собственности, но и права землепользования.

Другие природные ресурсы не могут находиться в частной собственности. Поэтому оборот их ограничен по сравнению с оборотом земельных участков. Но, тем не менее, как права государственной собственности, т. е. имущественного права, они являются имуществом. Хотя с ограничениями, но включены в гражданский оборот, т. е. представляют собой имущество, ограниченное в обороте. Так, например, согласно [ст. 13](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=130000) и 1[4](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=140000) Указа о недрах и недропользовании, предоставление права недропользования происходит на основе контракта, а передача права недропользования с разрешения уполномоченного государственного органа производится на основе гражданско-правовых сделок. Допускается передача права недропользования в залог на основе договора залога имущественных прав ([ст. 15 Указа о недрах и недропользовании](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=150000)).

Из сказанного видно, что основные права на природные ресурсы являются **имущественными правами**, среди которых важнейшее место занимают **вещные права**. Вещные права обычно подразделяют на права на свое имущество и права на чужое имущество. Вещным правом на свое имущество является право собственности. Все остальные вещные права являются правами на чужое имущество.

Опираясь на перечень вещных прав, данный в законодательных актах и на научное понятие этих прав, можно сказать, что к числу наиболее распространенных вещных прав на природные ресурсы следует отнести следующее субъективные права:

право собственности на природные ресурсы;

право пользования природными ресурсами;

сервитуты;

право залога на природные ресурсы.

§ 2. Право собственности на природные ресурсы

**Основным вещным правом** выступает право собственности, которое по своей природе всегда является правом имущественным.

Из текста [п. 3 ст. 6 Конституции](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=60300) вытекает, что из всех природных ресурсов только земля может находиться в государственной и частной собственности. Все остальные природные ресурсы могут принадлежать на праве собственности только государству.

Право собственности на природные ресурсы как вещное право имеет ряд особенностей. Эти особенности касаются субъектов, объектов, содержания и защиты права собственности на природные ресурсы, причем эти особенности иногда дифференцируются в зависимости от вида природных ресурсов и вида собственности.

Государственная собственность в Республике Казахстан выступает в виде республиканской и коммунальной [(п. 1 ст. 192 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1920000)). В первоначальной редакции [ст. 193 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1930000) говорилось, что природные ресурсы находятся в республиканской собственности. В новой редакции этой статьи о государственной собственности на природные ресурсы в виде республиканской уже ничего не сказано. Вместе с тем по новой редакции ст. 192 ГК природные ресурсы, являющиеся государственной собственностью и не закрепленные за государственными юридическими лицами, составляют государственную казну Республики Казахстан. Иначе говоря, являются республиканской собственностью. Таким образом, в коммунальной собственности природные ресурсы могут находиться тогда, когда это предусмотрено законодательными актами. Вместе с тем, законодательные акты о природной среде — как межотраслевые, так и отраслевые — содержат нормы о компетенции государственных органов разных уровней по реализации права государственной собственности на природные ресурсы.

**Объектом** права государственной собственности на природные ресурсы являются именно природные ресурсы как составные части природной среды, не отделимые от нее.

Право государственной собственности распространяется на те природные ресурсы, которые находятся в пределах границ РК, если иное не предусмотрено международными договорами, ратифицированными РК. Особо следует остановиться на перемещающихся природных ресурсах. Так, например, текучие воды в реках вливаются в пределы РК и выходят за ее пределы. Мигрирующие дикие животные, в т. ч. и перелетные птицы, периодически перемещаются на территорию и с территории республики. Поступление перемещающихся природных ресурсов на территорию РК является тем юридическим фактом, с которого возникает на них право государственной собственности, а их перемещение за пределы границ Республики является тем юридическим фактом, который служит основанием прекращения права государственной собственности на эти ресурсы.

Следует отметить особенности права государственной собственности на землю. Помимо государственной собственности на землю, в РК признается также частная собственность на земельные участки. Поэтому, согласно [п. 2 ст. 30 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=300200), государственной собственностью является вся земля, кроме земельных участков, находящихся в частной собственности.

Природные ресурсы, как объект права собственности, не следует смешивать с **частями природных ресурсов, отделенными от природной среды**. На эти отделенные части природных ресурсов, которые по существу юридически приобретают иные свойства, может устанавливаться совершенно иной правовой режим, чем на сами природные ресурсы. Например, минеральное сырье, т. е. извлеченная на поверхность часть недр, или техногенные минеральные образования (отходы горного, обогатительного, металлургического и других видов производства, содержащие полезные ископаемые), могут принадлежать, если иное не установлено контрактом, на праве собственности, хозяйственного ведения и оперативного управления недропользователю ([п. п. 2 и 3 ст. 5](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=50200) Указа о недрах и недропользовании). Право хозяйственного ведения и право оперативного управления на природные ресурсы никогда не устанавливается.

Что касается права частной собственности на природные ресурсы, то частному собственнику из всех природных ресурсов может принадлежать только земля.

Объектом **частной собственности на землю** всегда является земельный участок или земельные участки. Под земельным участком [подпункт 6 ст. 1 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=10000) понимает выделенную в замкнутых границах часть земли, закрепляемую в установленном порядке за субъектами земельных отношений. Вещные права на земельный участок, поскольку иное не установлено законодательными актами, распространяются на находящиеся в границах этого участка поверхностный почвенный слой, замкнутые водоемы, лесные насаждения.

Объектам права частной собственности на землю Указ о земле посвящает специальную статью ([ст. 33](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=330000)). Она выделяет объекты частной собственности на землю, которые могут принадлежать только гражданам или негосударственным юридическим лицам, а также дает перечень участков, которые не могут быть объектами частной собственности. В частной собственности только граждан могут находиться земельные участки, предоставляемые для ведения личного подсобного хозяйства, садоводства и дачного строительства.

В частной собственности граждан и негосударственных юридических лиц могут находиться участки, предоставляемые под застройку или застроенные производственными и непроизводственными зданиями, сооружениями и их комплексами.

Другие виды земель, кроме указанных выше, в частную собственность передаваться не могут.

Большая часть земель и другие природные ресурсы находятся в государственной собственности.

**Формы реализации** права государственной собственности на земельные участки из земель, находящихся в государственной собственности, предусмотрены [ст. 32 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=320000). Эти участки могут быть:

проданы или переданы безвозмездно в частную собственность;

предоставлены в постоянное или временное землепользование;

реализованы в иных формах в случаях, предусмотренных Указом о земле, другими законодательными актами или международными договорами.

В аналогичных формах в общем реализуется право государственной собственности и на другие виды природных ресурсов, кроме продажи и передачи их в частную собственность, поскольку в частной собственности по законодательству Казахстана могут находиться лишь земельные участки, причем только на землях, которые могут находится в частной собственности. Таким образом, государство ограничено в реализации правомочия распоряжения в отношении отчуждения природных ресурсов в частную собственность.

Основной формой реализации правомочия распоряжения государства на природные ресурсы является предоставление их в постоянное или временное пользование.

Чаще всего природные ресурсы предоставляются на основе лицензий (разрешений). Такой порядок предусмотрен, в частности, [ст. 14 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=140000) об охране окружающей среды. Однако ст. 14 Закона конкретизируется в отраслевом законодательстве о природных ресурсах. Например, в соответствии с [п. 1 ст. 39](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=390000) Указа о земле, передача и отчуждение землепользования происходит на основе гражданско-правовых сделок. Предоставление участков лесного фонда в пользование осуществляется на основе специальных разрешительных документов: лицензии, лесорубочного билета, ордера, лесного билета (п. 1 ст. 31 Лесного кодекса).

Порядок предоставления в пользование различных природных ресурсов по отраслевому законодательству о природных ресурсах нуждается в определенной унификации с учетом перехода республики к рыночным отношениям.

Важной формой реализации правомочия распоряжения со стороны государства - собственника природных ресурсов - является изъятие (выкуп) участков природных ресурсов у природопользователей. Изъятие (выкуп) участков природных ресурсов, находящихся в пользовании субъектов права природопользования, может происходить только в случаях, предусмотренных законодательными актами в установленном этими актами порядке.

Что касается правомочий владения и пользования, то они остаются, наряду с правом распоряжения, у государства - собственника природных ресурсов на ресурсы, не переданные в пользование природопользователей.

§ 3. Право пользования природными ресурсами

Важным и специфическим вещным правом на природные ресурсы является **право природопользования (право пользования природными ресурсами)**. Его не следует смешивать с правомочием пользования собственника природных ресурсов: это два различных вида права. Правомочие пользования, как одно из правомочий собственника, последний осуществляет в отношении находящихся в его собственности природных ресурсов. Право пользования природными ресурсами осуществляется всегда в отношении ресурсов, находящихся в собственности не пользователя, а другого субъекта права, главным образом государства. Лишь право пользования земельным участком может иметь место как на землях, находящихся в государственной, так и в частной собственности.

Право природопользования, как правило, включает в себя и право владения на находящиеся в пользовании участки природы. Можно сказать, что с правом владения соединены и некоторые другие виды природопользования, например недропользование, большинство видов водопользования и лесопользования, а также пользование другими видами растительного мира.

Право пользования природными ресурсами производно от права собственности на них.

С производностью права пользования природными ресурсами от права государственной собственности связано деление права природопользования на **первичное**, т.е. приобретаемое у собственника природных ресурсов и **вторичное**, приобретаемое у их первичного пользователя ([подпункт 5 п. 1, ст. 36 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=360000), [ст. 26 Водного кодекса](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1042116#sub_id=260000)). Объем прав вторичного пользователя природных ресурсов уже объема прав первичного пользователя. Однако, как первичное, так и вторичное право пользования природными ресурсами являются вещными правами, хотя имеют и черты обязательственных прав.

Право пользования природными ресурсами подразделяется также на постоянное и временное, общее и специальное ([ст. ст. 12](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008107#sub_id=120000) и [13](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008107#sub_id=130000) Закона об охране окружающей среды).

Другие специальные классификации видов прав пользования природными ресурсами, имеющиеся в законодательных актах об отдельных видах природных ресурсов, могут совпадать для нескольких их видов, а могут и отражать специфику одного их вида. Например, как право землепользования, так и право недропользования может быть постоянным или временным, отчуждаемым или неотчуждаемым, возмездным или безвозмездным ([п. 1 ст. 35 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=350000), [п. 2 ст. 10 Указа о недрах](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=100200) и недропользовании). Типичным примером классификации, отражающей специфику лишь одного из объектов природопользования, является [ст. 29 Лесного кодекса](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1041486#sub_id=290000), по которой в лесном фонде могут осуществляться такие виды лесопользования, как заготовка древесины, заготовка живицы, заготовка второстепенных лесных материалов, заготовка древесных соков; побочные лесные пользования (например, сенокошение и пастьба скота); пользование лесом в культурно-оздоровительных целях; пользование для нужд охотничьего хозяйства.

Однако, все виды приропользования имеют некоторые **общие специфические черты**. К таким специфическим чертам можно, во-первых, отнести **целевой характер пользования** всеми видами природных ресурсов. Согласно [п. 1 ст. 20](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008107#sub_id=200000) Закона об охране окружающей среды, природопользователи обязаны использовать природные ресурсы в соответствии с целевым назначением и условиями их предоставления. С целевым назначением права природопользования связаны объем и характер прав и обязанностей природопользователей отдельных видов природных ресурсов.

Во-вторых, для прав пользования природными ресурсами характерна **ограниченность их в гражданском обороте**. Это выражается в том, что получение природных ресурсов в пользование, как правило, осуществляется на основе специальных разрешений уполномоченных государственных органов - лицензий. По [п. 1 ст. 21](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008107#sub_id=210000) Закона об охране окружающей среды лицензированию подлежит использование природных ресурсов в соответствии с законодательством о них.

Лишение в установленном законом порядке природопользователя разрешения на природопользование влечет за собой и прекращение права природопользования.

В некоторых случаях, помимо права пользования и владения на природные ресурсы, право природопользования может включать в себя и право ограниченного распоряжения природными ресурсами. Так, например, передача права недропользования другому лицу, может быть произведена лишь с разрешения компетентного органа (уполномоченный государственный орган). Но сама передача в этом случае осуществляется на основе гражданско-правовых сделок ([ст. 14 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008107#sub_id=140000) о недрах и недропользовании). В случаях, предусмотренных законодательными актами, предоставление природных ресурсов в пользование и передача права природопользования другим лицам осуществляется на основе гражданско-правовых сделок.

Особо следует остановиться на **праве землепользования** как виде пользования природными ресурсами, имеющем специфические правовые особенности. Право землепользования, как и другие виды права природопользования, имеет целевой характер. Однако, в ряде случаев оно включается в гражданский оборот с правовым режимом, близким к праву частной собственности на земельный участок. Это касается прежде всего права постоянного землепользо-вания граждан и негосударственных юридических лиц. Согласно ст. 43 Указа о земле, негосударственные землепользователи, обладающие правом постоянного землепользования, могут без какого-либо разрешения государственных органов распоряжаться этим правом, как-то: продавать, дарить, сдавать во вторичное землепользование, менять, переуступать в иных формах, сдавать в залог, завещать, вносить в качестве взноса в уставные фонды хозяйственных товариществ или пая в имущество кооперативов, в т. ч. с иностранным участием, а также совершать в отношении этого права иные сделки, не запрещенные гражданским и земельным законодательством.

Более ограниченным в обороте является право долгосрочного первичного землепользования негосударственных землепользователей. Эти землепользователи вправе сдавать принадлежащие им участки в аренду (субаренду) или во временное безвозмездное землепользование, а также отчуждать принадлежащее им право временного землепользования (ст. 41 Указа о земле). Еще более ограничено в обороте право вторичного землепользования, которое всегда является временным. Обладатель права вторичного землепользования может на определенных условиях сдавать участок в аренду или передавать во временное безвозмездное землепользование.

Во всех указанных случаях негосударственный землепользователь, кроме права пользования и владения земельным участком, обладает также правом распоряжения своим правом и по составу правомочий близок к частному собственнику земельного участка. Однако объектом права, которым распоряжается собственник, является непосредственно земельный участок как объект права собственности, а негосударственный землепользователь распоряжается непосредственно включенным в оборот правом землепользования и только опосредствованно через право землепользования - земельным участком.

Важное практическое значение включения в оборот права землепользования заключается в том, что посредством этого вводятся в гражданский оборот земли, которые не могут находиться в частной собственности, в частности, земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения. Это отвечает задачам развития рыночной экономики. Видимо, подобно праву землепользования, целесообразно было бы ввести в оборот посредством разрешения гражданско-правовых сделок и некоторые виды права лесо- и водопользования. Не нарушая конституционных принципов права государственной собственности на природные ресурсы, это позволило бы более полно включить некоторые их виды в систему рыночной экономики.

В значительно меньшей мере включены в гражданский оборот права землепользования государственных землепользователей. Государственный землепользователь не вправе отчуждать, а также сдавать в залог принадлежащее ему право землепользования, за исключением случаев, когда это связано с отчуждением в установленном порядке расположенного на земельном участке недвижимого имущества. Аналогичное правило установлено и в отношении сдачи в аренду земельного участка государственным землепользователем. Сдача государственным землепользователем принадлежащего ему земельного участка в долгосрочную аренду допускается лишь с согласия государства в лице уполномоченного органа.

§ 4. Другие вещные права на природные ресурсы

Важным видом вещных прав на природные ресурсы являются **сервитуты**. Этот вид вещных прав был известен еще римскому праву, но в законодательстве Казахстана он впервые закреплен в Указе о земле. Сервитут - это право ограниченного целевого пользования земельным участком, находящимся на праве частной собственности или праве землепользования у других лиц ([подпункт 14 ст. 1 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=10000)).

Глава 7 Указа о земле регламентирует **четыре вида** земельных сервитутов: право нахождения физического лица на чужих земельных участках и прохода через них; право иного ограниченного пользования соседним или иным земельным участком для прохода, проезда через соседний или иной земельный участок, если иной путь частного собственника или землепользователя к своему участку невозможен, крайне затруднен или требует несоразмерных расходов. К этому же виду сервитута относится использование чужого земельного участка для прокладки или эксплуатации необходимых линий электропередачи, связи, обеспечения водоснабжения, теплоснабжения, мелиорации и других нужд частного собственника или землепользователя, если они не могут быть обеспечены без установления сервитута на соседний или иной участок; использование чужого земельного участка под скотопрогонные трассы временного (сезонного) пользования; использование земельного участка для изыскательских работ.

Законодательством могут предусматриваться другие сервитуты, кроме предусмотренных Указом о земле.

Каковы же те юридические признаки, которые позволяют выделить сервитуты как особый институт земельного законодательства и отграничить его от права землепользования как одного из центральных институтов земельного законодательства? Думается, ошибочно было бы при этом опираться на иные правовые системы, а не правовую систему Казахстана. Ведь как в римском праве, так и, например, в праве царской России и ряда других государств в земельном или гражданском праве отсутствует институт права землепользования в таком содержании и объеме, как в Республике Казахстан. Даже в некоторых странах СНГ, где институт землепользования традиционно развит по сравнению с рыночными странами дальнего зарубежья, наряду с институтом права землепользования, существует институт пожизненного наследуемого владения землей, который ликвидирован в законодательстве Казахстана. Поэтому едва ли применимы к сервитуту по законодательству Казахстана о природных ресурсах те классификации сервитутов, которые существовали еще в римском праве, например деление их на вещные и личные, выделение таких видов сервитутов, как узуфрукт, узус2 . Вместе с тем, следует отметить, что легальное понятие сервитута, сформулированное в Указе о земле, соответствует тем определениям, которые давались, например, в науке русского гражданского права царской России3 или определениям сервитута по законодательству стран дальнего зарубежья как обременения, установленного в отношении земельного участка или же находящегося на ней строения для нужд пользования другим участком или строением4. Однако, это слишком общие определения, естественно, не учитывающие специфику законодательства РК.

Поскольку сервитут, по Указу о земле - это особый вид права землепользования, важно выявить его признаки, отграничивающие сервитут от других видов землепользования. Указ о земле (ст. 1) различает право землепользования как право лица владеть и пользоваться земельным участком, находящимся в государственной собственности, бессрочно (постоянное землепользование) или в течение определенного срока (временное пользование). При этом землепользователь вправе распоряжаться принадлежащим ему правом землепользования в случаях и пределах, установленных Указом о земле. От права землепользования следует отличать право временного пользования земельным участком, находящимся в част-ной собственности, как право субъекта владеть и пользования земельным участком, возникающее на основе договора о временном пользовании земельным участком между собственником земельного участка и временным пользователем (арендатором или безвозмездным пользователем).

Сервитут же, как сказано выше, - это право пользования земельным участком, находящимся на праве частной собственности или праве землепользования у других лиц. Таким образом, от права землепользования земельный сервитут отличается уже тем, что право землепользования в собственном узком смысле слова - это право лица владеть и пользоваться земельным участком, находящимся в государственной собственности, а сервитут - право пользования земельным участком, находящимся у других лиц на праве частной собственности или праве землепользования. Следовательно, сервитуты на землях, находящихся в государственной собственности, могут устанавливаться лишь тогда, когда эти земли находятся на праве землепользования у граждан или юридических лиц. Поэтому сервитут на землях, принадлежащих государству на праве государственной собственности, обременяет не это право, а право землепользования.

Что касается права временного пользования земельным участком, то сервитут отличается от него, во-первых, по содержанию права, во-вторых, по основаниям его возникновения.

Как право временного пользования земельным участком, так и сервитут имеют целевой характер. Однако, содержание сервитута значительно уже содержания права временного пользования земельным участком. Временный землепользователь использует земельный участок по его хозяйственному назначению. Сервитут же имеет всегда вспомогательное, дополнительное значение для других целей обладателя сервитута. Сервитут всегда является обременением другого права, другого лица. Сервитут на сервитут никогда не может устанавливаться. Право, которым обременяется сервитут, должно иметь возможность реализоваться. Поэтому в случаях, когда право на земельный участок, обремененное сервитутом, не может использоваться по своему назначению в результате такого обременения, собственник или землепользователь земельного участка, обремененного сервитутом, вправе в судебном порядке требовать его прекращения. Сервитут может быть также прекращен по требованию частного собственника или пользователя земельным участком из-за отпадения причин, по которым был установлен сервитут (ст[. 54 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=540000)).

Пользователь земельного участка, даже временный, обладает на него в определенной степени правом не только пользования и владения, но и распоряжения. Так, например, вторичный временный землепользователь, являющийся арендатором, имеет право сдать арендованный земельный участок (или его часть) в субаренду или передать его другому лицу на основе договора о временном безвозмездном пользовании без изменения его целевого назначения ([п. 5 ст. 42](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=420000)). Сервитут не может быть самостоятельным предметом сделок, в т. ч. купли-продажи и залога. Он может переходить к другим лицам лишь вместе с правом, для обеспечения которого установлен сервитут ([п. 2 ст. 3 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=30200)).

Различаются и основания возникновения сервитута и права временного пользования земельным участком. Последнее возникает только на основе договора между частным собственником земельного участка и временным пользователем. Сервитут может возникать как на основе договора заинтересованного лица с частным собственником земельного участка или землепользователем, так и непосредственно из нормативного правового акта или на основе акта местного исполнительного органа ([п. 2 ст. 47 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=470200)).

Из сказанного видно, что земельный сервитут в законодательстве РК существенно отличается от сервитутов в римском праве или даже сервитутов стран дальнего зарубежья с рыночной экономикой.

Нормы о сервитутах в законодательстве РК сначала были закреп-лены в земельном законодательстве. Затем соответствующими нормами был дополнен Указ о недрах и недропользовании ([п. 25-1 ст. 1](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=10025), [ст. 11-2](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=110000)). В других нормативных актах о природных ресурсах положения, близкие по правовой природе к сервитутам земельного законодательства, законодательно оформлены в других правовых конструкциях. Например, в Водном кодексе выделено общее водопользование. Согласно [ст. 27 Водного кодекса](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1042116#sub_id=270000), общее водопользование осуществляется для удовлетворения питьевых и иных нужд населения без закрепления водных ресурсов за отдельными гражданами и без применения сооружений или технических устройств, влияющих на состояние вод. Специальных разрешений для осуществления общего водопользования не требуется. Право общего водопользования - это право на ограниченное целевое использование находящихся в государственной собственности вод, возникающее непосредственно. Это право сходно с земельным сервитутом, но отличается от него тем, что общее водопользование может осуществляться за счет водных источников как закрепленных, так и не закрепленных за водопользователями.

Близкими к сервитутам являются и побочные лесные пользования по лесному законодательству в форме сенокошения, пастьбы скота, сбора грибов, ягод, размещения ульев, которые по [ст. 29 Лесного кодекса](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1041486#sub_id=290000) отнесены к видам лесопользования. Эти правовые институты пользования природными ресурсами оформлены в правовые конструкции особых видов права пользования, имеющих отличия от понятия сервитута, закрепленного в земельном законодательстве.

К вещным правам относят право залога прав на природные ресурсы. Здесь следует отметить лишь то, что из всего законодательства о пользовании природными ресурсами право залога специально предусмотрено лишь земельным законодательством и законодательством о недрах и недропользовании.

В Указе о земле залогу земельного участка и права землепользования посвящена [гл. 8](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=560000). Согласно [ст. 56](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=560000) Указа, предметом залога может быть земельный участок, принадлежащий залогодателю на праве частной собственности, и право землепользования. При этом Указ устанавливает, что к отношениям по земельному залогу земельного участка и права землепользования применяются положения об ипотеке недвижимости.

Вместе с тем, в гл. 8 Указа о земле имеются и специальные нормы, накладывающие ограничения на указанные виды залога, а также регламентирующие право залога земельного участка или права пользования земельным участком, на котором имеются здания и сооружения.

Среди ограничений, установленных на залог земельного участка и права землепользования, следует отметить запрет на залог участка и права землепользования, если в отношении последних не допускается законом совершение сделок, а также запрет залога права краткосрочной аренды и временного безвозмездного землепользования. Имеются другие ограничения залога земельного участка и права землепользования.

Передача права недропользования в залог регламентирована [ст. 15 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=150000) о недрах и недропользовании.

Передача права недропользования в залог допускается лишь в случаях и порядке, в которых, согласно [ст. 14](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=140000) Указа о недрах и недропользовании, возможна вообще передача права недропользования.

Из всех описанных выше прав на природные ресурсы легально к вещным правам отнесены следующие права на землю: право собственности, право землепользования, право временного пользования земельным участком, находящимся в частной собственности, сервитут ([подпункт 1 ст. 1 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=10000)). Кроме того, к вещным правам на землю ст. 1 упомянутого Указа относит также “иные вещные права, кроме перечисленных выше”. К таким иным вещным правам можно отнести право залога земельных участков и права землепользования.

Видимо, есть все основания отнести к вещным права на другие природные ресурсы, аналогичные вещным правам на землю, а именно: право государственной собственности, большинство видов прав пользования природными ресурсами. При этом нужно исходить из признаков, присущих вещным правам, а не только и даже не столько из аналогии с земельными правами, легально признанными вещными. Прежде всего, это абсолютный характер вещных прав, наличие у них объекта в виде вещей, наличие права следования, возможность защищать эти права с помощью вещных исков. При этом следует учесть, что в чистом виде вещных прав не существует. Все они в той или иной степени находятся в единстве с обязательственными правами, абсолютные права находятся в единстве с относительными, а вещные права могут иногда защищаться и обязательственно-правовыми методами. Это следует принимать во внимание, поскольку выделение вещных прав в законодательстве имеет не только теоретическое, но и практическое правоприменительное значение. Из-за того, что вещные права имеют и признаки обязательственных прав, во избежание их смешения на практике важно законодательное определение видов вещных прав, как это, например, сделано в ст. 1 Указа о земле. При этом вещными следует законодательно признавать те права, в которых признаки вещных прав являются доминирующими, а выявление доминирующих признаков для отнесения прав к вещным - это уже задача науки права. Так, например, легальное отнесение права собственности и права землепользования к вещным правам позволило ввести в Указ о земле норму [ст. 115](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=1150000), по которой право собственности и право землепользования могут защищаться в порядке, предусмотренном ст. ст. [259-267 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2590000) для защиты права собственности и иных вещных прав.

Учитывая сказанное, не вызывает сомнения отнесение к числу вещных права собственности на отдельные виды природных ресурсов, поскольку это право [ст. 193 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1930000) относит к числу вещных.

Сложнее обстоит вопрос об отнесении к числу вещных права недропользования, водопользования и лесопользования, поскольку, в отличие от права землепользования, эти права не закреплены в законе как вещные. Однако, по аналогии с правом землепользования, эти права можно в ряде случаев отнести к вещным, поскольку они имеют в основном те же юридические признаки, что и право землепользования, в частности, в большинстве случаев эти права включают в себя и право владения на недра, воды и леса, носят абсолютный характер и могут защищаться вещными владельческими исками.

Но есть еще и такие права пользования природными ресурсами, при которых у пользователей трудно выявить право владения ресурсами, например, право любительской охоты, право сбора грибов в лесах и некоторые другие аналогичные права пользования. Защита этих прав с помощью вещных исков практически невозможна и корректность отнесения таких видов права пользования природными ресурсами к вещным вызывает сомнения.

§ 5. Вещные права на землю

В соответствии с п. 1 ст. 195 ГК РК и ст. 1 Указа о государственной регистрации прав на недвижимое имущество из прав на землю к вещным правам относятся право собственности, право землепользования, сервитуты.

Объектом всех указанных прав являются **земельные участки**. Вещные права возникают на вещи, определяемые индивидуальными признаками. В связи с изложенным, одной из предпосылок возникновения вещных прав на земельные участки является формирование объекта. Индивидуализация земельных участков как объектов правоотношений в настоящее время осуществляется путем присвоения им кадастровых номеров, определением границ, их местонахождения, установлением категории и целевого назначения и другими параметрами. Идентификация земельного участка осуществляется путем занесения необходимых его признаков в земельный и правовой кадастры, а также в правоподтверждающие документы (акты на право собственности, право постоянного землепользования и т. д.). Действующие формы правоподтверждающих (правоустанавливающих) документов на земельные участки, утвержденные Постановлениями Правительства Республики Казахстан от 8 апреля 1996 г. [№ 402](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005810) “О выдаче гражданам и юридическим лицам актов на право собственности на земельный участок, право постоянного землепользования”, от 6 декабря 1996 г. [№ 1495](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007150) “Об утверждении форм типовых договоров о временном землепользовании”, от 10 декабря 1996 г. [№ 1511](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007152) “Об утверждении порядка купли-продажи находящихся в государственной собственности земельных участков или права постоянного землепользования”, в основном содержат необходимые идентифицирующие признаки земельного участка, необходимые для ведения земельного и правового кадастров.

В настоящее время имеют хождение старые формы правоустанавливающих документов (на право пожизненного наследуемого владения землей, на право постоянного пользования), которые, в соответствии с п. 8 ст. 122 Указа о земле, не утратили юридическую силу. Однако, такие документы не позволяют в полной мере идентифицировать земельный участок как объект недвижимости, поскольку в них не указаны такие сведения, как кадастровый номер, категория земли, делимость или неделимость земельного участка. В связи с этим органами по ведению земельного и правового кадастров согласована процедура восполнения недостающей информации в таких документах либо путем внесения в них дополнительной информации, либо путем замены их на новые формы документов. Замена таких документов требует проведения землеустроительных работ. В связи с этим, несмотря на то, что старые формы актов не утратили юридическую силу, право, которое в них закреплено, не может быть в ряде случаев осуществлено без замены документов на новые формы актов.

На разных этапах развития законодательства набор параметров земельного участка, определяющих его правовой режим, менялся. Возможные последующие изменения, связанные с введением новых или отменой прежних идентифицирующих признаков, вновь создадут проблемы юридической силы ранее выданных документов и заполнения правового и земельного кадастров. В связи с изложенным необходимо установить гибкую систему обмена информацией между земельным и правовым кадастрами, не требующих в каждом случае замены ранее выданных правоустанавливающих (правоподтверждающих) документов на новые.

В законодательстве Республики Казахстан, кроме понятия “земельный участок”, под которым понимается выделенная в замкнутых границах часть земли, закрепляемая в установленном Указом порядке за субъектами земельных отношений (подпункт 6 п. 1 ст. 1 Указа о земле), существует понятие **земля** (п. 3 ст. 6 Конституции РК, подпункт 8 п. 1 ст. 1, п. 2 ст. 30 Указа о земле). В связи с этим возникает вопрос о соотношении указанных понятий и субъектах, которые могут стать обладателями вещных прав на такие объекты. Согласно определению, данному в Указе о земле, земля - это природный объект хозяйствования, являющийся в соответствии с законодательством объектом собственности и землепользования (недвижимое имущество). Представляется, что понятия “земля” и “земельный участок” соотносятся как род и вид. Причем объектами права частной собственности и права землепользования могут быть только земельные участки. Остальная земля, на наш взгляд, является объектом только государственной собственности. Такой вывод следует из п. 2 ст. 30 Указа о земле, закрепившего принцип презумпции права государственной собственности на земли, не находящиеся в частной собственности. Земли, находящиеся в государственной собственности, могут быть выделены или не выделены в земельные участки. Предоставление же земли в частную собственность или в землепользование всегда происходит путем формирования земельного участка. В связи с изложенным возникает вопрос о том, являются ли нераспределенные государственные земли индивидуально определенными вещами, поскольку они не имеют кадастровых номеров и т. д.? Следует признать, что в указанных случаях индивидуализация земли, как объекта права государственной собственности, определяется иными признаками. В частности, это границы государств, земельно-кадастровая основа земельного кадастра, где земли распределены по категориям, бонитету земли и другим параметрам. Границы государств позволяют разграничить территории одних государств от территории других государств. В Казахстане в пределах его границ все земли, не находящиеся в частной собственности, признаются собственностью государства.

Изложенное еще раз подтверждает, что объекты вещных прав всегда должны быть индивидуализированы.

К вещным правам на земельные участки, как было сказано выше, относятся право собственности, право постоянного и временного землепользования. Рассмотрим каждый из них.

Законодательством Казахстана **допускается государственная** и **частная собственность на земли** (земельные участки). Институт частной собственности введен Конституцией Республики Казахстан, согласно которой земля может находиться в частной собственности на основаниях, условиях и в пределах, установленных законом (ст. 6). Субъекты, объекты и правовой режим земельных участков, находящихся в частной собственности, устанавливаются Указом о земле и иными нормативными правовыми актами.

Возможность приобретения земельных участков в частную собственность зависит от субъектного состава, категории земли и целевого назначения земельного участка. Граждане РК, в соответствии со ст. 33 Указа о земле, могут приобрести в частную собственность земельные участки для ведения личного подсобного хозяйства, садоводства и дачного строительства. В частной собственности граждан и юридических лиц, в т. ч. и иностранных, могут находиться земельные участки, предоставленные (предоставляемые) под застройку или застроенные производственными и непроизводственными, в т. ч. жилыми, зданиями, сооружениями и их комплексами, включая земли, предназначенные для обслуживания зданий и сооружений в соответствии с их назначением. Для иных целей иностранные субъекты могут приобрести право временного землепользования, но не право частной собственности.

Иностранные государства на территории Казахстана могут на основании международного договора приобрести только право землепользования (п. 3 ст. 30, п. 6 ст. 38 Указа о земле). Поскольку право постоянного землепользования предоставляется только для определенных целей, иностранные государства в установленном порядке могут стать обладателями только права временного землепользования. Однако, в соответствии с международным договором, ратифицированным Республикой, иностранные государства в силу приоритета таких договоров перед законами РК могут стать обладателями и других вещных прав на земельные участки, в т. ч. права собственности и права постоянного землепользования. В законодательстве РК нет запрета на приобретение иностранными государствами права собственности на иные объекты недвижимости, прочно связанные с землей, например, на здания, сооружения. В связи с этим существует проблема определения природы прав на земельные участки в тех случаях, когда здания указанными субъектами приобретаются в собственность. В частности, посольства иностранных государств не являются самостоятельными субъектами вещных прав, а выступают в гражданском обороте от имени государства. Для размещения посольств они могут приобрести здания на территории Казахстана, которые признаются собственностью иностранного государства.

Для определения природы прав на земельные участки в указанных случаях следует исходить из следующего. В [ст. 18 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=180000) закреплен принцип неотрывности прав на здания и земельные участки, необходимые для эксплуатации и содержания таких зданий. Причем за исключением случаев, предусмотренных законодательством, природа прав на указанные объекты должна совпадать. В частности, право собственности на здания влечет право собственности на земельные участки и т. д. Из указанного правила есть следующие исключения: 1) право собственности на здания (сооружения), расположенные на земельных участках крестьянского (фермерского) хозяйства, принадлежащих членам на праве постоянного землепользования; 2) право собственности на здания (сооружения), возведенные в порядке, установленном подпунктом 5 п. 1 ст. 28 Указа о земле, на земельных участках, предоставленных во временное землепользование. Исключением являются также случаи приобретения иностранными государствами в собственность зданий, поскольку земельные участки, на которых расположены указанные объекты, не могут перейти в собственность иностранного государства, являющегося собственником здания. На практике их права на земельные участки переоформляются во временное землепользование независимо от того, какие права имели на землю отчуждатели.

В п. 3 ст. 33 Указа о земле перечислены земли, которые **не могут находиться в частной собственности**. К ним отнесены земельные участки:

1) сельскохозяйственного назначения, кроме случаев, указанных в п. 1 излагаемой статьи;

2) обороны;

3) особо охраняемых природных территорий;

4) лесного и водного фондов;

5) земли общего пользования на землях населенных пунктов.

Земли, перечисленные в подпунктах 1-4, относятся к категориям земли и сведения об этом отражаются в правоустанавливающих (правоподтверждающих) документах и в земельном, а в связи с регистрацией прав на недвижимое имущество, и в правовом кадастрах. Земли общего пользования на землях населенных пунктов не относятся к самостоятельной категории земель и входят в состав земель населенных пунктов. В связи с этим в настоящее время возникают проблемы соблюдения специального правового режима, установленного для них, поскольку ни в правоустанавливающих (правоподтверждающих) документах, ни в земельном кадастре нет сведений о принадлежности земельного участка к землям общего пользования.

В соответствии с определением, данным в Указе о земле, землями общего пользования признаются земельные участки, занятые и предназначенные для занятия площадями, улицами, проездами, набережными, парками, скверами, бульварами, пляжами и иными объектами, предназначенными для нужд населения. Таким образом, из определения следует, что любые перечисленные объекты, предназначенные для нужд населения, не могут находиться в частной собственности. Такие ограничения, устанавливаемые исходя из специфики объектов, нельзя признать обоснованными. Они являются препятствием для инвестиций в указанные сферы, что не может способствовать, например, благоустройству пляжей, скверов и других зон отдыха. В связи с изложенным следует в каждом населенном пункте из числа указанных объектов определить перечень объектов, которые не могут быть переданы в частную собственность, исходя из целевого назначения и необходимости их сохранения в государственной собственности. Остальные объекты могли бы быть переданы в частную собственность.

Право частной собственности за земельные участки является новым институтом в Казахстане. В связи с этим при применении его норм возникают ряд вопросов, обусловленных несовершенством или противоречиями в законодательстве. Развитие указанного института должно происходить путем устранения указанных недостатков, усилением гарантий прав собственников, расширением состава земель, предаваемых в частную собственность, а также субъектного состава негосударственных собственников. В частности, в настоящее время обсуждаются вопросы о введении частной собственности на земли сельскохозяйственного назначения. Указанные земли, в соответствии с действующим законодательством, предоставляются гражданам РК только для целей, предусмотренных в п. 1 ст. 33 Указа о земле. К вопросу о расширении субъектного состава лиц, которые могут приобрести земли сельскохозяйственного назначения в собственность, необходимо подходить осторожно, учитывая не столько юридические или экономические условия, сколько политические, социальные, национальные, даже психологические особенности развития общества современного Казахстана.

К вещным права на земельные участки относятся также **право постоянного и временного землепользования,** **а также право временного пользования земельным участком**. Согласно определениям, данным в ст. 1 Указа о земле, под правом землепользования понимается право лица владеть и пользоваться земельным участком, находящимся в государственной собственности, бессрочно (постоянное землепользование) или в течение определенного срока (временное землепользование). Право временного пользования земельным участком возникает только в отношении земельных участков, находящихся в частной собственности, и представляет собой право субъекта владеть и пользоваться земельным участком, возникающее на основе договора о временном пользовании земельным участком между собственником земельного участка и временным пользователем (арендатором или безвозмездным пользователем). Как видно из определений, указанные права предоставляют обладателям право владения и пользования чужим земельным участком. В объеме, предусмотренным законом, они имеют и право распоряжения.

Вещно-правовая природа рассматриваемых прав выражается не только в обладании землепользователями правами владения, пользования и распоряжения объектом недвижимости в установленном объеме. Это относится и к способам удовлетворения интереса управомоченного лица путем непосредственного воздействия на вещь, и в абсолютном характере защиты от незаконных посягательств третьих лиц, в т. ч. и от собственника, и в следовании за вещью рассматриваемых прав и т. д. Например, землепользователь может самостоятельно защищаться от нарушений своего права третьими лицами, не прибегая к помощи собственника. Такое право предоставлено ему [ст. 265 ГК РК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2650000), в соответствии с которой правом предъявления виндикационного и негаторного исков наделены лица, хотя и не являющиеся собственниками, но владеющие имуществом на праве хозяйственного ведения, оперативного управления, постоянного землепользования либо по иному основанию, предусмотренному законодательными актами или договором.

Таким образом, все титульные владельцы, в т. ч. постоянные и временные землепользователи, обладают правом абсолютной защиты. Изложенное доказывает вещно-правовую природу указанных прав и позволяет в случае пробелов в законодательстве прибегнуть к нормам, регулирующим вещные права, если иное не установлено законодательством и не противоречит существу возникающих отношений. Это не исключает существования между собственником земельного участка и землепользователем обязательственных правоотношений, связанных с выполнением принятых по договору обязательств (по уплате арендной платы, использованию земельных участков по целевому назначению и т. д.).

Для указанных прав на земельные участки устанавливается различный правовой режим. Рассмотрим каждый их них.

**Право постоянного землепользования** предоставляется только определенным субъектам и для определенных целей. В соответствии с п. 1 ст. 40 Указа о земле, на праве постоянного землепользования предоставляются земельные участки следующим землепользователям:

1) крестьянским (фермерским) хозяйствам;

2) лицам, владеющим зданиями или сооружениями на праве хозяйственного ведения или оперативного управления;

3) государственным и негосударственным юридическим лицам, осуществляющим сельскохозяйственное и лесохозяйственное производство;

4) лицам, осуществляющим землепользование на землях особо охраняемых природных территорий;

5) в иных случаях, предусмотренных законодательством.

Право постоянного землепользования не может быть предоставлено иностранным землепользователям (п. 2 ст. 40 Указа о земле).

Правовой режим права постоянного землепользования зависит от особенностей субъекта. Объем прав негосударственных постоянных землепользователей сближает режим указанного права с правом собственности. В частности, они имеют право владения, пользования и распоряжения принадлежащим им правом. Право постоянного землепользования, например, может быть такими землепользователями отчуждено, сдано в залог, передано по наследству. Изъятие для государственных надобностей земельных участков, которые физическим лицам и негосударственным юридическим лицам принадлежат на праве постоянного землепользования, осуществляется только в порядке выкупа.

Отличие режима права собственности на земельный участок от права постоянного землепользования негосударственных землепользователей состоит только в наличии дополнительных оснований для принудительного изъятия земельного участка. В частности, принудительное изъятие по основаниям, предусмотренным ст. ст. 71 и 72 Указа о земле (изъятие земельного участка, не используемого по назначению или используемого с нарушением законодательства), допускается только в отношении права землепользования. Земельный участок, находящийся в частной собственности, по этим основаниям изъятию не подлежит.

Государственные землепользователи осуществляют принадлежащее им право постоянного землепользования в объеме, установленном законодательством. Такой землепользователь, в частности, не вправе отчуждать, а также сдавать в залог принадлежащее ему право землепользования, за исключением случаев, когда это связано с отчуждением в установленном порядке расположенного на земельном участке недвижимого имущества либо его залога.

**Право временного землепользования** может быть первичным (приобретенным от государства) или вторичным (приобретенным у первичного землепользователя), краткосрочным (до трех лет) или долгосрочным (до 99-ти лет), возмездным или безвозмездным. Поскольку максимальный срок в 99-ть лет установлен для права временного землепользования, следовательно, право пользования земельным участком, находящимся в частной собственности, не может быть ограничено сроком.

Правовой режим права **временного землепользования** зависит от следующих обстоятельств:

категории и целевого назначения земельного участка;

вида субъекта права;

характера (первично или вторично);

срока (краткосрочно или долгосрочно);

возмездно или безвозмездно.

В частности, право землепользования, принадлежащее физическим лицам, негосударственным юридическим лицам, государственным юридическим лицам и иностранным землепользователям имеют различный правовой режим. Например, право землепользования иностранных государств на территории Казахстана может возникнуть только на основании международного договора. Граждане и негосударственные землепользователи обладают правом распоряжения принадлежащим им правом землепользования (п. 3 ст. 40, п. 1 ст. 43 Указа о земле). Государственные землепользователи не вправе отчуждать, а также сдавать в залог принадлежащее ему право землепользования, за исключением случаев, когда это связано с отчуждением в установленном порядке расположенного на земельном участке недвижимого имущества либо его залога (п. 2 ст. 44 Указа о земле).

Объем правомочий первичного землепользователя, как правило, шире объема правомочий вторичного землепользователя. В частности, негосударственный землепользователь с правом первичного долгосрочного землепользования вправе сдавать принадлежащий ему земельный участок (или его часть) в аренду (субаренду) или во временное безвозмездное пользование, а также отчуждать принадлежащее ему право временного землепользования. В то время как вторичные землепользователи не вправе, например, производить отчуждение принадлежащего ему права без согласия первичного землепользователя (п. 6 ст. 42 Указа о земле). Существуют другие ограничения прав вторичных землепользователей, предусмотренные Указом о земле.

Срок права землепользования также влияет на правовое положение временного землепользователя. Например, в соответствии с п. 4 ст. 57 Указа о земле, не допускается залог права краткосрочной аренды, в то время как временное долгосрочное землепользование, принадлежащее негосударственным землепользователям, может быть предметом залога.

Возмездность (безвозмездность) права также определяют его правовой режим. Вторичный землепользователь, являющийся арендатором, имеет право сдать арендованный земельный участок или его часть в субаренду или во временное безвозмездное землепользование, если договором аренды, заключенным с первичным землепользователем, не предусмотрено иное. Вторичный землепользователь, владеющий земельным участком на основе договора о временном безвозмездном землепользовании, может с согласия лица, предоставившего земельный участок (первичного землепользователя), сдать участок или его часть в аренду или передать другому лицу по вторичному договору о временном безвозмездном землепользовании без изменения целевого назначения данного земельного участка (п. 5 ст. 42 Указа о земле). Право временного безвозмездного землепользования, кроме того, не может быть предметом залога (п. 4 ст. 57 Указа о земле).

Таким образом, анализ земельного законодательства Казахстана показывает, что к вещным правам на земельные участки, кроме права собственности, относятся право постоянного и временного землепользования, сервитуты. Законодательством к вещным правам на земельные участки могут быть отнесены и другие права.

§ 6. Вещные права на недра

**К вещным правам на недра** из всех видов вещных прав на природные ресурсы относятся право собственности, причем только государственной, и право пользования недрами.

Под “недрами” понимается часть земной коры, расположенная ниже почвенного слоя, а при его отсутствии - ниже земной поверхности и дна морей, озер, рек и других водоемов, простирающаяся до глубин, доступных для проведения операций по недропользованию с учетом научно-технического прогресса ([подпункт 15 ст. 1 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=10000) о недрах и недропользовании). По законодательству РК недра являются исключительной государственной собственностью.

Как и любой другой объект вещных прав, недра характеризуются индивидуально определенными признаками. Индивидуализацию недр следует начинать именно с того главного признака, что они расположены в пределах границ территории РК, которые имеют четко очерченные контуры, разделяющие их от границ территорий других государств. Недра, в свою очередь, на всей территории республики разделяются на блоки - участки недр. Участок недр (блок) является геометризированной частью недр, выделяемой в замкнутых границах для предоставления в недропользование другим субъектам (подпункт 27 ст. 1 Указа о недрах и недропользовании). Дальнейшая индивидуализация недр как объектов вещных прав проявляется и во включении их в государственный фонд, и ведении уполномоченными государственными органами государственного кадастра для определения и учета границ участков недр и содержащихся в них полезных ископаемых.

Следует заметить, что в теории и на практике нередко смешивают понятие “недра” с понятием “полезные ископаемые”. Мы полагаем, что такой подход является ошибочным, поскольку полезные ископаемые являются лишь составными частями недр, а не составляют все недра. Ведь недра расположены в контурах всей территории Казахстана, а полезные ископаемые существуют только в определенных его частях (отрезках), имеющих геометризированные границы. Более того, полезные ископаемые, обнаруженные в недрах, находятся в собственности государства. Извлеченные на поверхность земли в ходе эксплуатации, полезные ископаемые превращаются в другую юридическую категорию - минеральное сырье, и в этом качестве они могут полностью или частично перейти в собственность (хозяйственное ведение, оперативное управление) недропользователя в соответствии с условиями контракта (ст. 5 Указа о недрах и недропользовании). Недра же всегда остаются собственностью государства. В подтверждение этому можно привести нормы Указа о недрах и недропользовании, которые также разграничивает понятия “недра” и “полезные ископаемые”. Так, под “полезным ископаемым” в данном указе понимается содержащееся в недрах природное минеральное вещество в твердом, жидком или газообразном состоянии (в т. ч. подземные воды и лечебные грязи), пригодное для использования в материальном производстве (подпункт 19 ст. 1 Указа).

Следовательно, полезные ископаемые представляют собой лишь составную часть недр, а не все недра. Таким образом, недра и полезные ископаемые являются хотя и взаимосвязанными, но самостоятельными объектами прав.

Одной из отличительных черт недр является то, что они объективно взаимосвязаны с землей. Это объясняется тем, что недра в единой системе природной среды являются элементом, наиболее тесно связанным с землей, иначе говоря, недра выступают непосредственным продолжением земельной территории. Более того, без одновременного использования определенного участка земной поверхности нельзя и невозможно использовать недра. Поэтому вещные права на недра, как правило, предполагают в дополнение к ним и наличие вещных прав на землю.

Недра являются имуществом, ограниченным в гражданско-правовом обороте, поскольку в границах территории РК они являются исключительной собственностью государства и не могут быть предметом купли-продажи, дарения, наследования, залога или же отчуждаться в иной форме. Недра могут быть переданы другим субъектам только на праве недропользования.

Итак, на основании вышеизложенного можно утверждать, что вещными правами на недра являются право государственной собственности и право недропользования.

**Право собственности** является основным видом вещных прав на недра. Специфические особенности права исключительной государственной собственности предопределяют и особенности права собственности на недра. Как эксклюзивный собственник, государство является единственным субъектом права собственности на недра. Государство реализует свои права только через компетентный орган. Причем никакие иные лица, в т. ч. государственные предприятия, не имеют права на осуществление правомочий собственника.

Содержание права собственности на недра раскрывается через правомочия владения, пользования и распоряжения ими. Владение и пользование недрами проявляется, скорее, не в фактическом, а юридическом смысле. Это обусловлено природными свойствами недр. Государство лишено возможности постоянного непосредственного материального соприкосновения с недрами. Нередко происходит так, что земельный участок, под которым (или где) находятся недра, является собственностью частного лица. Государству для материального соприкосновения с недрами требуется проявление его воли как особого субъекта отношений собственности. Общеизвестно, что государство, как исключительный собственник недр, обладает особыми правомочиями и привилегиями, которые не присущи другим субъектам института права собственности. Одним из проявлений этого является предоставление государству законом права принудительного выкупа у частного собственника земельного участка для государственных надобностей. При этом воля собственника земельного участка на продажу не всегда обязательна, и от него требуется только его согласие по поводу стоимости земельного участка, которую государство должен выплатить за этот участок ([ст. 64 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=640000)).

Право распоряжения государством недрами ограничено, поскольку, как уже было сказано, недра являются исключительной государственной собственностью, и не могут быть объектами купли-продажи, дарения, залога. Иными словами, государство не может отчуждать недра другим лицам. Государство реализует свое право распоряжения недрами путем предоставления их в пользование. Правовое регулирование предоставления государством недр в пользование осуществляется законодательством о недрах.

Право собственности на недра отделено от права собственности на поверхность земли. Иными словами, право собственности на землю не влечет за собой право собственности на недра. Права на недра и права на землю являются различными правами, и для каждого из этих прав существует особый порядок его предоставления, предусмотренный различным законодательством. Об этом свидетельствует п. 2 ст. 4 Указа о недрах и недропользовании, который гласит, что отношения по использованию и охране земли регулируются специальным законодательством.

Тем не менее, законодательство о недрах содержит ряд норм, обеспечивающих увязку прав на недра и прав на землю с целью успешного осуществления эксплуатации недр. Так, [п. 4-1 ст. 44 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=440000) о недрах и недропользовании предусматривает, что заключение контракта является основанием для незамедлительного оформления земельного участка местными исполнительными органами. В данном случае право на недра предшествует праву на землю и служит основанием предоставления земельного участка специально для пользования недрами. То, что право на недра выступает основным, а право на землю дополнительным, можно показать и на другом примере. При переходе права недропользования к другому субъекту право землепользования тоже должно быть переоформлено на имя этого субъекта. При прекращении прав на недра должны быть прекращены и права на землю. Вместе с тем, в некоторых случаях права на землю являются определяющими, и возникновение прав на недра зависит от их возникновения. Например, собственник земельного участка имеет право добывать для собственных нужд общераспространенные ископаемые. Это право на недра может прекратиться только с прекращением прав на землю (п. 4 ст. 13 Указа о недрах и недропользовании). Но эта норма закона отнюдь не означает, что собственник земли обладает правом собственности на недра. В данном случае закон предоставляет собственнику право ограниченного пользования недрами, которое возникает и прекращается с возникновением и прекращением прав на землю.

**Право недропользования** существовало и раньше, но оно никогда не рассматривалось как гражданско-правовое и как вещное. Правоотношения в сфере пользования недрами носили административно-правовой характер. В Кодексе о недрах и переработке минерального сырья 1992 г. право пользования недрами рассматривалось в рамках горного права по модели административных отношений. Первый прорыв в направлении перевода этих отношений на рельсы гражданского права был сделан Указом о нефти, которым была внедрена лицензионно-контрактная система передачи недр в пользование. В дальнейшем Указом о недрах и недропользовании было впервые сконструировано право недропользования, как новое вещное право, аналогичное другим вещным правам, таким, как право собственности, хозяйственное ведение, землепользование. И это право получило развернутое закрепление в законодательстве РК.

Субъектами права недропользования могут быть казахстанские и иностранные физические и юридические лица (ст. 11 Указа о недрах и недропользовании).

В Указе о недрах и недропользовании право недропользования построено точно по такой же модели, что и право землепользования.

Право недропользования определено в Указе о недрах и недропользовании как право владения и пользования недрами в пределах контрактной территории, предоставленное недропользователю в соответствии с порядком, установленным Указом о недрах и недропользовании (подпункт 21 ст. 1 Указа о недрах и недропользовании).

Проанализируем, насколько применимы **признаки вещных прав** к праву недропользования.

1. Несомненно, право недропользования является имущественным правом.

2. Возникает оно относительно индивидуально-определенной вещи, под которой понимается участок недр, предоставленный недропользователю в пользование.

3. Право недропользования является абсолютным правом в том смысле, что праву недропользования противостоит обязанность всех и каждого не препятствовать осуществлению этих прав.

4. Из этого признака вытекает абсолютный характер защиты права недропользования, т. е. недропользователь пользуется защитой от действий третьих лиц с помощью особых вещно-правовых исков.

5. Право недропользования установлено Законом - Указом о недрах и недропользовании.

6. Право следования заключается в том, что при смене собственника вещное право сохраняется и следует за вещью. Применительно к праву недропользования, поскольку собственником всегда остается государство, такого перехода права собственности быть не может. Поэтому применительно к праву недропользования необходимость в применении данного признака отсутствует.

7. Право преимущества права недропользования перед любыми обязательственными правами на участок недр не вызывает сомнения.

8. Недропользователь осуществляет право фактического господства над участком недр.

9. Недропользователь обладает правом владения и пользования недрами. Кроме того, ему принадлежит право распоряжения своим правом недропользования.

Таким образом, праву недропользования присущи все признаки вещного права.

Право недропользования не является однородным, что зачастую упускается при анализе этого права. Существуют **различные виды недропользования** (п. 1 ст. 10 Указа о недрах и недропользовании):

государственное геологическое изучение недр;

разведка и добыча полезных ископаемых;

строительство и эксплуатация подземных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей.

Основания возникновения этих видов недропользования различны. Государственное геологическое изучение недр организуется уполномоченным органом по использованию и охране недр (ныне - Министерство природных ресурсов и охраны окружающей среды РК) и осуществляется его подведомственными организациями или привлеченными на основе контракта гражданами или юридическими лицами (п. 1 ст. 18 Указа о недрах и недропользовании). В данном случае предоставление права недропользования производится на основании административного акта, адресованного подведомственным организациям, или контракта (п. 3 ст. 13 Указа).

Разведка и добыча осуществляется путем заключения контракта (п. 1 ст. 13). Особый порядок установлен для добычи общераспрост-раненных полезных ископаемых.

Осуществление строительства и (или) эксплуатация полезных сооружений, не связанных с разведкой и (или) добычей, производится по правилам, установленным для добычи, но с особенностями, предусмотренными законодательством (ст. 19 Указа о недрах и недропользовании).

Так же, как право землепользования, право недропользования может быть постоянное или временное (п. 2 ст. 10 Указа о недрах и недропользовании). В отличие от права землепользования, это деление не имеет здесь такого большого значения. Право постоянного недропользования применяется в очень узких пределах. На праве постоянного и безвозмездного недропользования осуществляется добыча общераспространенных полезных ископаемых (песок, глина, гравий и др.) для собственных нужд на земельных участках, принадлежащих недропользователю на праве частной собственности или постоянного землепользования (п. 3 ст. 10 Указа). Все остальные виды операций по недропользованию осуществляются на основе временного и возмездного недропользования. Это касается также и добычи общераспространенных полезных ископаемых, когда она производится не для собственных нужд, а в коммерческих целях. В этих случаях недропользователь обязан заключить контракт с областным исполнительным органом (п. 2 ст. 13 Указа). Так, если гражданин на своем дачном участке копает песок и использует его для строительства дачного дома, никаких разрешений ему для этого не надо. Но если он начинает продавать этот песок с целью получения дохода, он должен заключить для добычи песка контракт с областном акиматом.

**Основания возникновения права недропользования** закреплены в [ст. 12 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=120000) о недрах и недропользовании:

предоставление права недропользователю, т. е. наделение лица правом недропользования непосредственно государством;

передача права недропользователю, т. е. наделение лица правом недропользования другим недропользователем;

переход права недропользования в порядке универсального правопреемства, т. е. возникновение права недропользования у правопреемника при реорганизации юридического лица. Следует отметить, что в Указе отсутствует указание на возможность перехода права недропользования по наследству в случае смерти физического лица. Это означает, что в случаях, когда для возникновения права необходимо заключение контракта, право недропользования, предоставленное физическому лицу, прекращается, и наследники должны заключать контракт заново. В случае отказа в заключении контракта или несогласия самих наследников заниматься операциями по недропользованию наследники имеют право на взыскание убытков, т. е. всех расходов, понесенных недропользователем, и упущенной выгоды.

Право постоянного недропользования на добычу общерас-пространенных полезных ископаемых для собственных нужд не переходит по наследству. Но оно автоматически возникает у наследника вместе с вступлением в права на земельный участок.

В соответствии со ст. ст. 14 и 15 Указа о недрах и недропользовании предусмотрена возможность передачи права недропользования. Определен механизм передачи права недропользования и его залога. Раньше передача права недропользования другим лицам не допускалась. Теперь такая возможность предусмотрена, но только с разрешения компетентного органа. Разрешение компетентного органа на передачу права недропользования конкретному лицу дается отдельно в каждом случае такой передачи. Не допускается установление в контракте общего разрешения на передачу права недропользования любому лицу по усмотрению недропользователя или по соглашению с компетентным органом.

Право недропользования может быть также передано в залог на основе договора залога имущественных прав, причем предусмотрено, что полученный под залог права недропользования кредит (заем) должен быть использован только на цели недропользования, предусмотренные контрактом (ст. 15 Указа о недрах и недропользовании).

Глава 24. Право собственности и иные вещные права на жилище

§ 1. Общая характеристика

Среди других вещных прав гражданское законодательство выделяет **право собственности** и **иные права на жилище** [(ст. 194 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1940000)), особенности которых определяются жилищным законодательством, прежде всего - Жилищным законом.

При этом право собственности на жилище во многом, конечно, совпадает по своему содержанию с правом собственности на другое недвижимое имущество, но в то же время отличается определенной спецификой, вытекающей из особого значения жилища в удовлетворении жизненных потребностей каждого человека.

Поэтому вещное право на жилище выражает не только принципы гражданского права, но также некоторые принципы социальной защиты, предоставляя в ряде случае приоритет охране интересов граждан, проживающих в жилище.

Общими чертами всех разновидностей вещных прав на жилище является то, что **их объектом неизменно служит жилище**, т. е., как это определено [ст. 2 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=20000), отдельная жилая единица (индивидуальный жилой дом, квартира), предназначенная или используемая для проживания.

Субъектом жилищных прав может быть только гражданин.

Все такие права предоставляют их носителям возможность использовать непосредственным образом принадлежащее или предоставленное им жилое помещение по его назначению, не нуждаясь для этого в чьих-либо дополнительных действиях.

Носители вещных прав на жилище могут самостоятельно вступать в правоотношения с третьими лицами по поводу использования жилища и поддержания его в надлежащем состоянии. Все носители вещных жилищных прав могут собственными действиями защищать их против любых нарушений, в т. ч. и против незаконных действий собственников (конечно, лишь в случаях, когда носитель права сам не является собственником жилища).

Право на жилище и в прошлом, до проведения экономической реформы и массовой приватизации государственного жилищного фонда, занимало важное место среди средств обеспечения удовлетворения жилищных потребностей всех граждан, защиты их жилищных интересов. Основной формой такого удовлетворения служило предоставление государством через местные коммунальные органы и государственные предприятия (учреждения) гражданам и их семьям помещений на условиях найма. Широко использовались, конечно, и частные дома, и кооперативные квартиры, но основной правовой формой жилищных отношений был жилищный наем, основным субъектом отношений был наниматель государственного жилого помещения.

Изучалось правовое регулирование жилищных отношений в основном при изучении второй (Особенной) части жилищного права, которая содержала отдельный институт - договор найма жилого помещения.

В настоящее время ситуация коренным образом изменилась. Основная масса государственного жилищного фонда приватизирована, перешла из отношений найма в отношения собственности. Собственниками, конечно, являются и те, кто построил, купил у другого лица или иным образом приобрел свое жилище. Хотя некоторая часть жилищного фонда все еще сдается внаем, основным субъектом жилищных правоотношений сегодня является не наниматель, а собственник. Изучение правового регулирования жилищных отношений должно проводиться при изучении первой, а не второй части гражданского права.

Сегодня в пределах общего понятия **“право на жилище”** можно различить несколько разновидностей; главные из них:

1) право собственности на жилище;

2) жилищное право участника кондоминиума;

3) право пользования кооперативной квартирой;

4) вещное право нанимателя жилого помещения;

5) право проживания в помещении, принадлежащем другому лицу.

Рассмотрим кратко эти разновидности.

§ 2. Право собственности на жилище

**Право собственности на жилище**, независимо от того, будет ли им отдельный дом, часть дома, квартира или часть квартиры, по основаниям своего возникновения, содержанию правомочий, прекращению и защите в полной мере охватывается общими правовыми предписаниями, относящимися к праву собственности на недвижимость. Сохранились лишь некоторые особенности, связанные с определенными социальными функциями жилища, и они постепенно сглаживаются. Так, до принятия Жилищного закона, было запрещено использование жилища по нежилому назначению, чем, конечно, ограничивались правомочия собственника. [Ст. ст. 4](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=40000) и [18 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=180000) прямо установили, что использование собственником жилища или его части по нежилому назначению не требует разрешения на это государственных органов.

Статья 12 Жилищного закона предусматривает **основания возникновения права собственности на жилище**. Большинство из названных статьей оснований применимо и к случаям приобретения права собственности на другие виды недвижимого имущества. Но некоторые из оснований порождают право собственности только на жилище. Прежде всего это относится к **приватизации жилища**; о таком основании говорит ст. 13 упомянутого Закона.

Приватизация жилищ как общая массовая кампания уже завершилась, но отдельные ее случаи еще допускаются, а для некоторых категорий граждан будут возможны и в дальнейшем. Приватизация - это передача квартиры из государственного жилищного фонда в собственность лиц, которые проживали в квартире в качестве ее нанимателей. Данным признаком приватизация отличается от обычной продажи государственной квартиры. Для приватизации необходимо согласие не только нанимателя квартиры, но и всех, постоянно проживающих с ним, совершеннолетних членов семьи.

Условия приватизации определяются законодательством, она может быть возмездной или безвозмездной. Но во всех случаях перехода государственной квартиры в собственность лица, проживающего в ней, в порядке приватизации приобретателю предоставлялся ряд льгот по сравнению с обычными условиями приобретения подобной квартиры по договору купли-продажи.

При приватизации квартира переходит в собственность не только основного нанимателя, хотя бы он один имел какие-либо приватизационные льготы, но также всех других членов семьи, постоянно проживавших с нанимателем в этой квартире на момент приватизации, хотя кто-либо из них временно отсутствовал. Все эти лица приобретают на жилище право общей совместной собственности.

Если в квартире, подлежащей приватизации, проживает несколько нанимателей (несколько семей), то для приватизации необходимо согласие всех нанимателей и совершеннолетних членов их семей. Такая квартира переходит ко всем семьям в их общую **долевую** собственность с реальным выделением доли каждой семье. Эта **реальная доля** находится в общей совместной собственности членов такой семьи.

В особом порядке к члену жилищного (жилищно-строительного) кооператива переходит **право собственности на занимаемую им кооперативную квартиру**, о чем говорит [ст. 14 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=140000). Моментом перехода является момент полной выплаты членом кооператива паевого взноса, что подтверждается [п. 4 ст. 235 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2350400).

Отдельным основанием права собственности ст. 15 Жилищного закона называет **получение жилища лицом, ранее лишившимся права собственности на дом в связи с изъятием (принудительным выкупом) земельного участка для государственных надобностей**. В этом случае собственник старого дома вправе по своему выбору требовать или денежную или натуральную (в виде нового жилища) компенсацию.

 Собственник жилища, в соответствии со [ст. 18 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=180000), обладает такими правомочиями распоряжения домом или квартирой, какие имеет собственник другого недвижимого имущества. Некоторые ограничения допускаются только в связи с признанием на это же жилище определенных **вещных прав членов семьи собственника**. Речь идет о членах семьи, проживающих в одном жилище с собственником, т. е. о членах семьи, вселенных собственником в свое жилище. Их круг определен ст. 21 Закона. Они имеют равное с собственником право пользования помещением (п. 1 ст. 22). Это право защищается от нарушений со стороны любых лиц, даже - собственника. Такие члены семьи вправе вселять в помещение без согласия собственника своих несовершеннолетних детей (п. 1 ст. 22). Это свидетельствует о значительной степени автономности и элементах абсолютного характера права членов семьи.

Они сохраняют право пользования помещением, даже выходя из состава семьи собственника (п. 1 ст. 22). При реквизиции жилища или выкупе земельного участка, на котором расположен дом, для государственных надобностей члены семьи и даже бывшие члены семьи собственника приобретают право на проживание в жилище, полученном в качестве компенсации - налицо право следования (п. 1 ст. 30 Закона).

Дополнительной защитой обеспечены интересы несовершеннолетних детей из состава семьи собственника при прекращении его права на жилище (п. 3 ст. 13, п. 2 ст. 30).

Изложенное дает основание оценить права членов семьи собственника на принадлежащее ему жилище в качестве вещного права, хотя оно и ограничивается производным и зависимым характером от права собственника.

§ 3. Вещные права участника жилищного кондоминиума

Закон определяет **жилищный кондоминиум** как особую форму собственности на жилой дом, рассматриваемый в качестве единого имущественного комплекса, в котором отдельные жилища находятся в раздельной индивидуальной собственности участников, а общее имущество принадлежит им на праве общей долевой собственности ([ст. 2 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=20000)).

Такое определение дается жилищным законодательством. Но как общее понятие кондоминиум предусматривается ст. 209 ГК РК. Нормы о кондоминиуме содержатся и в земельном законодательстве.

Кондоминиумом следует признать также форму собственности на нежилое здание, принадлежащее нескольким собственникам (владельцам офисов, магазинов, предприятий бытовых услуг и т. п.).

Отсюда, **во-первых**, вытекает, что кондоминиум - это особая форма собственности, характеризуемая сложным объектом, составляющим единый имущественный комплекс. Кондоминиум нельзя смешивать с объединением лиц, которым принадлежит данный имущественный комплекс на праве собственности. Объединение собственников может приобретать различные организационно-правовые формы - группа индивидуально действующих собственников, простое товарищество, кооператив собственников квартир (КСК) и т. п. Это имеет значение для методов управления кондоминиумом в интересах собственников, но отнюдь не для характеристики самого кондоминиума, существующего только в качестве сложного, но единого объекта, одни части которого принадлежат раздельно каждому из собственников, а другие - всем собственникам сообща.

**Во-вторых**, своей индивидуальной собственностью, входящей в состав кондоминиума, его участник вправе свободно, по собственному усмотрению, распоряжаться, без необходимости получить согласие других участников либо органов, управляющих кондоминиумом. Разумеется, не нарушая общих пределов, установленных законодательством для осуществления права собственности.

**В-третьих**, остальное имущество, входящее в состав кондоминиума, относится к общей долевой собственности всех участников кондоминиума, т. е. всех собственников раздельных частей кондоминиального имущества. Но их доли пространственно не выделены и выражаются в форме части единицы (или в процентах), принадлежащей каждому участнику.

Таким образом это - так называемая идеальная доля в общем имуществе, главное назначение которой - определить размер участия каждого собственника в расходах по содержанию общего имущества.

Общее имущество находится в распоряжении и в общем пользовании участников кондоминиума. Общее имущество имеет сугубо подсобное назначение - обеспечивать нормальную эксплуатацию жилого дома. К такому имуществу относятся лестницы, подъезды, подвал, чердак, крыша, лифт, внеквартирные сети коммунального обслуживания и т. п. Закон включает в состав общего имущества также земельный придомовой участок.

**В четвертых,** индивидуальная собственность участника кондоминиума и его доля в общем имуществе связаны неразделимой общностью юридической судьбы. Нельзя ни продать, ни купить квартиру, принадлежащую участнику кондоминиума, не продавая и не покупая при этом полную долю такого участника в общей собственности. Нельзя также переуступить кому-либо право на часть доли или на полную долю в общей собственности кондоминиума, не переуступая при этом право на помещение, находящееся в индивидуальной собственности данного участника кондоминиума. Если участ-ник кондоминиума распоряжается частью помещения, например, продает ее, то к покупателю переходит соразмерная часть доли в общем имуществе. В отличие от прав участника общей долевой собственности, предусмотренных [ст. ст. 212](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2120000) и [218](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2180000) ГК, участник кондоминиума не имеет права ни самостоятельно распоряжаться своей долей в общем имуществе кондоминиума, ни требовать ее выдела из общего имущества.

**В-пятых**, наконец, все участники кондоминиума, независимо от размера принадлежащей им доли в общем имуществе, имеют равное право пользоваться таким имуществом. Порядок пользования может складываться без каких-либо решений по этому вопросу, если такой порядок не вызывает возражений у кого-либо из участников. Порядок может определяться или изменяться соглашением участников либо решением органа управления кондоминиумом.

**Право пользования общим имуществом** **кондоминиума** принадлежит всем участникам в силу одного того факта, что все они являются собственниками отдельных помещений кондоминиума. Это право не требует никаких подтверждений, решений или иных разрешительных актов. Решения могут влиять на порядок осуществления права, но не на его существование. Такое право пользования является бессрочным, как и право индивидуальной собственности на помещение.

Напротив, лица, не имеющие права индивидуальной собственности хотя бы на одно помещение кондоминиума, не могут иметь непосредственного права пользоваться предметами общей собственности. Они вправе приобретать право пользования, но производное - по решению или разрешению участников кондоминиума либо органов управления кондоминиумом.

В жилом доме помимо жилых помещений могут быть нежилые помещения, также находящиеся в индивидуальной собственности (магазины, парикмахерские, офисы и т. д.). Их собственники также являются участниками кондоминиума, занимая правовое положение в кондоминиальных отношениях, аналогичное положению собственников жилых помещений.

Если в одном жилом помещении (в одной квартире) проживают два или несколько собственников, а также если одно нежилое помещение принадлежит нескольким собственникам, они все вместе рассматриваются как один участник кондоминиума ([ст. 33 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=330000)).

Таково основное содержание вещных прав участников жилищного кондоминиума.

Но осуществление этих прав неразрывно связано с **формой управления кондоминиумом**, поскольку кондоминиум как таковой может функционировать только в качестве единого жилого комплекса с нераздельной системой жизнеобеспечения. Поэтому возможность реализации индивидуальных прав каждого участника зависит от согласования его действий с действиями других участников.

Формы управления кондоминиумом могут быть различными, но в одном кондоминиуме возможна только одна. Недопустимо, чтобы один подъезд дома управлялся жильцами, другой - нанятым управляющим, третий - кооперативом жильцов и т. п., ибо возникает опасность для нормального обеспечения дома водой, теплом, газом и другими услугами, которые могут предоставляться только в целом на весь дом. Именно поэтому п. 1 ст. 42 Жилищного закона предусмотрено, что в многоквартирном жилом доме (или его части), который имеет единую систему инженерного обеспечения и составляет единый жилищно-коммунальный комплекс, может применяться только одна форма управления объектом кондоминиума.

Какие же возможны формы управления?

Ответ дает ст. 42 Жилищного закона.

Во-первых, - совместное управление домом, осуществляемое всеми собственниками, сообща решающими общие вопросы. Такая форма является наиболее простой и не требует образования каких-либо организационных структур, ведения сложной документации и накладных расходов. Но она целесообразна лишь при небольшом количестве собственников. Закон допускает такую форму только при наличии от двух до четырех участников.

Во-вторых, собственники вправе нанять специально для управления объектом кондоминиума физическое или юридическое лицо, которое будет представлять собственников перед всеми другими лицами, обеспечивающими деятельность кондоминиума. Распределение прав, обязанностей и ответственности устанавливается при этом договором собственников с таким управляющим.

В-третьих, собственники помещений могут образовать потребительский кооператив собственников квартир (**КСК**) в жилых домах или собственников помещений (**КСП**) в домах, где участниками кондоминиума являются собственники не только жилых, но и нежилых помещений (правовое положение КСП тождественно правовому положению КСК).

В-четвертых, по желанию собственников возможен выбор другой организационной формы, не противоречащей закону. Собственники помещений жилого дома, который вместе с другими домами управляется одной организационной структурой (например, одним кооперативом), вправе выйти из этой структуры и образовать свою отдельную структуру управления.

 На практике встречаются иногда чисто житейские затруднения. Собственники не избирают никакой формы управления либо предлагают несколько разных форм, ни одна из которых не может набрать большинства голосов. В этом случае должна применяться форма кооператива собственников квартир, которой Жилищный закон явно придает приоритетное значение. Поэтому [п. 5 ст. 42 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=420500) определяет, что при недостижении собственниками согласия о форме управления любой из собственников, а в домах, где уже приватизирована часть жилых помещений, также и государственный орган, осуществляющий приватизацию, вправе инициировать образование КСК. Само образование производится учредительным собранием собственников, приобретающих затем права и обязанности членов кооператива.

Возможна и такая ситуация: несмотря на образование кооператива, некоторые собственники помещений не желают в него вступать и не принимают никакого участия в управлении делами кооператива. Это, конечно, их право, ибо вступление в любой кооператив - добровольное дело вступающего. Но все участники кондоминиума, в т. ч. и те, кто не желает вступать в кооператив, обязаны подчиняться решениям органов управления кооператива, определяющим размер и формы участия всех собственников в содержании объекта кондоминиума, исполнять все решения органов управления объектом кондоминиума, относящиеся к использованию общего имущества и обеспечивающие прочность и безопасность эксплуатации дома (п. 8 ст. 43 Жилищного закона).

Таким образом, перед собственником, не участвующим в принятии решения, стоит дилемма: либо исполнять решения, не принимая участия в их принятии, либо использовать возможность оказывать влияние на принятие решений путем участия в управлении делами кооператива, т. е. превратиться в полноправного его члена, тем более, что вступление собственника в КСК не требует каких-либо формальностей.

§ 4. Вещное право члена кооператива на свою квартиру

**Жилищный кооператив** - это объединение граждан, которое создается для приобретения жилищ, предоставляемых в пользование членам кооператива. Если подобное объединение образуется для постройки жилищ с целью их предоставления членам кооператива, то оно именуется жилищно-строительным кооперативом. Различие между жилищным и жилищно-строительным кооперативами заключается, следовательно, в том, что задачи последнего более широкие и охватывают не только приобретение, но также предварительное строительство кооперативных жилищ. Соответственно, члены жилищно-строительного кооператива (ЖСК) по сравнению с членами жилищного кооператива (ЖК), обладают дополнительными правами и обязанностями, связанными со строительством жилых домов. После завершения этапа обеспечения жильем своих членов функции ЖСК полностью совпадают с функциями ЖК, и законодательство не проводит различия между правовым статусом жилищного и жилищно-строительного кооперативов.

Кооперативные квартиры, как это прямо вытекает из ст. 52 Жилищного закона, предназначены **для проживания членов кооператива.** Разумеется, правомочия последних выходят за пределы узкого понимания данного термина (“проживание”), так как необходимо должны охватывать различные проявления пользования, владения и распоряжения, о чем будет сказано далее.

И все же основное назначение кооперативной квартиры накладывает отпечаток на содержание правомочий члена кооператива, придавая им более конкретный ”жилищный” характер и ограничивая передачу квартиры другим лицам.

В отличие от кооператива собственников квартир, который является органом управления кондоминиумом, и, как правило, не обладает вещными правами на имущество, входящее в состав кондоминиума, жилищный (жилищно-строительный) кооператив становится собственником приобретаемых (построенных) жилых помещений (дома, части домов, квартиры, земельные придомовые участки). В качестве собственника жилищный кооператив в лице общего собрания членов кооператива или органов управления, избранных членами кооператива, вправе выносить решения о первоначальном распределении квартир между членами кооператива и предоставлении квартир лицам, позже вступающим в кооператив, контролировать использование квартир, управлять домом как единым жилищным комплексом, принимать все необходимые меры для его жизнеобеспечения.

Члены кооператива, получившие от него квартиры, не становятся их собственниками, но, тем не менее, приобретают на них вещные права, во многом сходные с правами собственника. **Вещное право члена кооператива** складывается из полнообъемных правомочий владения и пользования жилищем и ограниченных правомочий распоряжения им. Главное среди них - это **правомочие пользования**. Оно в кооперативной квартире мало чем отличается от правомочия пользования собственной квартирой, является бессрочным, принудительно может быть прекращено лишь по ограниченному перечню оснований, определяемых законодательными актами. Органы управления жилищным кооперативом не вправе ни прекратить, ни ограничить правомочия пользования кооперативными квартирами, непосредственно установленные законом. Член кооператива сам определяет формы пользования каждым конкретным помещением своей квартиры.

Право пользования жилищем включает, естественно, запрет на принудительное проникновение в квартиру других лиц и запрет препятствовать члену кооператива пользоваться своим помещением. В этой части правомочия члена кооператива и средства защиты правомочий против нарушений равнозначны правомочиям собственника жилища и в равной мере основываются на конституционном принципе **неприкосновенности жилища** ([ст. 25 Конституции РК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=250000)).

Неотделимо от права пользования **правомочие владения** кооперативной квартирой. Оно служит обеспечением самой возможности использования ее для проживания.

Необходимо отметить, что член кооператива вправе защищать правомочия пользования и владения своей квартирой против всех нарушителей, т. е. не только против третьих лиц, но также и против собственника. Здесь вполне применимы и виндикационный, и негаторный иски, что прямо вытекает из [ст. 265 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2650000).

Что же касается **права распоряжения** кооперативной квартирой, то оно, конечно, более ограничено, нежели право собственника распоряжаться своей квартирой, но все же является достаточно реальным.

В определенном порядке член кооператива имеет возможность сдать квартиру в аренду, использовать ее по нежилому назначению, вселять в квартиру временных жильцов, передавать права на квартиру другим лицам. Эти возможности предусмотрены [ст. 56 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=560000), которая устанавливает также, что порядок их осуществления должен быть предусмотрен уставом кооператива.

Как уже отмечалось, жилищное право члена кооператива носит **постоянный, бессрочный характер**. Но, как и всякое право, оно может быть прекращено в случаях и в порядке, установленных законом. Прекращение жилищного права необходимо связано с прекращением членства в кооперативе. Поэтому ст. 59 Жилищного закона, перечисляя основания прекращения членства в жилищном кооперативе, по существу определяет также **основания прекращения вещного жилищного права на кооперативную квартиру**. Все эти основания можно разделить на три группы: возникающие по воле члена кооператива; возникающие в силу объективных обстоятельств; принудительное прекращение.

Воля члена кооператива, направленная на прекращение членства, проявляется в **добровольном выходе из кооператива**, что означает одновременно добровольный отказ от права на кооперативное жилище. Такой выход возможен в различных формах: продажа паенакопления и права пользования квартирой, обмен квартирами и правами на них, безвозмездная передача таких прав другому лицу. В последнем случае выходящий из кооператива владелец квартиры может остаться проживающим в ней либо выехать из нее.

Передача права на кооперативную квартиру не зависит от воли и согласия тех членов семьи, которые остаются проживать в жилом помещении. Исключение составляет лишь член семьи, который имеет право на часть паенакоплений, но он вообще имеет все имущественные права члена кооператива.

Ко второй группе оснований прекращения членства в кооперативе можно отнести объективные обстоятельства: **непригодность помещения для дальнейшего использования** и **смерть члена кооператива**.

Ст. 59 Жилищного закона буквально говорит, что непригодность помещения для дальнейшего использования может прекратить членство в кооперативе, если она вызвана стихийным бедствием, пожаром, аварийным состоянием или другими чрезвычайными обстоятельствами. Мы полагаем, что этот текст подлежит расширительному толкованию.

Невозможность использования жилища по назначению - его разрушение или полное уничтожение - означает ликвидацию объекта права, а, значит, - прекращение права на этот объект, независимо от того, вызвано оно чрезвычайными обстоятельствами или иными, нечрезвычайными причинами, в т. ч. - небрежностью самого члена кооператива, членов его семьи или третьих лиц. Можно спорить о том, кого привлечь к ответственности за разрушение жилища, с кого требовать возмещения ущерба. Но такие требования, даже будучи удовлетворенными, сами по себе не восстанавливают жилище, а, значит, и права на него.

Напротив, восстановление жилища, ранее находившегося в состоянии невозможности использования, может также привести к восстановлению вещного права на кооперативную квартиру.

Членство в кооперативе прекращается смертью члена кооператива, прекращается, следовательно, и право умершего на кооперативную квартиру. Нужно считать, что к ее дальнейшей судьбе применимы общие правила наследственного правопреемства с учетом, очевидно, прав тех наследников, которые проживали совместно с умершим членом кооператива.

Третья группа оснований прекращения членства в кооперативе охватывается понятием **исключения из кооператива**. Такие основания перечислены [ст. 61 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=610000). Они сводятся к грубо неправомерному поведению члена кооператива, связанному с использованием квартиры, т. е. действиями, которые служат основанием выселения нанимателей без предоставления другого жилого помещения (см. ст. 107 Жилищного закона).

Но есть еще одно основание, свойственное только кооперативным жилищным отношениям, - исключение из кооператива по причинам, предусмотренным его уставом. Введение такого основания вполне оправданно, так как кооперативы живут исключительно за счет средств своих членов. За этот же счет обеспечивается содержание в надлежащем состоянии жилых домов и других связанных с ними объектов. В кооперативе действует закон: если необходимо оплатить общие затраты, а некоторые члены кооператива уклоняются от участия в сборе нужных денежных сумм, то недостающую часть так или иначе покрывают другие члены кооператива. Неплательщик живет за счет своих соседей. Поэтому наиболее часто в устав кооператива вносится такое основание выселения как неисполнение (грубое, неоднократное, продолжающееся и т. п.) членом кооператива своих обязательств перед кооперативом, преимущественно - денежных обязательств. В устав могут быть внесены и другие основания исключения, в частности, выезд, направленный на фактическое прекращение проживания члена кооператива в предоставленном ему жилище.

Прекращение права на жилище в связи с принудительным исключением из кооператива ведет к передаче такого права другим лицам, которых можно выстроить по цепочке приоритетов: член семьи, имеющий право на часть паенакоплений; другой член семьи, постоянно проживавший в квартире; другой член кооператива, желающий улучшить свои жилищные условия; иное лицо.

Прекращение жилищного права вследствие выхода из кооператива или исключения из него однородны по своим конечным юридическим последствиям - право прекращается у его обладателя и переходит к другому лицу. Но в первом случае (выход) обладатель права **сам добровольно** передает его другому лицу, во втором же случае прекращение права является **принудительным** и правопреемник определяется **непосредственно законом** или по уполномочию закона.

Нетрудно заметить, что именно в этом положение члена жилищного кооператива отличается от положения члена кооператива собственников квартир. Член ЖК может быть выселен из квартиры при нарушении закона или устава кооператива; член КСК может быть выселен лишь в случаях, специально законом предусмотренных для принудительного прекращения права собственности.

**Другие лица**, проживающие в кооперативной квартире, могут иметь на нее права, в разной степени отличающиеся от вещного права члена кооператива. Неодинаковым правовым статусом обладают: **супруг члена кооператива, члены его семьи, наниматели кооперативной квартиры, временные жильцы.**

За **супругом члена кооператива** может быть признано право на кооперативную квартиру при условии, что паенакопления оплачивались из общего имущества супругов. Все имущественные права, приобретенные в период совместной супружеской жизни, принадлежат обоим супругам ([ст. 223 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2230000), [ст. ст. 31-33 Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1011851#sub_id=310000) о браке и семье), и приобретение жилищного права на кооперативную квартиру не составляет в этом отношении исключения. Практически это означает, что супруг члена кооператива вправе владеть и пользоваться жилищем вместе и наравне с самим членом кооператива. Распорядительные действия по отчуждению либо передаче в пользование кооперативной квартиры (ее части), вселение в нее других лиц и пр. недопустимы без согласия другого супруга. Практически, если стороны не договорились об ином, супруг члена кооператива, имеющий право на паенакопления, равноправен с членом кооператива во владении, пользовании и ограниченном распоряжении квартирой. Различия в правовом положении касаются лишь участия в управлении кооперативом, которое принадлежит только члену кооператива, но не его супругу.

В аналогичном положении находятся **наследники умершего члена кооператива**, постоянно проживавшие вместе с ним в кооперативной квартире. Каждый из них в порядке наследования приобретает право на часть паенакоплений. Один из наследников обязан вступить в члены кооператива, но остальные наследники приобретают право на кооперативную квартиру, аналогичное рассмотренному выше праву супруга члена жилищного кооператива.

В итоге рассмотрения прав члена жилищного кооператива можно прийти к выводу, что по всем основным признакам (объект права, характер правомочий, способы защиты и другие признаки)) такое право может быть отнесено к **категории вещных прав**. Такими же являются права на жилище у членов семьи владельца кооперативной квартиры, имеющих право на часть паенакоплений.

Что же касается других совместно проживающих членов семьи, то их права производны и зависимы от прав члена кооператива. Жилищный закон (ст. 58) упоминает лишь об их праве проживания (пользования) в помещении. Никаких других правомочий для них жилищное законодательство прямо не устанавливает. Но, учитывая близость правового статуса владельца кооперативной квартиры к статусу гражданина-собственника частной квартиры, можно, по нашему мнению, признать **по аналогии** за членами семьи кооператора правомочия членов семьи собственника, которые были освещены выше.

§ 5. Вещные права нанимателя жилого помещения

Договор найма жилого помещения строится по общей модели арендного договора, отличаясь от него рядом видовых особенностей. По субъекту - нанимателем может быть только гражданин - физическое лицо. Основным предметом договора найма жилого помещения служит жилище в том понимании, какое дается ст. 2 Жилищного закона.

Собственник жилища, как уже отмечалось, вправе использовать его и по нежилому назначению, в т. ч. - путем сдачи в аренду лицу, размещающему в квартире мастерскую, офис, магазин и т. п. Но такое использование - право не нанимателя, а собственника. Договор, за-ключаемый нанимателем с собственником жилища для его использования по нежилому назначению, является обычным договором аренды, отнюдь не договором найма жилого помещения. Он не создает, следовательно, жилищных прав нанимателя.

**Договор найма жилого помещения** порождает право нанимателя самостоятельно владеть, пользоваться и в ограниченных пределах, определяемых законодательством и собственником жилища, распоряжаться жилым помещением. Это — необходимые и самые важные признаки вещного права. Поэтому и нанимателя жилого помещения мы можем отнести к **обладателям вещного права**.

Но эта общая характеристика нуждается в существенной конкретизации, учитывающей, обладает ли субъект права достаточной степенью правовой автономии, т. е. возможностью самостоятельно принимать те или иные распорядительные решения, может ли он непосредственно вступать в правоотношения с третьими лицами по поводу объекта своего права, вправе ли такой субъект применять от своего имени средства защиты вещных прав при нарушении принадлежащих ему правомочий.

В пределах общего понятия субъективного жилищного права можно различать **права нанимателей в частном жилищном фонде или в государственном жилищном фонде**. В свою очередь, наниматели в частном жилищном фонде могут проживать: а) в квартирах, прямо предназначенных для сдачи внаем (ст. 24 Жилищного закона) - доходные квартиры; б) в жилище, в котором постоянно проживает сам собственник.

В государственном жилищном фонде также можно различать нанимателей, проживающих в квартирах, предназначенных для: а) граждан независимо от места работы; б) работников предприятия, которому принадлежит дом; в) малоимущих социально защищаемых граждан; г) государственных служащих, работников бюджетных организаций, военнослужащих, лиц, занимающих государственные выборные должности; е) некоторых других, более малочисленных групп нанимателей.

Различие прав, принадлежащих той или иной из названных здесь категорий нанимателей, заключается в разном объеме правомочий по распоряжению помещением, разных основаниях принудительного прекращения права и разных условиях приватизации нанимаемого помещения.

**Жилищные права нанимателей помещений, находящихся в частном жилищном фонде.** Здесь, как отмечалось, можно различить две группы нанимателей. Учитывая, однако, общность экономических оснований жилищного найма и для первой, и для второй групп нанимателей (частная собственность на жилое помещение и коммерческий характер интересов наймодателя), основные условия содержания договоров совпадают и определяются соглашением сторон. Это - срок договора, размер наемной платы, распределение обязанностей по ремонту помещения, основания выселения нанимателей и тому подобное. Некоторые условия предусматриваются Жилищным законом но, как правило, соответствующие нормы Закона являются диспозитивными и открывают сторонам легальную возможность решить вопрос по-своему, а не так, как предполагает Закон.

В случаях, когда стороны не определили взаимным соглашением какие-либо условия, и они прямо не вытекают из текста Жилищного закона, возможно применение общих норм об условиях договора аренды, например, - о распределении между сторонами обязанностей по ремонту жилого помещения, о судьбе улучшений имущества, произведенных нанимателем.

**Сдача внаем доходных квартир** является предпринимательской деятельностью, требующей более четкой защиты правомерных интересов потребителей, к каковым следует отнести нанимателей квартир. Подобные интересы защищаются законом **императивным** образом: нанимателю должно предоставляться **пригодное** для проживания (т. е. отвечающее обязательным строительным, санитарным, противопожарным и иным обязательным требованиям) и **отдельное** жилое помещение. Нельзя предоставлять часть комнаты либо одну из смежных комнат ([ст. 24 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=240000)).

Закон признает также право нанимателя вселять в помещение членов семьи, поднанимателей и временных жильцов; на краткий период (до 6-ти мес.) выезжать из помещения. Член семьи нанимателя, проживающий вместе с ним, приобретает такое же право пользования жилым помещением. При переходе права собственности на жилище к другому лицу договор найма сохраняет силу для нового собственника (п. 8 ст. 24 Закона). Но эти положения установлены **диспозитивными** нормами закона и могут по договору сторон быть изменены или вообще лишены юридической силы.

**Права нанимателя, живущего в квартире собственника**, защищены значительно слабее. Предоставляться может не только отдельное помещение, но также смежная комната или часть комнаты (ст. 25 Закона). Для вселения других лиц, в т. ч. членов семьи, требуется согласие собственника. Соответственно, без согласия собственника нельзя сохранить право на жилое помещение ни при временном выезде в другую местность, ни при переходе права собственности на жилище к другому лицу.

Как видим, - существенно различный подход.

Если стороны по рассмотренным элементам взаимоотношений ничего в договоре не установили, то наниматель доходной квартиры во многом защищен законом, а наниматель, живущий в квартире собственника, в значительной степени лишен такой защиты.

Договор, не предусматривающий срока действия, может быть во всякое время принудительно расторгнут по требованию наймодателя доходной квартиры при предупреждении об этом нанимателя не менее, чем за три месяца. При досрочном расторжении договора нанимателем он должен предупредить об этом наймодателя не менее, чем за месяц либо уплатить за этот месяц установленную договором плату.

Для нанимателей же, живущих в квартирах собственников, установлены существенно иные условия. Досрочное расторжение договора возможно не только при наступлении предусмотренных договором обстоятельств, но и при наличии иных уважительных непредвиденных обстоятельств. Договор, заключенный без указания срока действия, может быть расторгнут наймодателем в любое время без объяснения причин с предупреждением за месяц. Но наниматель вправе расторгнуть договор найма досрочно и без предупреждения, без обязанности внесения какой-либо платы, кроме как за прожитое время, если в договоре не предусмотрено иное.

Как отмечалось выше, для выяснения видовой принадлежности прав, связанных с владением, пользованием и распоряжением чужими вещами, очень важными являются возможности обладателя права самостоятельно вступать в правоотношения с третьими лицами - заключать с ними договоры по поводу вещей, привлекать их к ответственности за нарушение права. Изложенное выше позволяет высказать мнение, что наниматели доходных квартир обладают такой возможностью, хотя и в весьма ограниченных пределах. Пределы еще более сужены для нанимателей, живущих в квартире собственника.

**Особенности прав и обязанностей нанимателей государственных жилищ.** В отличие от тех побудительных коммерческих мотивов, какие лежат в основе законодательства о правовом статусе жилого помещения в частном жилищном фонде, побудительные мотивы формирования законодательства о статусе жилого помещения в государственном жилищном фонде являются принципиально иными. В основе этих последних мотивов лежат социальные предпосылки, публичный интерес, стремление государства обеспечить жилищем граждан, работа и служба которых весьма важна для государства и общества, но которые в современных экономических условиях не имеют возможности обеспечить себя собственным жильем. Предоставляя им квартиры и связывая их жилищные права с продолжением работы (службы), государство создает дополнительный стимул стремиться к такой работе (службе) и не оставлять ее без серьезных оснований.

Иные мотивы, также публичного характера, лежат в основе предоставления жилья малоимущим гражданам, нуждающимся в социальной защите, а также лицам, которые вправе претендовать на сохранение прежнего правового статуса их жилищ, полученных от государства. Моменты получения доходов от коммерческого использования собственником своего жилья путем сдачи в аренду здесь отсутствуют. Напротив, наймодатель берет на себя часть расходов и по созданию, и по содержанию государственного жилища (хотя бы строительство, капитальный ремонт и т. п.). Эти особенности отчетливо проявляются в содержании прав нанимателя государственной квартиры. Такие особенности можно определить следующими общими чертами, которые, однако, для разных категорий нанимателей проявляются в различной степени интенсивности:

значительно расширены (по сравнению с правами нанимателя частной квартиры) права нанимателя государственной квартиры по распоряжению помещением;

квартиры могут быть приватизированы;

ограничены возможности вмешательства наймодателя в осуществление нанимателем своих правомочий;

на государственные предприятия и учреждения возложены обязанности производства капитального ремонта закрепленных за ними государственных жилищ, обеспечение жильем нанимателей, которые должны освободить жилище в связи с капитальным ремонтом (ст. 91 Жилищного закона);

существенно сокращены основания принудительного прекращения жилищного права.

Что особенно важно,- все эти черты, явно направленные на защиту жилищных интересов нанимателя, определяются не столько договором о предоставлении жилого помещения, сколько непосредственными велениями закона, обеспечивая реальную независимость прав нанимателя, в т. ч. и его распорядительных правомочий, от усмотрения наймодателя.

Правом получить жилище из государственного жилищного фонда могут пользоваться только те, **кто нуждается в улучшении своих жилищных условий**. Перечень нуждающихся установлен ст. 69 Жилищного закона. Это те, кто не имеет собственного жилища на территории Республики Казахстан, не имеет в данном населенном пункте государственного жилища либо жилища, принадлежащего на праве собственности негосударственному юридическому лицу или жилищному кооперативу, и другие лица, названные ст. 69 Жилищного закона. Жилища предоставляются нуждающимся в порядке очередности.

Некоторые исключения из правила будут рассмотрены далее.

Разные группы нанимателей жилищ из государственного жилищного фонда обладают несовпадающими правами и обязанностями.

К **первой** из таких групп мы бы отнесли **граждан, проживающих в государственной квартире, полученной вне связи с их работой (службой) или тяжелым материальным положением.**

Предварительно отметим, что такая группа прямо не предусмотрена новым Законом о жилищных отношениях. Более того, ст. 67 Закона, определяя круг лиц, которым может предоставляться государственное жилье, называет только малоимущих социально защищаемых граждан (п. 1 ст. 67) и лиц, которым государственное жилье предоставляется в связи с их работой (службой).

Тем не менее, однако, названная нами группа реально существует и поэтому нуждается в определении ее правового положения.

В прошлом, когда государство принимало на себя обязанности и публично обещало предоставлять жилище **всем гражданам, нуждающимся в улучшении жилищных условий** (см., например, ст. 27 Жилищного кодекса Казахской ССР 1983 г., ст. 28 Жилищного кодекса Республики Казахстан 1992 г.), сотни тысяч граждан такие жилища получили. Эти граждане составляли в недавнем прошлом большинство среди всех владельцев жилых помещений, а государственный жилищный фонд был основным жилищным фондом страны.

С тех пор, как уже отмечалось, многое изменилось. Подавляющее большинство нанимателей жилых помещений превратилось в собственников своих квартир. Сегодня поэтому первая группа охватывает сравнительно небольшое число граждан, но она все же существует и даже пополняется. До сих пор еще не все наниматели приватизировали свои государственные квартиры. Такие квартиры, независимо от места работы и материального положения, могут получать граждане, нуждающиеся в улучшении жилищных условий и вставшие в связи с этим на жилищный учет еще до того, как была радикально изменена жилищная политика ([ст. ст. 117, 118 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=1170000)).

При получении государственной квартиры такие наниматели приобретают вещные права на нее в том объеме и в таком содержании, в каком они были в те годы, когда наниматель жилого помещения был главной фигурой жилищных правоотношений.

Вплотную к таким нанимателям примыкают по своему правовому положению лица, которым квартира была предоставлена **в связи в работой и на время работы** (п. 2 ст. 67, п. 5 и 6 ст. 101 Жилищного закона), **но у которых впоследствии эта связь была прекращена по уважительным причинам**. За проживающими в квартире лицами сохраняется право на нее (п. п. 5, 6, 8 ст. 101). Аналогично правовое положение лиц, не подлежащих выселению без предоставления другого жилья из служебного жилого помещения (ст. 111 Закона).

Возможно получение государственного жилища и в силу договорных обязательств (ст. ст. 115, 116 и 119 Закона).

Таким образом, и по действующему законодательству рассматриваемая группа нанимателей может пополняться новыми лицами.

Разумеется, наниматели, относящиеся к первой группе, обладают всеми установленными Жилищным законом общими правами нанимателей государственных квартир, в т. ч. - важными правами распоряжения, включая обмен жилыми помещениями, приватизацию жилищ. Но они обладают в полном объеме еще одним важным правом, которого нет или которое весьма ограничено у нанимателей других групп. Это - независимость жилищных прав от работы.

Значит, права нанимателей первой группы являются бессрочными и безусловными. К тому же они могут защищаться против всех нарушителей их правомочий, в т. ч.- и против собственника жилища, вещно-правовыми исками.

Как видим, права нанимателей первой группы существенно не изменились по сравнению с правами нанимателей государственных квартир, которые (права) определялись законодательством, действовавшим до начала радикальных жилищных реформ. Все это позволяет сделать вывод, что права нанимателей первой группы могут быть отнесены к вещным жилищным правам, хотя и сохраняют некоторые элементы обязательственных правомочий.

Ко **второй** группе относятся **наниматели квартир из жилищного фонда государственных предприятий** ([подпункт 2 п. 1 ст. 3 Жилищного закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=30000)). Но этим жилищам посвящена только ст. 100 Закона, которая в основном носит отсылочный характер, определяя, что порядок предоставления таких жилищ и пользования ими устанавливается Правительством РК. Правительство, однако, после введения в действие Закона не принимало каких-либо общих постановлений, определяющих правовой режим жилищ государственных предприятий. Но, поскольку такие жилища все же существуют и их количество может увеличиваться, следует руководствоваться Законом и теми правовыми нормами, не противоречащими законодательству, которые действовали ранее и будут действовать до их отмены или замены правилами будущих постановлений Правительства.

Из Жилищного закона вытекает, в частности (п. 1 ст. 100), что жилища государственных предприятий предоставляются их работникам, но могут также предоставляться другим лицам. Вопрос о предоставлении решается, очевидно, органами управления предприятием. Они же вправе устанавливать порядок жилищного учета и очередность предоставления жилищ. Квартиры могут, разумеется, предоставляться только лицам, нуждающимся в жилье (ст. 69 Закона).

Открытым остается вопрос о правовом положении нанимателей жилых помещений, полученных от государственных предприятий, при смене формы собственности, прежде всего - при приватизации предприятий. Исходя из того, что приватизация предприятий является видом их реорганизации (преобразование - ст. ст. 45-46 ГК) и опираясь на п. 3 ст. 6 Указа о приватизации, полагаем, что права и обязанности нанимателей жилых помещений в домах приватизированных или приватизируемых предприятий, возникшие до начала приватизации, должны оставаться неизменными.

**Третья** группа - это **малоимущие социально защищаемые граждане**, перечень которых определен ст. 68 Жилищного закона. Он включает лиц, которые в силу возраста, состояния здоровья, семейного положения или иных предусмотренных законом социальных оснований не могут собственными силами построить для себя дом или приобрести жилище. Сюда относятся инвалиды и участники Великой Отечественной войны, инвалиды I и II группы, многодетные семьи, пенсионеры по возрасту и другие подобные граждане.

Закон требует, чтобы лица, входящие в эту группу, были не только социально защищаемыми, но одновременно и малоимущими, однако не определяет понятие малоимущих граждан. Оно, очевидно, должно быть более общим не только для жилищного, но и для других видов законодательства, решающих вопросы социальной защиты и социальной помощи.

Малоимущим социально защищаемым гражданам жилище предоставляется в виде отдельной комнаты, нескольких комнат или квартиры. Площадь предоставляемого жилища должна соответствовать размерам, определяемым Правительством РК, но не менее действующей в республике санитарной нормы (в настоящее время - 6 кв. метров жилой площади на человека) и не менее одной комнаты.

Что же касается содержания прав нанимателя, относящегося к рассматриваемой группе, то оно включает вполне независимое право владения и пользования жилым помещением. Размер оплаты жилья определяется нормативными правовыми актами, но не индивидуальным договором. Право является бессрочным, не зависит от места работы либо причин увольнения нанимателя с работы и принудительно может быть прекращено лишь по основанию, предусмотренному законом. Выселение при этом может производиться, как правило, с предоставлением другого жилого помещения.

Наниматель вправе самостоятельно вселять в свое жилое помещение членов семьи, других граждан, причем членов семьи - независимо от согласия собственника дома. Вселенные члены семьи при согласии на это нанимателя приобретают на жилое помещение такие же права, какими обладает наниматель.

Наниматель или члены семьи при временном отсутствии сохраняют за собой право на жилое помещение (ст. ст. 85, 86 Жилищного закона). Законом признается и право на обмен, хотя для этого требуется согласие местного исполнительного органа (п. 2 ст. 98).

Предусмотрено право нанимателя на обеспечение жильем при необходимости освободить занимаемое жилое помещение в связи с капитальнымремонтом, право на замену нанимателя другим лицом из состава его семьи, право требовать изменения договора в связи с внутрисемейными изменениями.

Закон не запрещает приватизировать жилища, предоставляемые малоимущим социально защищаемым гражданам, но с согласия собственника (ст. 98). Не предусматривается выселение нанимателя и его семьи из занимаемого жилого помещения в случае, когда они утрачивают признаки, необходимые для принадлежности к данной социальной группе.

Это означает, что, если в семье не осталось никого, кто относился бы к категории социально защищаемых граждан, и (или) имущественная обеспеченность семьи превысила установленный уровень, семья сохраняет право на проживание и все другие права, какие имеют наниматели данных помещений.

Лишь в случае приобретения другого жилища на территории РК наниматель может быть выселен из того жилого помещения, какое было ему предоставлено как малоимущему социально защищаемому лицу.

Таким образом, право на жилое помещение граждан, отнесенных к рассматриваемой группе, обладает необходимыми признаками вещного права.

К **четвертой** группе можно отнести **граждан, получивших жилище в связи с тем, что они являются государственными служащими, работниками бюджетных организаций, военнослужащими или лицами**, занимающими выборные государственные должности. Предоставляемые им жилища Закон называет приравненными к служебным ([п. 2 ст. 67](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=670000)), поскольку увольнение с работы в виде общего правила может привести к выселению из жилого помещения.

При некоторых особенностях в условиях проживания каждой из названных категорий они характеризуются общими чертами, которые сводятся в основном к праву непосредственного владения и пользования жилым помещением, возможностью защиты от любых правонарушающих действий третьих лиц и даже собственника имущества. Так, наниматель помещения может владеть и пользоваться квартирой, вселять туда для постоянного и временного проживания других лиц (членов семьи, поднанимателей, временных жильцов), определять условия их проживания, вправе при наличии обстоятельств, предусмотренных ст. 101 Жилищного закона, приватизировать квартиру (военнослужащие при наличии условий, предусмотренных ст. 101 Закона, имеют право на бесплатную приватизацию), обменивать ее на квартиру из этой же категории жилищного фонда. При определенных обстоятельствах утрачивается зависимость права на жилое помещение от сохранения трудовых (служебных) отношений.

Все это свидетельствует о том, что права нанимателей, относящихся к данной категории, на занимаемое ими жилое помещение в преобладающей своей части носят вещный характер.

**Пятая** группа охватывает **нанимателей, проживающих в служебных жилых помещениях**, которыми традиционно признаются квартиры, предоставляемые работникам организаций (предприятий, учреждений), обязанным по характеру служебных функций проживать по месту работы. Такое проживание не столько право работника, сколько его должностная служебная обязанность.

Правовой режим государственных служебных жилых помещений отличается следующими особенностями:

квартиры предоставляются только работникам государственных предприятий и учреждений, которые по характеру должностных (служебных) обязанностей должны проживать по месту своей работы;

обладая в полной мере возможностью владеть и пользоваться служебным жилым помещением, наниматель практически лишен правомочий распоряжения;

прямого запрета приватизации служебных жилых помещений новый Жилищный закон, в отличие от Жилищного кодекса 1992 г. (ст. 19), не содержит. Но, учитывая строго целевое назначение служебного жилого помещения, можно прийти к выводу, что квартира до ее приватизации должна быть выведена из категории служебных жилых помещений. Такова же и судебная практика;

к таким помещениям не применимы нормы о возможности нанимателя передать свои правомочия другому лицу, даже члену семьи.

Наиболее важная особенность правового статуса нанимателя служебного жилого помещения - связь права на жилое помещение не просто с работой в данной организации, а с определенным кругом служебных обязанностей. [Ст. 111 Жилищного](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007658#sub_id=1110000) закона весьма категорично устанавливает: “Работники, прекратившие трудовые отношения, в связи с которыми им предоставлялось служебное жилище, ...подлежат выселению со всеми проживающими с ними лицами без предоставления другого жилого помещения”. Перевод гражданина, продолжающего работать в организации, на другую должность, не требующую проживания по месту работы, служит основанием для выселения из служебной квартиры, которую займет работник, назначенный на освобожденную должность. Предусмотренные этой же статьей немногочисленные исключения лишь подчеркивают значение общего правила.

Пункт 2 ст. 111 Жилищного закона гласит, что требование о выселении нанимателя служебного жилого помещения может быть предъявлено в течение трех лет со дня прекращения трудовых отношений. Это означает, что после окончания срока связь между жилищными и трудовыми отношениями завершается, и правовой статус нанимателя служебного жилого помещения преобразуется в статус нанимателя обычной государственной квартиры. Таковы же последствия увольнения с работы в тех исключительных случаях, когда это по прямому указанию Закона (см. ст. 111, отсылающую к п. 5 ст. 101 Закона о жилищных отношениях) не влечет выселения.

В итоге можно сделать вывод, что права нанимателя государственного служебного жилого помещения содержат, хотя и в ограниченном объеме, элементы, необходимые для отнесения этого права к категории вещных жилищных прав.

**Права лица, получившего жилое помещение в пожизненное пользование**. В системе жилищных отношений некоторой спецификой отличаются отношения, связанные с использованием жилых помещений для пожизненного проживания граждан.

**Право пожизненного проживания** может возникнуть по различным основаниям. Действующее гражданское законодательство прямо упоминает о двух из них: при отчуждении жилого дома с условием пожизненного содержания ([ст. ст. 535-539 ГК РК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=5350000)); в силу завещательного отказа (ст. 1057 того же Кодекса). Возможно предоставление права пожизненного проживания в определенном жилище и по иному договору, не противоречащему закону.

Права лица, получившего жилище для пожизненного проживания, в полной мере определяются содержанием акта, который послужил основанием возникновения права (договор, завещательный отказ). Этот акт может предусматривать конкретное жилое помещение (квартира, дом, комната), передаваемое для пожизненного проживания, либо определять это помещение более общим образом. Смена собственника помещения не влияет на права проживателя.

Проживатель имеет независимое от собственника жилища полное право владеть и пользоваться жилым помещением. Право же распоряжения, напротив, предельно ограничено. В обычных случаях некоторые его элементы могут предоставляться лишь по соглашению с собственником жилища. Проживатель имеет личное непередаваемое право, он не вправе вселять кого-либо, даже членов семьи, в свое помещение без согласия собственника. Право пожизненного проживания прекращается смертью и не входит в наследственную массу. В то же время выезд из помещения, независимо от его цели и продолжительности, не прекращает права пожизненного проживания.

Право пожизненного проживания защищается вещно-правовыми исками против нарушений, вызванных действиями других лиц, в т. ч. - и действиями собственника жилища.

Из сказанного можно сделать вывод о том, что право пожизненного проживания это - личное вещное жилищное право.

Глава 25. Приобретение и прекращение права собственности и иных вещных прав

§ 1. Основания приобретения и прекращения права собственности

и иных вещных прав

В соответствии со [ст. 195 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1950000) РК, к вещным правам, кроме права собственности, относятся право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право землепользования, а также иные вещные права, предусмотренные ГК или иными законодательными актами. В частности, в перечне вещных прав, данном в подпункте 1 п. 1 Указа о земле, указаны также сервитуты. Таким образом, перечень вещных прав, предусмотренный ГК, не носит исчерпывающего характера. В данной главе будут рассмотрены основания приобретения и прекращения основных вещных прав.

Основания приобретения и прекращения права собственности и иных вещных прав **регулируются ГК** и **иными нормативными правовыми актами.** В частности, в [гл. гл. 13](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2350000) и [14 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2490000) содержатся общие положения и предусмотрены некоторые специальные основания (способы) приобретения и прекращения права собственности и иных вещных прав. Однако, следует иметь ввиду, что в указанных главах, во-первых, не установлены все возможные основания приобретения и прекращения вещных прав, и, во-вторых, не всеми предусмотренными способами могут быть приобретены все вещные права. В частности, гл. 13 ГК не содержит исчерпывающего перечня приобретения права собственности. Иные же вещные права, кроме того, могут быть приобретены способами, которыми не может быть приобретено право собственности. Например, в соответствии с [п. 1 ст. 198 ГК,](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1980000) право хозяйственного ведения возникает у предприятия в момент закрепления имущества на самостоятельном балансе предприятия, если иное не установлено законодательством или решением собственника. Не предусмотрены рассматриваемой главой ГК и такие основания приобретения права собственности и иных вещных прав, как нормативный правовой акт, трансформация права из одного вида в другой на основании нормативных правовых актов, административный акт. Из норм ГК и иных нормативных правовых актов следует возможность приобретения права собственности и других вещных прав на основании указанных и иных юридических фактов (юридических составов). Основание возникновения сервитута, предусмотренного п[. 1 ст. 48 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=480000), является, в частности, примером возникновения вещного права на основании нормативного правового акта. В статье предусмотрены: право физических лиц свободно, без каких либо разрешений, находиться на незакрытых для общего доступа земельных участках (п. 1); право прохода, если земельный участок, находящийся в чьей либо собственности или землепользовании, не огорожен, или если частный собственник или землепользователь иным образом не обозначил, что вход на его участок без его разрешения не допускается (п. 2).

Трансформация как способ приобретения права собственности и некоторых других вещных прав предусмотрена [ст. 122 Указа о земле.](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=1220000) В частности, в п. 1 установлено, что граждане, которым до вступления в силу Указа о земле земельные участки для личного подсобного хозяйства, садоводства, строительства и обслуживания жилого дома, дачного строительства были предоставлены на праве пожизненного наследуемого владения землей, с даты вступления в силу данного Указа становятся собственниками земельного участка. Пунктом 4 данной статьи предусматривается трансформация права пожизненного наследуемого владения землей, ранее предоставленного для ведения крестьянского (фермерского) хозяйства, в право постоянного землепользования.

Следующее общее положение состоит в том, что основания возникновения и прекращения других вещных прав (права землепользования, сервитутов, права хозяйственного ведения или права оперативного управления) регулируются как нормами ГК, так и нормами других нормативных правовых актов. Например, основания возникновения или прекращения права землепользования и сервитутов устанавливаются нормами земельного законодательства. В связи с изложенным возникает вопрос о соотношении норм ГК и других нормативных правовых актов при регулировании рассматриваемых отношений. Анализ норм ГК показывает, что, вопреки названию соответствующих глав ГК, указанными способами не могут быть приобретены любые вещные права. Например, Указом о земле не предусмотрен такой способ приобретения сервитута, как приобретательная давность. Означает ли это, что сервитуты не могут быть приобретены указанным способом, поскольку специальные нормы не предусматривают такой возможности, либо, наоборот, что поскольку сервитуты относятся к вещным правам, они могут быть приобретены всеми способами, установленными в ГК для права собственности и иных вещных прав? Ответ на поставленный вопрос можно дать только путем анализа существа возникающих отношений. История развития рассматриваемого правового института подтверждает, что сервитуты могут возникать с силу давностного срока1. Однако, из анализа известных казахстанскому законодательству сервитутных прав видно, что не все сервитуты могут быть приобретены анализируемым способом. Например, в соответствии со ст. 51 Указа о земле, сервитут может быть установлен для изыскательских работ. Исходя из разрешительного порядка осуществления таких работ, приобретение соответствующего сервитута в силу давностного срока не представляется возможным. Другие сервитуты (право прохода, проезда, проведения оросительных систем и др.) могли бы быть приобретены указанным способом.

**Общие** и **специальные основания** прекращения вещных прав также регулируются законодательством. При этом основания прекращения вещных прав, носящих принудительный характер, должны быть прямо предусмотрены законодательными актами. Другие способы прекращения вещных прав, как правило, также должны быть предусмотрены законодательством. Изложенное не относится к сделкам, перечень которых в законодательстве не носит исчерпывающего характера. На наш взгляд, основания прекращения вещных прав могут быть установлены также соглашением сторон. Возможность прекращения вещных прав по основаниям, предусмотренным соглашением сторон, прямо установлена правовыми нормами. Например, в соответствии с ГК, допускается расторжение договора по требованию одной стороны (п. 2 ст. 401) и односторонний отказ от его исполнения (п. 1 ст. 404) в случаях, предусмотренных договором. Договор является основанием возникновения любых вещных прав. Следовательно, прекращение вещных прав может происходить также по основаниям, предусмотренным соглашением сторон.

Со времен римского права и по настоящее время все способы приобретения права собственности делятся на **первоначальные** и **производные**.

К **первоначальным способам** (основаниям) традиционно относят случаи, когда право собственности возникает (устанавливается) впервые, либо помимо воли прежнего собственника (изготовление вещи, конфискация имущества). К **производным способам** относят случаи возникновения права собственности у приобретателя по воле предшествующего собственника и с согласия самого приобретателя. Существует иная точка зрения, которая в основу разграничения способов приобретения права собственности на первоначальные и производные кладет критерий правопреемства: если приобретение права собственности происходит не в порядке правопреемства, то это первоначальное приобретение, если же право собственности возникает в порядке правопреемства, то это производное приобретение2.

В дореволюционной русской юридической литературе встречается критическое отношение к традиционному делению способов приобретения права собственности на первоначальные и производные. Так, Д. И. Мейер отмечает, что “разделение способов приобретения права собственности на первоначальные и производные не имеет никакого практического интереса; с понятием о первоначальном или производном приобретении права собственности наше право не связывает никаких юридических определений. Само разделение оказывается праздным, излишним, даже вредным, потому что различие в юридических понятиях всегда дает повод думать о различиях в юридических определениях, а если этого нет, то различие ведет только к ошибочному представлению”3.

В основе такого отношения Д. И. Мейера к первоначальным и производным способам приобретения права собственности лежат критерии, которые положены автором в основу такой классификации**:** “Первоначальными, или, непосредственными,- пишет он,- считаются те, которыми устанавливается право собственности по вещи бесхозяйной, т. е. не состоящей в чьей-либо собственности; производными или посредственными - те, которыми приобретается право собственности на вещи, состоящие в чьей-либо собственности...”4.

В современной литературе также высказывалось мнение том, что наше законодательство практически отошло от соблюдения классического принципа римского права “никто не может передать другому большее право, чем то, которое имеет сам” и, по сути, не связывает каких-либо юридических последствий с делением способов приобретения права собственности на первоначальные и производные. В связи с чем все способы приобретения права собственности предлагается разделить на общие и специальные5.

Нам представляется, что деление оснований приобретения права собственности на первоначальные и производные не утратило своего теоретического и практического значения и в основу такой классификации должны быть положены следующие критерии. Если права последующего правообладателя могут возникнуть только при наличии соответствующего права у предшествующего правообладателя, способ приобретения права собственности или иного вещного права следует признать производным. В указанном случае действительность титула приобретателя зависит от действительности титула отчуждателя (собственника или иного правообладателя). Если права возникают на объекты, которые не были в чьей-либо собственности или независимо от наличия права у предшествующего владельца, способ приобретения необходимо отнести к первоначальным.

Указанное деление, отмечает Г. Ф. Шершеневич, имеет то юридическое значение, что при производном способе приобретения объем права обусловливается правом прежнего собственника, чего нет при первоначальном способе, а дальнейшее следствие - производный способ вызывает необходимость проверки прав всех прежних собственников, что представляется излишним при первоначальном способе6.

Кроме того, действительность производного способа приобретения права собственности определяется действительностью права предыдущего собственника и основанием возникновения права у по-следующего. При первоначальном способе действительность права определяется только способом приобретения права7. В частности, при купле-продаже права у приобретателя возникают при наличии права у отчуждателя и при действительности самого договора купли-продажи. При приобретательной давности права опираются только на способ приобретения прав и не зависят от прав предшествующего собственника. В связи с изложенным купля-продажа относится к производным, а приобретательная давность к первоначальным основаниям возникновения права собственности.

**Волевой фактор** в способах (основаниях) возникновения права собственности и иных вещных прав также имеет теоретическое и практическое значение. Так, например, при переходе прав по договору с собственником отсутствие воли последнего на передачу имущества в собственность приобретателя может стать основанием для признания договора недействительным. Однако, считаем, что волевой фактор не является обязательным условием правопреемства при переходе вещного права от одного лица к другому. Например, национализация всегда носит принудительный характер и осуществляется независимо от воли правообладателя. Однако, в одних случаях на нового собственника не возлагалась обязанность по уплате долгов владельца национализируемого имущества, а в других случаях такие долги переходили к новому собственнику.

В литературе все способы приобретения права собственности (иных вещных прав) принято относить к первоначальным либо производным в зависимости от положенного в основу критерия. Например, А. Т. Джусупов к первоначальным способам относит переработку, приобретательную давность, обращение в собственность общедоступных для сбора либо добычи вещей, возникновение права собственности на бесхозяйные вещи, самовольные постройки, находку, клад, безнадзорных животных и т. д8. Другими авторами приобретательная давность в связи с переходом к приобретателю таких обременений, как сервитутных или залоговых прав, отнесена к производным9.

Правопреемство может иметь место как при первоначальных, так и при производных способах. В связи с этим данный критерий не может быть положен в основу рассматриваемой классификации. Главное - необходимо установить зависимость возникновения права у приобретателя от наличия передаваемого права у предшествующего обладателя.

Исходя из изложенного, все договорные способы, наследование, переход права при реорганизации юридического лица, реквизиция, конфискация, выкуп бесхозяйственно содержимых культурных и исторических ценностей относятся к **производным способам**. Возникновение права собственности на вновь создаваемое недвижимое имущество, на бесхозяйные вещи, самовольную постройку, находку, клад, в связи с приобретательной давностью, национализацию, обращение в собственность общедоступных для сбора либо добычи вещей необходимо отнести к **первоначальным способам**. Спорным, на наш взгляд, является однозначное отнесение переработки к первоначальным или производным способам. При переработке, поскольку иное не предусмотрено договором, право на новую движимую вещь, изготовленную лицом путем переработки не принадлежащих ему материалов, приобретается собственником материалов. Однако, если стоимость переработки существенно превышает стоимость материалов, право собственности на новую вещь приобретает лицо, которое, действуя добросовестно, осуществило переработку для себя.

В первом случае право собственности на переработанную вещь может быть признано за собственником материала только в том случае, когда подтверждаются его права на материал. Соответственно, обременение прав на материал должны переходить на вновь изготовленную вещь, если иное не установлено законодательными актами или соответствующим договором (о залоге, об аренде и т. д.).

В тех случаях, когда право собственности на переработанную вещь признается за изготовителем, действительность его прав опирается только на свое правовое основание и не зависит от действительности прав собственника материала.

Из изложенного вытекает, что в первом случае переработку следует отнести к производным способам приобретения вещных прав, во втором - к первоначальным.

Деление способов (оснований) возникновения вещных прав на общие и специальные также, на наш взгляд, имеет право на существование, поскольку, например, национализация является основанием возникновения только государственной собственности, в то время как приватизация в различных формах всегда является основанием возникновения права частной собственности. Можно признать национализацию и приватизацию, таким образом, специальными способами возникновения права собственности. Другие способы, такие, например, как сделки, наследование, относятся к общим способам.

§ 2. Момент возникновения права собственности

Определение момента возникновения права собственности имеет большое практическое значение. С момента перехода права собственности на приобретателя переходит риск случайной гибели или порчи отчуждаемых вещей, если иное не установлено законодательными актами или договором ([п. 1 ст. 190 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1900000)). Собственник несет также бремя содержания принадлежащего ему имущества, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором, и не может в одностороннем порядке переложить такое бремя на третье лицо ([п. 1 ст. 189 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1890000)). По общему правилу вред, причиненный имуществом третьим лицам, также возмещается собственником.

Право собственности у приобретателя по договору возникает с **момента передачи вещи**, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором (п. 1 ст. 238 ГК). Передачей признается передача вещи приобретателю, а равно сдача транспортной организации для отправки приобретателю и сдача на почту для пересылки для приобретателя вещей, отчуждаемых без обязательства доставки, если иное не предусмотрено законодательством или договором. К передаче вещи приравнивается передача коносамента или иного распорядительного документа на вещи (ст. 139 ГК). В частности, договором может быть предусмотрено положение о переходе права собственности к приобретателю ранее или позже передачи вещи. В международной практике разработаны Международные правила толкования коммерческих терминов (Инкотермс), использование которых позволяет определить момент перехода права собственности и риска случайной гибели к приобретателю.

В соответствии с п. 2 ст. 238 ГК, если договор об отчуждении имущества подлежит государственной регистрации или нотариальному удостоверению, право собственности у приобретателя возникает с момента регистрации или нотариального удостоверения, а при необходимости как нотариального удостоверения, так и государственной регистрации договора — с момента его регистрации.

 В частности, в соответствии с п. 1 ст. 118 ГК, право собственности и другие права на недвижимое имущество, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации. Из вещных прав на недвижимое имущество государственной регистрации, кроме права собственности, подлежат право землепользования на срок свыше одного года, право пользования на срок свыше одного года. Под правом пользования здесь имеются в виду право аренды, безвозмездного пользования, сервитуты, предоставляющие право ограниченного пользования чужим недвижимым имуществом. Таким образом, по общему правилу для указанных вещных прав момент их возникновения определяется не моментом передачи имущества, а моментом регистрации таких прав в правовом кадастре. Однако, следует подчеркнуть, что в некоторых случаях, предусмотренных законодательными актами, права на недвижимое имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают не с момента регистрации, а с другого момента. В частности, в соответствии с нормами наследственного права, права наследников на наследуемое имущество возникают с момента открытия наследства. Это означает, что зарегистрированное право на недвижимое имущество, перешедшее в порядке наследования, возникает у наследника с момента открытия наследства, независимо от даты регистрации. Однако, без регистрации права у такого наследника не признаются возникшими. Другое исключение из изложенного правила имеет место при определении момента возникновения права собственности на помещения в потребительских кооперативах (в жилищных, жилищно-строительных, дачных, гаражных и др.). Согласно [п. 4 ст. 235 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2350400), при полной оплате паевого взноса паенакопитель приобретает право собственности на такие помещения.

При определении момента возникновения права собственности или иного вещного права на недвижимое имущество следует учитывать, что до введения системы обязательной государственной регистрации прав на недвижимое имущество, за исключением случаев, предусмотренных законодательными актами, права на недвижимое имущество признавались действительными без государственной регистрации. Из этого следует, что указанные в ст. 118 ГК права на недвижимое имущество, возникшие до введения системы регистрации, считаются действительными без регистрации, за исключением случаев, когда ранее действовавшее законодательство требовало регистрации отдельных сделок с недвижимостью.

Положения, определяющие момент возникновения права собственности по законодательству, относятся и **к другим вещным правам**, с учетом особенностей возникновения таких прав. Законодательством эти правила распространены на основания возникновения права оперативного управления или хозяйственного ведения. Вместе с тем, следует иметь в виду, что в тех случаях, когда права возникают не на основании договора, момент возникновения права должен определяться с учетом конкретной ситуации. Например, при изготовлении вещи права у изготовителя возникают с момента изготовления. При возникновения права на такое имущество на основании решения суда моментом возникновения права является момент вступления в силу решения суда, если в решении не будет указано, что права возникают с момента изготовления.

§ 3. Отдельные основания возникновения права собственности

и иных вещных прав

Основаниями возникновения вещных прав выступают определенные юридические факты, предусмотренные законодательством. В литературе основания возникновения вещных прав, являющиеся юридическими действиями, называют способами приобретения10. Основания возникновения права собственности называют также титулами собственности11. Рассмотрим основные из них.

1. **Возникновение права собственности на вновь создаваемое недвижимое имущество.** Права на вновь создаваемое недвижимое имущество возникают в соответствии с правилами, установленными [ст. 236 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2360000). В частности, если законодательными актами или договором предусмотрена приемка законченных строительством объектов, то создание соответствующего имущества считается завершенным с момента такой приемки. Право собственности на такие объекты возникает с момента регистрации права в регистрирующих органах. Регистрация прав на вновь создаваемое недвижимое имущество осуществляется при представлении правообладателем (уполномоченным представителем) правоустанавливающих документов на объект строительства. В регистрирующий орган в качестве правоустанавливающего документа предоставляется акт приемки в эксплуатацию законченного строительством объекта, подписанного уполномоченными органами.

При регистрации прав на здания, строения и сооружения возникает вопрос о том, является ли государственная регистрация прав на земельный участок обязательным условием регистрации прав на возведенные здания, строения. Такое решение вопроса соответствовало бы нормам, закрепленным в ст. 118 ГК, в ст. 2 и п. 2 ст. 3 Указа о государственной регистрации недвижимого имущества. Однако, это правило неприменимо в отношении земельных участ-ков, права на которые возникли до введения системы обязательной государственной регистрации прав на недвижимое имущество и признавались без государственной регистрации. В соответствии со [ст. 122 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=1220000) о земле, права на земельные участки, предоставленные ранее, после вступления Указа о земле в силу, трансформируются в права, предусмотренные данным указом. Регистрации трансформированного права в настоящее время не требуется. Например, в соответствии с п. 1 указанной статьи, граждане РК, которым ранее земельные участки были предоставлены на праве пожизненного наследуемого владения для личного подсобного хозяйства, садоводства, строительства и обслуживания жилого дома, дачного строительства, с момента вступления в силу указа о земле становятся частными собственниками. Для некоторых землепользователей устанавливается обязанность переоформить права на земельные участки, предоставленные до вступления в силу указа. В частности, гражданами и негосударственными юридическими лицами, которыми не выкуплено право постоянного пользования земельными участками, предоставленными для застройки или застроенные производственными и другими объектами, прочно связанными с землей, земельные участки выкупаются в собственность или переоформляются во временное краткосрочное или долгосрочное землепользование на условиях аренды до их выкупа в собственность12.

В связи с изложенным, норма, закрепленная в ст. 24 Указа о государственной регистрации недвижимого имущества, является актуальной. Статья предусматривает, что регистрация прав на недвижимое имущество, расположенное на земельном участке, право на который не зарегистрировано, но подтверждается соответствующими документами, должна осуществляться в таком же порядке, как и регистрация прав на недвижимое имущество, расположенное на зарегистрированном земельном участке. Вместе с тем, следует иметь в виду, что для регистрации прав на здания, сооружения необходимо представить документы, подтверждающие право наземлю. К ним могут быть отнесены решение исполнительного органа о предоставлении земельного участка, договоры о приобретении имущества в собственность или иное вещное право, свидетельства о наследовании и т. д.

Другое последствие наступает при регистрации права на вновь создаваемый объект недвижимости, расположенный на земельном участке, которое приобретено после введения обязательной государственной регистрации. В данном случае право на землю должно быть зарегистрировано до или одновременно с регистрацией прав на здание (строение, сооружение).

2. **Приобретение права собственности и иных вещных прав путем переработки**. Законодательство Республики Казахстан, действовавшее до принятия ГК, не содержало нормы, регулирующей возникновение прав на переработанную вещь. На практике возникающие отношения могли быть решены по аналогии. ГК впервые закрепил нормы, позволяющие определить судьбу переработанной вещи. В соответствии с [п. 1 ст. 237](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2370000) ГК право собственности на новую движимую вещь, изготовленную лицом путем переработки не принадлежащих ему материалов, приобретается по общему правилу собственником материалов, поскольку иное не предусмотрено договором.

Статья допускает переход права собственности на переработанную вещь к изготовителю при наличии **следующих условий**:

1) изготовитель, действуя добросовестно, осуществил переработку для себя;

2) стоимость переработки существенно превышает стоимость материала.

Таким образом, законодательством допускается возможность возникновения права собственности на переработанную вещь как у собственника материалов, так и у переработчика.

При отсутствии договора между сторонами признание права в случае спора должно осуществляться только в судебном порядке. Стороны для разрешения конфликта не могут сами устанавливать такие обстоятельства, как добросовестность и существенное превышение переработки над стоимостью материала.

Действия изготовителя (переработчика), на наш взгляд, необходимо признать **добросовестными**, если он не знал и не должен был знать, что материал не является его собственностью. Е. А. Суханов признает действия переработчика добросовестными в тех случаях, когда он произвел переработку для себя с согласия собственника13.Нам представляется, что в указанном случае права возникают на основании п. 1 ст. 237 ГК и не требуется превышения стоимости переработки над стоимостью имущества.

**Существенное превышение стоимости** переработки над стоимостью имущества должно устанавливаться судом с учетом цен, действовавших на момент выполнения работ, поскольку на момент принятия решения цены могут изменяться и не отражать фактических расходов изготовителя. Пунктом вторым рассматриваемой статьи устанавливаются взаимные обязательства сторон компенсировать друг другу стоимость материала или переработки в зависимости от того, за кем признаются права собственника.

Следует отметить, что ст. 237 ГК применяется только в тех случаях, когда переработчик действовал добросовестно. В тех случаях, когда собственник материала утратил их в результате недобросовестных действий лица, он вправе требовать передачи новой вещи в его собственность и возмещения причиненных ему убытков (п. 3 ст. 237 ГК). В рассматриваемой ситуации собственник материала может утратить интерес к новой вещи. В этом случае необходимо предусмотреть его право вместо передачи вещи требовать возмещения всех причиненных убытков, включая стоимость материала.

3. **Приобретение права собственности в силу приобретательной давности.** Для приобретения права собственности (иного вещного права) в силу давностного владения необходимы следующие условия: истечение давностного срока (пяти лет для движимого имущества, пятнадцати лет - для недвижимого имущества), добросовестность, открытость и непрерывность владения для себя, а не от чужого имени.

Институт приобретательной давности введен в законодательство Казахстана с января 1991 г. с принятием Закона КазССР от 15 декабря 1990 г. “О собственности” и продублирован в ГК. В связи с этим возникает вопрос о том, должны ли давностные сроки начать исчисляться с момента введения указанного института или могут учитываться сроки, накопленные до этого? Представляется, что с момента введения рассматриваемого института субъекты правоотношений приобретают права на имущество в силу давностного владения, независимо от того, когда такие сроки начали течь.

**Сроки приобретательной давности** исчисляются в соответствии с правилами, установленными [п. п. 3 и 4 ст. 240 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2400300). В частности, течение срока приобретательской давности в отношении имущества, находящегося у лица, из владения которого оно могло быть истребовано в соответствии со ст. ст. 260-263, 265, начинается не ранее истечения срока исковой давности по соответствующему требованию. Таким образом, для установления начала течения срока приобретательной давности необходимо установить срок исковой давности по данному требованию и момент, с которого он начинает течь и когда он прекращается. При исчислении срока приобретательной давности допускается присоединение к сроку времени, в течение которого владел данной вещью тот, чьим правопреемником является фактический владелец, например, наследодатель или юридическое лицо, из которого реорганизовался фактический владелец и т. д.

В литературе встречается различное толкование **добросовестного владения** как одного из условий приобретения права собственности в силу давностного владения. Например, Е. А. Суханов признает владение добросовестным, если он не был, например, похитителем или иным лицом, умышленно завладевшим чужим имуществом помимо воли его собственника14. Л. В. Щенникова считает владение добросовестным, если владелец не знает или не должен знать о незаконности своего владения15. Понятие добросовестности встречается и в других нормах законодательства. В частности, в соответствии с п. 1 ст. 261 ГК приобретатель вещи признается добросовестным, если он не знал и не должен был знать о том, что отчуждатель не имел право отчуждать. Таким образом, критерием добросовестности в нашем законодательстве в одних случаях признается субъективный фактор, знал или не знал, в других отсутствие таких порочащих обстоятельств, как грабеж, насилие, кража и т. д. Представляется, что при приобретательной давности владение должно всегда признаваться добросовестным, если оно не опорочено такими обстоятельствами, как кража, грабеж, присвоение чужого имущества, переданного по договору или другими формами насильственного присвоения чужого имущества. Осознание лицом незаконности своего владения, на наш взгляд, не может рассматриваться как порочащие обстоятельства. Это позволит устранить неопределенность в правах на имущество, которое длительное время находилось открыто во владении определенного лица, и собственник в течение сроков исковой и приобретательной давности не воспользовался правом истребовать ее у фактического владельца.

Согласно п. 1 ст. 240 ГК, право собственности на недвижимое и иное имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает у лица, приобретшего это имущество в силу приобретательной давности, с момента такой регистрации. В настоящее время подлежат государственной регистрации определенные права на недвижимое имущество (ст. 118) и некоторые виды движимого имущества. Законодательством для указанных случаев устанавливается обязанность правообладателей представить в регистрирующий орган правоустанавливающий документ. Однако, в рассматриваемом случае у фактического владельца нет никаких правоустанавливающих документов. В связи с этим возникает вопрос, какие документы может представить правообладатель (уполномоченный представитель) для регистрации своего права? Наиболее приемлемым для регистрирующих органов было бы представление правообладателем решения суда о признании за фактическим владельцем права собственности в силу приобретательской давности. Однако, из содержания ст. 240 ГК не вытекает, что признание права собственности в силу приобретательной давности осуществляется в судебном порядке.

В литературе не ставился вопрос о **судебном порядке признания права собственности в силу приобретательной давности**. Вместе с тем следует отметить, что вопрос о порядке признания права собственности приобретает особую актуальность в связи с созданием государственной системы регистрации прав на недвижимое имущество или регистрацией отдельных видов движимого имущества. В тех случаях, когда объектом права собственности является движимое имущество, право на которое не подлежит государственной регистрации, право собственности фактического владельца такого имущества должно презюмироваться. Указанная презумпция должна опровергаться в судебном порядке лицом, оспоривающим права фактического владельца.

В тех же случаях, когда права на движимое или недвижимое имущество подлежат регистрации, по общему правилу без регистрации права не считаются возникшими. В связи с этим до момента регистрации, независимо от наличия условий для приобретения права собственности в силу приобретательной давности, права на такое имущество не возникают. Без правоустанавливающих документов регистрирующий орган не осуществляет регистрацию прав. Кроме того, следует иметь в виду, что в функции регистрирующего органа не входит обязанность при обращении фактического владельца за регистрацией права устанавливать обстоятельства, необходимые для признания права в силу приобретательной давности. Правоустанавливающих документов регистрирующие органы не выдают. Наиболее приемлемым, на наш взгляд, правоустанавливающим документом для рассматриваемого способа приобретения права собственности является решение суда, который при рассмотрении дела устанавливает наличие обстоятельств, необходимых для признания права собственности за фактическим владельцем.

4. **Приобретение прав на бесхозяйные вещи.** Бесхозяйной, в соответствии с [п. 1 ст. 242 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2420000), является вещь, которая не имеет собственника или собственник которой не известен, либо вещь, от права собственности на которую собственник отказался.

В тех случаях, когда бесхозяйной признается вещь, от которой отказался собственник, находка или безнадзорное животное, права на них приобретаются в порядке, предусмотренном специальными нормами (ст. 245-247 ГК). В иных случаях правила приобретения права собственности на такое имущество зависят от того, является ли бесхозяйная вещь движимым или недвижимым имуществом. Право собственности на бесхозяйные движимые вещи может быть приобретено в силу приобретательной давности (п. 2 ст. 242 ГК). Бесхозяйные недвижимые вещи принимаются на учет органами, осуществляющими государственную регистрацию прав на недвижимое имущество. По истечении года со дня постановки на учет такое имущество по решению суда может быть передано в коммунальную собственность. При отказе суда признать такое имущество поступившим в коммунальную собственность оно может быть принято во владение, пользование и распоряжение оставившим ее собственником либо приобретено в собственность в силу приобретательной давности. Бесхозяйные земельные участки в соответствии с п. 2 ст. 61 Указа о земле, находятся на учете в течение трех лет. По истечении указанного срока имущество по решению суда возвращается в государственную собственность.

В соответствии со ст. 18 Указа о земле права на землю и находящееся на ней недвижимое имущество (здания, сооружения) неотделимы друг от друга. В тех случаях, когда на земельном участке находятся здания, сооружения, права на них должны возникнуть одновременно. Статья 242 ГК и ст. 61 Указа о земле должны быть приведены в соответствие друг с другом.

5. **Движимые вещи, от которых собственник отказался.** [Статья 243 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2430000) устанавливает особый порядок приобретения права собственности на движимые вещи, от которых собственник отказался. Движимые вещи, брошенные собственником или иным образом оставленные им с целью отказа от права собственности на них (брошенные вещи), по общему правилу признаются бесхозяйными вещами, и права на них приобретаются в силу приобретательной давности (ст. 240, п. 2 ст. 242, п. 2 ст. 243 ГК). Однако, некоторые категории брошенных вещей приобретаются не в силу приобретательной давности, а в порядке, установленном п. 2 ст. 243. В частности, указанной статьей предусмотрено, что лицо, в собственности, владении или пользовании которого находится земельный участок, где находятся брошенная вещь, стоимость которой явно ниже суммы, соответствующей двадцати месячным расчетным показателям, либо брошенные лом металлов, бракованная продукция, имеет право обратить эти вещи в свою собственность, приступив к их использованию или совершив иные действия, свидетельствующие об обращении вещи в собственность. Брошенное имущество, не перечисленное в указанной норме, приобретается по правилам, установленным для приобретательной давности.

6. **Самовольной постройкой,** в соответствии с п. 1 ст. 244 ГК, признается недвижимое имущество (жилой дом, здание или иное строение), созданное на земельном участке, не отведенном для этих целей в порядке, установленном законодательством, а также созданное без получения на это необходимых разрешений. В частности, строительство недвижимости может быть осуществлено на земельных участках, находящихся в собственности, в постоянном или во временном землепользовании (ст. 28 Указа о земле). Самовольным признается также строительство, хотя бы и на своем земельном участке, но без необходимых на то разрешений. Под отсутствием необходимых разрешений в литературе понимается также возведение постройки с существенным нарушением строительных и градостроительных норм и правил, соблюдение которых при постройке необходимо16. Возведение (строительство) объектов и комплексов в соответствии с п. 1 ст. 28 Закона РК от 22 октября 1993 г. “Об архитектуре и градостроительстве в Республике Казахстан”, а равно их реконструкция, реставрация, модернизация, капитальный ремонт и благоустройство осуществляется на основе акта соответствующего решения местных исполнительных органов, принимаемого по заявлению юридического или физического лица.

По общему правилу лицо, осуществившее самовольную постройку, не приобретает на нее право собственности. Оно не вправе распоряжаться постройкой - продавать, дарить, сдавать в аренду, совершать другие сделки. Самовольная постройка подлежит сносу осуществившим ее лицом за его счет. Право на самовольную постройку может быть признано только в порядке и при наличии условий, предусмотренных п. п. 3 и 4 ст. 244 ГК. В частности, к таким случаям отнесены:

признание права собственности на самовольную постройку в судебном порядке за лицом, осуществившим постройку на не принадлежащем ему земельном участке, при условии, что данный участок будет в установленном порядке предоставлен этому лицу под размещение возведенной постройки;

признание права собственности в судебном порядке за лицом, в законном пользовании которого находится земельный участок, где осуществлена постройка, с возложением на такое лицо обязанности возместить осуществившему лицу расходы на постройку в размере, определенном судом;

признание в исключительных случаях с учетом социально-экономической целесообразности самовольной постройки коммунальной собственностью с возмещением расходов на постройку в размере, определяемым судом.

Во всех перечисленных случаях права на самовольную постройку возникают с момента регистрации права на такие объекты в правовом кадастре.

7. **Находка.** Ею признаются только движимые вещи, которые были утеряны или забыты их собственником или иным правообладателем. Нашедший вещь не приобретает права собственности на нее. На него возлагается обязанность уведомить об этом лицо, потерявшее вещь, ее собственника или кого-либо из других лиц, имеющих право получить ее, и возвратить ему найденную вещь. При обнаружении вещи в помещении или на транспорте она подлежит сдаче лицу, представляющему владельца этого помещения или транспорта. В этом случае права и обязанности нашедшего приобретают последние. Если отсутствует лицо, имеющее право получить найденную вещь, или его местопребывание неизвестно, нашедший вещь обязан заявить о находке в милицию или местному исполнительному органу. Находка до обнаружения законного владельца и передачи ему вещи может находиться на хранении у нашедшего или быть передана им на хранение в милицию, местный исполнительный орган или указанному ими лицу. Скоропортящаяся вещь или вещь, издержки по хранению которой несоизмеримы с ее стоимостью, может быть реализована нашедшим с получением письменных доказательств, удостоверяющих вырученную сумму. Вырученная сумма передается лицу, управомоченному на получение вещи или в собственность другим лицам в порядке и на условиях, установленных для передачи самой вещи.

По истечении шести месяцев с момента заявления о находке, если лицо, управомоченное на ее получение, не будет установлено и не заявит о своем праве на вещь нашедшему, милиции или местному исполнительному органу, нашедший приобретает право собственности на нее. В случае отказа нашедшего от приобретения найденной вещи в собственность она переходит в коммунальную собственность.

При возврате вещи правообладателю или иному управомоченному лицу, а также при переходе такой вещи в коммунальную собственность нашедший и возвративший вещь имеет право от соответствующих лиц возмещения необходимых расходов, связанных с хранением, сдачей, реализацией вещи, и затрат на обнаружение лица, управомоченного на получение вещи. При наличии условий, предусмотренных [п. 6 ст. 245 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2450600), нашедший имеет право на получение вознаграждения.

8. **Особенности возникновения права собственности** и **иных вещных прав на земельные участки.** Право частной собственности на земельные участки может быть приобретено способами, предусмотренными гл. 13 ГК и соответствующими нормами Указа о земле. При применении норм ГК необходимо иметь в виду, что ряд оснований приобретения права собственности не могут стать основаниями приобретения права собственности на земельные участки. Например, такими способами, как переработка, находка могут быть приобретены только права на движимое имущество. Кроме того, основания приобретения вещных прав на земельные участки в ряде случаев носят специфический характер. **Основными способами** приобретения права част-ной собственности на землю и права постоянного землепользования, в соответствии со [ст. ст. 32](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=320000) и [37 Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064#sub_id=370000), являются: предоставление, передача или переход указанных прав в порядке универсального правопреемства. **Предоставление** означает наделение соответствующим правом государством. **Передача права** происходит при приобретении таких прав на вторичном рынке. **Универсальное правопреемство** имеет место при реорганизации юридических лиц или наследовании. Перечень способов приобретения права частной собственности шире, чем способов приобретения права постоянного землепользования. В частности, не следует относить к способам приобретения права постоянного землепользования приобретательную давность.

Приобретение права частной собственности на земельные участки или права постоянного землепользования на вторичном рынке или в порядке универсального правопреемства осуществляется с учетом особенностей, установленных для возникновения прав на недвижимое имущество. В частности, такие права возникают только с момента их государственной регистрации в правовом кадастре. При этом необходимо соблюдение требований законодательства, установленных для субъектов указанных прав и целевого назначения земельного участка. Наиболее специфичными являются нормы о возникновении рассматриваемых прав при предоставлении их государством.

Отношения по предоставлению земельных участков в частную собственность или в землепользование регулируются рядом нормативных правовых актов. Кроме Указа о земле, к ним относятся: Положение о порядке предоставления права частной собственности на земельные участки или права землепользования, утвержденное Постановлением Правительства Республики Казахстан от 20 июня 1996 г. № 760 (далее - постановление № 760); Порядок купли-продажи находящихся в государственной собственности земельных участков или права постоянного землепользования, утвержденный Постановлением Правительства Республики Казахстан от 10 декабря 1996 г. № 1511 (далее - Постановление № 1511); Порядок предоставления земельного участка собственникам помещений (участникам) кондоминиума, утвержденный Постановлением Правительства Республики Казахстан от 22 декабря 1997 г. № 1813 (далее - Постановление № 1813); Постановление Правительства Республики Казахстан от 6 декабря 1996 г. № 1495 “Об утверждении типовых форм договоров о временном землепользовании” (далее — Постановление № 1495) и др.

Анализ норм перечисленных нормативных правовых актов показал, что предоставление государством права частной собственности или права землепользования осуществляется в одних случаях на основании административных актов, в других - на основании сложного юридического состава, состоящего из административного акта и соответствующего договора.

Согласно законодательству, на основании решения исполнительного органа и договора возникают право частной собственности на земельный участок или право постоянного землепользования негосударственных землепользователей при продаже указанных прав государством, а также право временного первичного возмездного и безвозмездного землепользования негосударственных землепользователей (ст. 38 Указа о земле, п. 18 Постановления Правительства Республики Казахстан № 1811). При предоставлении государством негосударственным землепользователям права частной собственности на земельный участок или права постоянного землепользования на безвозмездных началах основанием возникновения прав является акт местного исполнительного органа о предоставлении соответствующего права, т. е. административный акт (ст. 38 Указа о земле).

Предоставление права постоянного или временного землепользования государственным землепользователям осуществляется на основании акта государственного органа о предоставлении земельного участка (п. 2 ст. 38 Указа о земле).

Специфичными являются также основания возникновения сервитутов. Согласно определению, данному в ст. 1 Указа о государственной регистрации недвижимого имущества, сервитут - это право ограниченного пользования чужим недвижимым имуществом. Из определения следует, что сервитуты могут быть установлены на любой объект недвижимости, в т. ч. на здания, строения и их составляющие (жилые и нежилые помещения). В законодательстве более подробно регулируются только виды и основания возникновения сервитутов, обременяющих права на земельный участок.

Основания приобретения и прекращения сервитутов на земельные участки установлены п. 2 ст. 47 Указа о земле. В частности, предусмотрено, что право ограниченного целевого пользования чужим земельным участком (сервитут) может возникать:

- непосредственно из нормативного правового акта;

- на основе договора заинтересованного лица с частным собственником или землепользователем;

- на основе акта местного исполнительного органа.

Указанный перечень оснований возникновения сервитутов не является исчерпывающим. Сервитут может возникнуть также на основании решения суда. В частности, п. 3 ст. 47 Указа о земле установлено, что, если нормативный правовой акт предусматривает установление сервитута на основании договора заинтересованного лица с частным собственником или землепользователем, отказ последних заключить такой договор или условия договора, предлагаемые землепользователем, могут быть оспорены заинтересованным лицом путем предъявления иска к частному собственнику или землепользователю в суд.

Мировой опыт регулирования отношений по установлению сервитутов знает более широкий перечень оснований их возникновения и прекращения17. Перечень оснований, предусмотренных Указом о земле, является недостаточным. В связи с этим следует предусмотреть в законодательстве такие основания возникновения сервитутов, как приобретательная давность, решение суда, гражданско-правовые сделки, в т. ч. завещания, завещательные отказы, “вычет” сервитутов при отчуждении имущества, универсальное правопреемство в случаях, предусмотренных законодательными актами, и др.

В ряде случаев сервитут переходит одновременно с переходом права собственности или иного вещного права. В соответствии со ст. 53 Указа о земле сервитут сохраняет силу в случае перехода права собственности на земельный участок или права землепользования земельным участком, обремененным сервитутом, к другому лицу. В таком порядке сервитут переходит только как обременение прав на недвижимое имущество в случае его перехода от одного лица к другому. Как сервитутные права при отчуждении господствующего земельного участка они переходят только в земельных сервитутах.

 Сервитут может быть установлен не только на земельный участок, но и на другие объекты недвижимости. Однако, основания возникновения и прекращения сервитутов на другие объекты недвижимости законодательством не урегулированы в достаточной степени. Из действующих нормативных правовых актов, регулирующих отношения по установлению сервитутов на другие объекты недвижимости, можно назвать Закон о жилищных отношениях. В соответствии со ст. 38 данного Закона, по получении заблаговременного письменного уведомления собственник или другой проживающий обязаны допустить представителя других собственников помещений или органа управления объектом кондоминиума в помещение, если необходима проверка состояния общего имущества, ремонт или замена общего имущества, которые могут быть произведены лишь из помещения собственника. Согласно [п. 4 ст. 1057 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=10570000), на наследника, к которому переходит жилой дом или жилое помещение, завещатель вправе возложить обязательство предоставить другому лицу пожизненное пользование жилым помещением или определенной его частью. При последующем переходе права собственности на жилое помещение право пожизненного пользования сохраняет силу. По своей правовой природе указанное право проживания является личным сервитутом.

§ 4. Прекращение права собственности и иных вещных прав

Прекращение права собственности, так же, как и его возникновение, происходит при наступлении юридических фактов, предусмотренных законодательством.

Так, в ГК предусмотрена специальная гл. 14 “Прекращение права собственности и иных вещных прав.” [Пункт 1 ст. 249](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2490000) устанавливает, что **право собственности прекращается** при отчуждении собственником своего имущества другим лицам, отказе собственника от права собственности, гибели или уничтожении имущества и утраты права собственности на имущество и в иных случаях, предусмотренных законодательными актами. При приватизации в случаях, предусмотренных п. 3 ст. 249, право государственной собственности прекращается на основании договоров о возмездной или безвозмездной передаче имущества в собственность физических лиц или негосударственных юридических лиц. Приватизация является особым основанием прекращения права государственной собственности, поскольку она осуществляется по правилам, установленным специальным законодательством. Вместе с тем, следует иметь в виду, что к отношениям между сторонами в необходимых случаях могут быть применены нормы, регулирующие соответствующие договоры.

Основания для **принудительного прекращения** права собственности и иных вещных прав предусмотрены п. 2 указанной статьи. К ним относятся:

обращение взыскания на имущество по обязательствам собственника;

принудительное отчуждение имущества, которое в силу законодательных актов не может принадлежать данному лицу;

реквизиция;

конфискация;

отчуждение недвижимого имущества в связи с изъятием земельного участка;

выкуп бесхозяйно содержимых культурных или исторических ценностей;

иные случаи, предусмотренные настоящим кодексом.

Пунктом 4 ст. 249 ГК предусматривается еще одно основание для принудительного прекращения права собственности - национализация.

Основания прекращения права собственности и иных вещных прав, предусмотренных гл. 14 ГК РК, не носят исчерпывающего характера. При производных способах приобретения права собственности возникновение права у одного означает прекращение права у другого. Указанные основания были рассмотрены выше. Кроме того, в соответствии с п. 1 ст. 249 ГК, право собственности может быть прекращено в иных случаях, предусмотренных законодательными актами. Например, самостоятельные основания для принудительного прекращения права частной собственности на землю предусмотрены гл. 9 Указа о земле. Прекращение права собственности имеет место также при реорганизации и ликвидации юридических лиц.

В зависимости от волевого фактора основания прекращения права собственности можно разделить на **добровольные** и **принудительные**.

В добровольном порядке право собственности прекращается при отчуждении правообладателем своего права, а также дереликции, т. е. добровольном отказе от своего права. В принудительном порядке право собственности прекращается только в случаях, прямо предусмотренных в законодательстве.

Способы прекращения права собственности, так же, как и способы их возникновения, традиционно являлись предметом исследований в литературе. Однако, в условиях рыночных преобразований произошли определенные изменения в регулировании рассматриваемых отношений. В частности, следует отметить усиление гарантий правообладателей, установление судебного порядка принудительного изъятия имущества, за исключением случаев, прямо предусмотренных законодательными актами. Однако, применение ряда норм, регулирующих основания и порядок прекращения прав на недвижимое имущество, при данном уровне развития законодательства является достаточно проблематичным. Рассмотрим некоторые из них.

**Отказ от права собственности** ([ст. 250 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2500000)) - это новое положение в законодательстве, хотя он использовался как способ прекращения права и ранее. В соответствии со ст. 250 ГК, гражданин или юридическое лицо может отказаться от права собственности на принадлежащее ему имущество, объявив об этом, либо совершив другие действия, определенно свидетельствующие об его устранении от владения, пользования и распоряжения имуществом без намерения сохранить какие-либо права на это имущество.

Отказ от права собственности в соответствии с законодательством РК не является достаточным основанием для прекращения права собственности. При дереликции право прекращается только с момента приобретения права собственности на данное имущество другим лицом. Возникновение права собственности на имущество, от которого отказался собственник, допускается на основании решения суда как на бесхозяйное имущество (п. 3 ст. 242, ст. 61 Указа о земле) либо в силу приобретательной давности (п. п. 2 и 3 ст. 242 и 243 ГК). Для возникновения права собственности на такое имущество необходимо установить обстоятельства, предусмотренные ч. 1 ст. 250 ГК. Намерение правообладателя отказаться от права может быть им объявлено либо вытекать из обстоятельств. При объявлении правообладателем отказа от права путем подачи заявления, публичного отказа или иным образом, его намерения следует считать доказанными. В этом случае возникновение права у других лиц способами, предусмотренными законодательством, следует признать законным. Сложнее доказать такое намерение при совершении действий, определенно свидетельствующих об устранении собственника от владения, пользования и распоряжения имуществом без намерения сохранить какое-либо право на это имущество.

В настоящее время в республике нередки случаи, особенно в сельских населенных пунктах, малых и средних городах, когда в связи с экономическими и связанными с ними другими проблемами собственники покидают свое жилье, заколачивают окна, переезжают в другую местность и т. д. Нередко пустующие дома захватываются и заселяются другими лицами. В связи этим необходимо установить признаки, при наличии которых действия правообладателя следует рассматривать как отказ от права. В частности, такими действиями следует признать оставление имущества (для движимого имущества, в т. ч. выброс), невыполнение обязанностей правообладателя, в т. ч. невыполнение налоговых обязательств, отсутствие заботы о сохранности имущества, действий по поддержанию его в надлежащем состоянии. Наличие одного или нескольких из указанных обстоятельств, на наш взгляд, не является достаточным для установления намерения отказаться от принадлежащего права. Если при наличии приведенных обстоятельств до вынесения решения суда правообладатель заявит, что он не отказывался от права, суд должен отказать в признании права собственности на недвижимое имущество, взятое на учет как бесхозяйное. До истечения сроков приобретательной давности движимое имущество может быть истребовано собственником от фактического владельца, незаконно владеющим данным имуществом. После истечения таких сроков, в случае предъявления собственником иска к фактическому владельцу, суд может признать такое право за последним, если его владение носит открытый, добросовестный и непрерывный характер в пределах сроков давности.

**Основания для принудительного изъятия права собственности,** кроме прав на земельные участки, устанавливаются в ГК в соответствии с [п. 2 ст. 249](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2490200). Обращение взыскания на имущество по обязательствам собственника осуществляется на основании решения суда. Из этого общего правила законодательными актами допускается несколько исключений. В соответствии с п. 2 ст. 318 в случаях, предусмотренных договором о залоге, а также ГК и иными законодательными актами, залогодержатель вправе самостоятельно реализовать находящееся в залоге имущество в принудительном внесудебном порядке путем проведения торгов (аукциона). Такое же право имеет банк-залогодержатель по реализации предмета залога, обеспечивающего денежную ссуду. Во внесудебных процедурах банкротства, урегулированных Законом о банкротстве, продажа имущества должника осуществляется конкурсным управляющим.

При обращении взыскания на имущество должника в судебном и во внесудебном порядках путем продажи имущества момент прекращения права собственности необходимо определять в соответствии с правилами, установленными для данного вида имущества. В частности, право собственности на недвижимое имущество в соответствии с действующим законодательством прекращается с момента государственной регистрации в регистрирующих органах Министерства юстиции РК. В иных случаях права прекращаются в соответствии с правилами, установленными [ст. ст. 238-251 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2380000). При переходе имущества должника к кредитору в натуре в случаях, предусмотренными законодательными актами (п. 3 ст. 32 Указа об ипотеке недвижимого имущества, [ст. ст. 76, 84, 85 Закона о банкротстве](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006779#sub_id=760000), [п. 3 ст. 35 Закона РК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009800#sub_id=350300) от 30 июня 1998 г. “Об исполнительном судопроизводстве и статусе судебных исполнителей” момент прекращения права у должника и возникновение права у кредитора определяется в соответствии с вышеизложенными правилами. В частности, право на недвижимость прекращается с момента регистрации права за кредитором, право на движимое имущество - с момента передачи вещи, если иное не установлено законодательными актами или договором.

**Реквизиция имущества**, принадлежащего собственнику, осуществляется на основании решения органа государственной власти и управления в случае стихийных бедствий, аварий, эпизоотий, эпидемий и при иных обстоятельствах, носящих чрезвычайный характер, в порядке и на условиях, установленных законодательными актами, с выплатой ему стоимости имущества.

**Конфискация** может быть осуществлена только в судебном порядке в виде санкции за совершенное преступление или иного правонарушения.

При реквизиции и конфискации прекращаются права у одного и возникают у другого. В связи с этим возникает вопрос о том, с какого момента прекращаются и возникают права на конфискованное и реквизированное имущество? При реквизиции или конфискации недвижимого имущества права прекращаются с момента их регистрации в правовом кадастре на основании решения уполномоченного органа. В случае конфискации и реквизиции право собственности на конфискованное и реквизированное имущество возникает у государства. При указании в решении о реквизиции государственного органа, которому передается указанное имущество, одновременно с прекращением права у прежнего правообладателя возникают соответствующие права у государственного органа. Конфискованное у правообладателя имущество, кроме драгоценных металлов, камней и других предметов, передаваемых в золотовалютный фонд, предметов, имеющих историческую, научную, художественную ценность, денежных сумм в национальной и иностранной валюте, платежных документов и фондовых ценностей в иностранной валюте, банковских платежных документов с правом обращения их в иностранную валюту, облигации внутренних выигрышных займов, предметов религиозного культа, не подлежащих продаже на аукционе, реализуется на аукционах.

В указанных случаях действуют общие правила о прекращении права у государства и возникновении права у приобретателя.

**Изъятие (выкуп) земельного участка** у собственника и права землепользования у землепользователя не допускается, кроме случаев:

1. обращения взыскания на земельный участок или право землепользования по обязательствам собственника или землепользователя;

2. изъятия (выкупа) у частного собственника или землепользователя участка для государственных потребностей;

3. изъятия у землепользователя земельного участка, не используемого по назначению или используемого с нарушением законодательства;

4. конфискации.

Конфискация и обращение взыскания на земельный участок, принадлежащий правообладателю на праве собственности или праве землепользования, осуществляется по правилам, предусмотренным ст. ст. 62 и 74 Указа о земле.

В соответствии с п. 1 ст. 63 Указа о земле, земельный участок может быть изъят (выкуплен) для государственных надобностей. В указанном случае право собственности или право землепользования негосударственных землепользователей считаются прекращенными с момента государственной регистрации.

Изъятие земельных участков для государственных надобностей, в соответствии с п. 1 ст. 64 Указа о земле, осуществляется в порядке выкупа. В связи с этим следует признать недействительной норму п. 3 Положения о порядке изъятия и выкупа земельных участков для государственных надобностей, утвержденного Постановлением Правительства РК от 8 апреля 1996 г. № 403, в соответствии с которым изъятие права землепользования, предоставленного бесплатно, осуществляется без выкупа. В частности, в соответствии с Постановлением Правительства РК от 8 апреля 1996 г. № 401 “Об утверждении норм предоставления земельных участков гражданам и юридическим лицам”, гражданам РК в пределах установленных норм бесплатно предоставляются земельные участки в постоянное землепользование для ведения крестьянского хозяйства. Законодательством предусматриваются другие случаи, когда права на земельные участки предоставляются бесплатно. В указанных случаях изъятие земельных участков без выкупа не допускается.

**Выкуп бесхозяйственно содержимых культурных и исторических ценностей** является еще одним случаем принудительного прекращения права собственности. В соответствии со ст. 256 ГК, в случаях, когда собственник культурных и исторических ценностей, отнесенных в соответствии с законодательством к особо ценным и охраняемым государством, бесхозяйственно содержит эти ценности, что грозит утратой им своего значения, такие ценности по решению суда могут быть изъяты у собственника государством путем выкупа или продажи с публичных торгов. Следует иметь в виду, что допускается принудительный выкуп только таких культурных и исторических ценностей, которые отнесены к особо ценным и охраняемым государством. Организация государственного учета памятников культуры и истории, находящихся на территории Республики Казахстан, осуществляется в порядке, установленном [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1001290) РК от 2 июля 1992 г. “Об охране и использовании историко-культурного наследия”. В частности, ст. 27 Закона установлен порядок утверждения списков памятников истории культуры. В целях эффективной организации учета и охраны памятников культуры памятники подразделяются на памятники международного, республиканского, местного значения. Перечень памятников, предлагаемых для включения в список Всемирного наследия, представляется Правительством РК в установленном порядке. Списки памятников истории культуры республиканского значения утверждаются Правительством РК по представлению государственного органа РК по охране и использованию историко-культурного наследия. Списки памятников истории и культуры местного значения утверждаются местными органами власти по представлению территориальных государственных и общественных органов охраны памятников, согласованному с государственным органом Республики Казахстан по охране и использованию историко-культурного наследия.

Таким образом, [ст. 256 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2560000) применима только в отношении памятников культуры и истории, которые в установленном порядке включены в перечень таких памятников.

По основаниям, предусмотренным ст. ст. 249-257 ГК, прекращаются не только право собственности, но и другие вещные права. Указанные основания не носят исчерпывающего характера. В соответствии со ст. 258 ГК вещные права могут быть прекращены также по решению собственника в порядке, установленном законодательными актами, уставом юридического лица, договором собственника с владельцем имущества. В частности, в соответствии со ст. 205 ГК собственник закрепленного за учреждением или казенным (государственным) предприятием имущества вправе изъять это имущество либо перераспределить его между другими созданными им юридическими лицами по своему усмотрению, если иное не установлено законодательными актами. Право хозяйственного ведения в соответствии с п. 3 ст. 198 также может быть прекращено в случаях правомерного изъятия имущества у предприятия по решению собственника. В соответствии со ст. 32 Закона РК “Об охране и использовании историко-культурного наследия”, учреждения, граждане и общественные объединения, в пользовании которых находятся памятники истории и культуры, в судебном порядке на основании иска собственника лишаются права пользования в случае нарушения ими обязанности использования памятников в соответствии с их характером и назначением, в результате чего памятник подвергается угрозе уничтожения или порче. При реорганизации юридического лица путем слияния, присоединения, разделения или преобразования также прекращаются права у одного и возникают права у другого. Передача прав при реорганизации осуществляется, соответственно, на основании передаточного акта или разделительного баланса. Моментом прекращения прав следует признать:

при слиянии, выделении, разделении - дату регистрации вновь возникших юридических лиц;

при присоединении - дату регистрации прекращения присоединенного юридического лица.

Фактическая передача имущества новому правообладателю может произойти раньше или позже указанных моментов. Однако, в связи с тем, что правопреемство осуществляется на основании передаточного акта и разделительного баланса, имущество переходит к правопреемнику в момент его регистрации, если иное не предусмотрено законодательными актами или решением о реорганизации (п. 3 ст. 47 ГК ).

Таким образом, право собственности может быть прекращено только по основаниям, предусмотренным законодательными актами и в порядке, предусмотренном законодательством, что соответствует принципу неприкосновенности собственности, закрепленному в [ст. 26 Конституции](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005029#sub_id=260000) Республики Казахстан.

Перечень оснований прекращения сервитутов регулируется ст. 54 Указа о земле. Установлено, что сервитут может быть прекращен по требованию частного собственника или землепользователя:

1) ввиду отпадения причин, по которым он был установлен;

2) в судебном порядке в случаях, когда земельный участок, обремененный сервитутом, не может использоваться по своему назначению в результате такого обременения.

Хотя для первого случая не установлен судебный порядок прекращения сервитута, такой порядок предполагается при наличии спора между сторонами.

Указанный перечень оснований прекращения сервитутов недостаточно полный. Его необходимо расширить и дифференцировать в зависимости от вида сервитута. К основаниям прекращения сервитутов необходимо, на наш взгляд, отнести отказ, длительное неиспользование, гибель имущества, совпадение в одном лице собственника вещи и сервитуария, соглашение сторон, смерть сервитуария или ликвидация (реорганизация) юридических лиц в личных сервитутах, а также одностороннее его прекращение по основаниям, предусмотренным законодательными актами или соглашением сторон.

Глава 26. Защита права собственности и иных вещных прав

§ I. Понятие и система гражданско-правовых способов защиты права собственности

и иных вещных прав

**Понятие защиты права собственности и иных вещных прав*.*** Имущественные права граждан и юридических лиц, в т. ч. и право собственности и иные вещные права, охраняются различными правовыми отраслями: уголовным, административным, финансовым и другими. В системе защиты имущественных прав гражданское право играет ключевую роль, так как имущественные права являются непосредственным объектом данной отрасли права. В то же время и само гражданское право защищает право собственности и иные вещные права различными способами.

**В широком смысле** защита права собственности и иных вещных прав в виде защиты прав собственника или обладателя вещного права осуществляется всеми теми способами, что и защита всех субъективных гражданских прав*.* Право собственности и иное вещное право, как относящиеся к субъективным гражданским правам, защищаются гражданским правом наравне со всеми субъективными гражданскими правами и подчиняются гражданско-правовым принципам защиты гражданских прав, правилам определения пределов и границ защиты, осуществления права на защиту как самостоятельного субъективного гражданского права.

**В узком, гражданско-правовом смысле,** под защитой права собственности и иных вещных прав понимаются конкретные специфические меры защиты права собственности и иных вещных прав, закрепленные в гражданском законодательстве.

Меры защиты права собственности и иных вещных прав, перечисленные в [гл. 15 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2590000) “Защита права собственности и иных вещных прав”, весьма неоднородны по своему характеру и действию, и не все перечисленные меры подлежат применению при защите иных, чем право собственности, вещных прав. При этом весьма своеобразна систематизация изложения в гл. 15 ГК мер защиты права собственности и иных вещных прав.

Так, ст. ст. 259-264 дается перечень мер по защите права собственности, к которым относятся: признание права собственности, истребование имущества из чужого незаконного владения, возмещение убытков при возврате имущества из незаконного владения, защита права собственности от нарушений, не соединенных с лишением владения, а также конкретизируется механизм применения этих мер. [Статьей 265](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2650000) меры по защите права собственности, перечисленные в ст. ст. 259-264, и их механизм распространяются на защиту и иных, чем право собственности, вещных прав.

В [ст. 267 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2670000) перечисляются меры по защите права собственности и иных вещных прав от не соответствующего законодательству нормативного или индивидуального акта органа власти, управления и должностных лиц, а также закреплен механизм возмещения убытков, возникших в связи с таким нормативным актом.

Статьей же [266 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008442#sub_id=2660000) предусматриваются меры по защите исключительно права собственности при его прекращении по основаниям, предусмотренным законодательными актами, и порядок возмещения убытков, возникших в связи с таким прекращением права собственности.

**Система способов защиты права собственности и иных вещных прав, предусмотренных главой 15 ГК.** Традиционно способы защиты права собственности и иных вещных прав по характеру защиты права классифицируются на вещно-правовые и обязательственные.

Специфика **вещно-правовых способов защиты** заключается в том, что эти способы направлены на защиту права собственности или иных вещных прав как абсолютного права, т. е. они не связаны с конкретными договорными или внедоговорными обязательствами и имеют целью восстановление нарушенного права путем: 1) возврата незаконно изъятой у него вещи; 2) исправления поврежденной вещи; 3) устранения препятствий в пользовании вещью. Все указанное достигается при восстановлении владения, пользования и распоряжения собственника или обладателя иного вещного права определенной вещью, т. е. при восстановлении абсолютного права.

Специфика **обязательственных способов защиты** права собственности или иного вещного права состоит в том, что собственнику или обладателю иного вещного права, имущество которого незаконно изъято или повреждено, возмещают стоимость имущества или компенсируют ухудшение имущества, т. е. возмещают причиненный вред - убытки, возникшие из внедоговорных обязательств.

Таким образом, при вещно-правовых способах защиты имущество восстанавливается в натуре, при обязательственных - предоставляется денежная компенсация. Характерной чертой применения вещно-правовых способов является то, что имущество имеется в натуре или поврежденное имущество может быть восстановлено, в противных же случаях применяются обязательственно-правовые способы защиты права собственности или иных вещных прав1.

К вещно-правовым способам защиты права собственности и иных вещных прав относятся: признание права собственности или иного вещного права; истребование имущества из чужого незаконного владения (виндикационный иск); устранение нарушения права собственности или иного вещного права, хотя бы эти нарушения и не соединены с лишением владения (негаторный иск).

К обязательственно-правовым способам защиты права собственности или иного вещного права относятся: 1) возмещение убытков собственника или иного вещного права, возникшего в результате издания несоответствующего законодательству нормативно-правового или индивидуального акта органа государственного управления, местного представительного органа, либо должностного лица, нарушивших права собственника или обладателя иного вещного права; 2) признание недействительным акта государственного органа управления, местного представительного или исполнительного органа, либо должностного лица, а также требование о неприменении противоречащего законодательству правового акта; 3) защита права собственности при его прекращении по основаниям, предусмотренным законодательными актами.

Безусловно, необходимость защиты прав собственника или обладателя иного вещного права и непосредственная такая защита может возникнуть и из иных оснований, например, из договорных отношений, из причинения вреда имуществу, из спора о наследстве, об авторстве и т. п. Но, как уже упоминалось, эти способы защиты прав собственника или обладателя иного вещного права относятся к иным институтам права, в частности, к защите прав при нарушении обязательства, к защите прав при причинении вреда, к защите наследственных прав, к защите авторских прав и т. п. Следовательно, эти способы защиты прав рассматриваются в соответствующих разделах гражданского права. В настоящей главе рассматриваются лишь способы защиты прав, относящиеся к узкому, гражданско-правовому понятию защиты права собственности и иных вещных прав.

§ 2. Вещно-правовые способы защиты права собственности

**Признание права собственности.** Признание права собственности, как вещно-правовой способ защиты, предусмотрен [ст. 259 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2590000). Признание права, в т. ч. и признание права собственности, довольно распространенное требование в судебной практике. Но не все требования о признании права собственности относятся к вещно-правовым способам защиты права собственности. Требование о признании права, в т. ч. и признании права собственности, может возникнуть из спора, связанного с договорными отношениями. В частности, по договору купли-продажи может возникнуть спор о моменте возникновения права собственности у покупателя, и одним из требований может выступать требование о признании права. Требование о признании права собственности может возникнуть и из наследственных правоотношений, правоотношений, связанных с общей собственностью супругов или общей собственностью на приватизированное жилье и т. д.

Характерной чертой признания права собственности как вещно-правового способа защиты является его внедоговорный характер. **Признание права собственности, как вещно-правовой способ защиты,** является внедоговорным требованием собственника о констатации перед третьими лицами факта принадлежности права собственности на спорное имущество, не соединенное с конкретными требованиями о возврате имущества или устранении иных препятствий, не связанных с лишением владения2.

Требование о признании права собственности может быть заявлено собственником индивидуально-определенной вещи, права которого оспориваются, отрицаются или не признаются третьим лицом, не находящимся с собственником в обязательственных или иных относительных отношениях. Требование собственника в этом случае должно основываться на сущности абсолютного права, предполагающего пассивную обязанность всех сограждан не нарушать права собственности, в т. ч. и признавать его.

Одним из необходимых условий для предъявления требования о признании права собственности, как вещно-правового способа защиты, является длящийся характер правонарушения. В случае прекращения правонарушения права собственника защищаются иными способами, в частности, способами по возмещению вреда, вызванного незаконными действиями третьих лиц, препятствовавшими в осуществлении собственником правомочий пользования или распоряжения своим имуществом. Поэтому на требования о признании права собственности не распространяется исковая давность.

В качестве обязанного лица может выступать третье лицо, как заявляющее права на вещь, чем нарушаются права собственности, так и не заявляющее таких прав, но не признающее за заявителем требования права собственности на имущество, что своим результатом может иметь нарушение права собственности в виде нарушения правомочия владения, пользования или распоряжения.

Предметом требования признания права собственности является констатация юридического факта принадлежности заявителю права собственности. Как правило, требование о признании права собственности не связано с требованиями о выполнении обязанным лицом каких-то конкретных обязанностей. Само по себе признание права собственности, как абсолютного права, уже возлагает на третьих лиц пассивную обязанность не препятствовать в его осуществлении. Специфика такого вещно-правового способа защиты права собственности, как его признание, заключается в том, что сам факт признания права устраняет все препятствия в осуществлении права собственности и не требует конкретного решения о выполнении обязанными лицами каких-то действий, так как эти действия вытекают из сущности права собственности как абсолютного права.

Примерами вещно-правовых способов защиты права собственности в виде признания права являются, в частности, требование о признании права собственности, заявленное лицом, не являющимся собственником имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющее этим имуществом как своим собственным в течение необходимого срока для признания за ним права собственности, а также в случае возникновения спора или иного конфликта, требование члена потребительского жилищного (жилищно-строительного, дачного и иного) кооператива, внесшего полностью свой паевой взнос, о признании за ним права собственности (например, в случае отказа кооператива подтвердить факт полного внесения паевого взноса, что делает невозможным регистрацию права собственности) и т. п.

Требование о признании права собственности может основываться на различных доказательствах и может доказываться различными способами. В частности, требование о признании права собственности может доказываться правоустанавливающими документами, платежными документами, свидетельскими показаниями, а также иными другими доказательствами.

**Истребование имущества из чужого незаконного владения.**Одним из основных вещно-правовых способов защиты права собственности является истребование собственником своего имущества из чужого незаконного владения. Этот способ защиты права собственности широко известен в юридической литературе под названием виндикационного иска (от лат. - rei vindicatio).

**Под виндикационным иском** понимается внедоговорное требование невладеющего собственника о возврате индивидуально-определенного имущества (вещи) из незаконного владения к фактически владеющему этим имуществом лицу. Основанием виндикационного иска является то, что выбытие имущества из владения собственника без законных оснований не прекращает, по общему правилу, права собственности, и собственник вправе требовать возврата в свое владение этого имущества. Исключением из правила о сохранении права собственности являются случаи приобретения этого имущества добросовестными приобретателями, у которых имущество истребуется только при определенных обстоятельствах.

Таким образом, право на истребование имущества имеет **собственник имущества***,* который при предъявлении виндикационного иска обязан доказать, что имущество принадлежит ему на праве собственности, и, помимо этого, собственник обязан доказать незаконность фактического владения обладателя оспориваемого имущества.

Одними из необходимых условий предъявления виндикационного иска является то, что собственник лишен фактического владения истребуемого имущества*.* Если право собственности на имущество, находящееся в ведении собственника, оспоривается третьими лицами, либо если третьи лица создают препятствия собственнику в пользовании или распоряжении имуществом, но имущество все же находится во владении собственника, то для защиты права собственности применяются другие способы, например, требование о признании права, требование о защите прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения.

Ответчиком по виндикационному иску является лицо, незаконно и фактически владеющее чужим имуществом. **Незаконное владение** означает фактическое обладание имуществом без каких-либо правовых оснований. Например, если какое-либо лицо самовольно завладело имуществом - похитило, присвоило находку и т. п. Незаконным владением является и случай приобретения имущества у лица, которое не было управомочено им распоряжаться, вне зависимости от того, знал или не знал об этом приобретатель. То есть, незаконное владение не связано с виновностью действий незаконного владельца, достаточно объективного характера незаконности владения.

Истребовать из чужого незаконного владения можно **только индивидуально-определенное имущество**, что вытекает из сущности вещных прав - ведь вещное право возможно только на индивидуально-определенное имущество. В частности, виндицировать можно индивидуально-определенные вещи. Помимо этого, можно истребовать и вещи, определяемые родовыми признаками, если они в необходимых пределах выделены из вещей того же рода, позволяющие их индивидуализировать. Например, если они находятся в контейнере или иной таре, либо индивидуализированы в отдельной упаковке и т. д. и не смешаны с вещами того же рода. Если же эти вещи смешиваются с вещами того же рода и выделить конкретное имущество собственника из однородных вещей невозможно, то невозможно их и виндицировать, так как при этом право собственности либо исчезает, либо трансформируется в общую собственность на все однородное имущество совместно с иными собственниками на него. В последних случаях собственник также не вправе истребовать свое имущество, но вправе применять обязательственно-правовые способы защиты в виде возмещения убытков, возврата полученных доходов и т. п.

Для применения виндикационного иска необходимо, чтобы истребуемое имущество сохранилось в натуре и находилось в фактическом владении другого лица*.* Если имущество уничтожено, переработано и изменило свое первоначальное назначение или полностью потреблено, право собственности на такое имущество прекращается и его невозможно истребовать. В этих случаях собственник уничтоженного, переработанного или потребленного имущества вправе применить обязательственные способы защиты для возмещения убытков, взыскания неосновательного обогащения и т. п., но он не сможет истребовать это имущество и применить виндикационный иск. В некоторых случаях, когда имущество переработано, но не потеряло своего первоначального назначения, собственник вправе, по общему правилу, его истребовать, возместив владельцу затраты по улучшению имущества. В случае частичного потребления имущества собственник также вправе, по общему правилу, истребовать остаток, в отношении же потребленного он имеет возможность применить обязательственные способы защиты по возмещению убытков, но не может истребовать в натуре.

Требование о возврате имущества из чужого незаконного владения носит внедоговорный характер и основывается на сущности абсолютного права, возлагающего пассивную обязанность на третьих лиц не нарушать право собственности. Если собственник и фактический владелец связаны друг с другом договорным или иным относительно-определенным обязательственным правоотношением по поводу спорной вещи (например, требование одного наследника к другому о передаче конкретного предмета наследства, требование продавца к покупателю по поводу предмета купли-продажи и передаче его покупателю, требование арендодателя к арендатору по поводу возврата предмета аренды, требование поклажедателя к хранителю и т. д.), то спор должен разрешаться соответствующими нормами о договоре или ином обязательственном правоотношении и должны применяться не вещно-правовые, а обязательственные способы защиты.

На требования по возврату имущества из чужого незаконного владения распространяется общий трехлетний срок исковой давности вне зависимости от того, заявляются ли эти требования по поводу частной или государственной собственности.

Право собственника на истребование своего имущества во многом зависит от такого основания возникновения владения у незаконного владельца этого имущества, как **возмездность** или **безвозмездность***.* В случае, когда имущество поступило во владение незаконного владения безвозмездно (было похищено, найдено, подарено лицом, не являвшимся собственником и не уполномоченным на это и т. п.), оно может быть истребовано собственником во всех случаях. При возмездном поступлении имущества во владение незаконного владельца возможность истребования ограничена определенными условиями.

Хотя категория незаконности владения не зависит от виновности действий незаконного владельца, но возможность истребования имуществ при возмездном его поступлении к незаконному владельцу во многом зависит и от этого. В этом случае пределы прав собственника на истребование своего имущества из чужого незаконного владения зависят от добросовестности или недобросовестности действий незаконного фактического владельца.

Как и при безвозмездном приобретении имущества незаконным владельцем, собственник вправе в любом случае истребовать любое имущество, в т. ч. ценные бумаги на предъявителя и деньги, у незаконного владельца, который, приобретая имущество, знал или должен был знать, что приобретает это имущество у лица, не являющегося собственником и/или не управомоченного отчуждать его **(недобросовестного приобретателя, недобросовестного владельца).**

В то же время у **добросовестного приобретателя** **(добросовестного владельца),** т. е. незаконного владельца чужого имущества, который, приобретая это имущество, не знал и не должен был знать, что приобретает это имущество у лица, не являющегося собственником и/или не управомоченного отчуждать его, по общему правилу, собственник не вправе истребовать свое имущество. У добросовестного приобретателя имущество может быть истребовано только в исключительных случаях: когда имущество выбыло из владения собственника или другого лица (которому имущество передано собственником во владение) помимо их воли, например, было утеряно, похищено, выбыло вследствие действия стихийной силы и т. д. Ограничение истребования имущества у добросовестного приобретателя продиктовано преимущественно интересами сохранения стабильности имущественного оборота, интересами добросовестных приобретателей и их защиты в гражданских отношениях. В то же время имеется исключение и из исключительного правила об истребовании имущества у добросовестного приобретателя. У добросовестного приобретателя ни при каких обстоятельствах не могут быть истребованы ценные бумаги на предъявителя и деньги. Это исключение продиктовано целями повышения оборотоспособности и доверия к таким категориям имущества, как ценные бумаги на предъявителя и деньги.

Истребуя имущество из чужого незаконного владения, собственник вправе также требовать возврата доходов, которые были получены или должны были быть получены незаконным владельцем за время нахождения у него истребуемого имущества. Возможность и пределы требования по возврату таких доходов также зависят от виновности действий незаконного владельца истребуемого имущества.

Собственник истребуемого имущества вправе требовать с недобросовестного владельца возврата всех доходов, которые по-следний извлек или должен был извлечь за все время незаконного владения. С добросовестного же владельца истребуемого имущества собственник вправе требовать возврата только тех доходов, которые незаконный владелец извлек или должен был извлечь с момента, как он узнал или должен был узнать о неправомерности владения, или с момента, когда он получил повестку в суд по иску о возврате имущества*.* При этом добросовестный владелец вправе требовать от собственника возмещения произведенных расходов на содержание истребуемого имущества с того времени, с которого собственнику причитаются доходы от имущества, и произвести, соответственно, зачет по этим суммам. Недобросовестный владелец вправе получить аналогичное возмещение только в случаях, когда они признаются судом основательными (например, если характер имущества требует постоянных затрат на сохранение имущества и если без этих затрат имущество потеряло бы ценность или было бы уничтожено).

Добросовестность и недобросовестность владения также влияет на возмещение собственником незаконному владельцу произведенных им расходов по улучшениям истребуемого имущества за время незаконного владения, которые не могут быть отделены без повреждения вещи. Незаконный владелец (как добросовестный, так и недобросовестный) вправе оставить за собой при возврате имущества собственнику отделимые улучшения истребуемого имущества. В то же время, если произведенные улучшения неотделимы от истребуемого имущества без повреждения и потери им своего назначения, то право на возмещение расходов по таким улучшениям имеет только добросовестный владелец. Недобросовестный владелец права на получение такого возмещения не имеет.

**Защита прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения*.*** Наряду с такими способами защиты, как признание права и истребование имущества из чужого незаконного владения, к вещно-правовым способам относится требование собственника имущества об устранении всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения. Этот способ защиты права собственности широко известен в юридической литературе под именем **негаторного иска.**

Сущность такого вещно-правового способа защиты, как требование об устранении нарушений права собственности, не соединенных с лишением владения собственника, заключается в том, что он направлен на охрану одних из основных назначений собственности: использование ее для непосредственного удовлетворения потребностей собственника и/или распоряжение ею собственником по своему усмотрению*.*

Требование собственника об устранении нарушений, не соединенных с лишением владения, относится к внедоговорным требованиям и вытекает из сущности абсолютного права, возлагающего на третьих лиц пассивную обязанность не препятствовать в осуществлении абсолютного права.

Как вещно-правовой способ защиты рассматриваемое требование может быть предъявлено только в случаях, когда собственник и нарушитель права не связаны договорными или иными относительно-определенными (обязательственными) отношениями и когда совершенное правонарушение не привело к прекращению субъективного права собственности. В противном случае применяются иные обязательственно-правовые способы защиты, которые относятся либо к обязательственно-правовым способам защиты права собственности, либо к способам защиты от нарушения обязательства, либо к способам защиты при причинении вреда, либо к способам защиты прав при взыскании неосновательного обогащения, либо иным видам защиты гражданских субъективных прав.

Предъявление требования об устранении правонарушений, не соединенных с лишением владения, предопределяет нахождение имущества во владении собственника. Предъявляя негаторный иск, собственник не преследует цели восстановления владения, так как имущество находится в его владении, а преследует цели восстановления своих правомочий по пользованию или распоряжению. В случаях, когда имущество выбыло из владения собственника либо когда собственник преследует цели восстановления владения, должен предъявляться виндикационный или иной, но не негаторный иск.

Одним из необходимых условий для предъявления требования об устранении нарушения права собственности, не соединенного с лишением владения, является длящийся характер правонарушения. Требование об устранении нарушения права собственности, не соединенного с лишением владения, может быть заявлено только в то время, когда имеется правонарушение со стороны третьих лиц, препятствующее собственнику в осуществлении правомочий по пользованию и/или распоряжению своим имуществом. В случае прекращения правонарушения права собственника защищаются иными способами, в частности, способами по возмещению вреда, вызванного незаконными действиями третьих лиц, препятствовавшими в осуществлении собственником правомочий пользования или распоряжения своим имуществом. Так как требование об устранении нарушения, не соединенного с лишением владения, предъявляется в связи с длящимся правонарушением, то на него не распространяется исковая давность.

Требование об устранении нарушения права собственности, не соединенного с лишением владения, как правило, предъявляется вместе с требованием о возмещении убытков (вреда), вызванных таким нарушением.

Следует отметить, что заявление требования об устранении нарушения права собственности, не соединенного с лишением владения, в правоприменительной практике явление редкое. Имеющиеся нарушения, как правило, устраняются административными органами в ходе повседневной деятельности. Однако, если административные органы не устранили нарушения права собственности со стороны третьих лиц, собственник может обратиться с соответствующим требованием (негаторным иском) в суд для охраны своих прав. Так, одним из примеров заявления требования об устранении нарушения права, не соединенного с лишением владения, являются заявления собственника об исключении его определенного имущества из описи имущества третьего лица, на которое налагается арест без его изъятия. Как правило, собственник в этом случае имеет возможность заявить административному органу, производящему опись имущества должника, ходатайство об исключении определенного имущества из описи, представив необходимые доказательства обоснованности своего ходатайства. Решение вопроса в административном порядке производится более оперативно, не требует каких-либо расходов в виде уплаты пошлины и т. д., поэтому по большей части вопросы об устранении препятствий в пользовании и распоряжении имуществом решаются в административном порядке. В то же время нет препятствий обращаться в суд с негаторным иском как сразу с момента нарушения права собственности, не соединенного с лишением владения, так и при недостижении решения этого вопроса в административном порядке.

Зачастую сами действия административного органа могут стать тем препятствием, которое нарушает право собственника в осуществлении правомочий пользования или распоряжения. Такие действия административного органа могут быть обжалованы в административном порядке в вышестоящий административный орган. В то же время, по общему правилу, обязательное обжалование действий административного органа в порядке подчиненности необходимо только в случаях, когда это предусмотрено законодательными актами. В остальных случаях собственник вправе непосредственно после нарушения права обращаться в суд с негаторным иском, минуя административную стадию обжалования в порядке подчиненности. Так, в случае отсутствия денежных средств на счетах должника-налогоплательщика налоговые службы, в соответствии со [ст. 155 Указа](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007159#sub_id=1550000) о налогах, вправе наложить ограничение на распоряжение имуществом налогоплательщика. При этом, в соответствии с налоговым законодательством, предусмотрена презумпция согласия налогоплательщика на реализацию имущества, на которое наложено ограничение в распоряжении в форме необжалования налогоплательщиком решения налогового органа в течение пяти дней в орган, вынесший это решение. По этому поводу необходимо отметить, что налогоплательщик - физическое или юридическое лицо — в любом случае, даже в случае пропуска срока для обжалования, вправе предъявлять негаторный иск, если имеются основания для снятия ограничения (неправильное решение налоговой службы о наложении ограничения в распоряжении, о суммах начисленного налога и т. д.).

§ 3. Применение вещно-правовых способов защиты права собственности при защите иных, чем право собственности, вещных прав

**Общие положения.**В соответствии со ст. 265 ГК применение вещно-правовых способов защиты права собственности допускается и при защите иных, чем право собственности, вещных прав. Несмотря на то, что ст. 265 ГК предполагается предоставление права на применение вещно-правовых способов лицу, хотя и не являющемуся собственником, но владеющему имуществом на праве хозяйственного ведения, оперативного управления, постоянного землепользования либо по иному основанию, предусмотренному законодательными актами или договором, необходимо все же отметить, что в данном случае имеется в виду только лицо, имеющее на имущество вещное право, т. е., во-первых, это право должно характеризоваться абсолютной природой (относиться к абсолютным правам), и, во-вторых, объектом такого права должно являться индивидуально-определенное имущество (вещь). Такого рода вещные права именуются в юридической литературе правами на чужую вещь. В частности, к иным, чем право собственности, вещным правам относятся право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право постоянного землепользования, право аренды, право ренты, связанное с недвижимостью, право пожизненного пользования индивидуально-определенной вещью (например, право пожизненного проживания в жилом доме), право доверительного управления индивидуально-определенным имуществом, право залога индивидуально-определенного имущества и т. п.

Особенностью применения вещно-правовых способов при защите прав на чужую вещь является то, что этими способами допускается защита права на чужую вещь также и от самого собственника, в чем проявляется специфика коллизии права собственности и права на чужую вещь в отношении одного объекта, при которой право на чужую вещь имеет, как правило, преимущество по отношению к праву собственности.

**Признание права.** Применение такого вещно-правового способа, как признание права, допустимо в отношении любого вещного права вне зависимости от его содержания. Главное, чтобы оно было абсолютным правом и объектом права было индивидуально-определенное имущество, т. е. чтобы оно относилось к вещным правам.

Характерной чертой признания права на чужую вещь как вещно-правового способа защиты, как и признания права собственности, является его внедоговорный характер. Признание права на чужую вещь, как вещно-правовой способ защиты, является внедоговорным требованием обладателя вещного права о констатации перед третьими лицами факта принадлежности права на спорное имущество, не соединенное с конкретными требованиями о возврате имущества или устранении иных препятствий, не связанных с лишением владения.

Признание права на чужую вещь, как и признание права собственности, довольно распространенное спорное требование в судебной практике. К этой категории споров относятся, в частности, спор об установлении сервитута, что является требованием о признании права сервитута, спор о незаконности прекращения аренды имущества при правопреемстве имущества арендодателя, что является требованием о признании права аренды на имущество, переходящее к правопреемникам арендодателя, и т. п. При этом требование о признании права может быть заявлено как в отношении третьих лиц, не обладающих какими либо правами на спорное имущество и препятствующих осуществлению вещного права, так и в отношении третьих лиц, также обладающих вещными правами на это имущество, в т. ч. и аналогичными вещными правами, как и у заявителя. Например, спор между залогодержателями на одно и то же имущество будет являться спором о признании права предыдущего залогодержателя.

**Истребование имущества из чужого незаконного владения.** Если применение такого вещно-правового способа защиты прав, как признание права, не зависит от содержания защищаемого права, то возможность применения другого вещно-правового способа защиты, как истребование имущества из чужого незаконного владения, и пределы защиты нарушенного права во многом зависят от содержания самого защищаемого вещного права.

Обладатель права на чужую вещь может воспользоваться правом на истребование имущества из чужого незаконного владения, если содержание этого вещного права допускает владение оспориваемым имуществом. Например, таким вещно-правовым способом защиты, как истребование имущества из незаконного владения, может воспользоваться арендатор, закладодержатель, иные залогодержатели при нарушении основного обязательства, обладатель права хозяйственного ведения, оперативного управления и т. д., так как в правомочиях этих вещных прав предусматривается владение этим имуществом. В то же время не может истребовать имущество обладатель права сервитута, даже если новый владелец препятствует пользованию обремененным сервитутом имуществом, так как в правомочиях обладателя сервитута право владения не предусматривается. В последнем случае защита прав осуществляется другими способами, в т. ч. и таким вещно-правовым способом, как признание права либо требование об устранении нарушений, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения.

Вторым важным моментом, на который необходимо обратить внимание при применении истребования имущества из чужого незаконного владения при защите прав на чужую вещь, является определение пределов защиты вещного права. Эти вопросы по большей части касаются применения порядка расчетов при возврате вещей из незаконного владения. Право на чужую вещь может защищаться только в пределах своего содержания, т. е. в объеме правомочий, относящихся к содержанию такого права. В остальном объеме содержания требования об истребовании имущества из чужого незаконного владения права принадлежат только собственнику этого имущества.

Так, если имущество находилось у закладодержателя, то он вправе истребовать его из чужого незаконного владения только для восстановления своего права заклада.

Арендатор вправе истребовать имущество для восстановления права аренды, т. е. возмездного пользования чужим имуществом. При истребовании имущества у арендатора не возникает прав больше, чем было до выбытия имущества из его владения. Следовательно, и при производстве расчета при возврате вещей из незаконного владения арендатор вправе требовать возмещения доходов, соразмерных с доходами, которые он мог бы извлечь из этого имущества. В остальной части доходы подлежат взысканию только собственником имущества.

Соответственно должны решаться и вопросы возмещения незаконному владельцу расходов на содержание имущества, являющегося предметом виндикации. Например, незаконный владелец вправе требовать от обладателя права на чужую вещь возмещения необходимых затрат на содержание имущества только в тех размерах и объемах, в которых должен был производить подобные за-траты обладатель права на чужую вещь. В сумме, превышающей эти размеры, незаконный владелец вправе предъявлять требования только к собственнику имущества. Аналогично должен решаться и вопрос о возмещении добросовестному владельцу произведенных им затрат на неотделимые улучшения имущества. К обладателю права на чужую вещь эти требования могут предъявляться только в том объеме, в каком производство улучшения возлагается на обладателя права на чужую вещь, в остальной части требования могут быть предъявлены только к собственнику имущества. Например, при истребовании арендатором имущества из чужого незаконного владения и при производстве незаконным добросовестным владельцем неотделимых улучшений имущества, добросовестный владелец вправе предъявлять требование о возмещении улучшений к собственнику имущества, если только договором между собственником и арендатором не предусмотрены, в частности, какие-то положения, возлагающие на арендатора обязанность по производству таких улучшений и т. д.

**Защита права на чужую вещь от нарушений, не соединенных с лишением владения.** Как и истребование имущества из незаконного владения, возможность применения такого вещно-правового способа защиты, как требование о защите права на чужую вещь от нарушений, не соединенных с лишением владения, и пределы такой защиты во многом зависят от содержания самого защищаемого вещного права.

Применение такого вещно-правового способа защиты, как требование о защите права на чужую вещь от нарушений, не соединенных с лишением владения, возможно только в отношении тех прав на чужую вещь, в содержании которых имеются правомочия по пользованию чужим имуществом. Право распоряжения, как правило, не входит в содержание правомочий обладателя права на чужую вещь, за редким исключением (при удержании кредитором имущества должника в обеспечение исполнения должником своих обязательств и при обращении залогодержателем взыскания на заложенное имущество).

Требования о защите права на чужую вещь от нарушений, не соединенных с лишением владения, аналогичны требованиям, предъявляемым к собственнику имущества при предъявлении им негаторного иска. В частности, негаторный иск может быть предъявлен только в момент совершения правонарушения со стороны третьих лиц, с которыми обладатель вещного права не состоит в договорных или иных относительных правоотношениях; при предъявлении негаторного иска не преследуется цели истребования имущества из чужого незаконного владения и т. д. Например, негаторным иском могут воспользоваться арендатор, обладатели права хозяйственного ведения и оперативного управления, землепользователь, залогодержатель, обращающий взыскание на предмет залога, при нарушении третьими лицами правомочий обладателей этих прав по пользованию или распоряжению чужим имуществом. В то же время, например, хранитель не имеет возможности, по общему правилу, воспользоваться негаторным иском, так как в его правомочиях нет правомочий пользования или распоряжения имуществом, находящимся на хранении.

§ 4. Обязательственно-правовые способы защиты права

собственности и иных вещных прав

Обязательственно-правовые способы защиты прав собственника или обладателя иного вещного права весьма разнообразны. Как правило, такие способы защиты применяются не только при защите прав собственника или обладателя иного вещного права, но и при защите любых имущественных прав и интересов граждан и юридических лиц (например, способы защиты гражданских прав, направленные на возмещение убытков, нанесенных имуществу собственника; признание сделки, как основания прекращения права собственности или иного вещного права, недействительной и т. п.). Поэтому эти способы защиты подробно освещены отдельно в других разделах и главах учебника, в частности, в гл. 12, посвященной защите гражданских прав, гл. 30, посвященной ответственности за нарушение обязательства, и т. д.

В то же время существуют отдельные специфичные обязательственно-правовые способы защиты прав собственника и обладателя иного вещного права, которые, наряду с вещно-правовыми способами, относятся к обязательственно-правовым (обязательственным) способам защиты права собственности и иного вещного права.

Так, к обязательственно-правовым способам защиты права собственности или иного вещного права относятся способы защиты, направленные на признание недействительными актов органов государственного управления и должностных лиц, нарушающих права собственника или обладателя иного вещного права, и возмещение причиненных такими актами убытков.

Указанный способ защиты права собственности и иного вещного права является развитием положений о защите гражданских прав, закрепленных в [ст. 9 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=90000). Признание недействительными незаконных актов органов государственного управления и должностных лиц, нарушающих права собственника или обладателя иного вещного права, осуществляется в судебном порядке. Правом на заявление иска о признании незаконного акта, нарушающего право собственности или иное вещное право, недействительным наделены собственник или обладатель иного нарушенного вещного права. При признании судом недействительным такого акта какой-либо дополнительной его отмены не требуется и такой акт применению не подлежит.

Признание недействительными незаконных актов органов государственного управления и должностных лиц, нарушающих права собственника или обладателя иного вещного права, сопровождается, как правило, требованием о возмещении убытков, причиненных изданием такого акта. Убытки, причиненные при издании таких актов, возмещаются в полном объеме, что означает возмещение как реальных убытков, так и упущенной выгоды. Возмещение убытков производится из средств соответствующего бюджета, т. е. при нанесении убытков изданием акта органом государственного управления (центральным исполнительным органом, республиканскими ведомствами), либо должностного лица этого органа убытки возмещаются из средств республиканского бюджета, а при нанесении убытков изданием акта местного представительного или исполнительного органа, либо должностного лица этих органов - из средств местного бюджета.

Своеобразным способом защиты права собственности и иных вещных прав является неприменение судами при вынесении судом решения по конкретному делу актов органов государственного управления и местных представительных или исполнительных органов, противоречащих законодательным актам. При этом указанные незаконные акты не подлежат применению без какой-либо дополнительной процедуры признания их недействительными либо отмены, что вытекает из положений Конституции, Закона о нормативных правовых актах и норм ГК, устанавливающих иерархию нормативных актов и порядок разрешения коллизий между положениями нормативных правовых актов различного уровня. Поэтому суд, столкнувшись с необходимостью применения незаконного акта органа государственного управления или местного представительного или исполнительного органа, противоречащего законодательному акту, при рассмотрении конкретного спора обязан не применять положения такого незаконного акта.

Помимо этого, к обязательственному способу защиты права собственности относится защита права собственности при его прекращении по основаниям, предусмотренным законодательными актами, которая осуществляется посредством возмещения убытков, причиненных собственнику изданием такого акта, в полном объеме. Особенностями этого способа защиты права собственности является то, что, во-первых, основанием для возникновения обязательства по возмещению убытков является правомерное действие - принятие законодательного акта, во-вторых, обязанным лицом выступает государство. Споры о возмещении, возникшие при прекращении права собственности по основаниям, предусмотренным законодательными актами, разрешаются судом, в т. ч. устанавливается порядок определения убытков, порядок и сроки возмещения убытков и все иные необходимые вопросы, если только эти вопросы не определены законодательным актом, на основании которого прекращается право собственности, либо специальным законодательным актом, регулирующим эти вопросы.

Раздел III. Обязательственное право.

Общие положения

Глава 27. Общие положения об обязательстве

§ 1. Понятие и система обязательственного права

Обязательственное право - это самый большой раздел гражданского права; нормы, касающиеся обязательств, занимают больше половины объема Гражданского кодекса.

**Обязательственное право** можно рассматривать как подотрасль гражданского права, наряду с такими подотраслями, как вещное право, интеллектуальная собственность, наследственное право, международное частное право.

Особенностью обязательственного права является то, что оно регулирует как нормальные отношения в обществе, так и нарушение каких-либо отношений (охранительные обязательства, ответственность за неисполнение обязательств, обеспечение обязательств).

Обязательственное право в современном Казахстане беспрерывно расширяется, регулируя все больший круг общественных отношений. Переход к рыночной экономике, сопровождающийся трансформацией всех сколько-нибудь значащих общественных институтов, вызывает к жизни новые обязательства, подвергает значительному изменению ранее существовавшие.

Давно известный гражданскому праву вид односторонней сделки - конкурс - в настоящее время приобрел совершенно иные черты и бурно развивается, находя применение при приватизации государственной собственности, ипотеке недвижимости, предоставлении государственных заказов, банкротстве. Значительно трансформировались такие обязательства, как купля-продажа (купля-продажа предприятий, земли, имущественных прав - таких, как право землепользования, недропользования и т. п.), залога (ипотека, залог земельных участков, права землепользования и недропользования и т. п.) и др.

Появляются все новые виды договоров (рента, факторинг, франчайзинг, форфейтинг, доверительное управление и т. п.). Этот процесс продолжается. Несомненно одно, что обязательство выступает одним из самых эффективных и надежных инструментов правового регулирования экономики в переходный период.

**Система обязательственного права.** Обязательственное право делится на две большие части:

1. Общая часть обязательственного права. Сюда относятся нормы, регулирующие:

понятие и виды обязательства;

основания возникновения обязательства;

исполнение обязательства;

обеспечение исполнения обязательства;

ответственность за нарушение обязательства;

перемена лиц в обязательстве;

изменение и прекращение обязательства;

договор как основание возникновения обязательства;

2. Особенная часть обязательственного права состоит из отдельных институтов, регулирующих однотипные обязательства:

договорные обязательства;

внедоговорные обязательства.

Внедоговорные обязательства, в свою очередь, делятся на: а) обязательства, возникающие из односторонних сделок (конкурсные обязательства, публичное обещание награды); б) охранительные обязательства (возникающие из деятельности в интересах другого лица без поручения), возникающие вследствие причинения вреда (возникающие вследствие неосновательного обогащения).

На наш взгляд, наиболее приемлемым является деление договорных институтов по видам осуществляемой должником деятельности, т. е. передача имущества, выполнение работ, оказание услуг. Это будет соответствовать и определению обязательства, данному в ст. 268 ГК. В соответствии с данным критерием можно выделить следующие виды договорных обязательств:

1. Обязательства по передаче имущества в собственность (например, купля-продажа; мена; дарение; снабжение энергетическими и другими ресурсами через присоединенную сеть; рента);

2. Обязательства по передаче имущества в пользование (например, имущественный наем (аренда), в т. ч. лизинг; концессия; безвозмездное пользование имуществом; наем жилища);

3. Обязательства по выполнению работ (например, подряд, в т. ч.: на капитальное строительство, на выполнение проектно-изыскательских работ, на капитальный ремонт, на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ).

4. Обязательства по оказанию услуг (например, транспортные обязательства, в т. ч. перевозка, буксировка, транспортная экспедиция; банковское обслуживание; поручение; комиссия; хранение; доверительное управление; франчайзинг; факторинг).

§ 2. Понятие обязательства

Термин “обязательство” используется в различных значениях:

1. правоотношение;

2. долг, обязанность;

3. документ, в котором зафиксирована эта обязанность (расписка, квитанция, вексель, чек, облигация, государственное казначейское обязательство).

В [ст. 268 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2680000) говорится об **обязательстве как правоотношении**: “В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т. п. либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. Кредитор обязан принять от должника исполнение”.

Основная особенность обязательственного правоотношения вытекает из того, что с экономической точки зрения обязательство опосредует **перемещение имущественных результатов труда** (перемещение из сферы производства в сферу обращения, а через него - в сферу потребления).

Если оформляется купля-продажа в сфере производства, то происходит перемещение имущества как результатов труда из сферы производства в сферу обращения и опять в сферу производства. Если же производится купля-продажа товаров народного потребления, то происходит перемещение имущества в сферу потребления из сферы производства через сферу обращения. Все отношения по перемещению имущества из сферы производства в сферу обращения и потребления выступают как обязательственные отношения.

Отсюда вытекают характерные черты обязательственных и их отличие от иных правоотношений:

1. Обязательство - это имущественное правоотношение в отличие от неимущественных гражданских правоотношений2;

2. Если для вещных правоотношений характерно закрепление присвоенности материальных благ, то для обязательственных - за-крепление перемещения уже присвоенных материальных благ, поэтому вещные правоотношения характеризуются состоянием статичности, а обязательственные - чертами динамичности;

3. Из этого вытекает пассивное поведение обязанных лиц в вещных правоотношениях (обязанность воздерживаться от нарушения вещных прав) и активный характер поведения обязанных лиц в обязательственных правоотношениях (обязанность должника совершить конкретные действия в пользу кредитора);

4. В обязательстве управомоченному лицу противостоит конкретное обязанное лицо (относительный характер правоотношения), в отличие от вещных правоотношений, в которых управомоченному лицу противостоит неопределенный круг обязанных лиц (абсолютный характер правоотношений);

5. Для обязательства характерна тесная связь с вещными правами, прежде всего с правом собственности. Обязательственные правоотношения взаимосвязаны и производны от вещных правоотношений. Обязательственное вещное правоотношение при возникновении предполагает наличие вещного права, в то же время последние являются своего рода юридическим результатом развития обязательственных правоотношений. Купля-продажа предполагает наличие права собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления), в то же время в результате купли-продажи возникает право собственности. То есть с помощью обязательства происходит переход права собственности или других вещных прав.

Исходя из вышеприведенных признаков обязательства, можно сформулировать его определение: **обязательство - это имущественное относительное гражданское правоотношение, в соответствии с которым одна сторона (должник) обязуется совершить в пользу другой стороны (кредитора) определенное действие либо воздержаться от определенного действия по передаче имущества, выполнению работы, оказанию услуги.**

Соответственно, **обязательственное право (в объективном смысле)** можно определить как **совокупность гражданско-правовых норм (подотрасль гражданского права), регулирующих обязательственные отношения, возникающие в связи с передачей имущества, выполнением работ, оказанием услуг.** Материальным объектом или предметом обязательства являются сами передаваемые вещи и имущественные права, работы, услуги.

Следует отметить неточность формулировок в ст. 268 ГК: “передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т. п.”. Понятия и “работа”, и “деньги”, имеющие имущественный характер, включаются в понятие “имущество”. Более того, деньги включаются в состав вещей как разновидности имущества. В то же время о таком важном виде действий должника, как оказание услуг, в ст. 268 ГК не упоминается. С учетом сказанного более правильной была бы формулировка: “Передача вещей и имущественных прав, выполнение работ, оказание услуг”.

Обязанность воздержаться от определенного действия, т. е. бездействие как содержание обязанности должника, в обязательстве встречается довольно редко. Обычно обязанность воздержаться от совершения действий является дополнительной к обязанности совершить действие. Например, залогодержатель по обязательству залога или хранитель по договору хранения не имеют права пользоваться заложенным или переданным на хранение имуществом, если иное не предусмотрено договором ([ст. 315 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3150000)).

Субъектом обязательства выступают **стороны: должник** и **кредитор**. Следует отметить, что обязательство, как правило, является двусторонним, но не многосторонним. Если есть несколько должников или кредиторов, говорят о множественности лиц в обязательстве, но все равно здесь две стороны.

Заключение многостороннего договора еще не означает, что из этого договора возникает многостороннее обязательство. Единственным исключением является, пожалуй, учредительный договор о создании юридического лица, на основе которого возникают обязательственные отношения учредителей на имущество юридического лица. На основе другого многостороннего договора - договора о совместной деятельности - возникают не обязательственное, а относительное вещное правоотношение общей собственности (см. гл. 1 настоящего учебника).

Что же касается иногда встречающихся случаев заключения одного договора между тремя и более сторонами в тех ситуациях, когда обычно заключается два или несколько договоров (например, лизингодатель, лизингополучатель и продавец оборудования заключают между собой трехсторонний договор, по которому оборудование переходит в собственность лизингодателя, но продавец поставляет его лизингополучателю), то это не оказывает влияния на возникающие из этого договора правоотношения: все равно из этого договора возникают два или более обязательств (между лизингодателем и продавцом, между лизингодателем и лизингополучателем, между продавцом и лизингополучателем).

**Содержание обязательства** составляют права и обязанности его сторон. Принадлежащее управомоченной стороне субъективное право принято именовать **правом требования**, а лежащую на обязанной стороне обязанность - **долгом**.

§ 3. Виды обязательства

1. **Классификация обязательств** по основаниям их возникновения совпадает с классификацией правовых институтов обязательственного права на договорные и внедоговорные, которая была уже описана.

Классификации обязательственных правоотношений по иным основаниям приводятся в данном разделе, ибо они не совпадают с делением правовых институтов в системе обязательственного права, а строятся на основе более общих оснований классификации.

2. **По соотношению прав и обязанностей** обязательства делятся на:

**односторонние** - у одной стороны обязательства имеются только права, а у другой - только обязанности (заем, причинение вреда);

**взаимные** или **двусторонние** - каждый из участников обязательства имеет и права, и обязанности, т. е. выступают одновременно в роли и должника, и кредитора (см. п. 3 ст. 269 ГК). Например, в договоре купли-продажи продавец является должником по обязательству передать товар и кредитором - по обязательству уплаты денег за товар; покупатель - наоборот.

С точки зрения **определенности предмета исполнения** обязательства делятся на:

**обязательства с определенным содержанием** - наиболее обычные и распространенные;

**альтернативные обязательства**, когда должник имеет право выбрать одно из нескольких действий, которые он обязан совершить. Например, завещатель предоставляет наследнику право или обеспечить отказополучателя квартирой, или оплачивать плату за наем квартиры в течение определенного времени. В обязательствах из причинения вреда должник обязан или возместить вред в натуре, или полностью возместить причиненные убытки;

**факультативные обязательства**, когда должник обязан совершить определенное действие, но при невозможности сделать это - совершить другое действие. Например, должник обязан передать кредитору автомобиль, но если он по тем или иным причинам не сделал этого, обязан уплатить стоимость автомобиля или предоставить аналогичное имущество.

Разница между альтернативным и факультативным обязательством порою становится почти незаметной, однако она существует. Проявляется это, в частности, при случайной гибели предмета исполнения. Например, в случае случайной гибели автомобиля последствия будут различными: при альтернатиавном обязательстве (или автомобиль или деньги) остается обязанность уплаты денег; при факультативном обязательстве (автомобиль, а если нет, то деньги) обязательство прекращается, поскольку судьба факультативного предмета исполнения целиком зависит от судьбы основного предмета.

**По характеру взаимосвязи друг с другом** различают **главное** и **дополнительное (акцессорное) обязательство**. Например, обязанность уплаты неустойки выступает акцессорным обязательством по отношению к основному. Акцессорное обязательство неразрывно связано с основным и при прекращении основного обязательства также прекращается.

**По характеристике предмета обязательства** их можно разделить на **делимые** (их можно исполнять по частям - заем, поставка) и **неделимые** (исполнение их по частям невозможно: например, строительство дома, написание картины и т. п.).

**По связи с личностью должника** выделяются **обязательства личного характера**, которые настолько тесно связаны с личностью должника, что исполнение их может быть совершено только им, запрещается передача исполнения третьему лицу. Со смертью (или прекращением для юридического лица) должника или кредитора эти обязательства прекращаются. Например, обязательство ученого перед научным журналом написать статью. Лично-доверительный характер отношений характерен для договоров поручения, доверительного управления, простого товарищества, для отношений в полном товариществе и т. п.

§ 4. Участники обязательства. Перемена лиц в обязательстве

В литературе традиционно рассматривают в качестве субъектов обязательства **стороны обязательства (должник** и **кредитор)**. Однако, в связи со взаимозависимостью и взаимопереплетением гражданско-правовых отношений в современном обществе, все большую роль в этих отношениях играют третьи лица. Зачастую они влияют на само содержание обязательства и определяют его правовую природу.

В связи с этим в ГК РК введен новый термин, которого нет в ГК других стран СНГ —**“участники обязательства”**. В [п. 1 ст. 270 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=270000) закрепляется: “Участниками обязательства являются стороны (должник и кредитор) и третьи лица”.

Следовательно, понятие “участники обязательства” включает в себя две категории субъектов:

стороны обязательства (должник и кредитор);

третьи лица.

**Множественность лиц в обязательстве.** При анализе понятия “стороны обязательства” прежде всего встает проблема множественности лиц в обязательстве. [Ст. 286 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1008442#sub_id=2860000) закрепляет: “Если в обязательстве участвуют несколько кредиторов или несколько должников (обязательство со множественностью лиц), то каждый из кредиторов имеет право требовать исполнения, а каждый из должников обязан исполнить обязательство в равной доле с другими, поскольку из законодательства или условий обязательства не вытекает иное (долевое обязательство)”.

В гражданско-правовом обязательстве стороны - это должник и кредитор. Однако, на каждой стороне может быть не одно лицо, а два или несколько лиц. В этих случаях говорят о множественности лиц в обязательстве. Когда в обязательстве участвует несколько кредиторов и один должник (множественность на стороне кредитора), речь идет об обязательствах с активной множественностью (например, несколько человек покупают дом на праве общей собственности у одного продавца). Когда в обязательстве несколько должников и один кредитор (множественность на стороне должника), имеет место обязательство с пассивной множественностью (например, несколько человек продают дом одному покупателю). Может быть обязательство и со смешанной множественностью (например, когда несколько продавцов продают дом нескольким покупателям).

При множественности лиц различаются **обязательства долевые** и **солидарные**. В качестве общего правила устанавливается долевая обязанность и долевое требование, причем исходят из принципа равной доли. Например, в обязательствах с активной множественностью (несколько кредиторов - один должник) по общему правилу каждый кредитор имеет право требовать от должника исполнения в равной доле. Кредитор, получивший свою часть исполнения (в вышеприведенном примере - заселившийся в свою часть дома) выбывает из обязательства, но должник продолжает нести обязанности перед другими кредиторами (по освобождению для заселения остальных частей дома). В обязательствах с пассивной множественностью (один кредитор - несколько должников) должник, исполнивший свою часть обязательства (освободивший ту часть общего дома, где он проживал), также выбывает из обязательства. Но последнее сохраняется в части исполнения обязанностей другими должниками (освобождения тех частей дома, где они проживают). Таким образом, ни кредитор не имеет права предъявлять к должнику, исполнившему обязательство, какие-либо претензии по поводу неисполнения другими должниками, ни должник, исполнивший часть обязательства одному кредитору, не обязан отчитываться, почему он не производит исполнение остальным кредиторам. Причем, если иное специально не оговорено, предполагается, что все доли равные (в рассматриваемом случае - все части дома и, соответственно, плата за них).

Иной порядок, который может быть установлен законодательством или договором, может касаться двух моментов: применения принципа солидарности (например, [ст. 287 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2870000)) и закрепления в неравных долях (например, когда собственники продают дом, доли каждого в котором неравноценны).

Можно привести несколько наиболее характерных примеров долевого обязательства:

обязательства по возмещению расходов пропорционально долям в имуществе в договоре о совместной деятельности ([ст. 231](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2310000));

ответственность вкладчиков в коммандитном товариществе, участников товарищества с ограниченной ответственностью, товарищества с дополнительной ответственностью, акционерного общества ([ст. ст. 72](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=720000), [77](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=770000), [84, 85](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=840000) ГК).

Обязательство со множественностью лиц, в силу которого каждый кредитор вправе требовать, а каждый должник обязан исполнять обязательство полностью, признается солидарным обязательством.

Солидарная обязанность или солидарное требование возникают, если это предусмотрено договором или установлено законодательными актами, в частности, при неделимости предмета обязательства (п. 1 ст. 287 ГК).

Под **солидарным** понимается обязательство, в котором каждый из кредиторов вправе требовать от любого из должников исполнения в полном объеме. В обязательствах с активной множественностью речь идет о солидарных требованиях, в обязательствах с пассивной множественностью - о солидарных обязанностях, при смешанной множественности - о тех и других в соответствующем сочетании.

Солидарное обязательство может возникнуть лишь в случаях, предусмотренных договором (например, “указанную в договоре купли-продажи сумму обязуемся уплатить солидарно”) или установленных законодательными актами. Примером неделимости предмета обязательства, о которой говорится в ст. 287 ГК, может быть обязательство двух или более художников написать по заказу организации или гражданина одну картину или обязательство супругов продать автомашину. О солидарных требованиях в этом случае можно говорить, когда, например, несколько кредиторов поручают одному художнику написать картину.

Можно привести несколько примеров, когда солидарное обязательство установлено законодательными актами:

при реорганизации юридического лица вновь возникшие юридические лица несут солидарную ответственность по обязательствам реорганизованного юридического лица перед кредиторами, если разделительный баланс не дает возможности определить правопреемника реорганизованного юридического лица ([п. 3 ст. 48 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=480300));

участники полного товарищества и полные товарищи в коммандитном товариществе несут солидарную ответственность всем своим имуществом за долги товарищества в недостающей части имущества товарищества (ст. ст. 70, 72);

учредители товарищества с ограниченной ответственностью несут солидарную ответственность по обязательствам товарищества в случае неполной оплаты вкладов в уставный капитал в пределах неоплаченной части вклада (п. 1 ст. 77);

гарант обязывается перед кредитором другого лица (должника) отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично солидарно с должником ([п. 1 ст. 329 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3290000));

лица, совместно причинившие вред, несут солидарную ответственность перед потерпевшим ([ст. 932 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=9320000)).

Для обязательств, связанных с предпринимательской деятельностью, в качестве общего правила применяется не долевая, а солидарная ответственность [(п. 2 ст. 287 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2870200)).

При солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников, так и от любого из них в отдельности, причем как полностью, так и в части долга. Кредитор, не получивший полного удовлетворения от одного из солидарных должников, имеет право требовать недополученное от остальных солидарных должников.

Солидарные должники остаются обязанными до тех пор, пока обязательство не исполнено полностью.

Исполнение солидарной обязанности полностью одним из должников освобождает остальных должников от исполнения кредитору (п. 3 ст. 287 ГК).

В данном случае речь идет о пассивной солидарности (множественности лиц на стороне должника). Целью такого обязательства является максимальное обеспечение интересов кредитора с тем, чтобы он имел возможность требовать исполнения от такого должника, который в состоянии это сделать. Например, при возмещении совместно причиненного вреда (несколько преступников угнали и продали принадлежащий гражданину автомобиль) потерпевший имеет право не требовать определенную сумму с каждого из угонщиков, а взыскать всю сумму причиненного ущерба с кого-либо из них (например, один из правонарушителей - совершеннолетний гражданин, обладающий собственным имуществом, а остальные - подростки). Если, тем не менее, взысканного с одного должника недостаточно для покрытия ущерба, кредитор (потерпевший) может предъявить требование о погашении суммы причиненного ущерба остальным должникам (к одному подростку или всем сразу). До тех пор, пока обязательство не будет полностью исполнено (до полного возмещения вреда), ни один из должников (и тот, кто погасил большую часть задолженности, и тот, кто вообще не участвовал в исполнении) не освобождается от солидарной ответственности.

После исполнения обязательства независимо от того, исполнено оно всеми должниками или одним из них, обязательство прекращается полностью. Однако взамен прежнего обязательства (между должником и кредитором) возникает новое обязательство (между должником, исполнившим обязательство, и другими должниками) - регрессное обязательство ([ст. 289 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2890000)).

Солидарность на стороне кредитора на практике чаще всего возникает в отношении неделимого предмета обязательства. Другим примером может быть обязательство, возникающее из договора займа (например, три брата дали взаймы 10 000 тенге, оговорив солидарное требование).

Исполнение обязательства полностью перед одним из солидарных кредиторов порождает между последним и другими солидарными кредиторами долевое регрессное обязательство.

Обязанность должника или требование кредитора должны быть связаны именно с солидарным обязательством. Поэтому другие требования, которые могут возникнуть у кредитора (кредиторов) к должникам (должнику), не принимаются во внимание. Например, по договору гарантии должник и гарант несут солидарную ответственность перед кредитором. Если кредитор предъявил требование об исполнении основного обязательства к гаранту, последний не вправе ссылаться на существующие реально долги кредитора перед должником по другому обязательству.

Другой пример. Если должник должен нескольким кредиторам и получил отсрочку исполнения, предоставленную одним из кредиторов, он не вправе ссылаться на нее против требования, предъявленного другими кредиторами.

Самостоятельную разновидность обязательств со множественностью лиц составляют **субсидиарные обязательства**. “Законодательными актами или условиями обязательства между кредитором и должниками может быть предусмотрено, что при неудовлетворении основным должником требования кредитора об исполнении обязательства это требование может быть заявлено в неисполненной части другому должнику (субсидиарному должнику)” (см. [ст. 288 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2880000)).

Чтобы четко определить природу субсидиарного обязательства, необходимо сравнить его с солидарным обязательством с пассивной множественностью. Общее между ними то, что на одной стороне обязательства выступают два и более должника, несущие ответственность совместно. Отличие в том, что если в солидарном обязательстве любой из должников может быть привлечен кредитором к исполнению в полном объеме, то в субсидиарном обязательстве один (основной должник) отвечает в полном объеме, а второй несет лишь дополнительную ответственность (в неисполненной основным должником части).

В солидарном обязательстве кредитор вправе предъявить исполнение по своему выбору к любому должнику. В субсидиарном обязательстве к субсидиарному должнику требование может быть заявлено только после заявления такого требования основному должнику и в случае, если основной должник не удовлетворит это требование полностью или частично.

Наиболее четко эти различия проявляются при разграничении понятий поручительства и гарантии, в основу которого положен именно характер ответственности. Поручитель отвечает субсидиарно, гарант, - солидарно (см. [ст. ст. 329-336 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3290000)).

Интересный пример, когда в одной группе отношений (между товариществом и участниками и между самими участниками) объединены и солидарное, и субсидиарное обязательство, связан с ответственностью участников полного товарищества по долгам товарищества. С одной стороны, - это обязательство солидарное, кредитор вправе по своему выбору заявить требование в полном объеме к любому из товарищей. С другой стороны, это обязательство субсидиарное, так как оно является дополнительным по отношению к долгам товарищества и применяется при недостаточности имущества самого товарищества (см. [ст. 70 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=700000)).

Другие примеры субсидиарного обязательства:

ответственность участников товарищества с дополнительной ответственностью при недостаточности вкладов в уставный капитал товарищества ([ст. 84 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=840000));

ответственность основной организации, которая имеет право давать дочерней обязательные для нее указания, - по сделкам, заключенным последней во исполнение таких указаний, а также в случае банкротства дочерней организации по вине основной организации ([п. 2 ст. 94 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=940200));

ответственность членов производственного кооператива по обязательствам кооператива (ст. 96);

ответственность родителей или попечителей за вред, причиненный несовершеннолетним в возрасте от 14-ти до 18-ти лет.

**Третьи лица** в обязательстве занимают особое место. Включение третьих лиц в орбиту обязательства связано с той особой ролью, которую они играют в процессе возникновения, исполнения и прекращения обязательства. Именно благодаря значению фигуры третьего лица в гражданском праве существует категория обязательств с участием третьих лиц.

Под третьими лицами понимаются лица, связанные обязательствами или иными правоотношениями с одной из сторон обязательства (п. 2 ст. 270 ГК).

В качестве первого признака третьего лица выступает то, что оно должно быть связано каким-либо правоотношением с одной из сторон обязательства. Таким правоотношением может быть обязательство по поставке (например, третье лицо связано договором поставки с лицом, которое, в свою очередь, само является поставщиком, или поручает третьему лицу поставить продукцию непосредственно покупателю), правоотношение собственности (третье лицо - участник общей собственности), авторское правоотношение (третье лицо - соавтор), наследственное правоотношение (завещательный отказ), административное правоотношение (возложение исполнения обязательства на организацию, находящуюся в административном подчинении должника) и т. п.

Вторым признаком третьего лица является его связь только с одной из сторон обязательства (или должником, или кредитором). Этим третье лицо отличается от стороны в обязательстве с множественностью лиц, в частности, в субсидиарном обязательстве. Лицо, несущее субсидиарную ответственность, связано как с должником, так и кредитором, перед которым оно отвечает. Поэтому это лицо является не третьим лицом, а должником. Третье лицо связано отношениями или только с должником, или только с кредитором.

В принципе, фигура третьего лица может возникнуть в любом обязательстве. Но практика выработала некоторые типичные виды обязательств, где участие третьего лица является определяющим для установления природы обязательства.

Можно выделить, по меньшей мере, три вида обязательств с участием третьих лиц:

регрессные (ст. 289 ГК);

обязательства в пользу третьего лица (п. 3 ст. 270);

обязательства, исполняемые третьими лицами или исполняемые третьим лицам, т. е. переадресование или перепоручение исполнения (см. ст. 276);

Обязательство не создает обязанностей для третьих лиц. В случаях, предусмотренных законодательством или соглашением сторон, обязательство может порождать для третьих лиц права в отношении одной или обеих сторон обязательства (п. 3 ст. 270).

В настоящем случае имеются в виду договоры в пользу третьего лица. Обязанности на третье лицо без его согласия посредством обязательства между должником и кредитором возлагать нельзя. Это можно сделать путем заключения с третьим лицом договора или когда такая возможность предусмотрена законом.

Посредством обязательства третьим лицам можно передать только права. Основанием возникновения такого обязательства является обычно договор в пользу третьего лица (см. ст. 391 ГК).

Обязательства в пользу третьего лица будут рассмотрены при освещении вопроса о договоре в пользу третьего лица. Здесь мы рассмотрим регрессное обязательство и переадресование и перепоручение исполнения.

**Регрессное обязательство.** Должник, исполнивший обязательство другого лица, имеет право обратного требования (регресса) к этому лицу в размере исполненного обязательства.

Должник, не исполнивший обязательство вследствие действий третьего лица, имеет право требовать возмещения убытков с данного лица (п. 1 ст. 289 ГК).

Регрессное обязательство является одним из видов обязательств с участием третьих лиц.

Право регресса называют еще правом обратного требования, а регрессное обязательство - обратным обязательством.

Должник, исполнивший обязательство третьего лица или не исполнивший обязательство по вине третьего лица, в регрессном обязательстве становится кредитором (регредиентом), а третье лицо, которому он заявляет обратное требование, становится должником (регрессатом). В частности, в солидарном обязательстве лицо, исполнившее обязательство, выступает одновременно должником по основному обязательству, и кредитором - по регрессному обязательству.

Примером случая, предусмотренного в ч. 2 п. 1 ст. 289, может служить неисполнение генеральным подрядчиком обязательства сдать объект заказчику по договору подряда на капитальное строительство вследствие действий субподрядчика, не завершившего отделочные работы. Убытки генерального подрядчика, выразившиеся в уплате штрафа и возмещении убытков заказчику, могут быть переложены генеральным подрядчиком в порядке регресса на субподрядчика.

Регрессное обязательство по общему правилу является не солидарным, а долевым, и подчиняется правилам ст. 286 ГК. Должник, исполнивший солидарное требование, не может взыскать всю сумму с одного из остальных должников. Взыскание производится с каждого солидарного должника в равной доле с учетом того, что и на самого исполнившего солидарную обязанность приходится соответствующая доля. Например, три гражданина обязались выплатить солидарно 3000 тенге. Кредитор после истечения срока исполнения обязательства взыскал все 3000 тенге с одного из должников. Следовательно, уплативший 3000 тенге должник имеет право взыскать в остальных двух по 1000 тенге (3000 тенге с равной долей на троих составляет по 1000 тенге на каждого).

От начала равенства долей в регрессном обязательстве допускается отступление в соответствии со ст. 286 ГК в случаях, установленных законодательством. Например, в соответствии с п. 2 ст. 70 ГК “участник, погасивший долги полного товарищества в части, превышающей его долю в имуществе товарищества, вправе обратиться с регрессным требованием в соответствующей части к остальным участникам, которые несут перед ним долевую ответственность пропорционально размеру своих долей в имуществе товарищества”.

В отношениях по договору гарантии должник и гарант отвечают перед кредитором как солидарные должники (ст. 329 ГК) однако гарант, исполнивший обязательство, в соответствии со [ст. 334 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3340000) приобретает право взыскать с должника всю сумму долга, в то время как должник, уплативший свой долг кредитору, с гаранта ничего взыскать не может. Это вытекает из самого существа договора гарантии.

Неравенство долей в регрессном обязательстве, вытекающем из солидарного, может быть установлено и договором. Например, должники могут договориться уменьшить сумму выплаты одного из них в связи с его тяжелым материальным положением.

Возмещение кредитором, получившим исполнение от должника, другим солидарным кредиторам производится, как правило, в равных долях. Возмещение в неравных долях применяется, когда это вытекает из существа обязательства. Например, если участники общей собственности на жилой дом сдали его в аренду на длительный срок, то плата, полученная одним из них от арендатора, распределяется между собственниками не в равной доле, а в соответствии с долей в общей собственности. Аналогично при умышленном уничтожении (похищении) третьим лицом вещи, сданной на хранение, правом требовать возмещения убытков обладают и хранитель, и собственник вещи как солидарные кредиторы. Однако, ясно, что получивший возмещение хранитель обязан передать его в полном объеме собственнику, в то время как собственник оставит всю сумму у себя.

**Перепоручение** и **переадресование исполнения обязательства**. В соответствии со [ст. 276](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2760000) ГК, исполнение обязательства может быть возложено в целом или в части на третье лицо, если это предусмотрено законодательством или договором, а равно если третье лицо связано с одной из сторон соответствующим договором.

Возложение должником исполнения обязательства на третье лицо обычно называют **перепоручением должником исполнения третьему лицу**. Возложение кредитором на должника обязанности передать исполнение третьему лицу называют **переадресованием исполнения**.

Вполне допустимо положение, когда в одних и тех же отношениях применяется как перепоручение, так и переадресование. Например, наиболее широкое распространение возложение исполнения на третье лицо получило в отношениях по транзитной поставке. Оптовая база, заключая договор с покупателем, выступает поставщиком (т. е., должником по обязательству поставки товаров), а заключая договор поставки с организацией-изготовителем, выступает покупателем (т. е. кредитором). Возлагая на организацию-изготовителя обязанность поставить товары непосредственно организации-потребителю, оптовая база совершает одновременно перепоручение (по отношению к договору между базой и потребителем) и переадресование (по отношению к договору между базой и изготовителем).

Перепоручение и переадресование следует отличать от уступки требования и перевода долга, когда происходит полное замещение субъектов исполнения, появляются новые кредитор или должник (см. далее). В отличие от этого, при возложении исполнения на третье лицо первоначальные должник и кредитор из обязательственных правоотношений не выбывают. Поэтому ответственность за исполнение обязательства несет не третье лицо, а непосредственный участник обязательства. Например, оптовая база, возложившая исполнение обязательства на третье лицо - организацию-изготовителя, в случае неисполнения последним обязательства, уплачивает покупателю предусмотренные в этом случае штрафные санкции, а затем может взыскать сумму этих санкций с виновной организации изготовителя в порядке регрессного требования.

Привлечение к ответственности непосредственного изготовителя возможно лишь в случаях, прямо установленных законом (например, ответственность изготовителя за поставку продукции или товаров ненадлежащего качества по договору поставки или франшизы).

В [ст. 276 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2760000) перечисляются конкретные основания возложения исполнения обязательства на третье лицо:

а) законодательство (например, при перевозке грузов в прямом смешанном сообщении договор заключает транспортное предприятие пункта отправления, но исполняют, согласно транспортному законодательству, другие транспортные предприятия на всем пути следования груза);

б) договор (например, в договоре подряда подрядчик и заказчик предусматривают, что исполнение произведет субподрядчик);

в) наличие связи третьего лица с одной из сторон договора посредством другого договора (например, при транзитной поставке сторона-должник по договору (оптовая база) связана с третьим лицом, исполняющим обязательство (организация-изготовитель) еще одним договором поставки).

Если из законодательства, условий обязательства или его существа не вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично, кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом (п. 2 ст. 276 ГК).

Возложение на кредитора обязанности принять исполнение, предложенное третьим лицом, основано на предположении, что для кредитора главное получить исполнение, а от кого он его получит, не имеет большого значения. Разумеется, исполнение должно быть надлежащим. Недопустимо перепоручение исполнения без согласия кредитора только в так называемых “личных” обязательствах. Такие запреты могут быть установлены законодательством (например, действия, на которые поверенный уполномочен доверенностью, обязан совершить лично - ст. 169 ГК) или договором (заказчик при за-ключении договора подряда на строительство жилого дома или ремонт автомашины может оговорить недопустимость привлечения субподрядчиков). Даже если в договоре специально не оговорена обязанность исполнить обязательство лично, недопустимость перепоручения может вытекать из существа обязательства (если заказчик поручил написать свой портрет известному художнику, было бы странным, если бы художник вдруг перепоручил без ведома заказчика исполнение заказа своему ученику).

В п. 3 ст. 276 ГК говорится о том, что третье лицо, подвергающееся опасности утратить свое право на имущество должника (право пользования, владения, залога и др.) вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество, может за свой счет удовлетворить требование кредитора без согласия должника. В этом случае к третьему лицу переходят права кредитора по обязательству и применяются правила ГК об уступке требования.

Здесь перепоручение исполнения отсутствует. Третье лицо само, без согласия должника, исполняет обязательство должника, это связано с реальной опасностью потерять имущество должника, сохранение которого для третьего лица очень важно. Например, третье лицо длительное время арендует жилой дом у должника, и отдало должнику крупную сумму под залог этого дома. В случае, если кредитор в счет погашения обязательства должника обратит взыскание на этот дом, третье лицо вправе удовлетворить требование кредитора. Обязательным условием применения этой нормы должно быть наличие конкретного права на имущество должника. Если арендатор прожил много лет в доме, который арендует у должника, а тот обанкротился, и кредиторы обращают взыскание на дом, арендатору выгодно погасить эти долги, чтобы сохранить дом от реализации на торгах. Но в этом случае арендатор замещает кредитора по правилам уступки требования, т. е. теперь он сам может обратить взыскание на арендуемый им дом.

Исполнение обязательства третьим лицом следует отличать от исполнения обязательства третьими лицами по поручению кредитора ([ст. 356 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3560000)). Общее заключается в том, что в обоих случаях имеет место исполнение обязательства третьими лицами. Главное отличие выражается в том, что в порядке ст. 276 возложение исполнения на третье лицо производится должником, причем должник несет ответственность перед кредитором за действия третьего лица. На основании ст. 356 возложение исполнения на третье лицо производится кредитором в случае неисполнения должником своего обязательства и за счет должника, причем третье лицо никакими отношениями с должником не связано и выполняет поручение кредитора по самостоятельному соглашению.

**Перемена лиц в обязательстве**. От перепоручения и переадресования необходимо отличать **переход прав кредитора к другому лицу** и **перевод долга** (перемена лиц в обязательстве).

При перепоручении должник остается субъектом обязательства, так же как и кредитор при переадресовании. При переходе прав кредитора и переводе долга прежние участники обязательства выбывают. Происходит замена кредитора при уступке требования или замена должника при переводе долга.

В [п. 1 ст. 339](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3390000) ГК закрепляется, что право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства, может быть передано им другому лицу по сделке (уступке требования) или перейти к другому лицу на основании законодательного акта.

В данном пункте говорится о передаче прав, принадлежащих кредитору на основании обязательства. Однако, такое право может основываться на других правоотношениях, в частности, отношениях интеллектуальной собственности. В соответствии с [п. 6 ст. 11](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013991#sub_id=110600) Патентного закона РК от 16 июля 1999 г1., патентообладатель может уступить полученный охранный документ любому физическому или юридическому лицу. В [п. 1 ст. 21](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1014203#sub_id=210000) Закона РК о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров от 26 июля 1999 г.2 закреплено, что исключительное право на товарный знак в отношении всех указанных в свидетельстве товаров и услуг либо их части может быть уступлено владельцем другому лицу по договору. Замена кредитора осуществляется путем перехода прав кредитора к другому лицу. В ГК КазССР (ст. 197) и Основах гражданского законодательства (ст. 69) говорилось только об уступке требования, что было неточно, так как понятие “переход прав кредитора к другому лицу” шире, чем понятие “уступка требования”. Переход прав кредитора к другому лицу может осуществляться путем передачи принадлежащего ему права по сделке (уступка требования); перехода на основании законодательного акта.

Наряду с термином “уступка требования”, в законодательстве и литературе применяется термин “цессия” - (от лат. сеssiо), заимствованный из римского права.

**Уступка требования (цессия)** — есть договор между первоначальным кредитором (цедентом) и новым кредитором (цессионарием). Причем этот договор может быть облечен в любую правовую форму и быть как возмездным, так и безвозмездным: купля-продажа (например, первоначальный кредитор отдал вещь на хранение знакомому, а затем продал ее новому кредитору), дарение (подарил эту вещь) и т. п.

Один из примеров уступки требования закреплен в ст. 325 ГК, в соответствии с которой залогодержатель вправе передать свои права по договору о залоге другому лицу с соблюдением правил о передаче прав кредитора путем уступки требования. Аналогичное положение закреплено в [Указе об ипотеке](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004032#sub_id=160000) недвижимого имущества (ст. 16). При регрессных требованиях уступка требования не допускается ([ч. 2 п. 1 ст. 339 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3390000)). Например, если при множественности должников в обязательстве один из должников исполнил обязательство кредитору и приобрел регрессное право требования к другим должникам, он не может передать это право третьему лицу.

Согласие должника на уступку права не требуется, так как должнику, по общему правилу, безразлично, кому производить исполнение. Исключение из этого правила может быть установлено законодательными актами или договором. Например, п. 2 ст. 345 ГК установлено, что без согласия должника не допускается уступка требования по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника.

Некоторые права не могут переходить к другим лицам. Речь идет о так называемых “личных правах”, которые настолько неразрывно связаны с личностью кредитора, что их отторжение от кредитора означает их аннулирование. В ст. 340 ГК названы два примера таких прав: требования об алиментах и о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью. Однако, можно назвать и другие права, например, на возмещение по договору личного страхования, на дополнительную пенсию по договору о пенсионном обеспечении.

К группе непередаваемых прав относятся и личные неимущественные права, в частности, исключительные права, связанные с интеллектуальной собственностью. В отношении объема прав кредитора, переходящего к другому лицу, в ГК закреплен общий принцип гражданского права: права переходят в полном объеме, со всеми обременениями и на тех условиях, которые существовали на момент перехода права (ст. 341). В частности, это права, обеспечивающие исполнение обязательства, т. е. способы обеспечения исполнения обязательства как предусмотренные, так и не предусмотренные ГК.

Другие связанные с требованием права могут быть установлены законодательством (в частности, упомянутое в ст. 341 право на неполученное вознаграждение (интерес) или договором между должником и первоначальным кредитором (например, право на продление срока действия договора или на его досрочное прекращение).

В “Комментарии к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, части первой, под ред. О. И. Садикова, Москва, Юринфорцентр, 1995 г.” (комментарий к ст. 384, с. 379) исследуется интересная проблема о применимости цессии к пророгационным соглашениям об установлении договорной подсудности для будущих споров. Особое значение этот вопрос имеет для внешнеэкономических сделок, которые обычно содержат или пророгационное соглашение (о выборе государственного суда), или арбитражную оговорку (о выборе третейского суда) о месте рассмотрения спора.

Из редакции ст. 341 ГК вытекает, что она должна применяться и к передаче прав, вытекающих из соглашений о договорной подсудности. Вопрос об обязательности пророгационного или арбитражного соглашения в случае цессии вызывает противоречивые суждения в международной практике, хотя в целом просматривается тенденция в пользу признания такой обязательности3.

В то же время пророгационным и арбитражным соглашениям присущи черты процессуального характера. Поэтому при разрешении одного из споров Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК) при Торгово-промышленной палате СССР пришла к заключению, что арбитражное соглашение “вообще не может быть предметом цессии. Будучи автономным процессуальным договором, оно требует самостоятельного согласия цессионария на подчинение той юрисдикции, которая была избрана сторонами в договоре” (см. решение ВТАК от 9 июля 1984 г.). Это решение получило широкую известность и было опубликовано за рубежом.

Однако, с таким решением трудно согласиться. Статья 341 ГК не делает каких-либо исключений для процессуальных прав, вытекающих из договора. Для того, чтобы уменьшить объем передаваемых прав или изменить условия их осуществления, стороны должны специально оговорить это в договоре цессии. Арбитражная оговорка как раз и относится к условиям осуществления передаваемых прав, и кредитор, безусловно, знал (или должен был знать) о наличии такой оговорки. Тем не менее, во избежание споров следует порекомендовать предпринимателям при заключении договора цессии специально оговаривать переход права, вытекающего из пророгационного или арбитражного соглашения.

Поскольку уступка требования происходит без согласия должника, он должен иметь возможность защитить свои права, чтобы не возникло ухудшения его положения. Должник может, например, ссылаться на полное или частичное исполнение обязательства, пропуск срока исковой давности, требовать зачета встречного требования (ст. 370 ГК).

Учитываются только те возражения должника, что были на момент получения уведомления об уступке требования. Поэтому, если право на зачет встречного требования против первоначального кредитора возникло у должника после получения уведомления, выдвинуть требование о зачете против нового кредитора должник уже не вправе.

Должник вправе выдвигать против требования нового кредитора возражения, которые он имел против первоначального кредитора к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству к новому кредитору (ст. 343 ГК).

В ст. 344 ГК приведен перечень случаев, когда **права переходят к другому лицу на основании законодательных актов**. Непосредственно из законодательного акта никакое правоотношение возникнуть не может, необходимо наступление юридических фактов. Перечисленные в ст. 344 ГК обстоятельства - и есть эти юридические факты:

универсальное правопреемство возникает при наследовании и при реорганизации юридического лица (ст. ст. 45 и 46 ГК);

решение суда о переводе прав кредитора на другое лицо может быть принято, например, когда при разрешении споров с участием двух и более истцов, в частности, при встречном иске, решение выносится в пользу одного из них и права других истцов судом не признаются;

исполнение обязательства его гарантом, поручителем или залогодателем, не являющимся должником по этому обязательству. Порядок перехода прав кредитора к поручителю, исполнившему обязательство должника, определяется ст. 334 ГК. Применение ст. 334 к правам залогодателя может быть только в случае, когда залогодателем является не должник, а третье лицо. В отношении залога механизм перехода прав кредитора к залогодателю при обращении взыскания на предмет залога в ГК не определен, поэтому здесь действуют общие правила о переходе прав кредитора;

суброгация страховщику прав кредитора к должнику, ответственному за наступление страхового случая. Термин “суброгация” (замена, передача) означает замену одного из участников обязательства без изменения самого обязательства. Нетрудно заметить сходство суброгации с цессией, что и понятно, потому что в обоих случаях речь идет о переходе прав кредитора. Выделение суброгации отдельно от цессии связано с некоторыми различиями между ними. При цессии заключается договор об уступке прав. При суброгации переход прав происходит не в силу договора, а в силу факта платежа новым кредитором первоначальному кредитору — например, выплаты страхового возмещения при наступлении страхового случая. Смысл “принципа суброгации”, который признан в большинстве стран, заключается в том, что признается недопустимым получение страхователем, наряду со страховым возмещением, компенсации от третьих лиц, которые в силу закона, договора или деликта являются ответственными за причиненный ущерб. В противном случае имело бы обогащение страхователя без достаточных юридических оснований. В этой же связи к страховщику в пределах уплаченных им сумм страхового возмещения переходят все права страхователя, которыми он обладает в отношении третьих лиц - причинителей ущерба4.

Законодательными актами могут быть предусмотрены и другие случаи перехода прав кредитора. Можно назвать, например, добровольное исполнение обязательства третьим лицом, не желающим подвергать опасности свое право на имущество должника (п. 3 ст. 276 ГК).

Первоначальный кредитор, уступивший требование, отвечает перед новым кредитором за недействительность переданного ему требования, но не отвечает за неисполнение этого требования должником, кроме случая, когда первоначальный кредитор принял на себя поручительство за должника перед новым кредитором ([ст. 347 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3470000)).

Действительным является требование, возникшее на законном основании и принадлежащее кредитору на момент уступки.

Особое правило установлено ГК для передачи права по ордерной ценной бумаге путем индоссамента на этой ценной бумаге: индоссант несет ответственность не только за существование права, но и за его осуществление (п. 3 ст. 132 ГК).

**Перевод должником своего долга** на другое лицо допускается лишь с согласия кредитора (ст. 348 ГК).

Перевод долга - есть замена должника. Прежний должник выбывает из обязательства и заменяется новым.

В отличие от уступки требования, перевод долга не может быть произведен без согласия кредитора, ибо кредитору далеко не безразлично, кто будет должником (новый может оказаться менее дисциплинированным, неплатежеспособным и т. п.).

Перевод долга представляет собой договор между первоначальным и новым должником. Например, в случае передачи части предприятия в состав другого юридического лица оформление отношений по передаче может быть произведено не путем заключения нового договора, а соглашением о переводе долга. Договор, как правило, возмездный. Например, К. должен П. 10 тыс. тенге. Не имея возможности вернуть их в установленный срок, он договорился со своим соседом И., что тот возьмет на себя погашение долга. Взамен этого К. обязуется передать И. материальные ценности на 10 тыс. тенге (золотые вещи, продукцию с земельного участка и т. п.) или выполнить определенную работу (например, участвовать в строительстве жилого дома). Практически заключается договор купли-продажи или подряда, но с обязательством уплаты денег за переданные вещи или оказанную работу не К., а П.

Договор о переводе долга может быть и безвозмездным (например, отец берет на себя обязательство уплатить долг сына, или друг - долг тяжело заболевшего товарища и т. п.).

В результате перевода долга обязательство сохраняется в том же объеме. Поэтому все возражения первоначального должника против требований кредитора может противопоставить и новый должник (например, возражение о частичном исполнении обязательства прежним должником, об истечении срока исковой давности, о праве на уценку вещи при обнаружении в ней недостатков и т. п.).

В то же время требования, принадлежащие первоначальному должнику, но не связанные с рассматриваемым обязательством, новый должник не может предъявить к зачету, ибо это означало бы распоряжение чужим имуществом.

§ 5. Основания возникновения обязательства

**Основания возникновения обязательства** - это **юридические факты**, т. е. обстоятельства, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение или прекращение правовых отношений. Юридические факты делятся на **действия** (совершающиеся осознанно и по воле человека) и **события** (происходящие помимо воли людей, например, рождение ребенка, природное явление).

Действия делятся на **правомерные** и **неправомерные**. Все правомерные действия классифицируются на юридические акты и поступки. **Юридические акты** - действия, которые направлены на достижение определенных юридических последствий (например, сделки, административные акты). **Юридические поступки** - действия, которые независимо от намерения лица влекут возникновение юридических последствий (например, опубликование автором своего произведения)5.

В соответствии со [ст. 271](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2710000) обязательства возникают из договора, причинения вреда или иных оснований, указанных в ст. 7.

Можно выделить следующие наиболее важные основания возникновения обязательства:

1) **Договор** и **иные сделки (правомерные действия).** Хотя в ст. 271 назван только договор, более точно говорить о сделке, так как договор является видом сделки (ст. 148). Помимо договора, основанием возникновения обязательства может быть односторонняя сделка (например, конкурс или публичное обещание награды).

Что касается договора, то основанием возникновения обязательства выступает, как правило, двусторонний договор. Многосторонний договор (см. ст. 148) не характерен для обязательства. В ГК содержится один вид многостороннего договора - договор о совместной деятельности ([ст. 228](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2280000)), но из этого договора возникает, на наш взгляд, не обязательство, а относительное правоотношение общей собственности (см. главу 21 настоящего учебника). Именно поэтому нормы, посвященные договору о совместной деятельности, помещены не в разделе об отдельных видах обязательств, как было в прежнем ГК, а в разделе о праве собственности, сразу после раздела об общей собственности (гл. 12 ГК);

2) **административный акт** (правомерное действие) - индивидуальные акты государственных органов. В настоящее время, с ликвидацией планового регулирования и отменой ордеров на жилище, роль административных актов значительно ослабла. На основании этих актов (лицензия, акт о приватизации, акт при заключении договора в обязательном порядке ([ст. 399 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3990000)) и т. п.) чаще всего возникает обязательство заключить договор. Только после заключения договора возникает то самое обязательство, на возникновение которого было направлено издание административного акта.

Таким образом, обязательство возникает в результате действия не одного юридического факта, а совокупности фактов, т. е. мы имеем в наличии “сложный юридический состав”, теория о котором была разработана еще М. М. Агарковым в 1940 г6. В те годы эта теория послужила юридическим обоснованием так называемого планово-договорного обязательства, где план и договор рассматривались как сложный юридический состав.

Однако, эта теория не потеряла своего значения и в современный период. Можно назвать ряд обязательств, где только с помощью сложного юридического состава можно объяснить механизм возникновения обязательства. На основе сложного юридического состава возникают, в частности, правоотношение при государственном заказе (акт исполнительного органа и договор), при приватизации и госзакупках (протокол о результате публичных торгов и договор купли-продажи), ранее возникало при жилищных правоотношениях (ордер и договор жилищного найма) и при предоставлении права недропользования (лицензия и контракт);

3) **Причинение вреда** **(деликты)** и **другие неправомерные действия**. Обязательства, возникающие из причинения вреда гражданину или юридическому лицу, получили наименование деликтных.

Другим неправомерным действием, выступающим основанием возникновения обязательства, является неосновательное обогащение. Лицо, которое без установленных законодательством или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество за счет другого лица, обязано возратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение);

4) **Создание** и **использование различных объектов интеллектуальной собственности.** Например, при заключении авторских, лицензионных договоров и т. п.;

5) **Иные действия граждан и юридических лиц** (ст. 7 ГК). Например, правомерные действия по предотвращению вреда личности или имуществу других лиц, когда эти действия проводились без поручения или согласия заинтересованного лица. К примеру, при наводнении или пожаре, гражданин, спасая людей или имущество, получил тяжкие повреждения здоровья или даже погиб. Возникает обязательство по возмещению расходов и иного реального ущерба, понесенных гражданином ([ст. 855 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=8550000)).

К обязательствам, возникающим из иных правомерных действий, можно отнести также обязательства лица, потерявшего вещь, возместить лицу, нашедшему эту вещь и вернувшего ее собственнику, необходимые расходы и вознаграждение (ст. 245);

6) **события** (ст. 7 ГК). Как правило, самостоятельно событие не порождает обязательства, но выступает как один из юридических фактов сложного юридического состава. Например, завещательный отказ (односторонняя сделка) и смерть завещателя (событие). К числу правопорождающих событий можно отнести наступление страхового случая, которое приводит в действие обязательство по уплате страхового возмещения, что является, в свою очередь, исполнением уже существующего обязательства страхования. Аналогично открытие навигации (событие) вызывает начало исполнения обязательства по перевозке груза.

Глава 28. Исполнение обязательства

§ 1. Понятие и принципы исполнения обязательства

**Исполнение обязательства** - есть совершение должником того действия (или воздержания от действия), которого вправе требовать от него кредитор. Конкретный характер этого действия зависит от вида обязательства, исполнение которого производится (передача товаров, производство работ, оказание услуг, возмещение убытков и т. п.). Воздержание от действия не является характерным для обязательств, исполнение которых почти всегда носит характер активного поведения. В качестве примера можно привести обязанность автора не сдавать рукопись другим издательствам. Следовательно, в содержание исполнения авторского договора входит воздержание от действий по передаче рукописи другим издательствам.

Односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законодательством или договором (ст. 273 ГК).

Договор заключается на равноправной основе, на основе свободного волеизъявления сторон, поэтому и прекращаться он должен по взаимному соглашению обеих сторон. Односторонний отказ от исполнения договора есть, по сути дела, одностороннее прекращение договора, поэтому, как правило, он недопустим. Специальное разрешение на это для отдельных случаев устанавливается законодательством. Некоторые такие случаи установлены в ГК (ст. 404).

Основными принципами исполнения обязательства являются принцип надлежащего исполнения и принцип реального исполнения. В ст. 272 закрепляется: “Обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями”.

В статье закреплен **принцип надлежащего исполнения**, т. е. исполнение надлежащим должником, надлежащему кредитору, в надлежащий срок, в надлежащем месте, в отношении надлежащего предмета и надлежащим способом.

Обязательство может считаться исполненным надлежащим образом, когда выполнены все условия и требования, относящиеся к предмету исполнения, субъектам, месту, сроку и способу исполнения.

Конкретные способы осуществления принципа надлежащего исполнения в ГК не раскрываются, он отсылает к условиям обязательства и требованиям законодательства, а при отсутствии таких условий - к требованиям делового оборота или иным обычно предъявляемым требованиям.

С внедрением рыночных отношений подавляющее большинство требований к надлежащему исполнению определяется самими сторонами в договоре. Поэтому условия обязательства, о которых говорится в ГК, являются наиболее и чаще всего применимым способом определения надлежащего исполнения.

Законодательство может устанавливать требования надлежащего исполнения императивно, т. е. однозначно, категорично, не допуская иных вариантов (как, например, требования качества, комплектности при поставке продукции). Стороны не имеют права изменять эти требования. Но в законодательстве требование может быть выражено диспозитивно с разрешением сторонам устанавливать иное правило (например, способы отгрузки продукции по договору поставки). В этом случае требования законодательства применяются, если стороны не предусмотрели в договоре иные условия.

В случаях, когда законодательными актами установлена обязанность выполнения требования административного акта, стороны обязаны соблюдать требования к надлежащему исполнению, установленные этими актами. Например, в [ст. 13](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1003762#sub_id=130000) Указа о государственном предприятии закреплено, что “для государственного предприятия выполнение заказа государства является обязательным. Предприятие не вправе отказаться от заключения договоров в качестве покупателя или продавца товаров (работ, услуг), если заключение этих договоров предусмотрено заказом государства”. В этих случаях государственное предприятие обязано соблюдать все требования к надлежащему исполнению, которые содержатся в государственном заказе (количество, качество, срок исполнения и т. п.).

Наиболее ярким примером применения при исполнении обязательств обычаев делового оборота являются правила ИНКОТЕРМСа, широко применяемые при исполнении договоров международной купли-продажи.

Обычно предъявляемые требования применяются чаще всего при определении качества товаров, работ или услуг, являющихся предметом исполнения. Применяются эти требования в случаях, когда не существует установленных в законодательстве или договоре стандартов качества определенных товаров, работ и услуг. Применяются требования, которые обычно предъявляются к аналогичным или схожим товарам, работам или услугам (по виду, роду, сорту и т. п.).

Надлежащее исполнение во всех случаях прекращает обязательство и освобождает должника от исполнения обязанностей. Ненадлежащее исполнение дает кредитору основание требовать реального исполнения обязательства ([п. 1 ст. 354 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3540000)) и применения мер гражданско-правовой ответственности.

**Принцип реального исполнения** сформулирован в ст. 354 ГК и за-ключается в необходимости исполнить обязательство в натуре (т. е. совершить то самое действие, которое является предметом обязательства), независимо от возмещения убытков. В то же время данная статья резко ограничила применение принципа реального исполнения по сравнению с прежним законодательством. В случае ненадлежащего исполнения обязательства уплата неустойки и возмещение убытков не освобождает должника от исполнения обязательства, т. е. действует принцип реального исполнения. Однако, в случае неисполнения обязательства возмещение убытков и уплата неустойки освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, т. е. применяется обратный принцип.

Оба принципа действуют как общее правило диспозитивного характера, но законодательными актами и договором может быть предусмотрено иное.

Освобождение должника от обязанности исполнить обязательство в натуре имеет место в случае отказа от принятия исполнения, которое вследствие просрочки утратило интерес для кредитора, а также в случае уплаты денежной суммы, установленной в качестве отступного (п. 3 ст. 354 ГК).

Законом установлены случаи **понуждения к принудительному исполнению обязательства**. Например, в случае неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность, хозяйственное ведение, оперативное управление или в пользование кредитору, последний вправе требовать изъятия этой вещи у должника и передачи ее кредитору, кроме случаев, когда третье лицо имеет преимущественное право на эту вещь (п. 1 ст. 355 ГК).

§ 2. Предмет и способ исполнения обязательств

**Предмет исполнения обязательства** - это вещь, работа или услуги, которые в силу обязательства должник обязан передать, выполнить или оказать кредитору. Надлежащие требования к предмету выражаются через понятие качества и количества. Качество определяется в соответствии с условиями договора. Если на данный предмет существуют государственные стандарты или технические условия, то качество определяется в соответствии с Гостами или техническими условиями, если нет - то в соответствии с обычно предъявляемыми требованиями.

Предмет исполнения - это имущество ([ст. 115 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1150000)). В первую очередь предметом исполнения выступают вещи. Например, об индивидуально определенной вещи говорится в [ст. 355](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=550000). В качестве особого вида вещей как предмета исполнения в ГК закрепляются деньги ([ст. 282](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2820000)). Предметом исполнения может быть и невещественное имущество, в частности, обязательственные права, интеллектуальная собственность.

Предметом исполнения может быть имущественный комплекс, включающий в себя и вещи, и права требования, и долги, и интеллектуальную собственность (исключительные права). Речь идет о предприятии как имущественном комплексе ([ст. 119](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1190000)).

Предмет исполнения имеется в виду также, когда закрепляется правило об исполнении обязательства в натуре, т. е. о принципе реального исполнения обязательства ([ст. 254](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2540000)).

Отдельные элементы, с соблюдением которых связано надлежащее исполнение обязательства, закрепляются в специальных статьях ГК: например, условие о субъектах исполнения ([ст. ст. 275, 276](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2750000)), о сроке (ст. ст. 277-279), о месте исполнения (ст. 281), о способе исполнения ([ст. ст. 284-288, 290, 291](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2840000)).

Особые требования в отношении предмета исполнения касаются **исполнения денежных обязательств**.

Денежное обязательство может быть самостоятельным (по договору займа) или зависимым (оплата покупателем купленной вещи). Под выражением денежного обязательства (или валюта долга) следует понимать обозначение его суммы, под оплатой (или валюта платежа) - передачу этой суммы кредитору или наличными деньгами, или в порядке безналичных расчетов.

Денежные обязательства на территории Республики Казахстан должны быть выражены в **тенге** (ст. 127 ГК). Использование иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте при осуществлении расчетов по обязательствам на территории Республики Казахстан допускается в случаях и на условиях, определенных законодательными актами Республики Казахстан или в установленном ими порядке. В денежном обязательстве может быть предусмотрено, что долг подлежит оплате в тенге в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте. В этом случае подлежащая уплате в тенге сумма определяется по курсу Казахстанской межбанковской валютной биржи, установленному для соответствующей иностранной валюты на день платежа и в месте платежа или в ближайшем к нему месте, если иной курс или иная дата его определения не установлены законодательством или соглашением сторон (ст. 282 ГК).

Нарушение положений ст. 282 ГК (т. е. выражение или оплата денежных обязательств в иностранной валюте) может повлечь признание сделки недействительной как сделки, которая не соответствует требованиям законодательства (см. ст. 158 ГК).

Исключения могут быть установлены только законодательными актами или в порядке, ими установленном.

Основным нормативным актом, определяющим возможность и пределы использования иностранной валюты, является [Закон](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006746) о валютном регулировании от 24 декабря 1996 г.

В ст. 282 ГК говорится об **иностранной валюте**. Чаще всего под иностранной валютой понимаются доллары США, фунты стерлингов, франки, немецкие марки или иная валюта стран, входящих в Организацию экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Кроме того, в последнее время все чаще употребляются понятия “условные денежные единицы”, куда включается экю, “специальные права заимствования” и другие. Экю - условная денежная единица, применяемая странами Европейского экономического сообщества (Общего рынка), ныне - Европейский союз (ЕС). “Специальные права заимствования” (иногда сокращенно обозначается СДР по заглавным буквам английского термина) - условная денежная единица, применяемая Международным валютным фондом. С 1999 г. началось постепенное внедрение “евро” - новой единой валюты стран ЕС, которая заменит собственные валюты этих стран.

В связи с постоянной инфляцией тенге в последнее время широко распространилась практика обозначения валюты долга и валюты платежа в тенге в сумме, эквивалентной сумме иностранной валюты (обычно такой валютой выступает доллар США). Выработалась даже краткая формула, например: “200 долл. США по курсу”. Из этого ясно, что оплата идет в тенге, но сумма эквивалентна 200 долл.

По какому курсу будет производиться оплата, на какую дату и в каком месте будет определяться этот курс, может быть установлено законодательством или соглашением сторон.

Определение подлежащей оплате суммы может производиться по курсу банка должника или банка кредитора, или по курсу Национального банка. Дата определения курса может быть определена любая, но обычно выбор делается из трех вариантов: дата за-ключения договора, дата наступления срока исполнения обязательства и день платежа. В связи с тем, что курс доллара постоянно растет, для должника выгоднее курс на дату заключения договора, для кредитора - на день платежа. Место определения курса можно определить как место нахождения или должника, или кредитора, или определенного банка.

Только в случае, когда все это не определено условиями обязательства, применяется положение ст. 282 ГК: по курсу Казахстанской межбанковской валютной биржи, установленному для соответствующей иностранной валюты на день платежа и в месте платежа или в ближайшем к нему месте. Курс Казахстанской межбанковской валютной биржи регулярно публикуется в республиканской печати.

Если сумма произведенного платежа по денежному обязательству недостаточна для погашения всего долга, то погашение производится в следующем порядке: в первую очередь - издержки кредитора, связанные с получением исполнения от должника (например, при перемене должником места жительства, являющегося в соответствии с договором местом исполнения денежного обязательства, при платеже векселем и последующем его учете). Во вторую очередь погашается неустойка, выступающая обычно как пеня за просрочку платежа и являющаяся формой имущественной ответственности ([ст. 353 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3530000)). В третью очередь производится погашение вознаграждения (интереса). Раньше и неустойка, и вознаграждение (интерес) обозначались как проценты. И, наконец, в последнюю очередь погашается сумма основного долга (п. 2 ст. 282).

**Способ исполнения обязательства** - это характер действий, которые должны быть совершены для исполнения обязательства, порядок совершения должником действий по выполнению обязательства. Способ исполнения определяется, как правило, условиями конкретного договора или законодательством, регулирующим отдельные виды договоров.

Однако, есть некоторые общие положения, касающиеся способа исполнения.

Так, в соответствии со ст. 274 ГК, “кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено условиями обязательства, законодательством или не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства”.

Исполнение по общему правилу производится полностью, поэтому **принятие исполнения по частям** является правом, но не обязанностью кредитора. В частности, договор поставки заключается на длительное время, но исполнение его производится по частям (равномерно по месяцам, или поквартально, или в иные сроки). Конкретные сроки исполнения по частям могут быть предусмотрены законодательством или в самом договоре. В ряде случаев исполнение по частям вытекает из существа обязательства (например, продажа товара в кредит с рассрочкой платежа).

Из существа обязательства может вытекать также невозможность исполнения обязательства по частям, например, когда предметом исполнения является неделимая вещь (ст. 120 ГК).

Согласие принять частичное исполнение может быть выражено не только с помощью прямого заявления, но и совершением определенных действий, свидетельствующих о таком намерении. Например, если кредитор начал использовать частично исполненное, значит, он исполнение принял, даже если он станет заявлять об отказе от принятия исполнения.

В случаях, когда кредитор отказался принять исполнение по частям, оно считается в этой части неисполненным, и при наступлении срока исполнения должник считается просрочившим. Например, если кредитор отказался принять часть долга досрочно, должник должен произвести исполнение в целом в срок и платить вознаграждение (интерес) за пользование всей денежной суммой, включая ту часть, которую он пытается досрочно исполнить кредитору.

Должник исполняет обязательство, как правило, **непосредственно кредитору**. Однако, в ряде случаев это сделать невозможно. По денежным обязательствам или по обязательству передать ценные бумаги должнику разрешается в определенных случаях внести причитающиеся с него деньги на условиях депозита, а ценные бумаги - **на условиях хранения на имя нотариуса,** а в случаях, установленных законодательными актами - **на имя суда**. Такое право у должника имеется, если обязательство не может быть исполнено вследствие:

отсутствия кредитора или лица, уполномоченного им принять исполнение, в месте, где обязательство должно быть исполнено;

недееспособности кредитора и отсутствия у него представителя;

очевидного отсутствия определенности по поводу того, кто является кредитором по обязательству, в частности, в связи со спором по этому поводу между кредитором и другими лицами;

уклонения кредитора от принятия исполнения или иной просрочки с его стороны ([п. 1 ст. 291 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2910000)).

Перечень, определенный в ст. 291 ГК, является исчерпывающим и, следовательно, не может быть расширен законодательством или договором.

Внесение денежной суммы или ценных бумаг в депозит на имя нотариальной конторы или суда считается исполнением обязательства. Нотариус или суд, на имя которых внесены деньги или ценные бумаги, извещает об этом кредиторов (п. 2 ст. 291 ГК).

§ 3. Срок и место исполнения

**Срок исполнения.** Различаются обязательства с определенным сроком исполнения и обязательства, в которых срок исполнения определен моментом востребования.

**Обязательства с определенным сроком исполнения** предусматривают или позволяют определить день исполнения обязательства или период времени, в течение которого оно должно быть исполнено (если, например, в договоре закреплено, что обязательство исполняется помесячно, поквартально, в течение полугода и т. п., должник вправе исполнить обязательство в любой момент этого периода).

 В качестве примера обязательства, в котором срок исполнения прямо не определен, но которое позволяет определить срок исполнения, можно назвать морской чартер, содержащий условие о том, что при доставке груза морской перевозчик должен следовать с должной скоростью и не допускать ненужных отклонений от маршрута.

В предпринимательских договорах, рассчитанных на длительный срок, часто имеются общий срок исполнения и частные сроки исполнения (например, в договоре строительного подряда общий срок окончания строительства). Помимо этого, устанавливаются сроки сдачи отдельных комплексов и сооружений. В указанных случаях должны исполняться и частные, и общие сроки исполнения.

**Обязательства с неопределенным сроком исполнения** не предусматривают срока их исполнения и не содержат условий, позволяющих определить этот срок.

В обязательствах с неопределенным сроком исполнения раньше устанавливалось немедленное исполнение обязательства по требованию кредитора. Для должника предоставлялась льгота, 7-дневное исполнение. Это положение не учитывало особенности различных видов договоров. Если исполнить договор купли-продажи индивидуально-определенной вещи можно и в течение 7-ми дней, то исполнить договор подряда, рассчитанный на совершение весьма определенных действий, требующих времени, в течение 7-ми дней не всегда было возможно.

Поэтому в [ст. 277 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2770000) введено понятие **разумного срока**, в течение которого должно быть исполнено обязательство. Течение срока начинается с момента возникновения обязательства (о разумности см. ст. 8 ГК).

Семидневный срок, в течение которого должник обязан исполнить обязательство, в ст. 277 ГК тоже сохранен. Однако, принципиально важно здесь определить момент, с которого начинает течь этот срок. Когда срок исполнения определен моментом востребования, вопросов не возникает. Но если срок не определен, течение семидневного срока начинается, по смыслу ст. 277 ГК, после истечения разумного срока для исполнения обязательства. Например, стороны за-ключили договор подряда, по которому подрядчик взял обязательство (построить дом), но не оговорили срок строительства. В случае возникновения спора определяется срок, разумно необходимый для завершения строительства сооружения по строительным нормам и правилам (например, два месяца). После истечения этого срока заказчик вправе предъявить требование об исполнении, и по истечении семидневного срока после этого может применять санкции за неисполнение обязательства. Разумеется, разумный срок - понятие неопределенное, и если стороны не могут его точно определить, то его устанавливает суд.

Данное правило не применяется, если обязанность исполнения в другой срок вытекает из законодательства, условий обязательства, обычаев делового оборота или существа обязательства. Например, из законодательства вытекает обязанность банка выдать клиенту банковский вклад немедленно, по первому требованию, если вклад был оформлен как бессрочный (до востребования).

Срок исполнения может совпадать со **сроком действия договора**. Если законодательством или договором предусмотрен срок действия, окончание этого срока влечет прекращение обязательств сторон по договору. Договор, в котором отсутствует указание на срок его действия, признается действующим до определенного в нем момента окончания исполнения сторонами обязательства ([ст. 386 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3860000)).

Обязательства, рассчитанные на длительные сроки исполнения, должны **исполняться равномерно**, в разумные для данного вида обязательства периоды (день, декада, месяц, квартал и т. п.), если иное не предусмотрено законодательством или условиями обязательства, либо не вытекает из существа обязательства или обычаев делового оборота (ст. 278 ГК).

Требование к равномерности имеет значение не для всех обязательств, а обычно для тех, в которых предмет обязательства определен родовыми признаками, поэтому при больших партиях товара и длительных сроках исполнения необходимо определить периодичность исполнения. Естественно потому, что в таких обязательствах периодичность, как правило, определяется в законодательстве или в договоре, либо вытекает из существа обязательства (например, если должником взято обязательство обеспечивать топливом морской паром, выходящий в море с периодичностью в двое суток, то ясно, что периодичность исполнения обязательства по обеспечению топливом не может быть иной, чем двое суток (или кратное двум суткам) или обычаев делового оборота (например, периодичность исполнения договоров поставки отдельных видов продукции в течение многих лет была законодательством определена (месяц, декада и т. п.). Если два крупных предприятия в течение длительного времени применяли эту периодичность и продолжают в настоящее время сохранять точно такие же отношения, можно признать, что поставка продукции равномерно, по определенным периодам, является для данных предприятий обычаем делового оборота, и поэтому должна применяться (даже если этого уже нет ни в законодательстве, ни в договоре).

Только в случае, если равномерность исполнения никак не определена и ни из чего не вытекает, применяется правило ст. 278. Основным здесь является понятие разумности - разумные для данного обязательства периоды.

В [ст. 279](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2790000) ГК предусмотрено, что должник вправе исполнить обязательство до срока, если иное не предусмотрено законодательством или условиями обязательства и не вытекает из его существа.

По общему правилу **досрочное исполнение** выгодно для должника, поэтому такое право ему предоставлено. Однако, не во всех обязательствах досрочное исполнение является приемлемым для кредиторов. В частности, бессмысленны и противоречат сущности обязательства досрочная отправка автобуса или поезда, досрочное исполнение обязанности хранения на определенный срок и т. п. Поэтому в ст. 279 ГК делается оговорка: “если иное не предусмотрено законодательством или условиями обязательства и не вытекает из его существа”.

Для обязательств, связанных с предпринимательской деятельностью, в ст. 279 ГК установлено обратное положение: досрочное исполнение по общему правилу без согласия кредитора не допускается. Должник может досрочно исполнить обязательство только в случаях, когда такая возможность прямо предусмотрена законодательством или условиями обязательства, либо вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства.

Связано это с тем, что предпринимательская деятельность должна осуществляться равномерно и ритмично. Досрочная поставка товара может оказаться убыточной и вредной для покупателя (у него нет площадей для хранения, возможности немедленно использовать товары по назначению и т. п.). Досрочная поставка в таких случаях будет рассматриваться как нарушение обязательства со всеми возможными последствиями (отказ от принятия исполнения, расторжение договора, возмещение убытков и т. п.).

От досрочного исполнения обязательства должником следует отличать случаи, когда должник обязан исполнить обязательство досрочно по требованию кредиторов. Например, при разделении и выделении юридического лица кредитор этого реорганизуемого юридического лица вправе потребовать досрочного прекращения обязательства, должником по которому является это юридическое лицо, и возмещения убытков (ст. 48 ГК). Положения ст. 279 ГК к подобным случаям не применяются.

**Место исполнения.** Точное определение места исполнения имеет практическое значение, в частности, для распределения расходов между сторонами по доставке исполнения. По общему правилу, расходы до места исполнения возлагаются, если иное не предусмотрено законодательством или договором, на должника.

Обычно место исполнения определяется законодательством, договором (например, при заключении договора купли-продажи стороны обусловили обязанность продавца доставить товар на квартиру покупателя), либо явствует из существа обязательства (например, не вызывает сомнений место исполнения обязательства по ремонту квартиры, обработке сада ядохимикатами и т. п.), или обычаев делового оборота (например, правила ИНКОТЕРМСа, широко применяемые при исполнении договоров международной купли-продажи)

Если место исполнения не определено, то, в соответствии со ст. 281 ГК, исполнение должно быть произведено:

1) по обязательству передать недвижимое имущество - **в месте нахождения имущества**. Под недвижимым имуществом понимается имущество, прочно связанное с землей в соответствии со [ст. 117](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1170000). Спорным является вопрос, применяется ли данный подпункт к тому имуществу, которое приравнивается к недвижимому (подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего водного плавания, суда плавания “река-море”, космические объекты (п. 2 ст. 117 ГК). Прямого решения этого вопроса в ГК не дается. Исходя из того, что это имущество не является недвижимым, а только приравнивается к нему, следует признать, что на это имущество действие подпункта 1 ст. 281 ГК не распространяется. Однако, необходимо этот вопрос решить законодательно;

2) по обязательству передать товар или иное имущество с использованием перевозки - **в месте сдачи имущества первому перевозчику** для доставки его кредитору. Речь в этом подпункте идет практически о поставке товара иногороднему покупателю. Место исполнения в этих случаях привязано к первому перевозчику (станция, порт, склад поставщика при автомобильных перевозках и т. п.);

3) по другим обязательствам предпринимателя передать товар или иное имущество - **в месте изготовления или хранения имущества**, если это место было известно кредитору в момент возникновения обязательства;

4) по денежному обязательству - **в месте жительства кредитора** в момент возникновения обязательства, а если кредитором является юридическое лицо - **в месте его нахождения** в момент возникновения обязательства.

Понятие “денежное обязательство” в данном подпункте трактуется в соответствии со [ст. 282 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2820000). Местом жительства гражданина, в соответствии со ст. 16, признается тот населенный пункт, где гражданин постоянно или преимущественно проживает. Однако, для исполнения денежного обязательства такого определения не- достаточно. Специфика денежного обязательства заключается в том, что для его исполнения необходимо отделение банка или связи в данном населенном пункте. Исходя из этого, в случае, когда в населенном пункте отсутствует отделение банка, в котором у кредитора имеется счет, или отделение связи, принимающее денежные переводы, можно признать надлежащим исполнение денежного обязательства, произведенное в близлежащем населенном пункте или в районном центре, где имеются такие отделения.

Место нахождения кредитора - юридического лица определяется в соответствии со ст. 39 ГК как место нахождения постоянно действующего органа юридического лица.

Расчеты между юридическими лицами осуществляются через банки, где они открывают счета. В связи с этим возник вопрос: какой из банков считать местом исполнения денежного обязательства - банк должника или банк кредитора? Должник может считать исполнение совершенным, когда он отдал поручение о переводе платежа своему банку. Однако, исходя из точного смысла ст. 281 ГК, следует прийти к выводу, что местом исполнения денежного обязательства является банк, открывший кредитору расчетный или иной счет, на который поступают денежные средства.

Это правило действует и в случаях, когда в качестве кредитора выступает индивидуальный предприниматель, а в качестве должника юридическое лицо или другой индивидуальный предприниматель, если платежи производятся путем безналичных расчетов через банк, в котором открыт счет индивидуального предпринимателя-кредитора.

Однако, ситуация меняется, когда расчеты производятся путем наличных платежей. Это имеет место, когда должником выступают граждане, а также индивидуальные предприниматели и юридические лица в случаях, когда они рассчитываются наличными. Расчеты наличными деньгами обычно осуществляются в местах выполнения работы, оказания услуг индивидуальным предпринимателем (обычно через кассу). Поэтому местом исполнения обязательства в таких случаях следует считать не место жительства, а место работы, оказания услуг. Это противоречит подпункту 4, однако находится в полном соответствии с общим правилом, когда подпункт 4 не применяется: такое решение вопроса вытекает из существа обязательства;

5) по всем другим обязательствам - **в месте жительства должника**, а если должником является юридическое лицо - **в месте его нахождения**.

Относительно места нахождения юридического лица можно поставить еще один вопрос более общего плана: можно ли считать местом исполнения не место нахождения постоянно действующего органа, а место нахождения филиала юридического лица? Этот вопрос может быть поставлен в случаях, когда, например, договор за-ключен с юридическим лицом, находящимся в Алматы, через его филиал, расположенный в Таразе, причем должник по этому договору также находится в Таразе. Строго по смыслу подпункта 5 ст. 281 ГК местом исполнения должен быть Алматы, однако в данном конкретном случае можно применить общее правило о том, что исполнение обязательства в Таразе вытекает из существа обязательства. Следует, однако, признать, что данное положение может быть предметом спора, поэтому целесообразно вопрос о месте исполнения решать в договоре.

Глава 29. Обеспечение исполнения обязательства

§ I. Общие положения

**Понятие способов обеспечения исполнения обязательства и их виды**. Осуществление права по обязательству зависит не только от воли субъекта права, но и от воли должника. Из обязательства (в частности, основанном на договоре) возникает право на чужое действие, т. е. обязательство дает право требовать, но не принуждает, по общему правилу, к исполнению действия, обещанного должником. Единственным исключением из этого правила является возможность принуждения к исполнению обязательства в натуре в отношении индивидуально-определенных вещей, вытекающая из способов защиты права собственности и иных вещных прав. По общему правилу совершение действия по обязательству зависит от воли обязанного лица, что придает исполнению по обязательственным отношениям определенную степень риска. В то же время кредитор по обязательственному отношению имеет право на возмещение убытков, возникших в связи с неисполнением обязательства должником. Исполнение любого обязательства, по общему правилу, обеспечивается правом кредитора требовать его исполнения в принудительном порядке в предусмотренных законодательством случаях или возмещения убытков, вызванных нарушением обязательства, за счет всего имущества должника.

В случаях, предусмотренных законодательством или договором, дополнительно к общим мерам обеспечения исполнения обязательства (в виде ответственности должника по возмещению убытков за неисполнение обязательства за счет всего своего имущества) используются особые средства, содействующие исполнению обязательства. Именно эти средства и называются в гражданском праве способами обеспечения исполнения обязательств.

В гражданском праве под **способами обеспечения исполнения обязательств** понимаются предусмотренные законодательством или договором специальные меры имущественного характера, стимулирующие надлежащее исполнение обязательств должником и облегчающие защиту интересов кредиторов*.* Эти меры, как правило, сводятся к целям:

увеличения размера ответственности должника и упрощения взыскания всего размера ущерба или его части - к этим мерам относятся неустойка в виде пени за просрочку или штраф за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства;

распространения ответственности должника на третьих лиц и вовлечения их в число обязанных за исполнение лиц - к этим мерам, в частности, относятся гарантия и поручительство;

предоставления кредитору права преимущественного удовлетворения своих требований за счет определенной вещи (“верю не личности, верю в стоимость вещи”) - к этим мерам, в частности, относится залог;

получения кредитором безвозвратного аванса в случае отказа должника от исполнения обязательства - к эти мерам относится задаток;

предоставления права кредитору не исполнять обязательства по передаче вещи или иного имущества до исполнения встречного, как правило, денежного обязательства должником - к этим мерам относится удержание имущества.

Необходимо отметить, что способы обеспечения обязательств не ограничиваются только такими традиционными способами, как неустойка, задаток, гарантия, поручительство, залог или удержание имущества. Все то, что может побудить должника к надлежащему исполнению обязательства, безусловно, будет относиться к способам обеспечения исполнения обязательства, естественно, при условии их законности. Помимо перечисленных традиционных способов, могут существовать множество других конструкций обеспечения обязательств, как специально предусмотренных законодательством в качестве обеспечительных мер (например, использование условия об уступке денежного требования по договору финансирования), так и не предусмотренные законодательством, но установленные договором.

**Акцессорный характер способов обеспечения исполнения обязательств*.*** Способы обеспечения обязательств, по общему правилу, являются дополнительными (акцессорными) по отношению к обеспечиваемому обязательству, т. е. зависят от его действительности и законной силы. В качестве исключения можно назвать банковскую гарантию, в отношении которой действует правило ее независимости от действительности обеспечиваемого обязательства, что обусловлено предпринимательским характером выдачи банковских гарантий и сопутствующим этому предпринимательским риском.

Дополнительный характер способов обеспечения исполнения обязательств (обеспечительных обязательств) к основному (главному) обязательству проявляется в ряде моментов. Во-первых, обеспечиваться может лишь действительное обязательственное требование, т. е. требование, возникающее на законном основании. Во-вторых, обеспечительное обязательство следует судьбе основного обязательства при уступке права требования и в большинстве случаев при переводе долга по этому основному обязательству. В-третьих, прекращение основного обязательства, независимо от оснований прекращения, как правило, влечет прекращение обеспечительного обязательства. В-четвертых, недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, причем данная норма императивна и не предусматривает возможность иных договорных последствий. Но недействительность обеспечительного обязательства никак не отражается на действительности обеспечиваемого обязательства, что продиктовано независимостью судьбы главного обязательства от судьбы дополнительного.

Главенствующее положение основного обязательства подтверждает также независимость основного обязательства от прекращения обеспечительного. Исключением из последнего правила являются случаи реализации предметов залога ломбардами и некоторые случаи реализации предметов ипотеки недвижимого имущества в принудительном внесудебном порядке, что продиктовано волей законодателя по защите интересов залогодателей от злоупотреблений со стороны специализированных предпринимательских организаций - залогодержателей.

**Применение мер по обеспечению обязательств***.* В отличие от права кредитора на возмещение убытков, вызванных нарушением обязательства, за счет всего имущества должника, которое основывается на гражданско-правовом принципе ответственности должника за неисполнение обязательства, применение специальных мер по обеспечению обязательств не происходит автоматически. Общие положения об обеспечении обязательств предусматривают лишь возможность применения обеспечительных мер. Для того, чтобы какое-либо обязательство было обеспечено тем или иным конкретным способом, необходимо соглашение сторон или специальное предписание законодательства. При этом некоторые способы обеспечения обязательств могут быть предусмотрены как законодательством, так и соглашением сторон (например, залог, неустойка, удержание имущества), а другие - только соглашением сторон (например, задаток).

Одни способы обеспечения обязательств (неустойка, задаток) являются одновременно мерами юридической ответственности, поскольку они возлагают на лицо, не исполнившее или ненадлежаще исполнившее обязательство, дополнительные имущественные лишения (обременения), наступление которых непосредственно и безусловно связывается с неисполнением обязательства. Другие (залог, удержание имущества, поручительство и гарантия и другие) к мерам ответственности не относятся, так как их применение связывается с отдельной процедурой доказывания возникновения их основания и с наступлением автономных от обеспеченного обязательства условий, предусмотренных в законодательстве или в соглашении сторон.

§ 2. Задаток

**Задатком** называется производимая при самом заключении договора уплата части денежной суммы, подлежащей передаче одним лицом другому за исполнение определенного действия, вытекающего из обязательства. Задаток является частью какой-то денежной суммы, подлежащей уплате должником кредитору. Значение задатка, как способа обеспечения исполнения обязательства, заключается в предотвращении неисполнения договора какой-либо из сторон по нему. Это достигается тем, что неисполнение договора влечет неблагоприятные последствия для ответственной за неисполнение стороны. Преимущественно задаток направлен на обеспечение исполнения обязанности должника по основному обязательству по уплате какой-то денежной суммы, в частности, обязанности покупателя по уплате покупной цены, обязанности арендатора по внесению арендной платы и т. д., и обеспечение достигается угрозой потери задатка лицом, давшим его, в случае последующего его отказа от исполнения договора. В то же время неисполнение договора лицом, получившим задаток, также влечет неблагоприятные для него последствия в виде возврата полученного задатка, а также уплаты контрагенту суммы, равной сумме полученного задатка.

**Субъекты соглашения о задатке***.* Новые положения ГК о задатке значительно расширили сферу договорных обязательств, которые могут быть обеспечены задатком. Ранее этим способом могли обеспечиваться только лишь договоры, одной из сторон в которых является гражданин. Теперь ограничения обязательств, обеспечиваемых задатком, в зависимости от состава участников устранены, и задатком возможно обеспечивать любые договорные обязательства, в т. ч. и обязательства, сторонами в которых могут быть только юридические лица без участия граждан.

**Форма соглашения о задатке***.* Соглашение о задатке, независимо от его суммы или от формы основного обязательства, должно быть заключено под страхом недействительности в письменной форме. В случае, если основное обязательство должно быть нотариально удостоверено, для действительности соглашения о задатке достаточно простой письменной формы ([п. 2 ст. 337 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3370200)).

Понятие “задаток*”* имеет несколько смысловых и юридических значений. Зачастую понятие “задаток” применяют для обозначения самого соглашения о задатке - соглашения об уплате части денежной суммы при заключении договора и установления определенных прав и обязанностей, а также последствий, установленных законодательством при применении этого соглашения. Понятием “задаток” также обозначают институт гражданского права - совокупность норм материального права, регулирующих права и обязанности сторон, а также последствия применения соглашения о задатке. Хотя корректнее будет все же обозначать непосредственно соглашение как “соглашение о задатке”, а институт права - как “институт соглашения о задатке”. В то же время задаток обозначает всего лишь часть денежной суммы, уплачиваемой одним лицом другому.

**Соглашение о задатке***.* Уплата задатка производится по особому соглашению, условия которого автономны от договора, в обеспечение обязательства из которого и применяется уплата задатка. Соглашение о задатке является дополнительным к договору, из которого вытекает обеспеченное задатком обязательство. Существенными условиями соглашения о задатке, признанными необходимыми для него законодательством, являются размер задатка, а также определение основного обязательства, в обеспечение исполнения которого уплачивается задаток.

Действительность соглашения о задатке зависит от действительности основного договора. При этом действительность основного договора необходимо понимать широко. Действительность основного договора означает его законность, а также вступление его в силу, действие основного договора во время действия соглашения о задатке.

Соглашение о задатке не изменяет условий, прав и обязанностей сторон по обеспеченному задатком обязательству. В то же время соглашение о задатке усложняет обязанности сторон, что достигается принятием на себя дополнительных обязательств сторонами по отдельному соглашению. Право лица, получившего задаток, не уменьшается, а увеличивается вследствие обеспечения обязательства. В то же время от него зависит выбор - удовлетвориться задатком или требовать надлежащего исполнение обязательства, потому что это право принадлежало бы ему, если бы обязательство не было обеспечено задатком. У лица, давшего задаток, возникают дополнительные обязательства и, как правило, каких-либо прав не возникает до неисполнения обеспеченного задатком обязательства лицом, получившим задаток.

**Специфические черты соглашения о задатке***.* Задаток, являясь разновидностью способов обеспечения исполнения обязательств, имеет специфические черты, отличающие его от всех остальных обеспечительных обязательств.

Во-первых, задатком могут обеспечиваться только обязательства, возникающие из договоров, и он не может использоваться для обеспечения иных обязательств, например, возникающих из иных, чем договор, оснований, в частности, из административных актов, судебного решения, вследствие причинения вреда и т. п.

Во-вторых, задатком может быть обеспечено только исполнение договора, в котором предусматривается денежное обязательство одной из сторон, так как задаток выдается “одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне” (п. 1 ст. 337 ГК), например, обязательства по оплате цены по договору купли-продажи, обязанности по уплате арендной платы и т. д. В этом плане задаток, являясь способом обеспечения обязательств, одновременно является и частичным исполнением денежного обязательства по договору - частью платежей, причитающихся по договору с одной стороны другой.

В-третьих, задаток, являясь способом обеспечения исполнения обязательств, одновременно выполняет роль доказательства заключения договора. Это означает, что если договором предусматривается уплата одной из сторон задатка, то договор будет считаться заключенным только лишь после исполнения этой обязанности, например, если договором купли-продажи предусмотрена уплата задатка, то до уплаты задатка договор не вступает в силу, но после уплаты суммы задатка сторона не вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора. Уплата задатка является одновременно доказательством достижения соглашения между сторонами по всем существенным условиям обеспеченного задатком договора и вступления его в силу со всеми вытекающими из этого последствиями.

В-четвертых, задаток выступает одновременно и мерой ответственности как для стороны, предоставляющей задаток, в обязанности которой входит уплата причитающихся с нее платежей, отказ от исполнения которой влечет потерю задатка, так и для стороны, получающей задаток, в обязанности которой входит исполнение обязательства в натуре, так как в случае неисполнения она должна вернуть задаток и несет дополнительно расходы в размере задатка.

**Последствия прекращения или неисполнения обеспеченного задатком обязательства либо прекращения соглашения о задатке***.* Прекращение договора, обеспеченного задатком, влечет прекращение соглашения о задатке. При прекращении соглашения о задатке судьба переданного задатка решается с учетом того, что задаток является не чем-то оторванным от основного обязательства, а его частью - частью денежного обязательства одной из сторон договора. В двух случаях прекращения договора, обеспеченного задатком, задаток должен быть возвращен.

Стороны освобождаются от предусмотренных [п. 2 ст. 338 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3380200) последствий в случае расторжения договора, обеспеченного задатком, по соглашению сторон до начала его исполнения (исполнение в натуре - начале или частичное выполнение работ, оказание услуг, частичная передача имущества, либо исполнение денежного обязательства - уплата части денег по договору сверх задатка), влекущее прекращение обязательств сторон как по основному договору, так и по соглашению о задатке, но при этом задаток должен быть возвращен. Аналогичные последствия наступают в случае прекращения обеспечиваемого обязательства до начала его исполнения в связи с невозможностью исполнения, вызванной обстоятельством, за которые стороны не отвечают.

В остальных случаях судьба задатка должна решаться, исходя из основания прекращения обеспечиваемого обязательства, например, при расторжении договора после начала исполнения одной из сторон судьба задатка решается по соглашению сторон с учетом исполненной части договора: при новации прекращается и соглашении о задатке, если иное не предусмотрено соглашением сторон, при отступном - размер, сроки и порядок предоставления отступного устанавливаются сторонами (размер отступного может уплачиваться как соразмерно задатку, так и произвольно) и т. д.

Задаток, кроме того, что является способом обеспечения обязательства, одновременно выступает, как и неустойка, мерой ответственности. И в случае, если какая-либо сторона нарушила основное обязательство, приведшее к его неисполнению, на нее, как ответственную за такое нарушение, возлагается обязанность по уплате другой стороне денег в размере суммы задатка с учетом переданного задатка. Поэтому, если в неисполнении обеспечиваемого обязательства ответственна сторона, передавшая задаток, то он остается у стороны, получившей задаток. Если же в неисполнении основного обязательства ответственна сторона, получившая задаток, то она должна вернуть сумму задатка и уплатить другой стороне дополнительно денежную сумму в размере задатка (п. 2 ст. 338 ГК).

Сторона может быть признана ответственной за неисполнение обязательства, обеспеченного задатком, при наличии условий привлечения к ответственности за нарушение обязательства. То есть, задаток может выступать в качестве меры ответственности и взыскиваться со стороны, не исполнившей обязательство, при наличии, по общему правилу, ее вины в неисполнении обеспеченного задатком обязательства, если только договором или законодательством не предусмотрено иное. Например, законодательством предусмотрена ответственность без вины предпринимателей за нарушение обязательства (принцип причинения), в обеспеченном задатком обязательстве либо в договоре о задатке может быть предусмотрена также ответственность без вины стороны за нарушение обязательства и т. п. Если же сторона является предпринимателем, то неисполнение ею обеспеченного задатком обязательства является основанием, по общему правилу, для взыскания с нее задатка в виде меры ответственности, если только не будет доказана невозможность исполнения обязательства вследствие непреодолимой силы - стихийных явлений, военных действий и т. д.

Уплата задатка, по общему правилу, не освобождает ответственную за неисполнение обязательства сторону от возмещения другой стороне по основному договору убытков, возникших в связи с неисполнением обязательства, с учетом суммы задатка. Законодательное правило о возмещении убытков, в т. ч. и необходимость учета размера задатка при определении размера убытков, являются восполняющими на случай, если в соглашении ничего не предусмотрено по этому вопросу. В то же время по соглашению сторон могут быть предусмотрены иные последствия по возмещению убытков по обязательству, обеспеченному задатком. В договоре может быть предусмотрено, например, что убытки могут быть взысканы в полной мере сверх суммы задатка, что допускается взыскание только задатка в виде так называемого отступного, и т. п. Задаток следует отличать от аванса, который также выдается в счет будущих платежей за счет исполнения договора, но не служит средством обеспечения исполнения. Если такой платеж письменно не обозначен как задаток, его следует считать авансом.

§ 3. Неустойка

Под **неустойкой**, как способом обеспечения обязательства, понимается дополнительное к главному обеспечиваемому обязательству условие об уплате должником определенной денежной суммы на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства*.* Обеспечение, устанавливаемое неустойкой, достигается тем, что долж-ник понуждается к точному исполнению своей обязанности по обеспеченному обязательству под страхом ее осложнения - увеличения обязанности, составляющей предмет обязательства, в виде дополнительной обязанности по уплате определенной суммы денег.

Будучи способом обеспечения обязательства, непосредственно неустойка представляет собой определенную заранее денежную сумму, и в этом смысле эта денежная сумма также называется неустойкой*.*

Неустойка, именуемая также пеней или штрафом, устанавливается на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, например, нарушения срока исполнения (просрочки), нарушения условий договора о качестве, комплектности, ассортименте, упаковке продукции и т. д. Применение неустойки может быть установлено как законодательством (в частности, законодательством установлена неустойка за неправомерное пользование чужими денежными средствами), так и соглашением сторон для обеспечения любого обязательства (в частности, по договору аренды может быть предусмотрена неустойка за просрочку уплаты арендной платы).

Сторонами соглашения о неустойке являются стороны по обеспечиваемому обязательству. Обязанным лицом по соглашению о неустойке всегда является должник по основному обязательству. Случаи, когда третьи лица берут на себя обязательство по уплате какой-то определенной суммы при неисполнении обязательства должником, относятся к гарантии или поручительству, но никак не к неустойке.

Размер или порядок определения неустойки устанавливается по соглашению сторон или законодательством. При этом неустойка может определяться либо в твердой сумме, например, за утерю платежного документа клиента банк обязан уплатить штраф в размере тысячи тенге за каждый утраченный документ, либо в процентном соотношении от суммы неисполненного или ненадлежаще исполненного обязательства, например, банк обязан уплатить неустойку (пеню) за несвоевременное зачисление денежных средств на счет клиента в размере полпроцента от суммы платежа, или, например, в кредитном договоре может быть предусмотрена обязанность заемщика по уплате неустойки (штрафа) в размере двадцати пяти процентов от суммы кредита за нецелевое его использование.

В случаях, когда неустойка, определенная законодательством, не содержит прямого указания о недопустимости ее увеличения, ее размер по соглашению сторон может быть увеличен. Например, предусмотренная [ст. 353 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3530000) неустойка за неправомерное пользование денежными средствами в размере ставки рефинансирования, устанавливаемой Национальным банком Республики Казахстан, по соглашению сторон может быть увеличена. В таком случае к форме соглашения сторон об увеличении размера законной неустойки применяются правила, предусмотренные для формы соглашения о договорной неустойке, но, в отличие от договорной неустойки, несоблюдение простой письменной формы соглашения о неустойке не лишает права кредитора на взыскание законной неустойки в размере, определенном законодательством.

**Виды неустойки***.* Основное деление видов неустойки можно провести по основанию ее возникновения и порядка определения ее размера - законодательством или соглашением сторон о неустойке. Когда размер этой суммы определяется законодательным актом, говорят о **законной** или **нормативной** неустойке, когда договором - о **добровольной** или **договорной**.

Неустойка может выступать в виде **пени** или **штрафа**. В законодательстве понятие “неустойка” определено как родовое понятие к понятиям “штраф”, “пеня”. Часто в нормативных актах термины “штраф” и “неустойка” применяются как сходные понятия; порой затруднительно провести границу между ними. В то же время в правовой теории и практике выработалось определенное понимание этих понятий. Как правило, под понятием “пеня” понимается неустойка, которая применяется за просрочку исполнения обязательства за определенный период времени. Пеня исчисляется в процентном соотношении к сумме обязательства за каждый определенный период просрочки исполнения обязательства, например, в кредитном договоре может предусматриваться пеня за просрочку возврата заемных денежных средств в размере полпроцента от суммы платежа за каждый день просрочки.

В то же время под понятием “штраф”, как правило, понимается неустойка в твердой сумме или в определенно установленном процентном размере от суммы обязательства, например, за нарушение условий договора о комплектности, качестве или ассортименте может предусматриваться, в частности, неустойка (штраф) в размере 1000 тенге или 1 процент от суммы обязательства за каждое нарушение. Несомненно, такое понимание терминов “штраф” и “пеня” носит неофициальный характер и никак не влияет на их сущность. Штраф и пеня являются неустойкой. В то же время необходимо иметь в виду, что термин “штраф” применяется и в других отраслях права, в частности, в уголовном, административном и финансовом праве, где имеет иное, не гражданско-правовое, значение.

В зависимости от соотношения права на взыскание неустойки с правом на взыскание убытков различают зачетную, штрафную, альтернативную и исключительную неустойку.

По общему правилу убытки взыскиваются в части, не покрытой неустойкой. Именно этот вид неустойки называется **зачетной** неустойкой, при которой размер взысканной неустойки зачитывается в размер взыскиваемых убытков.

В то же время законодательством или договором могут предусматриваться случаи, когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков; когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки; когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки. Именно по этим характеристикам различаются между собой исключительная, штрафная и альтернативная неустойки: при **исключительной** неустойке допускается взыскание неустойки, но не допускается взыскание убытков; при **штрафной** - убытки взыскиваются сверх взысканной неустойки, при **альтернативной** - допускается взыскание по выбору кредитора либо неустойки, либо убытков.

В ряде случаев по отдельным видам гражданских правоотношений, связанным с осуществлением определенного рода деятельности, законодательством за нарушение обязательства установлена ограниченная ответственность, в частности, по ответственности перевозчика за утерю груза и т. п. В этих случаях взыскание убытков производится до пределов, установленных такими ограничениями, при зачетной неустойке - в части, не покрытой неустойкой, при штрафной - в части, превышающей размер неустойки. При альтернативной неустойке взыскивается либо убытки в ограниченном законодательством размере, либо размер неустойки вне зависимости от установленных ограничений.

**Основания взыскания неустойки**.Так как неустойка является способом обеспечения обязательства в виде возможности возложения на должника обязанности по уплате денег в случае нарушения обязательства, то для возникновения требования кредитора об уплате неустойки достаточно нарушения должником обеспечиваемого обязательства, и это требование не связано с причинением либо доказательством причинения кредитору убытков. Но для взыскания неустойки необходимо наличие оснований в виде возникновения условий для привлечения должника к ответственности за нарушение обязательства.

Основания взыскания неустойки различаются в зависимости от того, обеспечивается ли неустойкой обязательство, связанное или не связанное с предпринимательской деятельностью. Такое различие обусловлено различиями законодательного подхода к ответственности лиц за нарушение обязательств, связанных или не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Несмотря на то, что при взыскании неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков, должник вправе ссылаться на их незначительный объем или полное их отсутствие и представлять доказательства этого. К тому же, право кредитора требовать уплаты неустойки никак не затрагивает права должника на уменьшение размера ответственности в связи с наличием вины кредитора в нарушении обязательства. Эти обстоятельства могут служить по требованию должника основанием для уменьшения судом размера взыскиваемой неустойки.

Решение об уменьшении размера неустойки должно быть принято судом с учетом степени выполнения обязательств должником и интересов должника и кредитора. По неустойке, обеспечивающей обязательство, не связанное с предпринимательской деятельностью, суд также должен учесть степень вины должника и кредитора в нарушении основного обязательства.

**Функции неустойки***.* Основная функция неустойки, безусловно, заключается в обеспечении исполнения обязательства должником. В то же время неустойка, как и задаток, выступает также и в качестве санкции - определенной меры ответственности должника за нарушение обязательства в виде дополнительных лишений по уплате суммы неустойки.

При обеспечении исполнения обязательства неустойкой в ее функции может также входить задача по установлению заранее размера причиненных нарушением обязательства убытков, особенно когда доказывание их величины представляется затруднительным. Подмена права требования кредитора по возмещению убытков правом требования по уплате неустойки предпочтительнее в связи с тем, что для взыскания неустойки не требуется доказательства причинения убытков. К тому же при установлении любой договорной неустойки ее размер должен соотноситься с размером возможных убытков, ибо, в противном случае, по общему правилу либо кредитор имеет право взыскивать убытки сверх размера неустойки (в частности, при зачетной неустойке), либо должник имеет право требовать уменьшения размера неустойки в связи с несоразмерностью нанесенных нарушением обязательства убытков. Как правило, функцию определения заранее размера причиненных нарушением обязательства убытков несут в себе зачетная, исключительная и альтернативная неустойки. При штрафной неустойке учет возможных убытков происходит через права должника требовать уменьшения ее размера в связи с несоответствием размера неустойки размеру причиненных убытков.

В ряде случаев неустойка также выступает в качестве отступного - определенной денежной суммы, предоставляемой должником кредитору взамен исполнения обязательства. Как правило, неустойка является отступным в случаях, когда стороны при установлении обеспечения обязательства неустойкой приходят к соглашению и включают в договор условия, по которым уплата неустойки влечет прекращение обязательства. Как правило, в качестве отступного выступают исключительная и альтернативная неустойки, так как при взыскании исключительной или альтернативной неустойки не допускается взыскание убытков.

**Форма соглашения о неустойке***.* Требование об оформлении неустойки, как обязательства должника по уплате определенной денежной суммы в случае нарушения обеспечиваемого обязательства, зависит от того, идет ли речь о договорной или законной неустойке. Безусловно, о форме соглашения о неустойке можно говорить только в отношении договорной неустойки, так как в случае законной неустойки отдельного соглашения о ней не требуется.

В силу требования законодательства соглашение о неустойке должно быть облечено в письменную форму независимо от формы сделки, из которой вытекает обеспеченное неустойкой обязательство. Письменная форма соглашения о неустойке необходима также в случаях, когда неустойкой обеспечивается обязательство, вытекающее из устной сделки. Несоблюдение требования о письменной форме соглашения о неустойке влечет его недействительность.

Законная неустойка, в отличие от договорной, не требует какого-либо оформления, хотя и может быть предусмотрена в договоре. Неустойка, определенная законодательством, не зависит от усмотрения сторон, и ее применение является правом кредитора. Право кредитора на взыскание законной неустойки не может быть ограничено соглашением сторон, и подобного рода соглашения недействительны, кроме случаев, когда неустойка определена диспозитивной нормой закона.

§ 4. Гарантия и поручительство

**Общие положения о гарантии и поручительстве*.*** Гарантия и поручительство имеют единую правовую природу. Сущностью гарантии и поручительства, как способов обеспечения обязательства, является распространение ответственности должника по надлежащему исполнению обязательства на третьих лиц и вовлечение их в число обязанных за исполнение лиц. К гаранту или поручителю, исполнившему основное обязательство за должника, переходят права кредитора, причем переход прав не требует какого-либо оформления и не зависит от чьей-либо воли, так как он осуществляется на основании предписаний законодательного акта.

В отличие от других имеющихся способов обеспечения обязательства, например, от неустойки, которая не охраняет кредитора на случай несостоятельности должника, гарантия или поручительство дает возможность кредитору получить исполнение и при несостоятельности должника. Если при неустойке положение кредитора становится более надежным за счет того, что с него снимается обязанность доказывать размер понесенных убытков, а в некоторых случаях неисправный должник может оказаться перед перспективой уплаты неустойки (штрафа, пени), то при гарантии или поручительстве более прочная позиция кредитора достигается не дополнительным стимулом для должника, а тем, что перед кредитором оказывается не одно обязанное лицо, а несколько (как минимум, два).

Имея много схожего, эти разновидности обеспечения исполнения обязательства должником за счет дополнительного обязательства третьего лица имеют также существенные различия, требующие в ряде случаев отдельного рассмотрения их правового регулирования. Основные различия между гарантией и поручительством заключаются в солидарности либо субсидиарности гарантии или поручительства как дополнительного обязательства, а также в пределах исполнения гарантом или поручителем обязательства должника и в порядке предъявления требований к ним.

**Гарантия*.*** Гарантией является обязательство определенного лица, именуемого гарантом, перед кредитором другого лица отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично солидарно с основным должником. Исключения из общего правила о солидарной ответственности гаранта с должником могут быть предусмотрены законодательными актами.

Гарантия является правоотношением, устанавливаемым между кредитором по обеспечиваемому обязательству и лицом, не являющимся должником по основному обязательству. Фигура гаранта не может совпадать с должником, и гарант по отношению к основному обязательству всегда является третьим лицом. К обязательству по гарантии, хотя и производному от основного обязательства, основной должник непосредственного отношения не имеет и в этом правоотношении не участвует. Отношения между гарантом и должником по основному обязательству остаются вне правоотношений по гарантии и основному обязательству и не имеют для последних никакого значения. Основанием отношений между гарантом и должником может быть либо отдельное соглашение (договор), либо иные обстоятельства в виде, например, длительных партнерских связей в предпринимательской деятельности, взаимного участия в уставных капиталах (в частности, “родительские” и “дочерние” коммерческие организации, зависимое акционерное общество и участвующее в его уставном капитале иное юридическое лицо), дружбы, родства, супружеских связей и т. п.

Как правило, гарантией обеспечивается исполнение денежного обязательства должника. Но гарантией, в отличие, например, от неустойки, задатка или залога, может обеспечиваться и исполнение обязательства должником в натуре, даже если по такому обязательству не предусматривается уплата неустойки или если по нему не возникают убытки. Гарант по своему выбору может либо исполнить обязательство в натуре, либо нести ответственность по возмещению убытков и уплате неустойки наравне с должником.

В любом случае, даже при обеспечении исполнения обязательства должником в натуре или обеспечении исполнения обязательства должника по возмещению причиненных кредитору убытков, у гаранта имеется выбор: исполнить обязательство в натуре и возместить убытки, нанесенные ненадлежащим исполнением основного обязательства; или возместить убытки за неисполнение основного обязательства и уплатить неустойку, если только иное не вытекает из законодательства, условий договора гарантии, существа основного обязательства или обычаев делового оборота.

Договором гарантия может быть распространена и на обязательство, которое возникнет в будущем, и при этом гарантией обеспечивается будущее требование, но и в этом случае обязательство гаранта может возникнуть только с момента возникновения обеспечиваемого обязательства.

Гарант обязан до удовлетворения требований кредитора предупредить об этом должника, а в случае предъявления к нему иска кредитором - привлечь должника к участию в деле. Поскольку гарант и должник не являются должниками кредитора по одному обязательству, гарант не всегда осведомлен о характере взаимоотношений кредитора и должника по основному обязательству. Без предупреждения должника о требованиях кредитора и без привлечения должника к участию в деле невозможно или затруднительно было бы установить и учесть все те возражения, которые имеются у должника против требований кредитора. Обязанность гаранта до удовлетворения требований кредитора предупредить об этом должника предусмотрена также с целью исключения двойного (повторного) исполнения кредитору со стороны гаранта и должника.

Аналогичная обязанность об извещении гаранта об исполнении основного обязательства также возлагается на должника для предотвращения двойного исполнения. Извещение должника об удовлетворении требований кредитора гарантом необходимо также в связи с тем, что в этом случае происходит уступка прав кредитора гаранту, и неизвещение должника возлагает на гаранта как нового кредитора риск вызванных этим неблагоприятных последствий, например, исполнение должником обязательства первоначальному кредитору, что влечет его прекращение.

Обязанность гаранта привлечь должника к участию в деле является материально-правовой и должна быть исполнена гарантом путем направления должнику извещения о предъявлении кредитором к поручителю иска с сообщением необходимых данных об исковом требовании (наименование суда, в который направлено исковое заявление, номер и дата заявления и т. д.). Обязанность гаранта не может считаться исполненной, если гарант ограничился заявлением (ходатайством) в суде о привлечении должника к участию в деле.

Наличие обязанности гаранта привлечь должника к участию в деле не зависит от того, какую ответственность несет гарант - в полном объеме или частично, был ли предъявлен ранее иск кредитором к должнику и какое решение было принято. Не влияет на существование этой обязанности и то, исполнил, частично исполнил или не исполнил должник свое обязательство.

Должник привлекается в дело в качестве третьего лица без самостоятельных требований на стороне ответчика. Процессуальные основания для этого установлены [ст. 53 ГПК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013921#sub_id=530000).

Невыполнение гарантом возложенных на него обязанностей по предупреждению должника об удовлетворении требований кредитора либо по привлечению должника к участию в деле влечет для гаранта неблагоприятные последствия. В этом случае должник имеет право на выдвижение против регрессных требований гаранта всех возражений, которые он имел против кредитора, например, по размеру требования, его действительности и т. д. Если эти возражения будут признаны судом обоснованными, то регрессные требования гаранта к должнику будут полностью или в части отклонены. Если же должник, надлежащим образом извещенный гарантом о предъявлении к нему кредитором иска, откажется от участия в деле, он теряет право выдвигать против регрессных требований гаранта возражения, которые он имел против кредитора, и может ссылаться лишь на обстоятельства, вытекающие из взаимоотношений между должником и гарантом.

Обязательства гаранта и должника являются солидарными, т. е. гарант относится к числу солидарных должников, и на него распространяются общие положения о солидарном обязательстве. Но гарантия все же является дополнительным обязательством по отношению к основному. Поэтому правила о солидарном должнике распространяются на гаранта с некоторыми особенностями, вытекающими из дополнительности гарантии к основному обязательству, а также из правила о переходе прав кредитора к гаранту при исполнении им основного обязательства. Кредитор по основному обязательству вправе предъявлять требования по исполнению основного обязательства как к должнику, так и непосредственно к гаранту при наступлении срока его исполнения. В то же время гарант вправе выдвигать против требований кредитора возражения, которые основаны на отношениях кредитора и должника и которые мог бы выдвинуть должник, что не допускается по общим правилам при солидарности обязательств для солидарных должников. Гарант вправе выдвигать подобные возражения даже в случаях, когда должник от них отказался или признал долг. Эти исключительные права гаранта вытекают из дополнительности гарантии к основному обязательству, при которой гарант, являясь солидарным должником, все же не совпадает с должником по основному обязательству и не подменяет полностью его, строит свои отношения с кредитором по основному обязательству на основании отдельного соглашения, а также выражает в правоотношении по гарантии собственную волю, а не волю должника.

Право гаранта на выдвижение возражений не зависит от процессуального положения его самого или должника, а также от того, привлечен ли должник в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований, или же в качестве соответчика.

Ограничение права гаранта на выдвижение возражений против требований кредитора может вытекать только из условий договора гарантии, например, если условиями договора гарантии предусмотрено безусловное удовлетворение требований кредитора по первому же заявлению.

В обеспечение одного обязательства может быть принято не одна, а несколько гарантий. При этом каждая из гарантий будет самостоятельным обеспечением обязательства и у кредитора по основному обязательству будет выбор предъявить требование при неисполнении основного обязательства должником к какому-либо из гарантов, в какой-либо очередности, или ко всем сразу. Кредитор при этом вправе предъявить требования как к должнику, так и к каждому гаранту в отдельности в какой-то определенной очередности либо одновременно ко всем гарантам и должнику.

В качестве гаранта может выступать не одно, а несколько лиц. При этом имеет место множественность лиц на стороне гаранта, и все эти лица считаются давшими гарантию совместно. Лица, совместно давшие гарантию, отвечают перед кредитором, по общему правилу, солидарно. В то же время это правило диспозитивное, и договором гарантии может быть предусмотрен иной порядок исполнения обязательства по гарантии лицами, совместно давшими гарантию, например, может быть предусмотрена долевая ответственность между гарантами, субсидиарная ответственность одного из участников по отношению к другому гаранту и т. д. Но это никак не изменяет сущности гарантии - солидарного обязательства гаранта или нескольких гарантов по отношению к основному обязательству должника.

**Поручительство.** Поручительством является обязательство определенного лица, именуемого поручителем, перед кредитором другого лица отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично субсидиарно с основным должником. Поручительством, по общему правилу, обеспечивается исполнение должником денежного обязательства. Это вытекает из сущности ответственности поручителя: поручитель, если иное не предусмотрено договором, несет ответственность в пределах суммы, указанной в поручительстве. Но поручитель, как и гарант, вправе, если иное не вытекает из условий поручительства, законодательства, существа основного обязательства или обычаев делового оборота, или уплатить указанную в поручительстве денежную сумму, или исполнить обязательство должника в натуре, что также вытекает из общих правил об исполнении обязательства третьим лицом.

Как и гарантия, поручительство является правоотношением, устанавливаемым между кредитором по обеспечиваемому обязательству и лицом, не являющимся должником по основному обязательству. Поручитель так же, как и гарант, по отношению к основному обязательству всегда является третьим лицом. К обязательству по поручительству, как и при гарантии, хотя и производному от основного обязательства, основной должник непосредственного отношения не имеет и в правоотношении по поручительству не участвует. Отношения между поручителем и должником по основному обязательству, как и при гарантии, остаются вне правоотношений по поручительству и основному обязательству и не имеют для последних никакого значения.

Поручительство является субсидиарным обязательством по отношению к основному обеспечиваемому обязательству, и, соответственно, поручитель является субсидиарным должником. То есть поручитель отвечает за неисполнение основного обязательства только после неисполнения должником требований кредитора по этому обязательству. Кредитор вправе предъявлять требования к поручителю только после предъявления требований к основному должнику и неисполнении им этих требований.

На отношения поручительства распространяются все положения гражданского права о субсидиарном обязательстве, субсидиарном должнике и субсидиарной ответственности с некоторыми особенностями по пределам ответственности и порядку предъявления требований к поручителю как субсидиарному должнику. Эти особенности более подробно будут рассмотрены при рассмотрении пределов ответственности гаранта и поручителя.

Поручительство, имея много сходных черт с гарантией, все же является самостоятельным институтом и имеет ряд существенных отличий в правовом регулировании. Основными различиями между договорными институтами гарантии и поручительства являются:

характер ответственности - обязательство гаранта по исполнению основного обязательства является солидарным, а обязательство поручителя - субсидиарным (дополнительным) к обязательству основного должника;

объем ответственности - гарант отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник, включая уплату вознаграждения (интереса), судебные издержки по взысканию долга и убытков кредитора, вызванные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не установлено договором гарантии; поручитель несет перед кредитором ответственность в объеме недостающих у должника денежных средств, но, по общему правилу, в пределах суммы, указанной в поручительстве;

порядок предъявления требований - кредитор имеет право предъявления требований к должнику и гаранту об исполнении обязательства с момента наступления срока исполнения этого обязательства, а в силу солидарности исполнения обязательства гарантом и должником - кредитор может предъявлять требования к любому из них; до предъявления же требований к поручителю кредитор должен принять разумные меры к удовлетворению этого требования должником, в частности, путем зачета встречного требования и обращения взыскания в установленном порядке на имущество должника.

Как и гарант, поручитель обязан до удовлетворения требования кредитора предупредить об этом должника, а если к поручителю предъявлен иск - привлечь должника к участию в деле. Эти обязанности поручителя вытекают из общих положений гражданского права о субсидиарной ответственности субсидиарного должника. Последствия неисполнения этой обязанности поручителем аналогичны последствиям неисполнения таких же обязанностей гарантом: основной должник имеет право выдвинуть против регрессных требований поручителя возражения, которые он мог бы выдвинуть против кредитора.

**Требования, обеспечиваемые гарантией и поручительством*.*** Поручительство и гарантия, по общему правилу, обеспечивают лишь действительное требование, т. е. требование, основанное на действительном обязательстве, что подразумевает в первую очередь законность основания возникновения обеспечиваемого обязательства. Это правило во многом вытекает из того, что поручительство и гарантия являются, как способы обеспечения обязательства, дополнительными (акцессорными) по отношению к основному обеспечиваемому обязательству. Недействительность обеспечиваемого обязательства, по общему правилу, ведет к недействительности поручительства или гарантии и не влечет юридических последствий для поручителя или гаранта.

Одним из исключений из общего правила об обеспечении поручительством или гарантией только действительного требования является случай, когда поручитель или гарант принимают на себя обязательство отвечать за недееспособного должника, в то время как кредитор не знает о недееспособности последнего. В этом случае не имеет значения, из каких намерений исходили поручитель или гарант — из намерения совершить мнимую сделку или же из желания оказать помощь должнику. В любом случае такая сделка поручительства или гарантии будет действительной, если только кредитор не знал о недееспособности должника. Сделка не может быть признана недействительной и по заявлению заинтересованных лиц в связи с прямым закреплением в законодательстве ее действительности. Если кредитор знал, что поручительство или гарантия выдаются за недееспособного должника, при наличии спора договор поручительства или гарантии не могут быть признаны автоматически недействительными, и поручитель или гарант также не могут быть автоматически освобождены от ответственности. В этом случае поручительство или гарантия признаются недействительными, и ответственность поручителя или гаранта, а в некоторых ситуациях и кредитора (например, при наличии преступного умысла), должна определяться с учетом положений гражданского права о недействительности сделок.

Помимо вышеуказанного, допускается принятие гарантом или поручителем обязательства отвечать за должника вне зависимости от действительности обеспечиваемого обязательства в случаях, предусмотренных договором - так называемые “безусловные” гарантии или поручительства. “Безусловность” гарантии или поручительства должна быть прямо предусмотрена в договоре.

Под действительностью требования необходимо понимать, в связи c присущими поручительству и гарантии обеспечивающими функциями, вступление в силу основного обязательства. В связи с этим хотелось бы отметить, что договор гарантии, заключенный в обеспечение обязательства, которое возникнет в будущем, вступит в силу с момента вступления в силу основного обязательства (в случае реального договора - с момента передачи вещи, в случае консенсуального - с момента достижения соглашения сторонами по основному договору), если только иное не будет предусмотрено договором. В противном случае договор гарантии не вступит в силу и не породит никаких юридических обязательств.

В силу положений гражданского законодательства Республики Казахстан, исходящих из принципов сохранения материального права на иск и после истечения срока исковой давности, и с учетом правил о применении исковой давности судом только по заявлению стороны в споре, истечение срока исковой давности по обеспечиваемому обязательству не имеет исключительного значения для определения действительности требования, так как даже после истечения срока исковой давности до заявления заинтересованной стороной об истечении этого срока данное обязательство не может считаться погашенным.

**Основания возникновения гарантии и поручительства.** Основанием возникновения поручительства и гарантии является двухсторонний договор. Сторонами договора поручительства или договора гарантии являются кредитор по обеспечиваемому обязательству и поручитель или гарант, являющиеся третьими лицами по отношению к основному обязательству. При этом в качестве каждой из сторон могут одновременно участвовать несколько лиц. Отношения между поручителем или гарантом и должником по основному обязательству, на котором основывается поручительство или гарантия, остаются за пределами условий договора поручительства или договора гарантии.

Договор поручительства и договор гарантии являются односторонне обязывающими (не путать с односторонней сделкой), так как по ним возникают обязанности только у одной стороны - поручителя или гаранта, кредитор же наделяется только правами и не имеет никаких обязанностей.

Договор поручительства и договор гарантии являются консенсуальными. Права и обязанности возникают с момента достижения соглашения между сторонами договора и оформления его в требуемой форме, и, в силу общих норм об исполнении обязательства и договора, договоры поручительства или гарантии не могут быть расторгнуты или изменены в одностороннем порядке, за исключением случаев, предусмотренных законодательством или договором. Поручитель или гарант так же не вправе отозвать данное поручительство или гарантию, если в условиях договора поручительства или гарантии не предусмотрены возможности его одностороннего изменения или расторжения.

Из сущности договора поручительства или договора гарантии, как односторонне обязывающих договоров и как соглашений кредитора и поручителя или гаранта, вытекает их безвозмездность. Хотя, исходя из гражданско-правового принципа свободы договора, по соглашению сторон в договоре поручительства или договоре гарантии может быть предусмотрена возмездность. Безвозмездность поручительства или гарантии никак не затрагивает взаимоотношений между поручителем или гарантом и должником по основному обязательству, остающиеся вне действия договора гарантии или договора поручительства и которые могут строиться на возмездной основе. В частности, за выдачу банком поручительства или гарантии за своего клиента может быть предусмотрена определенная плата.

Примером применения гарантии, закрепленной в законодательстве, являются государственные гарантии Республики Казахстан, порядок применения, условия выдачи, требования к форме и содержанию, порядок исполнения которых закреплены в [Законе](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013932) Республики Казахстан от 2 августа 1999 г. “О государственном и гарантированном государством заимствовании и долге”.

**Форма соглашения о гарантии и поручительстве*.*** Договоры поручительства и гарантии должны быть заключены в письменной форме. Несоблюдение простой письменной формы влечет последствия в виде недействительности этих договоров в силу прямого указания такого последствия в законодательстве.

К совершению в требуемой письменной форме приравнивается направление письменной оферты поручителем или гарантом кредитору должника и отсутствие отказа кредитора на принятие гарантии в течение нормально необходимого времени. При этом “молчание” кредитора в течение нормально необходимого для ответа времени приравнивается к его согласию.

**Пределы ответственности гаранта и поручителя*.*** По общему правилу, гарант отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник, включая ответственность должника по возмещению убытков, причиненных кредитору неисполнением или ненадлежащим исполнением основного обязательства. В то же время условиями договора поручения может быть предусмотрен иной порядок определения предела и размера ответственности гаранта. И поэтому пределы ответственности гаранта во многом зависят от условий договора гарантии.

В частности, договором гарантии может быть установлено не полное, а частичное обеспечение основного обязательства и, соответственно, обязательство гаранта по исполнению должником основного обязательства и возмещения убытков может быть этим ограничено. Например, если гарант обязался отвечать перед кредитором в части, равной половине обязательств должника перед кредитором, то при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обязательств перед кредитором ответственность гаранта будет ограничиваться половиной суммы всех обязательств должника перед кредитором.

Договором гарантии также может быть предусмотрен иной порядок ответственности гаранта по возмещению должником убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением основного обязательства, путем ограничения ответственности гаранта по возмещению убытков условиями договора гарантии. Например, условиями договора гарантии может быть предусмотрено, что гарант не несет ответственности по возмещению должником убытков, причиненных кредитору неисполнением или ненадлежащим исполнением основного обязательства, или что гарант не несет ответственности за уплату неустойки, предусмотренной основным обязательством, за возмещение судебных расходов и т. п. В случае же, если условиями договора гарантии такие ограничения ответственности гаранта не предусмотрены, то действует общее правило о равных пределах ответственности гаранта и должника по возмещению убытков и иных расходов кредитора.

Поручитель, в отличие от гаранта, несет, по общему правилу, ограниченную ответственность перед кредитором в пределах, указанных в договоре поручительства. Условиями же договора поручительства может быть предусмотрен иной предел ответственности поручителя. Например, поручительством может быть предусмотрена ответственность поручителя: сверх суммы поручительства; по возмещению убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником основного обязательства; по возмещению судебных и иных расходов кредитора и т. п. В случае же отсутствия в условиях договора поручительства положений об ответственности поручителя свыше суммы, указанной в поручительстве, будет действовать общее правило об ограниченной ответственности поручителя.

**Последствия исполнения гарантии и поручительства.** По общему правилу, при исполнении гарантом обязательства к нему переходят права кредитора по этому обязательству в том объеме, в котором гарант удовлетворил требования кредитора. Объем прав гаранта, как нового кредитора, вытекает из правил о переходе прав к новому кредитору, в соответствии с которыми к новому кредитору переходит право первоначального кредитора в том объеме и на тех условиях, которые существовали на момент перехода прав - исполнения обязательства за должника гарантом, если только иное не предусмотрено законодательными актами или договором. В соответствии с этим же к гаранту, исполнившему обязательство, переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства, в т. ч. и права первоначального кредитора по залогу, если залогом также обеспечивалось основное обязательство, в объеме исполненного обязательства и с учетом особенностей, предусмотренных для уступки прав по договору о залоге.

Помимо требований гаранта к должнику в качестве нового кредитора, гарант, по общему правилу, имеет право на полное возмещение причиненных ему убытков, понесенных им в связи с ответственностью за должника, в т. ч. и возмещения убытков, связанных с отвлечением денежных средств для исполнения основного обязательства, в соответствии со [ст. 353 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3530000) и т. д.

Кредитор при исполнении основного обязательства гарантом обязан вручить последнему документы, удостоверяющие требования к должнику (например, вексель, если заем оформлялся им, и т. п.), и передать права, обеспечивающие это требование, если такие имеются (например, если основное обязательство обеспечивалось также залогом - уступку прав по договору залога, передачу ипотечного свидетельства и т. п.). В случае неисполнения кредитором правил настоящей статьи гарант имеет возможность обращения в суд для принуждения кредитора к исполнению этой обязанности.

Практически нет различия в правах гаранта и поручителя, исполнивших обязательство. Поручитель приобретает те же права, что и гарант, в части, в которой он исполнил обязательство должника перед кредитором.

На регрессные требования гаранта или поручителя, возникшие в связи с исполнением обеспечиваемого обязательства, распространяется общий срок исковой давности, который начинает течь с момента исполнения поручительства или гарантии.

В целях исключения двойного (повторного) исполнения кредитору со стороны поручителя после удовлетворения основного обязательства должником на должника возлагается обязанность о немедленном извещении поручителя или гаранта об исполненном. Извещение должником поручителя или гаранта имеет значение для распределения рисков возмещения поручителю или гаранту убытков, причиненных двойным исполнением. Как правило, должник несет повышенный риск ответственности за двойное исполнение поручителем или гарантом основного обязательства до получения извещения об исполнении его должником. Это проявляется в праве поручителя или гаранта в этом случае по своему выбору либо взыскать с кредитора неосновательно полученное, либо предъявить регрессное требование к должнику. Только случай двойного (повторного) исполнения кредитору поручителем или гарантом после получения извещения должника об исполнении обязательства лишает права поручителя или гаранта на предъявление регрессного требования к должнику. В этом случае поручитель или гарант вправе только взыскать с кредитора неосновательно полученное.

В случае, если поручитель или гарант после двойного (повторного) исполнения до получения извещения должника в регрессном порядке взыщут исполненное с последнего, должник вправе взыскать в свою очередь с кредитора неосновательно полученное.

Кредитор не вправе принимать двойное (повторное) исполнение обязательства. В противном случае он несет ответственность за неосновательное обогащение. В случае же получения кредитором двойного (повторного) исполнения обязательства он обязан предпринять все необходимые меры по возврату неосновательно полученного имущества лицу, за счет которого оно приобретено кредитором.

**Прекращение гарантии и поручительства*.*** Гарантия и поручительство являются дополнительным (акцессорным) обязательством к основному обязательству, и они прекращаются с прекращением обеспеченного ими обязательства, при этом не имеет значения, по какому основанию прекратилось обеспеченное поручительством или гарантией обязательство: в силу его надлежащего исполнения, зачета и т. д.

Гарантия и поручительство также автоматически прекращаются в случае изменения условий основного обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для гаранта или поручителя, например, увеличение процентной ставки по кредиту по дополнительному соглашению между кредитором и должником влечет прекращение поручительства, обеспечивающего возврат кредита должником. Гарантия или поручительство могут продолжить свое действие только в случае, если гарант или поручитель дали согласие на изменение условий основного обязательства, влекущие увеличение ответственности гаранта или поручителя, т. е. дали согласие на повышенную ответственность или увеличение иных неблагоприятных последствий для себя.

Дополнительный характер гарантии и поручительства проявляется и в том, что они следуют судьбе основного обязательства при уступке требования. Однако, при переводе долга гарантия или поручительство прекращаются, если только гарант или поручитель не выразили согласия отвечать за нового должника. Сущность данного правила заключается в том, что для обязательства по гарантии или поручительству свойственен лично доверительный характер отношений между гарантом или поручителем и должником, и для гаранта или поручителя имеет существенное значение личность должника - гарант или поручитель берут на себя обязательства отвечать наравне или дополнительно с определенным лицом, а не просто за определенное обязательство.

Гарантия или поручительство прекращаются также в случае, если по наступлении срока исполнения обеспеченного ими обязательства кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или гарантом и поручителем, что вытекает из общих правил об ответственности кредитора за просрочку. Просрочка кредитора не прекращает основного обязательства и обязательства должника по надлежащему его исполнению. Но отказ кредитора принять надлежащее исполнение, предложенное должником или гарантом и поручителем, прекращает гарантию или поручительство, и это является своеобразной санкцией для кредитора, допустившего просрочку. Смысл данного правила также заключается в том, что гарантия или поручительство прекращаются в этом случае вне зависимости от срока, на который они даны. Либо даже, если срок в них не установлен.

Гарантия или поручительство прекращаются по истечении срока, на который они даны, указанного в договоре гарантии или поручительства. Данное положение имеет большое практическое значение, так как в силу этого положения срок гарантии или поручительства в случае, если дата окончания гарантии или поручительства прямо предусмотрена в тексте, может быть больше срока действия основного обязательства. Например, по поручительству этот срок может быть увеличен на время, нормально необходимое для принятия кредитором разумных мер к удовлетворению требований должником по основному обязательству, в частности, путем зачета встречного требования и обращения взыскания в установленном порядке на имущество должника. В связи с этим хотелось бы отметить, что срок для предъявления кредитором требований об исполнении гарантии определяется периодом времени от момента, предусмотренного основным договором срока исполнения обязательства должником, до истечения срока, на которое дана гарантия, а по поручительству - периодом времени с момента принятия кредитором необходимых мер по удовлетворению требований должником и невозможностью полного удовлетворения им этих требований и до окончания срока, на который дано поручительство. В случае же предъявления кредитором в установленном порядке в этот период времени требований об исполнении обязательств по гарантии или поручительству и неисполнении впоследствии этих требований гарантом или поручителем, кредитор на общих основаниях имеет право на судебную защиту, и в этом случае применяется общий трехгодичный срок исковой давности.

Исполнение требований по гарантии или поручительству, как обязательства, срок исполнения которого определяется моментом востребования, должно быть произведено, по общему правилу, в семидневный срок, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из законодательства, условий гарантии или поручительства, обычаев делового оборота или существа основного обязательства.

Если предельный срок гарантии или поручительства не установлен, то они прекращаются, если кредитор в течение одного года со дня наступления срока исполнения обеспеченного гарантией или поручительством обязательства не предъявит иска к гаранту или поручителю.

Если же срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или же определен договором моментом востребования, гарантия или поручительство, по общему правилу, прекращаются, если кредитор не предъявит иска к гаранту или поручителю в течении двух лет со дня заключения договора гарантии или поручительства. В соответствии с законодательными актами могут быть установлены иные случаи прекращения бессрочной гарантии или поручительства. Истечение сроков, установленных данными правилами, не только влечет прекращение права на судебную защиту, но одновременно прекращает гарантию или поручительство. Следовательно, указанные сроки являются пресекательными, и правила восстановления сроков исковой давности к ним применены быть не могут.

§ 5. Залог

**Понятие залога*.*** Большое значение в имущественном обороте имеет кредит. Обеспечение исполнения кредитного обязательства принципом ответственности должника за нарушение обязательства всем своим имуществом не всегда может удовлетворить кредитора, так как всегда существует опасность, что к моменту обращения взыскания стоимость имущества должника будет меньше размера требований кредитора либо на имущество должника могут быть одновременно предъявлены требования других кредиторов этого должника. Все это стало предпосылкой к тому, что в определенный момент развития общества и права изначально сформировался особый вид мер обеспечительного характера, получивший название залога, который основывался не на вере в личность определенного лица (должника, поручителя), а на вере в стоимость определенной вещи должника и в исключительной возможности удовлетворения своих требований из нее. С течением времени стало допускаться предоставление в залог имущества не только должника, но и третьего лица, получившего название вещного поручителя (по аналогии с поручителем), а возможность удовлетворения тре-бований кредитора распространилась и на иное, чем вещи, имущество - так называемые “бестелесные вещи”, имущественные права.

Залогом (залоговым правом) признается исключительное право кредитора на удовлетворение своих требований по обязательству за счет ценности определенной вещи либо иного имущества должника или вещного поручителя*.*

**Источники правового регулирования залога*.*** Институт залога является традиционным для гражданского законодательства Республики Казахстан, в котором имеется целый ряд законодательных актов, прямо или опосредованно регулирующих залоговые правоотношения. Необходимость применения того или иного нормативного акта продиктована или видом имущества (например, движимое или недвижимое), его оборотоспособностью (например, недра и полезные ископаемые, ограниченные в имущественном обороте), или особенностями правового статуса субъекта залоговых правоотношений (например, государственное предприятие, имеющее специальную правоспособность), или вопросами применимого права (например, при внешнеэкономической сделке о залоге).

Основными нормативными актами, регулирующими залоговые правоотношения, являются ГК, в частности, § 3 гл. 18 ГК, и Указ об ипотеке недвижимого имущества.

Помимо этого, в связи с необходимостью регистрации сделок с недвижимым имуществом, регистрация ипотеки недвижимого имущества и залога имущественных прав на недвижимость (например, залог арендных прав, залог прав доверительного управляющего и т. д.) подпадает под регулирование Указа о государственной регистрации прав на недвижимое имущество.

Отдельные стороны регистрация залога движимого имущества регламентированы специальным законодательным актом - [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009785) Республики Казахстан от 30 июня 1998 г. “О регистрации залога движимого имущества”.

Особенности залога земельных участков и прав землепользования (например, кто может являться залогодателем земельного участка, имущественного права аренды земельным участком и т. д.) вытекает из законодательства о земле, в частности, [Указа о земле](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004064).

Особенности залога прав на недра, а также залога полезных ископаемых предусматриваются законодательством о недрах и недропользовании, в частности, Указами о недрах и о нефти.

Особенности залога ценных бумаг регулируется законодательством о ценных бумагах, в частности, [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007306) от 5 марта 1997 г. о рынке ценных бумагах, [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007308) от 5 марта 1997 г. о регистрации сделок с ценными бумагами в Республике Казахстан, а также [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1039594) Республики Казахстан от 10 июля 1998 г. об акционерных обществах. Особенности залога векселей предусматривается [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007696) Республики Казахстан от 28 апреля 1997 г. “О вексельном обращении в Республике Казахстан”.

Особенности правового регулирования залога валютных ценностей предусмотрены [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006746) Республики Казахстан от 24 декабря 1996 г. “О валютном регулировании”, а также [Правилами](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1023792#sub_id=100) проведения валютных операций в Республике Казахстан, утвержденными постановлением правления Национального банка Республики Казахстан от 23 мая 1997 г. № 206 (зарегистрирован Министерством юстиции 24 июня 1997 г. за № 327), а также иными нормативными правовыми актами, регулирующими валютные операции.

Коллизионные нормы о применимом праве по внешнеэкономическому договору о залоге регулируются разделом VII ГК.

Имеется ряд нормативных актов, регулирующих залог отдельных видов имущества, в частности, это Положение о передаче права недропользования в залог (утверждено Постановлением Правительства Республики Казахстан от 25 мая 1998 г.), разработанное в связи с требованиями [ст. 15 Указа о недрах](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004071#sub_id=150000).

Соотношение ГК и Указа об ипотеке заключается в приоритете последнего при регулировании отношений по ипотеке недвижимого имущества и применения норм ГК к ипотеке недвижимости только в случаях, когда Указом об ипотеке не установлены иные правила.

**Акцессорный характер залога**. Залог существует не сам по себе, а для обеспечения удовлетворения требований кредитора по основному обязательству. Поэтому залог обладает дополнительным и зависимым, акцессорным характером, и он не может возникнуть раньше обеспечиваемого обязательства и прекращается с его прекращением (исполнением, признанием недействительным).

Кредитор по обязательству, обеспеченному залогом, имеет два требования: одно требование к должнику по обеспечиваемому обязательству, другое - к залогодателю имущества, являющегося предметом залога. Если вырученного от продажи заложенного имущества недостаточно для полного удовлетворения, то кредитор вправе требовать, по общему правилу, исполнения в части, не покрытой стоимостью заложенного имущества, от должника, в т. ч. и за счет обращения взыскания на общих основаниях на все имущество последнего.

**Объект залога.** Объектом залога (залогового права) называется тот предмет, на который может быть обращено взыскание при неоплате долга, обусловленного залоговым отношением*.* Иначе и точнее объект залога можно назвать предметом залоговой ответственности, так как этим предметом и в пределах его стоимости несет ответственность залогодатель по принятому на себя обязательству, вытекающему из залогового правоотношения. В законодательстве и в теории права объект залогового права обычно называется просто предметом залога.

Объектом (предметом) залога может выступать любое имущество, обладающее определенной стоимостью, ценностью, непосредственно служащей для обеспечения интересов кредитора при неисполнении основного обязательства*.* Следовательно, в качестве имущества, как объекта залогового права, могут выступать вещи, деньги, включая иностранную валюту, ценные бумаги, работы, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации, имущественные права и все иное, отнесенное к понятию “имущество”. При этом необходимо иметь в виду, что имуществом признается не только какой-то отдельный предмет материального вида или какой-то отдельный вид ценности. Под понятием имущества необходимо понимать объект какого-то субъективного права, в то же время этот объект может объединять различные разновидности имущества, например, вещи и имущественные права, и вся совокупность их также будет являться имуществом - объектом конкретного субъективного права.

Необходимость реализации предмета залога для получения его стоимости, за счет которой происходит удовлетворение требований кредитора, обусловливает возможность отчуждения имущества, предоставляемого в залог. Поэтому в качестве предмета залога должно выступать такое имущество, которое, помимо своей естественной ценности, может быть реализовано в случае обращения на него взыскания залогодержателем. Единственным исключением из этого правила являются деньги, при залоге которых нет необходимости в их реализации, и обращение взыскания на них происходит за счет их нарицательной стоимости. Исключение для денег вытекает из их природы как особого вида имущества - знаковой вещи, ценность которой определяется социальной функцией, и вытекающего из обладания этой вещью права требования.

Необходимость реализации предмета залога предопределяет использование в качестве объекта залогового права оборотоспособное имущество. Невозможность отчуждения исключает из перечня имущества, могущего служить в качестве объекта залога, имущество, изъятое из гражданского оборота, а также имущество, на которое невозможно наложить взыскание по требованию залогодержателя. Поэтому, помимо изъятых из оборота вещей, не могут быть предметом залога вещи гражданина, на которые не допускается обращение взыскания в соответствии с законодательными актами (например[, ст. ст. 39](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009800#sub_id=390000), [62](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009800#sub_id=620000) Закона РК от 30 июня 1998 г. “Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей”).

Ограниченно оборотоспособное имущество может служить предметом залога с учетом особенностей правового регулирования их имущественного оборота, в частности, с учетом требований к приобретателю такого имущества при обращении взыскания на предмет залога либо к процедуре его реализации через специализированные торговые организации.

Законодательство о залоге и о предмете залога содержит оговорку о возможности запрета или ограничения законодательным актом залога отдельных видов имущества. Данная оговорка дает возможность запретить в законодательном акте залог практически любого имущества, поскольку не устанавливается критерия, на основании которого имущество может быть запрещено или ограничено в использовании в качестве предмета залога. Подобный запрет или ограничение могут быть установлены только законодательным актом.

Как правило, в качестве объекта залога выступают вещи — как движимые, так и недвижимые, как потребляемые, так и непотребляемые. В залог предоставляется вся неделимая вещь. Части делимой вещи могут выступать в качестве самостоятельного объекта залогового права.

Объектом залога могут выступать вещи, находящиеся в общей собственности. Для предоставления в залог такого имущества необходимо согласие всех собственников общего имущества. В то же время каждый сособственник вправе предоставлять в залог принадлежащую ему долю в общей собственности. При этом участник общей долевой собственности, у которого находится во владении и пользовании часть общего имущества, соразмерная его доле, вправе самостоятельно предоставлять в залог эту часть общей собственности, так как он вправе выделить ее, либо предоставлять в залог право владения и пользования этой частью общей собственности. Участник общей совместной собственности вправе предоставлять только “идеальную” часть общего имущества - право в общей совместной собственности.

Не относятся к имуществу и не могут быть предметом залога личные неимущественные блага и права: жизнь, здоровье, достоинство личности, честь, доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, право на имя, право на авторство, право на неприкосновенность произведения и другие нематериальные права.

**Стороны залоговых отношений.** В залоговых отношениях участвуют, по крайней мере, два лица - залогодержатель и залогодатель.

В качестве залогодержателя всегда выступает кредитор по основному обеспечиваемому обязательству*.* Перемена кредитора по основному обязательству всегда влечет переход прав залогодержателя к новому кредитору, если только иное не оговорено при переводе прав между первоначальным и новым кредитором или если иное прямо не установлено законодательными актами.

Залогодателем может быть как должник по основному обеспечиваемому обязательству, так и третье лицо, выступающее в качестве вещного поручителя*.* Одно из главных требований к фигуре залогодателя — это то, чтобы он являлся собственником заложенной вещи или обладал иным вещным правом на вещь, позволяющим этому лицу распоряжаться этой вещью путем предоставления ее в залог, либо, при залоге имущественного права (например, относящегося к интеллектуальной собственности либо вытекающего из обязательственных отношений по передаче товара, выполнению работ, оказанию услуг и т. п.), был обладателем этого имущественного права.

Как общее правило, залогодателем вещи должен быть ее собственник, залогодателем имущественного права - его правообладатель, что устраняет залог чужого имущества. Случаи, когда собственник либо правообладатель предоставляет право третьему лицу предоставлять в залог свое имущество, будь то вещь или иное имущество, в частности, путем выдачи доверенности на управление своим имуществом, в т. ч. и с правом предоставления его в залог, несомненно, порождают представительские отношения, при которых залогодателем все равно является собственник или правообладатель предмета залога.

Залог имущества, относящегося к основным фондам государственного предприятия, возможен лишь с согласия государства как собственника в виде согласия уполномоченного государственного органа.

**Основания возникновения залога.** По общему правилу, основанием возникновения залога является договор. Особым случаем возникновения залога со специфичным правовым регулированием является его возникновение с наступлением события или иного юридического факта, с которыми на основании законодательного акта связано возникновение залогового права кредитора. Специфика правового регулирования залога, возникающего в силу законодательного акта, проявляется в двух аспектах.

Во-первых, для возникновения залога на основании законодательного акта необходимо, чтобы в нем предусматривалось, помимо события, с наступлением которого в законодательном акте связывается возникновение права залога, также и какое имущество и для обеспечения какого обязательства оно признается находящимся в залоге.

Во-вторых, положения о залоге, возникающем на основании договора, применяются к залогу, возникающему на основании законодательного акта, в случаях, если законодательным актом не установлено иное. То есть законодательным актом могут быть предусмотрены любые иные правила и по любым вопросам, отличающиеся от правового регулирования залога, установленного Гражданским кодексом или Указом об ипотеке недвижимого имущества.

Примером возникновения залога на основании законодательного акта является, например, изъятие для государственных нужд, реквизиция или национализация предмета залога, когда залогодателю предоставляется взамен другое имущество. В этом случае на предоставленное взамен имущество возникает право залога в соответствии со [ст. 324 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3240000).

**Договор о залоге.** Существенными условиями, которые необходимы для содержания договора о залоге, являются, по общим правилам, условия о предмете залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обеспечиваемого залогом обязательства, а также указание на то, у какой из сторон находится заложенное имущество и допустимость его использования в период действия договора о залоге (ст. 307 ГК).

Условия о предмете должны содержать необходимую информацию для идентификации конкретного имущества как предмета залога. Так, при использовании в качестве предмета залога индивидуально-определенной вещи необходимо при указании предмета залога отражение всех индивидуально-определенных признаков, которые бы позволили определить, какая конкретная вещь находится в залоге. При залоге вещи, определяемой родовыми признаками - указание родовых признаков, а также необходимых сведений о местонахождения заложенного имущества или иных сведений, позволяющих определить конкретное имущество как предмет залога, например, при залоге зерна - указание сорта, классности, адрес хранилища зерна и реквизиты, существенные условия договора хранения зерна хранилищем. При залоге имущественного права - указание на обязанное лицо, необходимые сведения об основаниях возникновения имущественного права, в частности, реквизиты, существенные условия договора или иные достаточные сведения о юридическом факте - основании возникновения заложенного имущественного права.

Необходимо отметить, что оценка предмета залога является лишь предположением о его реальной стоимости, которая к тому же с течением времени может колебаться (уменьшаться или увеличиваться под воздействием конкретных причин). Поэтому при обращении взыскания на предмет залога стороны не связаны первоначальной оценкой, так как реальная стоимость складывается из стоимости аналогичных видов имущества в момент обращения взыскания на него. Поэтому любая из сторон может оспоривать действительную стоимость предмета залога при обращении на него взыскания.

Особенности правового регулирования залога недвижимости обусловили отказ от оценки недвижимости, предоставляемой в залог, как существенного условия для договора о залоге (договор ипотеки) недвижимости, хотя по соглашению сторон в договоре о залоге недвижимости возможно предусмотреть условие об оценке как существенное. Законодательство об ипотеке недвижимости исходит из того, что недвижимость, как правило, всегда имеет стоимость и определенную ценность, поэтому для договора о залоге недвижимости условия об оценке, по общему правилу, не требуется.

Условие договора о залоге, указывающее на то, у какой из сторон находится заложенное имущество, необходимо для определения вида залога - ипотеки, заклада, залога имущественного права. Определение вида залога имеет существенное значение, так как у различных видов залога имеются особенности по пределам прав залогодержателя, обязанностям сторон по содержанию заложенного имущества, а также по определению пределов ответственности и рисков сторон на случай гибели, утери или повреждения заложенного имущества.

Условие о допустимости пользования заложенным имуществом в период действия договора о залоге не относится безусловно к существенным, так как в законодательстве имеются восполняющие нормы, регулирующие допустимость использования предмета залога для ипотеки и заклада. В то же время для залога имущественного права, а также в случаях, когда из условий договора невозможно точно определить, заклад это или ипотека, условие о допустимости использования заложенного имущества в период действия залога будет относиться к существенным условиям договора о залоге, и на основании этого условия будут определяться пределы распространения права залога на доходы и иные приращения от использования заложенного имущества, ответственность сторон за гибель, утрату или повреждение заложенного имущества, а также иные права и обязанности сторон.

**Форма соглашения о залоге*.*** Договор о залоге должен быть за-ключен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы договора о залоге влечет его недействительность.

В настоящее время, как правило, не требуется нотариального удостоверения договора о залоге. Но стороны договора о залоге по соглашению могут избрать не простую письменную, а нотариальную форму договора о залоге, что зачастую применяется в оформлении залога с участием граждан. При соглашении сторон об избрании нотариальной формы договора о залоге ее несоблюдение также влечет недействительность договора.

**Регистрация залога*.*** По общим правилам, залог имущества, подлежащего государственной регистрации, должен быть зарегистрирован в органе, осуществляющем регистрацию такого имущества. В частности, законодательством предусмотрена регистрация недвижимого имущества, залог которого также подлежит регистрации в органах, осуществляющих регистрацию недвижимого имущества и сделок с ним. Правовое значение регистрации залога недвижимости имеет существенное значение для его действительности. Несоблюдение требований по регистрации залога (ипотеки) недвижимого имущества влечет недействительность договора о залоге, что прямо вытекает из закрепленного в законодательстве такого последствия.

Как правило, движимое имущество, за редким исключением, не подлежит обязательной государственной регистрации. Исключение из этого правила составляют движимое имущество, приравненное к недвижимости (космические объекты, воздушные и морские суда, суда внутреннего водного плавания, суда плавания “река-море”) и некоторые иные движимые вещи, как правило, ограниченно оборотоспособные или относящиеся к объектам повышенной опасности. Правовое значение нарушения требований по регистрации залога движимого имущества, подлежащего обязательной государственной регистрации, менее сурово и влияет на приоритетность прав предыдущих и последующих залогодержателей, на приоритетность прав залогодержателей перед правами третьих лиц, имеющих притязания на предмет залога, если только в законодательстве о регистрации отдельных видов движимого имущества не предусмотрено такое последствие, как недействительность договора о залоге при нарушении требований о регистрации.

С принятием [Закона](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009785) Республики Казахстан от 30 июня 1998 г. о регистрации залога движимого имущества создан механизм регистрации по соглашению сторон залога движимого имущества, не подлежащего обязательной регистрации. Правовое значение такой регистрации заключается в публичности, доступности для третьих лиц информации о залоге движимого имущества определенного лица, в т. ч. и для решения вопросов о возможности принятия в залог имущества такого лица, в определении приоритетности прав предыдущих и последующих залогодержателей, прав залогодержателей и иных лиц, имеющих законные права по обращению взыскания на имущество, находящееся в залоге, в частности, по требованиям платежей в бюджет, судебным решениям и т. д. Регистрация такого залога движимого имущества может играть доказательственную функцию при разрешении спора о коллизии прав, так как взыскатель может и не знать о залоге этого имущества и действовать добросовестно при обращении взыскания без учета интересов и прав залогодержателя. При регистрации же залога движимого имущества недобросовестность взыскателя, безусловно, презумируется, так как он должен был знать о залоге, информацию о котором он мог получить из публичного реестра залогов движимого имущества, не подлежащего обязательной государственной регистрации.

Если стороны пришли к соглашению о регистрации залога такого движимого имущества, то условие о регистрации становится существенным условием договора. Несовершение регистрации в этом случае приведет к недействительности договора о залоге, но не по основаниям нарушения требований по регистрации, а по основаниям нарушения существенных условий договора.

Указанный закон также предусматривает обязательную регистрацию договора о залоге движимого имущества, содержащего условия о запрете на перезалог этого имущества. Нарушение правила о регистрации договора о залоге, содержащем условия о запрете перезалога, влечет недействительность условия о запрете, но не влияет в целом на действительность договора о залоге.

**Субъективное право залога.** Центральное место в залоговых правоотношениях занимает право залога. ”Право залога”, по нашему мнению, включает в себя совокупность имущественных прав залогодержателя, предоставляемых ему для того, чтобы обеспечить сохранение предмета залога. Кроме того, в состав права залога входит право залогодержателя обратить взыскание на заложенное имущество при неисполнении должником обеспеченного залогом обязательства. В случае, если договором о залоге залогодержателю предоставлено право самостоятельно реализовать находящееся в залоге имущество, право залога также включает в себя право ограниченного распоряжения имуществом - право реализации заложенного имущества при неисполнении должником требований кредитора по обеспечиваемому основному обязательству.

При использовании в качестве предмета залога имущества, подлежащего регистрации, по общему правилу, право залога возникает с момента регистрации договора о залоге такого имущества, при закладе - с момента передачи имущества залогодержателю, при ипотеке и иных видах залога, при котором залоговое имущество не передается залогодержателю, - с момента заключения договора о залоге. Иной порядок возникновения права залога может быть предусмотрен договором о залоге, например, стороны могут договориться о распространении права залога на имущество, подлежащее передаче залогодержателю, с момента заключения договора. В то же время, в силу императивности общих правил, не могут быть по-иному решены в договоре некоторые вопросы, связанные с возникновением залога с момента регистрации сделки о залоге, в частности, если существуют общие императивные правила об обязательной государственной регистрации отдельных видов имущества или сделок с ним, то право залога может возникнуть только с момента регистрации договора.

При применении правил о возникновении права залога следует иметь в виду, что залогом может обеспечиваться лишь действительное требование. Поэтому, если обеспечиваемое залогом обязательство должника (требование кредитора) еще не возникло, право залога также не может возникнуть, несмотря на заключение договора о залоге и даже регистрацию залога или на передачу предмета залога залогодержателю. До возникновения и действительности обеспечиваемого требования кредитора договор о залоге будет носить характер предварительного договора со всеми вытекающими из этого последствиями1.

Существует и другое обстоятельство, ограничивающее применение правил возникновения права залога - отсутствие в натуре предмета залога или отсутствие права собственности (хозяйственного ведения) у залогодателя на предмет залога к тому моменту, с которым, по общему правилу, связывается возникновение права залога. Такое положение возможно, когда договором о залоге право залога распространяется на имущество, которое поступит в собственность или хозяйственное ведение в будущем. Право залога до появления в натуре предмета залога или поступления его в собственность или хозяйственное ведение залогодателя не может возникнуть даже в случае заключения сторонами договора о залоге. Договору о залоге будут присущи признаки предварительного договора. Так, например, при получении потребительского кредита на строительство дома и распространении сторонами права залога на строящийся на средства кредита дом, право залога возникнет только с момента окончания строительства, регистрации дома в качестве объекта недвижимости и регистрации ипотеки недвижимого имущества. Наиболее удобный вид залога для указанного случая - залог товаров в обороте (точнее - залог товаров в переработке) с распространением права залога на стройматериалы, которые будут приобретены в будущем. С момента заключения кредита сторонами распространяется право залога на стройматериалы, которые будут приобретены на заемные средства, с момента их приобретения возникает право залога на товары в переработке, так как стройматериалы будут использоваться на строительство дома, а с момента постройки и регистрации дома как недвижимого имущества (переработки стройматериалов) - право залога распространится и на дом.

Право залога на товары в обороте включает, по нашему мнению, право залогодержателя проверять как по книге записи залогов, так и фактически наличие, размер, состояние и условия хранения заложенного имущества, а также соблюдение залогодателем условий по замене предметов залога и обязанностей по сохранению общей стоимости предметов залога в соответствии с условиями, предусмотренными в договоре о залоге товаров в обороте. В состав права залога, при залоге товаров в обороте, входит также и право залогодержателя по приостановлению операций с товарами в обороте путем наложения на них своих знаков и печатей (превращение залога товаров в обороте в “твердый залог”) в случае нарушения залогодателем залога товаров в обороте, а также приостановление операций с товарами в обороте и обращение взыскания по общим правилам на заложенное имущество в случае неисполнения должником обеспеченного залогом обязательства.

Право залога на товары в обороте возникает на предметы залога в момент заключения договора, а в случае замены в установленном порядке предметов залога - с момента возникновения у залогодателя права собственности или хозяйственного ведения на предметы замены.

Утрата или полное повреждение предмета залога влечет прекращение права залога, так как не может быть залога на несуществующую вещь, и никак не влияет на действительность основного обязательства. Аналогичные правила существуют и в отношении имущественного права - прекращение действия имущественного права, например, с истечением срока его действия, влечет прекращение залога, так как не может быть залога и на прекратившее действие имущественное право.

В случае, если заложенное имущество было застраховано, происходит замена права залога на другое право - залогодержатель имеет право в этом случае получить удовлетворение из страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законодательными актами.

Имеются особенности возникновения права залога и при залоге денежных средств: обязательное их размещение в банке в соответствии [с п. 4 ст. 301 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3010400). Данная норма сформулирована императивно и является обязательным предписанием законодательства, не предусматривающим иного порядка даже по соглашению сторон. Договор залога денежных средств вступает в силу и у залогодержателя возникает право залога только с момента размещения денег в банке - внесения денежных средств, как правило, на специальный депозитный счет в банке. В случае же невнесения денег в банк предварительные соглашения сторон по обеспечению обязательства залогом денежных средств не влекут юридических последствий для возникновения права залога. Сторона по заключенному договору залога денежных средств может требовать от другой размещения денежных средств в банке, а также предъявлять требования по возмещению убытков, возникших в связи с неисполнением обязанностей по заключенному договору залога, но в любом случае право залога у залогодержателя до размещения денег в банке не возникает. В то же время необходимо отметить, что [п. 5 ст. 303 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3030500) содержит норму, противоречащую п. 4 ст. 301 ГК, а именно: в соответствии с п. 5 ст. 303 ГК деньги, являющиеся предметом залога, размещаются в банке, если иное не установлено договором о залоге.

На практике часто используется оставление в обеспечение исполнения какого-либо обязательства (как правило, о возврате вещи) денежных средств в наличной форме, иного ценного имущества или личных документов, не представляющих собой никакой ценности, кроме как источника информации о должнике или как необходимых для должника. Это позволяет быть уверенным, что обязательство будет должником выполнено. Данный способ обеспечения не является залогом, а более близок к удержанию имущества.

**Коллизия прав залогодержателя и иных лиц на предмет залога*.*** Залог обеспечивает исполнение обязательств созданием у кредитора определенных преимуществ перед другими кредиторами путем выделения специального имущества, на которое он может обратить взыскание в случае неисполнения должником обязательства. Под понятием “другие кредиторы” необходимо понимать кредиторов залогодателя. В тех случаях, когда залог установлен не самим должником, а третьим лицом, другие кредиторы должника вообще не имеют права обратить взыскание на заложенное имущество.

Преимущественное право залогодержателя (залогового кредитора) не является безусловным. Ст. 299 ГК содержит оговорку о том, что залогодержатель получает удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами “за изъятиями, установленными законодательными актами”.

Преимущественность права удовлетворения требования из стоимости заложенного имущества, предоставленная законодательными актами кредитору-залогодержателю, проявляется по-разному в двух моментах: когда имущества должника, не являющегося предметом залога, достаточно для удовлетворения требований иных кредиторов, либо когда такого имущества недостаточно для удовлетворения иных кредиторов, не являющихся залогодержателями

Прочие кредиторы залогодателя вправе обратить взыскание на заложенное имущество лишь при недостаточности прочего имущества залогодателя для полного удовлетворения всех предъявленных к нему требований, не обеспеченных залогом ([ст. 37 Закона РК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009800#sub_id=370000) от 30 июня 1998 г. “Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителй”). Если же у залогодателя достаточно имущества для удовлетворения таких требований, ни один кредитор, кроме залогодержателя, не может обратить взыскание на предмет залога.

В случае недостаточности иного имущества залогодателя для удовлетворения требований кредиторов, не являющихся залогодержателями, проявляется право кредитора-залогодержателя на первоочередное получение удовлетворения из стоимости предмета залога, за изъятиями, устанавливаемыми законодательными актами.

Изъятия, в частности, предусматриваются Законом РК “Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей” (ст. ст. 71-73) и сводятся к установлению определенной очередности при удовлетворении требований различных кредиторов. Требования кредиторов, обеспеченные залогом данного имущества, удовлетворяются после удовлетворения требований кредиторов по выплате зарплаты, алиментов, по возмещению вреда здоровью, авторского вознаграждения, по возмещению ущерба, причиненного преступлением или административным правонарушением.

Иная ситуация складывается при ликвидации юридического лица. В этом случае залогодержатель не имеет никаких преимуществ в удовлетворении своих требований из стоимости предметов залога. Право залога прекращается с момента возбуждения ликвидационного производства и происходит замена права залога на право получения в установленной законодательством очередности удовлетворения из денежных средств должника, а в случае их недостаточности - в том же порядке из денежных средств, вырученных от продажи всего имущества должника, в т. ч. и предметов залога. При этом применяется очередность удовлетворения требований кредиторов, установленная законодательством о банкротстве.

**Требования, удовлетворяемые залогом*.*** По общему правилу, требования кредитора удовлетворяются из стоимости предметов залога в размере, какой они приобрели ко времени обращения взыскания на заложенное имущество, независимо от размера требований на момент установления залога. В их состав могут быть, в частности, включены, помимо суммы основного обеспечиваемого обязательства, такие возникающие после установления залога требования кредитора, как касающиеся уплаты вознаграждения (в виде процентов за пользование заемными средствами и т. д.), неустойки за неправомерное пользование денежными средствами (например за просрочку погашения долга), возмещение полного размера убытков, причиненных просрочкой исполнения, уплата неустойки (штраф, пени), так и необходимых издержек по содержанию заложенного имущества и возмещения всех расходов по взысканию (например, расходы по продаже и т. п.).

В то же время возможно установление любого иного объема удовлетворения требований кредитора при обращении взыскания на предметы залога. Иной объем может быть установлен договором или законодательными актами.

Общее восполняющее правило об удовлетворении требований кредитора из стоимости предметов залога в полном размере, какой они приобрели ко времени обращения взыскания на заложенное имущество, независимо от размера требований на момент установления залога, является охранительной мерой, защищающей как права залогодержателя, так и права залогодателя.

Во-первых, если после установления залога долг по обязательству, которое этим залогом обеспечено, возрос, залогодержатель вправе обратить заложенное имущество и на покрытие вновь образовавшейся части долга. Наиболее часто такое увеличение первоначальной суммы долга является результатом его несвоевременного погашения должником, которое, в зависимости от условий обязательства, может привести к начислению на основную сумму долга вознаграждения (интереса), возникновения у залогодержателя права на получение с должника неустойки, а также права на возмещение причиненных залогодержателю убытков.

Во-вторых, правило о том, что залог обеспечивает обязательство в объеме, существующем к моменту удовлетворения требований залогодержателя, может иметь существенное значение для залогодателя в случаях, когда стоимость заложенного имущества превышает сумму долга по обеспеченному этим залогом обязательству. Именно из этого положения вытекает обязанность залогодержателя передать залогодателю разницу между суммой, вырученной от реализации заложенного имущества, и размером обеспеченного залогом требования. Это же положение дает основание считать, что если для покрытия требования залогодержателя достаточно обращение взыскания на часть заложенного имущества (например, на один из нескольких предметов залога), залогодержатель не вправе обратить взыскание на остальную часть этого имущества.

Приведенный выше порядок определения объема удовлетворения требований кредитора из стоимости заложенного имущества не распространяется на такой вид залога, как залог, обеспечивающий будущие требования, в отношении которого установлено специальное правило - определение объема удовлетворения при заключении договора о залоге.

По общим правилам, залогом обеспечиваются существующие и действительные обязательства должника, так как залогу свойственен акцессорный (дополнительный) характер. Как исключение, залогом могут обеспечиваться требования к должнику, которые возникнут в будущем, при соблюдении обязательного условия - наличия соглашения сторон о размере обеспечения залогом таких требований. Так как для определения размера обеспечения залогом требований, которые возникнут в будущем, требуется достижение соглашения сторон, данное условие, несомненно, относится к существенным условиям договора о залоге со всеми вытекающими из этого последствиями.

**Виды залога.** Классификация залога возможна по различным основаниям, имеющим существенное значение для правового регулирования залога. Основным классифицирующим основанием является вид имущества, являющегося предметом залога, так как правовое регулирование залога в зависимости от использования имущества, имеющего различный правовой режим, также имеет свои особенности в виде дополнительного условия о регистрации залога, возможности передачи предмета залога залогодержателю или оставления его у залогодателя, распределения рисков между сторонами договора о залоге и т. п.. В соответствии с этим основанием различают залог вещей и залог имущественных прав.

Другим основанием деления залога на виды является нахождение предмета залога у одной из сторон по договору и допустимость его использования. По этому основанию различают заклад - вид залога, при котором предмет залога передается во владение залогодержателя, и ипотеку - вид залога, при котором предмет залога остается во владении залогодателя или третьего лица с правом его использования в период действия залога. Каждая из этих разновидностей, в зависимости от имущества, субъектов залоговых правоотношений или иных особенностей правового регулирования их применения, также может иметь свои разновидности. Так, разновидностями за-клада являются: залог товаров в ломбарде, где особое положение залогодержателя как предпринимателя обусловливает особенности правового регулирования залога; залог товара, находящегося на товарном складе, особенности правового регулирования залога и его оформление обусловлено участием в залоговых правоотношениях третьего лица, являющегося предпринимателем-хранителем заложенного имущества. Разновидностью ипотеки с особым правовым регулированием залоговых правоотношений является залог товаров в обороте, особенности которого обусловлены использованием в качестве предмета залога потребляемых вещей, вещей, подверженных переработке, изменению натуральной формы, либо вещей, определяемых родовыми признаками. При этом для залога отдельных видов вещей характерно преимущественное или исключительное использование либо ипотеки, либо заклада.

Так, залог недвижимости возможен только в виде ипотеки.

Залог потребляемых движимых вещей осуществляется преиму-щественно в виде заклада, так как в противном случае повышаются риски того, что к моменту обращения взыскания на предмет залога он будет уничтожен, утерян либо употреблен залогодателем для своих нужд. В то же время возможна и ипотека таких вещей в виде залога товаров в обороте.

Непотребляемые движимые вещи могут быть переданы как в заклад, так и в ипотеку. Отказ от заклада движимых вещей может быть продиктован необходимостью дополнительных расходов и иных затрат по хранению (например, крупногабаритных вещей), либо по содержанию такого имущества.

К залогу имущественного права, являющемуся отдельным от залога вещей - ипотеки и заклада - видом залога, возможно применение по аналогии правил залога вещей. При залоге отдельных видов имущественного права (например, исключительные права на результаты творческой интеллектуальной деятельности, средства индивидуализации) можно условно говорить о применении заклада или ипотеки, придав конструкции залога имущественного права соответствующие схожие черты, условия по правам и обязанностям сторон. Но все же это не будет закладом или ипотекой, так как правовой режим имущественного права существенно отличается от режима вещей, и при использовании имущественного права в качестве предмета залога будет иметь место особая разновидность залога - залог имущественного права.

**Содержание и осуществление права залога*.*** Осуществление залогодержателем своих прав означает обращение им взыскания на предмет залога для получения удовлетворения требований по обеспечиваемому обязательству. При этом необходимо иметь в виду, что залог существует для обеспечения основного обязательства, поэтому возможность осуществления залогодержателем своих прав на предмет залога во многом зависит от судьбы основного обязательства. Залогодержатель вправе обратить взыскание на предмет залога только при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником основного обязательства.

При совпадении должника и залогодателя в одном лице природа обязательства и ответственности залогодателя не имеет значения. Залогодатель, как должник, обязан исполнить основное обязательство. При неисполнении основного обязательства такой должник несет ответственность всем своим имуществом, а залог обеспечивает для кредитора исключительное право на обращение взыскания на определенное имущество должника, преимущества при удовлетворении своих требований за счет предмета залога перед другими кредиторами должника.

При вещном поручительстве, когда должник и залогодатель являются разными лицами, обеспечение, т. е. уверенность кредитора в исполнении основного обязательства дополнительно увеличивается за счет вовлечения в число обязанных лиц, помимо должника, также и третьего лица - вещного поручителя. Кредитор также имеет преимущества при удовлетворении своих требований за счет заложенного имущества перед другими кредиторами, но не должника, а третьего лица - вещного поручителя, что повышает ценность обеспечения. В этом случае должник по основному обязательству не участвует в залоговых правоотношениях, но несет по общим гражданско-правовым принципам ответственность за неисполнение обязательства всем своим имуществом, и кредитор также вправе обратить взыскание на имущество должника на общих основаниях, т. е. без преимущества перед другими кредиторами должника, которое предоставляет залог.

Ответственность и обязательство вещного поручителя являются субсидиарными, т. е. дополнительными к обязательству и ответственности основного должника. На обязанности и ответственность вещного поручителя распространяются общие правила о субсидиарном обязательстве и субсидиарной ответственности. До предъявления требований к вещному поручителю и обращения взыскания на предмет залога кредитор обязан предъявить требования по исполнению обязательства к основному должнику.

Сам факт неисполнения в установленный срок обеспечиваемого залогом срочного обязательства уже является основанием для обращения взыскания на предмет залога, так как налицо неисполнение обязательства должником. При бессрочном обязательстве или обязательстве, определенном моментом востребования, право кредитора обратить взыскание на предмет залога возникает только при предъявлении требований по исполнению основного обязательства и истечении льготного срока, предусмотренного для исполнения бессрочного обязательства (как правило, разумный срок, необходимый для исполнения обязательства, плюс семидневный срок после этого) либо обязательства, исполнение которого определяется моментом востребования (как правило, семидневный льготный срок с момента востребования).

Обращение взыскания на предмет залога осуществляется, по общему правилу, в судебном порядке, т. е. путем предъявления иска к залогодателю и по решению суда об обращении взыскания на предмет залога для удовлетворения требований по основному обязательству. Продажа имущества и распределение выручки при этом производится судебным исполнителем по правилам Гражданско-процессуального кодекса.

В случаях, предусмотренных договором, а также ГК и законодательными актами, залогодержатель вправе самостоятельно реализовать находящееся в залоге имущество в принудительном внесудебном порядке путем проведения торгов (аукциона) и с соблюдением особых процедур подготовки и проведения торгов. Так, по общему правилу в принудительном внесудебном порядке имеет право реализовывать заложенное имущество банк-залогодержатель по реализации предмета залога, обеспечивающего денежную ссуду. Возможность принудительного внесудебного порядка может быть предусмотрена в любом договоре о залоге. В то же время в законодательных актах могут содержаться ограничения на применение внесудебного порядка обращения взыскания на предмет залога для отдельных видов имущества, вне зависимости от условий договора или положений законодательных актов, предусматривающих внесудебный порядок. Так, при ипотеке недвижимости не допускается принудительный внесудебный порядок при реализации предмета залога в виде недвижимого имущества, имеющего значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества. Не допускается также принудительный внесудебный порядок при реализации предмета залога, когда для ипотеки недвижимого имущества требовалось согласие другого лица или органа.

Обращение взыскание на предмет залога осуществляется в виде его продажи с публичных торгов. Процедуры продажи заложенного имущества в судебном порядке осуществляется по правилам продажи недвижимости для удовлетворения судебных решений.

Процедура принудительного внесудебного порядка обращения взыскания на предмет залога предполагает особую фигуру третьего лица - доверенного лица, который проводит предпродажную подготовку и публичные торги заложенного имущества. По общему правилу, доверенное лицо назначается залогодержателем. Доверенным лицом может являться физическое или юридическое лицо. Доверенное лицо является представителем залогодержателя и для осуществления своих функций по проведению торгов наделяется последним доверенностью. Доверенное лицо проводит торги, как правило, в форме аукциона, по ранее объявленным правилам, распределяет выручку путем направления денег на удовлетворение требований залогодержателя по основному обязательству и возврата остатка выручки залогодателю.

**Перезалог.** Особый интерес представляет вопрос перезалога в условиях недостаточности оборотных средств у предприятий, повышенных требований банков к обеспечению возвратности кредитов, а также при наличии определенных трудностей в правоприменении, связанных с перезалогом.

По общему правилу допускается предоставление залогодателем имущества, уже находящегося в залоге, в последующий залог. Ограничение залогодателя в возможности перезалога может быть установлено договором о залоге. В случае же отсутствия запрета в договоре о залоге на перезалог залогодатель вправе сам решить вопрос о предоставлении в обеспечение других обязательств имущества, находящегося в залоге, предупредив всех последующих о правах предшествующих залогодержателей.

В случае обращения взыскания на заложенное имущество, находящееся в залоге в обеспечение исполнения обязательств перед различными кредиторами (перезалог), удовлетворение требований производится по принципу “старшинства” - в очередности возникновения права залога. При этом необходимо иметь в виду, что на предмет залога, даже находящегося в перезалоге, возможно обращение взыскания только один раз, и что продажа с публичных торгов заложенного имущества, а также невозможность его реализации ведет к прекращению права залога всех залогодержателей данного предмета залога. При принятии в залог имущества, находящегося в залоге у предыдущего залогодержателя, последующие залогодержатели: во-первых, получают право на удовлетворение своих требований только после получения удовлетворения из этого имущества предыдущими залогодержателями и в пределах стоимости, оставшейся после такого удовлетворения; во-вторых, получают исключительные преимущественные права в удовлетворении своих требований за счет такого имущества только в отношении последующих залогодержателей этого же имущества и кредиторов залогодателя, требования которых не обеспечены залогом этого имущества.

На залогодателе, в случаях перезалога имущества, лежит обязанность сообщать каждому последующему залогодержателю сведения обо всех существующих залогах данного имущества. Эта обязанность вытекает из возможности отчуждения предмета залога в случае неисполнения должником требований по основному обеспечиваемому обязательству, необходимости удовлетворения требований всех залогодержателей-кредиторов за счет вырученной суммы от реализации предмета залога в порядке “старшинства” и прекращения права залога всех залогодержателей в отношении реализованного залогового имущества.

Незнание последующих залогодержателей о правах предыдущих залогодержателей не влияет на право залога последних. Незнание последующих залогодержателей о правах предыдущих имеет значение только для взаимоотношений этих лиц с залогодателем, так как неисполнение залогодателем обязанности по сообщению последующим залогодержателям обо всех существующих залогах закладываемого имущества является основанием его ответственности по возмещению убытков, причиненных последующим залогодержателям вследствие такого нарушения.

Любое нарушение залогодателем правил о последующем залоге дает залогодержателю право требовать досрочного исполнения обеспечиваемого залогом обязательства, а если его требования не будут удовлетворены в разумный срок - обратить взыскание на предмет залога.

Перезалог имущества, когда он запрещен предшествующими договорами о залоге, является незаконным, противоречащим требованиям законодательства, а именно, [п. 2 ст. 311 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3110200). Договор о перезалоге имущества, когда он запрещен предшествующим договором, может быть признан недействительным по требованию не только предшествующего залогодержателя, но и любого заинтересованного лица по общим правилам о признании сделки недействительной.

**Прекращение права залога*.*** Дополнительность залогового права кредитора от основного обязательства проявляется, помимо зависимости от действительности основного обязательства, также и в прекращении залога в результате прекращения обеспечиваемого залогом обязательства посредством его исполнения или по иным основаниям, предусматривающим прекращение обязательства, например, прощение долга, невозможность исполнения, ликвидация юридического лица и т. д. Это вытекает из зависимости залога как дополнительного от основного обязательства, а акцессорный характер исключает возможность его существования без основного обязательства. При прекращении обеспечиваемого обязательства отпадает и необходимость в его обеспечении.

Но, помимо этого, право залога также зависит и от судьбы вещи, используемой в качестве предмета залога, и от права собственности залогодателя на предмет залога, вне зависимости от основного обязательства. В частности, гибель предмета залога или прекращение права собственности на предмет залога по основаниям и в порядке, предусмотренным законодательными актами (вследствие изъятия или выкупа для государственных нужд, реквизиции, национализации и т. п.), влечет прекращение права залога без прекращения основного обязательства.

В случае гибели заложенного имущества право залога прекращается, так как не может быть права залога на несуществующую вещь. Но гибель или иная утрата предмета залога по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает, дает ему право требовать досрочного исполнения обеспечиваемого залогом обязательства, если только залогодатель в разумный срок не восстановит предмет залога или не заменит его другим равноценным имуществом.

В любом случае изъятия заложенного имущества по основаниям, предусмотренным законодательными актами, право залога в отношении этого имущества прекращается. Залогодержатель приобретает безусловное право требования досрочного исполнения обеспечиваемого обязательства, помимо иных прав, предусмотренных законодательством. Необходимо при этом иметь в виду, что право требования залогодержателем досрочного исполнения основного обязательства не является его обязанностью. Тот факт, что залогодержатель не воспользовался своим правом на досрочное исполнение основного обязательства, не может впоследствии являться основанием для отказа или уменьшения требований кредитора-залогодержателя по возмещению убытков по основному обязательству.

В случае предоставления иного имущества взамен изъятого право залога прекращается в отношении изъятого имущества, залогодержатель имеет права требования досрочного исполнения основного обязательства. Однако, помимо этого, у залогодержателя возникает также право залога на имущество, предоставленное взамен. В этом случае возникает новое обязательство залога на основании законодательного акта, предусматривающего, какое имущество и в обеспечение какого обязательства считается предоставленным в залог с момента прекращения права собственности залогодателя на предметы первоначального залога (разновидность “законного” залога, возникающего на основании законодательного акта). Происходит замена одного обязательства (первоначального залога) на другое (залог на имущество, предоставленное взамен изъятого предмета первоначального залога).

В случае предоставления возмещения стоимости изъятого имущества, являющегося предметом залога, право залога прекращается, залогодержателю предоставляется право требования досрочного исполнения основного обязательства и, помимо этого, залогодержателю предоставляется преимущественное право, аналогичное праву залога, на получение удовлетворения своего требования из суммы причитающегося залогодателю возмещения. В отличие от новации, основанием замены одного обязательства (право залога) на другое (преимущественное право на получение удовлетворения из возмещения стоимости изъятого имущества) является, как и при возникновении права на получение удовлетворения из страхового возмещения при гибели застрахованного имущества, указание законодательного акта, а не соглашение сторон.

В случае изъятия заложенного имущества по основаниям и в порядке, установленным законодательными актами, при котором не предоставляется никакого имущества взамен изъятого либо возмещения стоимости изъятого, право залога прекращается, но это никак не влияет на основное обязательство, так как недействительность обеспечительной сделки не влияет на действительность основного обязательства.

Без прекращения основного обязательства происходит прекращение договора о залоге и в случае удовлетворения требования залогодателя о досрочном прекращении права залога при грубом нарушении залогодержателем, которому передано заложенное имущество, обязанностей по обеспечению сохранности предмета залога, создающем угрозу утраты или повреждения предмета залога. Настоящее правило является охранительной мерой прав собственника залогового имущества от таких противоправных действий залогодержателя, которые могут привести к утере или повреждению предмета залога.

Право залога также прекращается в результате реализации основного обязательства посредством осуществления залогодержателем своих прав по договору залога. Это имеет место, когда, ввиду неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником, требования кредитора по основному обеспечиваемому обязательству удовлетворяются из стоимости заложенного имущества путем его реализации. В этом случае, по общему правилу, обязанности должника по основному обязательству, в случае недостаточности стоимости имущества для полного удовлетворения требований кредитора, не прекращается, но обязанности залогодателя прекращаются не только в отношении кредитора, обратившего взыскание на предмет залога, но и в отношении иных последующих залогодержателей данного имущества, так как последующие залогодержатели вправе получить удовлетворение из этого имущества при его реализации после получения удовлетворения предыдущими залогодержателями.

В случае недостаточности стоимости залогового имущества для удовлетворения требований кредитора последний имеет право, по общему правилу, на получение удовлетворения из иного имущества должника на общих основаниях, без преимуществ, предоставляемых залогодержателю. Такое же право имеют и иные последующие залогодержатели реализованного имущества.

Исключением из этого правила являются случаи продажи ломбардом предметов залога, а также при ипотеке недвижимости случаи продажи имущества с торгов во внесудебном порядке ниже суммы основного обязательства или случаи перехода в установленном законодательном порядке заложенного недвижимого имущества в собственность залогодержателя (п. 2 ст. 37 Указа об ипотеке). С прекращением договора залога вещей в ломбарде или ипотеки недвижимого имущества в этих случаях происходит одновременно и прекращение основного обязательства.

Помимо общих оснований прекращения залога имеются особенности при прекращении ипотеки недвижимого имущества. Прекращение ипотеки, оформленной ипотечным договором без выдачи ипотечного свидетельства, осуществляется, согласно ст. 37 Указа об ипотеке, по основаниям, предусмотренным общими нормами гражданского законодательства, в частности, [ст. 322 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3220000). При оформлении ипотечного договора с выдачей ипотечного свидетельства, помимо оснований, предусмотренных общими нормами гражданского законодательства для прекращения права залога, право залога прекращается с прекращением действия ипотечного свидетельства. Действие ипотечного свидетельства прекращается при осуществлении вытекающих из него прав, при его добровольной передаче залогодателю, если вытекающие из него требования не будут предъявлены должнику по основному обязательству до истечения месяца после наступления срока исполнения основного обязательства и в случае утраты предмета ипотеки.

В случаях, когда договор залога подлежит регистрации, о прекращении залога должна быть сделана отметка в реестре, в котором был зарегистрирован договор о залоге, так как с прекращением договора о залоге связано и прекращение ограничений залогодателя в праве пользования и/или распоряжения имуществом, использованном в качестве предмета залога.

В случае прекращения обеспечиваемого залогом обязательства посредством его исполнения или по иным основаниям, указанным в гл. 21 ГК, а также в случае удовлетворения требования залогодателя о досрочном прекращении права залога при наличии оснований, предусмотренных п. 3 ст. 312, залогодержатель, если заложенное имущество находилось у него или было передано им на законных основаниях третьему лицу для обеспечения сохранности заложенного имущества, обязан немедленно возвратить его залогодателю. Такая обязанность вытекает в связи с прекращением права залога и прекращения основания, по которому заложенное имущество находилось во владении залогодержателя. Прекращение права залога восстанавливает залогодателя в правах на предметы залога в полном объеме (будь то право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право доверительного управляющего на владение, пользование и распоряжение имуществом, находящимся у него в управлении, и т. п.) и прекращает все ограничения, связанные с обременением заложенного имущества правом залога. В случае неисполнения залогодержателем обязательства по своевременному возврату предмета залога, кроме ответственности за утрату или повреждение заложенного имущества, залогодержатель отвечает перед залогодателем за убытки, причиненные невозвращением или несвоевременным возвращением заложенного имущества.

Одним из оснований прекращения права залога является перевод долга по основному обязательству. Перевод долга по обязательству, обеспечиваемому залогом, влечет прекращение права залога, так как предоставление в обеспечение залогодателем имущества тесно связано с личностью должника, его платежеспособностью, доверием к нему со стороны залогодателя. Поэтому, с заменой должника по основному обеспечиваемому обязательству, прекращается и залог, если только залогодатель не выразил согласия отвечать за нового должника. В соответствии с восполняющей нормой ГК на случай отсутствия иного соглашения, право залога при переводе долга на другое лицо прекращается и тогда, когда залогодатель является должником по основному обязательству, так как кредитор, в соответствии со [ст. 348 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3480000),— решает вопрос о даче согласия на перевод долга, и если он такое согласие дал, то договор залога с залогодателем - прежним должником, прекращается.

**Перевод права залога*.*** Право залога, как любое имущественное право, может быть передано с особенностями по передаче, вытекающими из сущности залогового обязательства. К передаче права залога, в т. ч. и вещного права залога, применяются правила, установленные для перехода прав кредитора по обязательству к другому лицу. Это связано, с нашей точки зрения, с тем, что основанием возникновения залога является особый договор - дополнительный к основному обеспечиваемому обязательству и зависимый от него. В случае возникновения залога на основании законодательного акта, к нему также применяются правила о залоге, возникшем на основании договора, если только законодательным актом прямо не установлено иное.

В силу акцессорности (дополнительности) договора о залоге и его зависимости от основного обеспечиваемого обязательства, а также правила, что залогодержателем может быть только кредитор по основному обеспечиваемому обязательству, невозможен переход прав залогодержателя (залогового кредитора) к другому лицу без перехода к тому же лицу прав кредитора по основному обеспечиваемому обязательству. Уступка залогодержателем прав по договору о залоге без уступки тому же лицу прав по обеспечиваемому основному обязательству недействительна.

Переход прав по основному обеспечиваемому обязательству автоматически и одновременно влечет переход прав по обеспечивающим его обязательствам, в т. ч. и по договору о залоге, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором об уступке права требования по основному обеспечиваемому обязательству. Законодательными актами или договором об уступке права требования по основному обязательству может быть предусмотрен иной объем прав кредитора, переходящих к другому кредитору, в частности, могут быть исключены права по договору о залоге из объема прав, переходящих к новому кредитору (в этом случае право залога прекращается), или уменьшены по объему обеспечиваемые залогом требования (в этом случае необходимо внесение изменений в договор о залоге). Увеличение объема обеспечиваемых требований невозможно, так как для этого необходимо согласие залогодателя.

Законодательство об ипотеке недвижимого имущества конкретизирует порядок уступки прав по договору ипотеки недвижимого имущества, не меняя в принципе общие положения. Уступка прав по ипотечному договору означает и уступку прав по обеспечиваемому ипотекой обязательству, пока не доказано, что уступка по ипотечному договору произошла без уступки прав по основному договору. Последнее приведет к недействительности уступки прав по ипотечному договору.

В случае выдачи по ипотечному договору ипотечного свидетельства передача прав по ипотечному свидетельству означает передачу прав по основному обеспечиваемому обязательству. Сама такая уступка прав по ипотечному свидетельству осуществляется путем совершения на нем передаточной надписи и передачи ипотечного свидетельства другому лицу.

§ 6. Удержание

Сущностью удержания имущества должника как способа обеспечения исполнения обязательства является право кредитора в случаях, предусмотренных законодательством или договором, отсрочить передачу имущества, являющегося предметом сделки, до исполнения обязательства должником, или удержать причитающиеся кредитору от должника деньги или иное имущество из денежных сумм или иного имущества, поступившего к кредитору за счет должника. Например, к этому способу обеспечения исполнения обязательства относится удержание продавцом предмета купли-продажи до уплаты покупной стоимости покупателем ([п. 5 ст. 439 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=4390500)), право комиссионера на удержание вознаграждения по договору комиссии из поступающих за счет комитента денежных сумм ([ст. 872 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=8720000)), и т. д.

Глава 30. Ответственность за нарушение обязательства

§ I. Понятие ответственности за нарушение обязательства

Ответственность за нарушение обязательства, помимо того, что она является видом юридической ответственности, относится также к **разновидности гражданско-правовой ответственности**, которая определяется как применение специальных правоохранительных мер защиты субъективных гражданских прав (санкций — мер гражданско-правовой ответственности), направленных на возложение на нарушителя субъективного гражданского права дополнительных имущественных лишений, обеспеченных государственным принуждением, в виде дополнительной гражданско-правовой обязанности или лишения принадлежащего ему гражданского права.

Являясь **видом юридической ответственности**, ответственность за нарушение обязательства, безусловно, в широком смысле можно определять как возложение каких-то отрицательных последствий на правонарушителя. В то же время ответственность за нарушение обязательства, являясь разновидностью гражданско-правовой ответственности, характеризуется определенными дополнительными имущественными лишениями для правонарушителя в виде дополнительного обязательства по совершению работ, оказанию услуг, уплате денежной суммы, либо лишения какого-то права на имущество, что непосредственно ведет к неблагоприятным имущественным последствиям. Ответственность за нарушение обязательства, как и любая гражданско-правовая ответственность, всегда обеспечивается государственным принуждением или угрозой такого принуждения. Поэтому **ответственность за нарушение обязательства** можно определить как возложение на нарушителя обязательственного гражданского права дополнительных имущественных лишений, обеспеченных государственным принуждением, в виде дополнительной гражданско-правовой обязанности или лишения принадлежащего ему гражданского права.

Под основанием применения ответственности, закрепленным, в частности, ст. 349 ГК, понимается нарушение должником любого из условий обязательства, относящихся к его (должника) обязанности, в частности, времени, места, способа, количества, качества исполнения, ассортимента, комплектности товаров и т. п.

По объему, степени значимости и правовым последствиям обычно различают две разновидности нарушения обязательства: **неисполнение обязательства**, т. е. полное нарушение обязательства; **ненадлежащее исполнение обязательства**, т. е. исполнение обязательства с нарушением каких-то отдельных условий, определенных содержанием обязательства.

В случаях, когда исполнение обязательства лично должником относится к существенным условиям, либо такое исполнение вытекает из требований законодательства (императивные требования), то замена исполнителя также будет относиться к нарушению обязательства и, следовательно, будет основанием для применения мер ответственности.

Нельзя при рассмотрении вопроса о понятии ответственности за нарушение обязательства обойти и проблему **соотношения ответственности** и **основного обязательства**. Несмотря на то, что наступление ответственности связано с нарушением субъективного гражданского права, вовне гражданско-правовая ответственность выступает как особое обязательство, отдельное от нарушенного. В тех случаях, когда речь идет о нарушении относительных прав, к которым относятся и обязательственные субъективные гражданские права, ответственность представляет собой вторичное обязательство, возникающее из первоначального в результате совершения должником правонарушения. По своей юридической природе такое вторичное обязательство — есть разновидность охранительных правоотношений и этим отличается от первоначального обязательства, которое относится к разряду регулятивных правоотношений.

Поэтому санкция за нарушение обязательственного права представляет собой дополнительное гражданско-правовое обязательство, особенной чертой которого является его имущественный характер. Именно исполнение дополнительного обязательства, вытекающее из ответственности за нарушение основного обязательства, имеет своим последствием дополнительные имущественные лишения для правонарушителя.

На ответственность за нарушение обязательства распространяются основные положения о гражданско-правовой ответственности с учетом определенных специфических особенностей, к которым относятся основания и условия наступления ответственности, а также особенности по составу определенных санкций, применяемых при защите обязательственных прав.

При рассмотрении вопроса об ответственности за нарушение обязательства и санкциях, относящихся к мерам ответственности за нарушение обязательства, необходимо иметь в виду и то, что возложение ответственности за нарушение обязательства является только одним из способов защиты обязательственных субъективных гражданских прав. Эта защита может также осуществляться регулятивными и предупредительными способами.

§ 2. Формы ответственности за нарушение обязательства

Так как ответственность за нарушение обязательства выступает в виде возложения на правонарушителя дополнительного обязательства, то под **формой гражданско-правовой ответственности** за нарушение обязательства понимаются те неблагоприятные имущественные последствия, которые возлагаются на правонарушителя. Иначе говоря, формой гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательства, как определенным проявлением ответственности вовне, является проявление вовне определенных неблагоприятных для правонарушителя мер, санкций за нарушение обязательства. Характерной чертой форм гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательства, без которой она не может существовать, выступает их дополнительный имущественный характер.

Гражданско-правовая ответственность за нарушение обязательства может выступать в форме: возмещения убытков; уплаты неустойки; потери задатка либо уплаты дополнительно суммы задатка сверх возвращенной суммы задатка; конфискации в доход государства всего полученного по сделке, направленной на достижение преступной цели; утраты права собственности на заложенное имущество, а также на имущество, удерживаемое в соответствии с правом удержания; возмещения морального ущерба и т. д. Указанный перечень форм ответственности за нарушение обязательства не является исчерпывающим. Любое особое дополнительное обязательство должника или третьего лица, основанием которого является правонарушение и которое возлагает на правонарушителя дополнительные имущественные лишения, будет относиться к формам гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательства. В то же время необходимо отметить возмещение убытков и уплату неустойки как наиболее распространенные, хотя и не единственные формы ответственности за нарушение обязательства.

**Возмещение убытков** является общей мерой гражданско-правовой ответственности, и она может применяться при защите любых субъективных гражданских прав (обязательственных, вещных, исключительных и т. д.). Понятие убытков и возможность применения такого способа защиты гражданских прав, как возмещение убытков, во всех случаях нарушения гражданских прав предусмотрено [п. 4 ст. 9 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=90400). В соответствии со [ст. 350](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3500000), должник, не исполнивший или ненадлежаще исполнивший свое обязательство, обязан возместить кредитору вызванные нарушением убытки, т. е. возмещение убытков допустимо при любом гражданском правонарушении, которое нанесло управомоченному лицу убытки. При этом, по общему правилу, в отношении возмещения убытков за нарушение обязательства действует генеральный принцип полного возмещения убытков, закрепленный п. 4 ст. 9 ГК. Ограничение возможности взыскания убытков в полном объеме допускается нормами законодательных актов или договором.

**Принцип полного возмещения убытков** предполагает возмещение как реального ущерба, возникшего у кредитора в связи с нарушением права, так и упущенной выгоды.

Под **реальным ущербом** понимается совокупность произведенных кредитором расходов в связи с нарушением его права (т. е. расходов, произведенных для восстановления нарушенного права), в т. ч. и для восстановления утраченного либо поврежденного имущества. При этом при возмещении реального ущерба учитываются как произведенные расходы кредитора, так и расходы, которые должны быть им произведены.

Под **упущенной выгодой** понимаются неполученные доходы, которые кредитор получил бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено. При определении размера упущенной выгоды учитываются как меры, произведенные кредитором для ее получения, так и сделанные с целью получения этих доходов приготовления. С учетом норм ГК о вине кредитора ([ст. 364 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3640000)) и просрочки кредитора (ст. 366 ) при определении упущенной выгоды должны учитываться и обстоятельства вины кредитора, содействовавшей увеличению убытков, и просрочки кредитора, с возникновением которой неблагоприятные последствия, в т. ч. и убытки, возлагаются на кредитора. При этом размер упущенной выгоды должен определяться на основании объективных критериев и с учетом всех обстоятельств конкретного правонарушения. Не могут быть приняты во внимание расчеты, абстрактно предлагаемые кредитором и не основанные на реальных сведениях с учетом всех обстоятельств, могущих влиять на уменьшение ответственности должника.

При нарушении субъективного обязательственного права не всегда возникают убытки, либо убытки могут включать в себя только реальный ущерб или только упущенную выгоду. Поэтому для обозначения убытков применяется также и термин “**действительные убытки**”, которые отражают убытки при конкретном нарушении права. Соответственно, в понятие действительных убытков при определенных конкретных обстоятельствах могут входить либо только реальный ущерб, либо только упущенная выгода, либо совокупность реального ущерба и упущенной выгоды. При этом в ряде случаев, в частности, когда законодательными актами или договором предусмотрена ограниченная ответственность, сумма реальных убытков может превышать размер убытков, который допускается к взысканию с должника.

В соответствии со ст. 358 ГК, исключения из принципа полного возмещения при возложении ответственности за нарушения обязательства предусматриваются, как правило, нормами законодательных актов, регулирующими отдельные виды обязательств либо связанными с регулированием определенного рода деятельности.

Возможность ограничения договором ответственности за нарушение обязательства допускается с соблюдением определенных правил, предусмотренных в ГК и законодательных актах. Например, такие правила предусмотрены п. 2 ст. 350, не допускающим соглашения сторон об освобождении должника от возмещения убытков до нарушения обязательства, кроме соглашения, ограничивающего взыскание упущенной выгоды и предусматривающего возможность взыскания только реального ущерба; п. 2 ст. 358 ГК, не допускающим иного соглашения об ответственности по обязательству, в котором кредитором является гражданин, выступающий в качестве потребителя, если размер ответственности для данного вида или за данное нарушение определен законодательством.

В соответствии с п. 3 ст. 350 ГК, при определении размера убытков допускается применение абстрактного способа исчисления убытков, если только законодательством или договором не предусмотрено иное. Абстрактный способ исчисления убытков предполагает принятие во внимание при исчислении убытков не договорных, а рыночных цен, существовавших в месте, где обязательство должно было быть исполнено. При этом за основу могут быть приняты цены: либо, по общему правилу, существовавшие на рынке товаров в момент исполнения обязательства по договору; либо, при добровольном исполнении нарушенного обязательства (например, при просрочке), существовавшие в момент удовлетворения требований кредитора должником; либо, при принудительном судебном исполнении обязательства, существовавшие в день предъявления иска, вынесения решения или фактического платежа.

Другим распространенным видом меры ответственности является **неустойка**, правовое регулирование которой предусмотрено [ст. ст. 293-298 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2930000) (см. гл. 29 настоящего учебника).

Порядок определения соотношения по взысканию убытков и неустойки предусмотрен ст. 351. По общему правилу, если за нарушение обязательства предусмотрена неустойка, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой. В то же время законодательством или договором могут быть предусмотрены случаи, когда допускается взыскание только неустойки (конструкция исключительной неустойки); когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки (конструкция штрафной неустойки); когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки (конструкция альтернативной неустойки).

В случаях, когда, в соответствии с п. 4 ст. 9 и ст. 358 ГК, законодательными актами или договором установлена ограниченная ответственность (например, установлена предельная сумма размера взыскиваемых убытков, установлен порядок взыскания только реального ущерба и т. д.), убытки, подлежащие возмещению в части, не покрытой неустойкой, либо сверх, либо вместо нее, могут быть взысканы до пределов, установленных ограничением. Соответственно, если ограничение ответственности установлено в виде взыскания исключительной неустойки, то убытки взысканы быть не могут.

При рассмотрении таких мер ответственности за нарушение обязательства, как возмещение убытков и уплата неустойки, невозможно обойти вопрос о соотношении этих мер с мерами по принуждению должника к исполнению обязательства в натуре, т. е. соотношение ответственности с исполнением обязательства в натуре.

Основополагающим общим гражданско-правовым принципом обязательственных правоотношений является **принцип реального исполнения обязательства**. Данный принцип вытекает из норм законодательства, регулирующих обязательство и обязательственные правоотношения, в частности, норм ГК о надлежащем исполнении обязательства [(ст. 272](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2720000)), недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства (ст. 273), прекращении обязательства исполнением ([ст. ст. 367, 368](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3670000)) и т. п., а также из норм ст. 355 ГК, предусматривающей такие последствия за нарушение обязательства по передаче индивидуально-определенной вещи, как принудительное изъятие этой вещи и передача ее кредитору.

В то же время рыночные устои хозяйствования, рыночные отношения предполагают наделение денег основной функцией - функцией меры стоимости. Являясь мерой стоимости, деньги в условиях рыночного хозяйствования и конкуренции между предпринимателями являются также и средством обращения, реализуя цены, складывающиеся в условиях рыночной торговли. С точки зрения отдельного субъекта имущественного оборота, основанного на рыночных устоях, получение денежной компенсации (суррогата исполнения) чаще всего равносильно получению исполнения в натуре. Оно по существу обеспечивает получение товара в натуре, так как, получив деньги, кредитор может приобрести на рынке то, что в натуре не исполнил должник. Поэтому, защищая право кредитора на получение исполнения в натуре, гражданское право предоставляет кредитору возможность выбора между требованием о реальном исполнении обязательства или требованием о возмещении убытков от неисполнения посредством уплаты определенной денежной суммы. Это достигается, во-первых, тем, что нормы о соотношении реального исполнения с требованием о возмещении убытков и уплаты неустойки ([п. п. 1, 2 ст. 354 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3540000)) сформулированы диспозитивно, допуская установление договором иного порядка, чем предусмотрено в ГК, и, во-вторых, установление в качестве одного из оснований прекращения обязательства, как предоставление взамен исполнения обязательства отступного, в качестве которого могут выступать деньги или иное имущество.

По общему правилу, закрепленному в п. 1 ст. 354 ГК, уплата неустойки и возмещение убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательства не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре. Иной порядок может быть определен законодательным актом или договором. В частности, соглашением сторон может быть произведена новация обязательства или прекращено обязательство предоставлением отступного.

Напротив, в случае неисполнения обязательства уплата неустойки и возмещение убытков, по общему правилу, в соответствии с п. 2 ст. 354 ГК, освобождают должника от исполнения обязательства в натуре. В состав убытков в этом случае могут входить также и расходы кредитора, произведенные в связи исполнением обязательства за счет должника третьим лицом (ст. 356). Иной порядок, как и по общему правилу при ненадлежащем исполнении, может быть определен законодательным актом или договором. Так, в ряде случаев уплата неустойки и возмещение убытков не могут удовлетворить кредитора. Например, если на рынке не имеется аналогичного товара или не оказываются аналогичные услуги, либо если обязательством предусматривалось изготовление индивидуально-определенной вещи, не имеющей аналогов или приобретение аналогов которой крайне затруднительно, в частности, когда предметом обязательства является объект недвижимости. Именно для таких случаев предусмотрена норма ст. 355 ГК, в соответствии с которой кредитору предоставляется право требования принудительного исполнения обязательства должника в натуре по передаче в собственность, хозяйственное ведение, оперативное управление или в пользование индивидуально-определенной вещи. Помимо передачи вещи, должник обязан возместить убытки, возникшие у кредитора как в связи с просрочкой обязательства по передаче вещи, так и в связи с произведенными расходами, связанными с принуждением должника к исполнению обязательства в натуре.

§ 3. Виды ответственности за нарушение обязательства

Проведение **классификации гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательства** возможно на основании различных критериев.

Возможно проведение классификации по тому, **является или не является договор основанием** нарушенного обязательства и ответственности правонарушителя. При этом различают **договорную** и **внедоговорную** ответственность, имеющие существенные различия в правовом регулировании, в возможности изменения пределов ответственности правонарушения соглашением сторон. К договорной ответственности относится ответственность контрагента по договору, например, ответственность продавца, арендатора, хранителя. При договорной ответственности соглашением сторон возможно изменение пределов ответственности, ограничение ответственности и т. д, если только нормы гражданского законодательства, регулирующие отдельные виды обязательств, не предусматривают императивные предписания. Внедоговорная ответственность, как правило, возникает в силу преимущественно императивных норм гражданского законодательства, предусматривающих случаи и обстоятельства возникновения обязательства без какого-либо договора, ответственность должника по такому обязательству, пределы ответственности, состав правонарушения и т. д. К внедоговорной ответственности, в частности, относятся ответственность должника по обязательствам, возникающим из публичного обещания вознаграждения, из деятельности без поручения, причинения вреда, неосновательного обогащения и т. п.

Возможна классификация видов ответственности **по санкциям**, применяемым к должнику за нарушение обязательства. При этом можно различать такие виды ответственности, как **ответственность должника по возмещению убытков, уплате неустойки, уплате суммы задатка, возмещению морального вреда** и т. д. При этом уплата неустойки и возмещение убытков, как наиболее распространенные виды ответственности, были подробнее рассмотрены ранее.

Как особую разновидность ответственности должника за нарушение обязательства по уплате неустойки и возмещению убытков необходимо отметить **ответственность должника за неправомерное пользование чужими деньгами**. За неправомерное пользование чужими деньгами, в соответствии со ст. 353 ГК, предусматривается уплата законной неустойки. Под неправомерным пользованием чужими деньгами понимается неисполнение денежного обязательства (обязательства по уплате денег) либо просрочка в их уплате, неосновательное получение или сбережение денег за счет другого лица и т. п.

По общему правилу, закрепленному в п. 2 ст. 353, неустойка за пользование чужими деньгами взимается по день уплаты суммы этих денег кредитору. Иной порядок определения срока, за который причитается неустойка за неправомерное пользование чужими деньгами, может быть определен законодательством или договором. То есть положениями законодательства для отдельных видов обязательства либо условиями договора может быть установлен меньший срок, за который исчисляется неустойка за неправомерное пользование чужими деньгами, в частности, может быть установлен предельный срок, либо установлен предельный размер, в объеме которого возможно исчислять неустойку.

В соответствии с [п. 1 ст. 353 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3530000), исчисление размера законной неустойки производится, по общему правилу, по ставке рефинансирования Национального банка Республики Казахстан на день исполнения обязательства или его соответствующей части. В то же время при судебном взыскании законной неустойки суд может удовлетворить требование кредитора, исходя из официальной ставки рефинансирования на день предъявления иска, на день вынесения решения или на день фактического платежа.

Правила о порядке определения размера законной неустойки, закрепленные в п. 1 ст. 353 ГК, являются восполняющими на случай, если иной размер неустойки за неправомерное пользование чужими деньгами не установлен законодательными актами или договором. То есть, положениями законодательного акта для отдельных видов обязательства либо условиями договора может быть установлен иной размер неустойки, в частности, превышающий либо более низкий по сравнению со ставкой рефинансирования Нацбанка, либо установлен предельный размер неустойки.

Неустойка за неправомерное пользование чужими деньгами, в соответствии с правилами и п. 3 ст. 353 ГК, определяется как зачетная, и размер взысканной неустойки засчитывается в суммы убытков, причиненных таким пользованием. Поэтому лицо, чьими деньгами неправомерно пользовался должник, вправе требовать с последнего возмещения убытков, причиненных неправомерным пользованием чужими деньгами, в части, превышающей размер неустойки.

Возмещение морального вреда рассматривается подробнее в разделе, посвященном личным неимущественным правам, а также в разделе, посвященном обязательствам, возникающим из причинения вреда. **Моральным вредом** признаются нравственные или физические страдания (унижение, раздражение, подавленность, гнев, стыд, отчаяние, физическая боль, ущербность, дискомфортное состояние и т. п.), испытываемые (претерпеваемые, переживаемые) потерпевшим в результате правонарушения, в т. ч. и нарушения обязательственного права. Моральный вред возмещается в денежной форме. При возмещении морального вреда учитывается как субъективная оценка потерпевшим тяжести причиненного ему нравственного ущерба, так и объективные данные, свидетельствующие о степени нравственных и физических страданий потерпевшего (жизненная важность блага, бывшего объектом посягательства, тяжесть последствий правонарушения, характер и сфера распространения ложных сведений, жизненные условия потерпевшего и иные, заслуживающие внимания, обстоятельства). Соотношение возмещения убытков и возмещения морального вреда заключается в том, что моральный вред, в соответствии со ст. 352, возмещается сверх убытков, вызванных нарушением обязательства.

При множественности лиц на стороне должника по **характеру распределения ответственности** между ними различают долевую, солидарную и субсидиарную ответственность. Порядок определения множественности лиц сторон предусматривается [п. 2 ст. 269 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2690200). Правовое регулирование обязательства со множественностью лиц сторон и порядок распределения прав и обязанностей между лицами, представляющими одну из сторон обязательства, предусматривается ст. ст. 286-288 ГК. В соответствии с указанными нормами, при множественности лиц на стороне должника в обязательстве, условиями которого или в отношении которого нормами законодательства не определено конкретно обязательство каждого отдельного лица, возникает **долевое обязательство**. При этом считается, в связи с отсутствием каких-либо иных условий обязательства или предписаний законодательства в отношении такого обязательства о порядке определения обязанности отдельного лица, что доли каждого лица являются равными и каждый должник обязан исполнить обязательство в равной доле с другими должниками. Соответственно, в этом случае **ответственность** каждого лица **будет** также **долевой** и размер ответственности каждого будет равен между собой. Кредитор при этом вправе требовать исполнения, а также привлекать к ответственности каждого из лиц на стороне должника в размере равной доли.

В то же время условиями обязательства или нормами законодательства в отношении обязательства со множественностью лиц на стороне должника может быть установлен определенный порядок по распределению обязанностей по исполнению обязательства между отдельными лицами или по распределению ответственности между ними. В частности, могут быть установлены конкретные доли между лицами, выступающими в качестве одной стороны, и в этом случае ответственность каждого будет определяться соответственно его доле.

Условиями обязательства или нормами законодательного акта в отношении обязательства со множественностью лиц на стороне должника может быть установлено, что каждое отдельное лицо, выступающее на стороне должника, обязано выполнить обязательство полностью, т. е. установлено солидарное обязательство. В этом случае также возникает **солидарная ответственность** каждого отдельного лица, выступающего на стороне должника, и кредитор вправе привлекать любого из этих лиц к ответственности за нарушение обязательства в полном объеме. Безусловно, исполнение обязательства одним из лиц, выступающих на стороне должника, либо привлечение его к ответственности в полном объеме, освобождает других лиц от обязательств перед кредитором. Не получив от одного из солидарных должников полной суммы ответственности, кредитор может требовать недополученное от любого из других солидарных должников.

Условиями обязательства или нормами законодательного акта в отношении обязательства со множественностью лиц на стороне должника может быть определен основной должник, к которому в первоначальном порядке следует предъявлять требование об исполнении, и установлена возможность предъявления требований в неисполненной части к другим лицам, выступающим на стороне должника, при нарушении обязательства основным должником, т. е. установлено субсидиарное обязательство. Лица, обязанные исполнить обязательство при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства основным должником, именуются субсидиарными должниками. Соответственно, из субсидиарного обязательства возникает **субсидиарная ответственность**, особенности правового регулирования которой предусмотрены [ст. 357 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3570000). Субсидиарный должник, несущий субсидиарную ответственность, может быть привлечен к ответственности: во-первых, только после предъявления требований к основному должнику, во-вторых, только после неисполнения этих требований в полном объеме основным должником либо неполучения кредитором ответа от него в разумный срок, в-третьих, только после невозможности удовлетворения требований кредитора к основному должнику путем зачета встречного требования основного должника, и, в-четвертых, только в части, неисполненной основным должником. Субсидиарный должник до исполнения предъявленного к нему кредитором требования обязан предупредить об этом основного должника, а при предъявлении иска - привлечь основного должника к участию в деле. Неисполнение этой обязанности возлагает на субсидиарного должника риски неблагоприятных последствий при предъявлении ре-грессных требований впоследствии к основному должнику, так как в этом случае последний вправе предъявлять против регрессных требований субсидиарного должника, исполнившего основное обязательство и возложенную в связи с нарушением основного обязательства ответственность, все те возражения, которые он имел против кредитора.

По основанию нарушения обязательственного права кредитора лицом, являющимся должностным лицом должника (юридического лица или частного предпринимателя, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица) либо состоящим с должником в трудовых отношениях, различают особую разновидность ответственности, как **ответственность должника за действия своих работников**. Действия лиц, являющихся должностными лицами должника либо состоящих с должником в трудовых отношениях, по исполнению обязательства должника считаются действиями самого должника. Конечно, весьма условно разграничение такого вида ответственности, как ответственность должника за действия своих работников. Но выделение такого вида ответственности должника необходимо для отграничения самостоятельной ответственности лиц, хотя и являющихся должностными лицами должника или его работниками, по обязательствам, не относящимся к обязательствам должника, т. е. по действиям этих лиц, осуществляемым ими от своего лица и по своим обязательствам.

По основанию нарушения обязательственного права кредитора третьим лицом, состоящим с должником в договорных отношениях в связи с исполнением обязательства должника перед кредитором либо хотя и не в связи с этим, но когда действие или бездействие этих договорных контрагентов должника повлекли нарушение права кредитора, различают особую разновидность ответственности, как **ответственность должника за действия третьих лиц**. По общему правилу, ответственность по обязательству возлагается на должника, являющегося стороной обязательства. Какие-то иные обязательства третьих лиц перед должником, не связанные с его обязательством перед кредитором, но явившиеся основанием неисполнения или невозможности исполнения обязательства перед кредитором, не влияют на ответственность должника, на которого в соответствии с [ч. 1 п. 1 ст. 363 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3630000) возлагается ответственность вне зависимости от указанных обстоятельств, так как взаимоотношения должника с третьими лицами находятся вне сферы его отношений с кредитором. В частности, неисполнение третьих лиц по обязательствам перед должником по поставке сырья (например, строительных материалов) не влияет на ответственность должника перед кредитором по договору подряда на изготовление какого-то товара (например, строительство дома).

По общему правилу должник несет ответственность также и за действия или бездействия третьих лиц, на которых должником было возложено исполнение его обязанности перед кредитором. В отличие от ответственности должника за действия своих работников, ответственность должника за действия третьих лиц предполагает выступление последних от своего имени, их имущественную и юридическую обособленность. В качестве третьих лиц выступают договорные контрагенты должника по иным договорам. В отличие от субсидиарных должников, в данном случае рассматриваются контрагенты должника, не участвующие в обязательстве в качестве одного из участников на стороне должника. По общему правилу, если должник по другому договору возложил исполнение своего обязательства на третье лицо, это не влияет на ответственность должника, на которого, в соответствии с ч. 2 п. 1 ст. 363 ГК, возлагается ответственность вне зависимости от указанных обстоятельств, так как взаимоотношения должника с третьими лицами находятся вне сферы его отношений с кредитором. Исключение из указанного правила составляют случаи, когда законодательством предусматривается ответственность непосредственного исполнителя.

Например, неисполнение банком распоряжения должника по оплате товара по договору купли-продажи не освобождает должника от ответственности перед кредитором. Должник вправе впоследствии возложить возмещение возникших убытков в регрессном порядке на банк, нарушивший свое обязательство перед должником по исполнению его поручений, при наличии основания привлечения банка к ответственности (правонарушения со стороны банка), но это уже не относится к взаимоотношениям между должником и кредитором по обязательству купли-продажи.

В то же время, в силу прямого указания законодательства, например, по договору купли-продажи, в случае, когда продавец товара не является ее изготовителем, ответственность за ненадлежащее качество товара может быть возложена как на продавца, так и на изготовителя по выбору кредитора ([п. 3 ст. 428 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=4280300)).

Своеобразным видом ответственности является **ответственность кредитора перед должником по обязательству при просрочке в принятии исполнения**. Просрочкой кредитора по обязательству считается его отказ в принятии надлежащего исполнения, предложенного должником, или несовершение действий, предусмотренных законодательством или договором, либо вытекающих из обычаев делового оборота или существа обязательства, до совершения которых должник не мог исполнить своего обязательства (например, выборка товара покупателем, если она предусмотрена договором). Кредитор считается просрочившим также в случае отказа надлежаще подтвердить произведенное исполнение обязательства, например, когда такое подтверждение необходимо для снятия ограничений в распоряжении имуществом, предоставленным в залог для обеспечения исполнения обязательства должником. При просрочке кредитора должник вправе требовать возмещения убытков, причиненных просрочкой, и в этом случае стороны обязательства диаметрально меняют права и обязанности: кредитор по основному обязательству превращается в должника по обязательству возмещения убытков, должник - в кредитора.

§ 4. Условия ответственности за нарушение обязательства

**Основанием** применения к нарушителю субъективных обяза-тельственных гражданских прав мер ответственности за нарушение обязательства является **совершение** этим лицом **гражданско-правового правонарушения в виде неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.**

Совокупность всех необходимых условий для применения мер ответственности за нарушение обязательства составляет **состав правонарушения**. При этом необходимо отметить, что существуют общие, типичные условия наступления гражданско-правовой ответственности, которые свойственны всем или большинству случаев правонарушения, при диалектическом существовании специальных условий ответственности, свойственных лишь отдельным случаям или отдельным видам гражданских правонарушений.

**Общими**, традиционно признанными **условиями наступления гражданско-правовой ответственности** являются: 1. противоправное поведение нарушителя; 2. наличие убытков или вреда; 3. наличие причинной связи между противоправным поведением и наступившими вредоносными последствиями; 4. наличие вины правонарушителя.

Необходимо сразу оговориться, что, как уже упоминалось ранее, перечисленные условия не являются универсальными для всех составов конкретных правонарушений. Специальные условия для отдельных видов правонарушений могут и не включать в себя отдельные перечисленные условия.

Например, взыскание неустойки не требует, по общему правилу, наличия убытков. Состав правонарушения как основание взыскания неустойки, связанного с нарушением обязательства предпринимателем, исключает также и требование вины.

Общие условия ответственности традиционно классифицируют на две группы: объективную и субъективную сторону правонарушения. При этом к элементам объективной стороны относят: противоправное поведение; вредоносный результат деяния; причинную связь между деянием и вредоносным результатом. К элементу субъективной стороны относят, по общему правилу, вину, а иначе - психическое отношение субъекта к своему противоправному поведению и его последствиям в форме умысла или неосторожности, а также мотив и цель правонарушения.

Необходимо иметь в виду и то, что нарушение обязательства может быть различным, как могут быть различными и состав необходимых условий для применения мер гражданско-правовой ответственности, что обусловлено широким спектром видов гражданско-правовой ответственности (договорной, внедоговорной, солидарной, субсидиарной, долевой ответственности по возмещению морального вреда и т. д.), особенностями правового регулирования отдельных обязательств (например, хранение, поручение и т. д.), особенностями правового регулирования отдельных категорий имущества (например, относящегося к источникам повышенной опасности), особенностями регулирования ответственности отдельных субъектов имущественного оборота (например, ответственности предпринимателей при осуществлении ими предпринимательской деятельности).

Но и при всем многообразии форм и видов ответственности существует два общих принципа, объединяющих составы всех обязательственных правонарушений, в соответствии с которыми можно также состав условий правонарушений объединить в две группы, имеющие существенные различия в правовом регулировании. Это так называемые теорией гражданско-правовой ответственности **принцип вины** и **принцип причинения**, обусловливающие применение гражданско-правовой ответственности. Зачастую принцип причинения в юридической литературе именуется ответственностью, основанной на началах риска.

Основными разграничивающими характеристиками ответственности, основанной на принципе вины и принципе причинения, является то, что ответственность в соответствии с принципом вины предполагает наличие вины правонарушителя как необходимого условия для применения гражданско-правовой ответственности, в то же время для ответственности в соответствии с принципом причинения наличие вины как условия возложения гражданско-правовой ответственности не требуется. В то же время объединяющими условиями для применения ответственности в соответствии с принципом вины и принципом причинения являются, как правило, условия, относящиеся к объективной стороне правонарушения: противоправное поведение должника и причинно-следственная связь между этим поведением и правонарушением.

Спор об исключительности принципа вины или принципа причинения как основания гражданско-правовой ответственности довольно длительный и интернациональный в науке гражданского права. В то же время необходимо отметить, что в законодательстве (в объективном праве) всегда присутствовали виды ответственности, основанные как на принципе вины, так и на принципе причинения. Другое дело, что принцип причинения или принцип вины может являться генеральным, общим правилом, допуская при этом существование ответственности, основанной на другом принципе. К тому же диспозитивность гражданского законодательства и принцип свободы договора допускают, по общему правилу, возможность установления ответственности как на началах вины, так и на началах причинения.

Аналогичная ситуация существует и в гражданском законодательстве Казахстана, предусматривающем сочетание принципа вины и принципа причинения.

В соответствии гражданским законодательством Казахстана принцип вины, с некоторыми ограниченными исключениями, является генеральным принципом для возложения ответственности на правонарушителя, но допускается установление законодательством или договором ответственности из причинения.

Так, в соответствии с п. 1 ст. 359 ГК, должник отвечает за нарушение обязательства по общему правилу, при наличии вины. Иные основания ответственности должника за нарушение обязательства, в частности, установление ответственности без вины, только на основании факта нарушения права, могут быть предусмотрены законодательством или договором. То есть, по общему правилу необходимым условием состава правонарушения при умолчании норм законодательства или условий договора является вина. Допустимо установление ответственности без вины условиями договора, если только нормы законодательства не содержат императивных положений о наличии вины как одного из обязательных условий ответственности.

Помимо этого, гражданским законодательством для отдельных, прямо предусмотренных законодательными актами видов обязательств, и для отдельных, прямо определенных законодательными актами субъектов имущественного оборота, определяющим значением которых является либо обладание определенной категорией имущества либо осуществление определенного рода деятельности, прямо преду-смотрен генеральный принцип причинения для возложения ответственности, при этом допуская с некоторыми исключениями возможность установления виновной ответственности для этих случаев на основании законодательства или договора.

Так, в соответствии с [п. 2. ст. 359 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3590200), предусмотрен принцип причинения для **ответственности предпринимателя** по обязательствам, осуществляемым в связи с его предпринимательской деятельностью. Ответственность такого лица по таким обязательствам наступает, по общему правилу, без вины, в то же время иные основания ответственности, в т. ч. и основанные на принципе вины, могут быть установлены законодательством или договором. В то же время по обязательствам такого субъекта, не относящимся к предпринимательской деятельности, применяются общие положения п. 1 ст. 359, устанавливающей ответственность должника на основании вины.

Примером установления гражданским законодательством принципа причинения при возложении ответственности на отдельных, прямо определенных законодательными актами субъектов имущественного оборота, определяющим значением которых является обладание определенной категорией имущества, служит ответственность владельцев имущества, относящегося к **источникам повышенной опасности.** Данный принцип заложен, в частности, в нормах ГК об обязательствах из причинения вреда, предусматривающих ответственность без вины владельцев источников повышенной опасности, при общем правиле виновной ответственности иных лиц по таким обязательствам ([ст. 931 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=9310000)). К источникам повышенной опасности относятся, в частности, транспортные средства, промышленные производства, деятельность которых представляет опасность для здоровья и жизни людей, и т. п. При этом ответственность за вред, нанесенный имуществом, относящимся к источникам повышенной опасности, несут лица, которые владеют этим имуществом на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления либо на любом другом законном основании (доверенности на право управления транспортным средством, договоре имущественного найма, в силу распоряжения компетентного органа о передаче источника повышенной опасности и т. п.).

Примером установления принципа причинения для отдельных, прямо предусмотренных законодательными актами видов обязательств, является **ответственность хранителя**, осуществляющего хранение в силу предпринимательской деятельности, за несохранность поклажи. Так, хранитель, осуществляющий хранение в качестве предпринимательской деятельности ([ст. 799 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=7990000)), и подрядчик по недостаткам, обнаруженным в течение гарантийного срока ([ст. 665 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=6650000)), несут ответственность без вины на основании самого факта ущерба (вреда).

Но все же необходимо отметить, что условие вины как основание ответственности за нарушение обязательственного права является общим правилом и что большинство норм, предусматривающих правовое регулирование обязательств и санкций за их нарушение (например, нормы ГК о купле-продаже, аренде и т. д.), не содержат особенностей ответственности должника, в частности, не предусматривают ответственности без вины за нарушение обязательства. В этих случаях действуют общие нормы п. 1 ст. 359 ГК, и вина является общим условием для привлечения должника к гражданско-правовой ответственности, если, конечно, законодательными актами или договором не предусмотрено иное.

В ряде случаев при решении вопроса, относится ли вина к необходимому условию состава правонарушения, необходимо учитывать содержание существенно различных норм п. п. 1 и 2 ст. 359. В част-ности, правовое регулирование неустойки и основания ее взыскания имеет только отсылку к ст. 359, предусматривающей условия привлечения должника к ответственности. Ответственность должника за нарушение обязательства в виде уплаты неустойки возможна при соблюдении условий, предусмотренных ст. 359 ГК. В то же время применение неустойки в обязательствах, относящихся к осуществляемым или не осуществляемым в предпринимательской деятельности, существенно меняет значение условия вины как необходимого условия в составе правонарушения. При применении неустойки в связи с нарушением обязательства, осуществляемого предпринимателем в качестве предпринимательской деятельности, вина не является, по общему правилу, необходимым условием. При применении неустойки по иным обязательствам вина является необходимым условием для привлечения правонарушителя к ответственности. Это правило необходимо учитывать при применении иных санкций, относящихся к мерам гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательства. Так, нормы, регулирующие задаток, не предусматривают каких-либо отсылок к ст. 359 и не содержат особенностей привлечения к ответственности стороны, ответственной за нарушение обязательства, обеспеченного задатком. Тем не менее, и при задатке действуют положения об условиях привлечения к ответственности, закрепленные в ст. 359 ГК.

Одним из условий, имеющим, в соответствии со ст. 365 ГК, существенное значение для определения размера ответственности, является **просрочка исполнения обязательства**. Помимо того, что должник, просрочивший исполнение, отвечает перед кредитором за убытки, причиненные просрочкой, на должника также возлагаются все риски неблагоприятных последствий, наступившие во время просрочки, что, безусловно, может влиять на увеличение неблагоприятных дополнительных лишений для него, т. е. увеличивать размер его ответственности. В частности, на должника возлагается ответственность за случайную невозможность исполнения обязательства, возникшую во время его просрочки, а также за утрату интереса кредитора к исполнению обязательства вследствие просрочки должника, при которой кредитор вправе отказаться от принятия исполнения и потребовать возмещения убытков.

§ 5. Основания освобождения от ответственности за нарушение
обязательства

**Общие положения об основаниях освобождения от ответственности.**Для различных видов правонарушений может существовать свой определенный состав, т. е. определенный перечень условий, при наличии которых возможно возложение ответственности на правонарушителя. Генеральным основанием освобождения должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства является **отсутствие состава правонарушения**, т. е. отсутствие даже какого-то одного условия, необходимого для привлечения к ответственности. Так, если в состав правонарушения входит вина (по ответственности, основанной на принципе вины), то отсутствие вины лица, нарушившего субъективное гражданское право, безусловно, освобождает его от ответственности.

Если в состав правонарушения входит такое условие, как убытки, то их отсутствие также является основанием освобождения нарушителя права от предусмотренной за нарушение ответственности.

Даже для ответственности, основанной на принципе причинения, существует определенный состав правонарушения, который включает в себя объективные условия, т. е. условия, относящиеся к объективной стороне правонарушения. Это, как правило (но не всегда, так как для каждого вида ответственности может существовать свой специальный состав правонарушения), противоправное поведение должника, наличие вредоносного результата деяния и причинная связь между противоправным деянием и вредоносным результатом. Так, для ответственности предпринимателя необходим объективный факт нарушения обязательства, для ответственности владельца источника повышенной опасности - факт вредоносного результата от деятельности источника повышенной опасности, для ответственности хранителя, осуществляющего хранение в качестве предпринимательской деятельности - факт утери, ухудшения качества поклажи и т. д. И для ответственности, основанной на принципе причинения, отсутствие какого-то необходимого элемента состава правонарушения, относящегося к объективным условиям, также будет основанием освобождения должника от ответственности.

Опосредованным основанием освобождения обязанного лица за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства является **невозможность исполнения обязательства***.* При этом необходимо иметь в виду, что указанное основание может освобождать от ответственности только при соблюдении определенных правил.

Невозможность исполнения, как основание освобождения от ответственности, напрямую связана с невозможностью исполнения как основания прекращения обязательства, предусмотренного ст. 374 ГК. Следовательно, невозможность исполнения обязательства либо невозможность надлежащего исполнения обязательства является основанием освобождения от ответственности только в тех случаях, когда она служит основанием прекращения обязательства. Поэтому, коль скоро невозможность исполнения обязательства как основание его прекращения не распространяется на денежные обязательства, то она не является основанием освобождения от ответственности и по денежным обязательствам.

Невозможность исполнения обязательства может быть признана основанием освобождения от ответственности за неисполнение обязательства, если только эта невозможность вызвана обстоятельствами, за которые должник не отвечает: при ответственности, основанной на принципе вины - при отсутствии вины, а при ответственности, основанной на принципе причинения - только при наличии обстоятельств, исключающих его ответственность за неисполнение обязательства. К таким обстоятельствам относятся, как правило, чрезвычайные и непредотвратимые обстоятельства, т. е. непреодолимая сила (стихийные явления в виде землетрясений, наводнений, военные действия, аварии стихийного характера и т. п.). Поэтому невозможность исполнения обязательства нельзя определить как непосредственно отдельное основание освобождения от ответственности. Невозможность исполнения обязательства — опосредованное основание освобождения от ответственности, всегда связанное с таким основанием, как отсутствие состава правонарушения (для ответственности, основанной на принципе вины), либо с основаниями освобождения от ответственности, основанной на принципе причинения (отсутствие состава правонарушения либо невозможность исполнения, вызванная непреодолимой силой).

При возникновении невозможности надлежащего исполнения обязательства должник обязан, в соответствии с п. 1 ст. 349 ГК, незамедлительно известить кредитора об этом, так как данная невозможность признается основанием освобождения от ответственности только с момента незамедлительного извещения об этом кредитора. В противном случае на должника возлагается ответственность за период времени между моментом возникновения невозможности надлежащего исполнения и временем, когда он известил кредитора или когда кредитор узнал (должен был узнать) о такой невозможности.

Другое опосредованное основание освобождения должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства вытекает из порядка привлечения должника к ответственности.В соответствии с п. 2 ст. 349 ГК, должник привлекается к ответственности по требованию кредитора. С учетом сроков исковой давности либо конкретных пресекательных сроков для заявления требований по привлечению правонарушителя к ответственности (например, гарантийного срока при продаже товара, на который установлен гарантийный срок, гарантийного срока качества работ по договору подряда и т. д.), **незаявление кредитором требования в пределах срока исковой давности либо в пределах установленного срока для предъявления требований** по привлечению к ответственности также является основанием для освобождения правонарушителя от ответственности.

Истечение срока исковой давности или пресекательного срока для привлечения должника к ответственности автоматически не влечет прекращения гражданско-правовой ответственности в материальном смысле слова. Должник вправе добровольно исполнить обязательство, вытекающее из его юридической ответственности, даже по истечении указанных сроков. В то же время истечение указанных сроков влечет прекращение обеспечения исполнения обязательства государственным принуждением (прекращает право на иск) и должник, заявив об истечении сроков исковой давности или о пропуске пресекательного срока для привлечения к ответственности, освобождается от ответственности за нарушение обязательства. С учетом генерального принципа гражданского права о судебном порядке защиты гражданских прав, лишение кредитора права на судебное принуждение и принудительное судебное привлечение правонарушителя к ответственности влечет прекращение ответственности для правонарушителя, кроме случаев добровольного принятия им на себя ответственности по истечении указанных сроков.

Общим основанием для освобождения должника полностью или частично от ответственности, основанной как на принципе вины, так и на принципе причинения, за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства является **вина (умысел или неосторожность) кредитора** в нарушении обязательства. Вина кредитора может проявляться в различных обстоятельствах. Это может быть вина кредитора в нарушении отдельных условий договора или положений иного внедоговорного обязательства, например, нарушение покупателем по договору поставки правил приемки товара от транспортной организации, неправильная эксплуатация заказчиком объекта договора строительного подряда в течение гарантийного срока, умысел или грубая неосторожность потерпевшего по обязательству, возникшему из причинения вреда, и т. д. При этом основанием уменьшения или исключения ответственности должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства по вине кредитора будут являться виновные (умышленные или неосторожные) действия должника, как содействовавшие нарушению обязательства, так и его бездействие (непринятие разумных мер) по уменьшению ответственности должника.

Просрочка кредитора в принятии надлежащего исполнения со стороны должника также является, в соответствии со ст. 366 ГК, основанием освобождения должника от ответственности, основанной как на принципе вины, так и на принципе причинения. Должник освобождается от ответственности с момента просрочки кредитора за последствия, произошедшие после просрочки кредитора.

**Основания освобождения от ответственности по отдельным видам ответственности.** Для видов **ответственности, основанной на принципе вины**, главным основанием освобождения от ответственности является **отсутствие вины** в действиях обязанного лица даже при нарушении обязательственного субъективного гражданского права. Необходимо в связи с этим также отметить, что, в соответствии с п. 1 ст. 359 ГК, предусматривается общее диспозитивное правило, в соответствии с которым в случае нарушения обязательства предполагается вина должника и на него возлагается бремя доказывания отсутствия вины. Иное может быть предусмотрено законодательством (в частности, по ответственности за нарушение личных неимущественных прав, также основанной на принципе вины, предполагается обратная презумпция - презумпция невиновности должника, и бремя доказывания вины возлагается на потерпевшего) или договором. Принятие должником всех зависящих от него мер по надлежащему исполнению обязательства, в т. ч. по предотвращению его нарушения, исключает вину должника. Поэтому, если должник докажет, что предпринял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства, то он признается невиновным и освобождается от ответственности, основанной на принципе вины.

Для **ответственности, основанной на принципе причинения**, главным основанием освобождения должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства является **непреодолимая сила.**

Под непреодолимой силой понимается квалифицированное объективное случайное событие, которое стороны по обязательству не могли и не должны были предвидеть при той степени заботливости и осмотрительности, какая требуется при нормальном развитии исполнения обязательства и по условиям гражданского оборота, и которое не зависит от сознания и воли сторон, не связано с деятельностью ответственного лица. Непреодолимая сила - чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях событие, при этом чрезвычайность, как правило, должна вытекать по источнику возникновения события, ее масштабу, интенсивности, неординарности. Чаще всего непреодолимой силой признаются явления стихийного характера, например, наводнение, буря, землетрясение, извержение вулкана и т. п. В то же время непреодолимой силой могут быть признаны и иные случайные события и непосредственно вызванные ими последствия: авария стихийного характера (авария на ядерном объекте или ином объекте, деятельность которого создает повышенную опасность для окружающих, авария космического объекта и т. д.), военные действия, забастовка и т. д. В то же время не могут быть признаны непреодолимой силой отсутствие на рынке необходимых для исполнения обязательства товаров, работ или услуг, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие денежных средств у должника для исполнения обязательства и т. д., которые либо связаны с деятельностью самого ответственного лица, либо относятся к понятию нормально допустимого предпринимательского риска.

Непреодолимая сила может являться основанием освобождения от ответственности, основанной на принципе причинения, только при наличии причинной связи между непреодолимой силой и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником. При отсутствии такой причинной связи должник не может быть освобожден от ответственности. По общему правилу, бремя доказывания причинной связи между непреодолимой силой и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства возлагается на должника.

Непреодолимая сила не освобождает от ответственности, основанной на принципе причинения, если только в законе содержится прямое указание о том, что ответственность исключает только умысел потерпевшего либо что ответственность наступает и при действии непреодолимой силы (безусловная ответственность). Следовательно, для отдельных видов ответственности, основанной на принципе причинения, непреодолимая сила не освобождает от ответственности должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. Для отдельных видов ответственности, основанной на принципе причинения, законодательными актами могут быть предусмотрены иные, чем непреодолимая сила, дополнительные основания освобождения от ответственности, в частности, умысел потерпевшего.

По общему правилу, непреодолимая сила, в соответствии с п. 2 ст. 359 ГК, освобождает от ответственности лицо, не исполнившее или ненадлежаще исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности. Иное может быть установлено договором либо законодательством. Законодательством или договором также могут быть предусмотрены дополнительно к непреодолимой силе иные основания освобождения от ответственности должника за нарушение им обязательства, осуществляемого в ходе предпринимательской деятельности.

Основанием освобождения от ответственности хранителя, осуществляющего хранение в силу своей предпринимательской деятельности и несущего ответственность, основанную на принципе причинения, является непреодолимая сила, **свойства хранимой вещи** (случай) либо **вина поклажедателя** в гибели поклажи в виде умысла или грубой неосторожности.

По общему правилу, основанием освобождения владельца источника повышенной опасности от ответственности за причиненный источником повышенной опасности вред является непреодолимая сила и **умысел потерпевшего.**

Особым случаем и разновидностью гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательства является **безусловная ответственность**, выделяемая по признаку отсутствия оснований для освобождения от ответственности. Безусловная ответственность за нарушение обязательства, т. е. ответственность, не допускающая каких-либо оснований для освобождения от нее, является исключением из общего правила, в соответствии с которым не может быть безграничной ответственности. Случаи безусловной ответственности являются исчерпывающими, и они должны быть прямо предусмотрены в законодательных актах. В качестве примера безусловной ответственности можно назвать, в частности, предусмотренную [Конвенцией](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007533) о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, от 29 марта 1972 г. (к которой Республика присоединилась в соответствии с [Законом](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007814) Республики Казахстан от 15 мая 1997 г.).

Глава 31. Прекращение обязательства

§ 1. Понятие и основания прекращения обязательства

**Прекращение обязательства** означает прекращение составляющих его содержание прав и обязанностей сторон. Для прекращения обязательства необходимо наступление определенных правопрекращающих юридических фактов - **оснований прекращения обязательств**. Перечень оснований дан в [п. 1 ст. 367 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3670000).

Существует ряд **классификаций** оснований прекращения обязательства. Например, одни основания являются односторонними (зачет) или двусторонними (отступное) сделками, другие основания (совпадение в одном лице должника и кредитора) таковыми не являются.

Однако, наиболее распространенным является деление оснований на:

основания, наступающие по воле сторон (надлежащее исполнение, отступное, зачет, новация, прощение долга);

основания, прекращающие обязательство независимо от воли сторон (совпадение должника и кредитора в одном лице, невозможность исполнения обязательства, издание акта государственного органа, смерть гражданина, ликвидация юридического лица).

Прекращение обязательства **по требованию одной из сторон** допускается только в случаях, предусмотренных законодательством (п. 2 ст. 367).

Под прекращением обязательства по требованию одной из сторон понимается прежде всего односторонний отказ от исполнения обязательства [(ст. ст. 273](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2730000), [401](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=4010000) и [404](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=4040000) ГК).

Перечень, данный в п. 1 ст. 367 ГК, **не является закрытым**. Законодательством или договором могут быть предусмотрены иные основания прекращения обязательств. Например, при разделении и выделении кредитор реорганизуемого юридического лица вправе потребовать досрочного прекращения обязательства, должником по которому является это юридическое лицо ([п. 2 ст. 48](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=480200)). Ряд оснований предусмотрен для прекращения поручительства и гарантии ([ст. 336 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3360000)). При уменьшении объявленного уставного капитала акционерного общества кредиторы акционерного общества вправе потребовать досрочного прекращения или исполнения соответствующих обязательств и возмещения им убытков ([ст. 15](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1009818#sub_id=150000) Закона об акционерных обществах).

§ 2. Отдельные способы прекращения обязательств

**Исполнение обязательства** (ст. 368 ГК). Прекращает обязательство только надлежащее исполнение (ст. 272). При ненадлежащем обязательство не прекращается, напротив, возникают дополнительные обязанности (по уплате неустойки, возмещению убытков и т. п.).

Задержка исполнения должником по вине кредитора, во-первых, освобождает должника от ответственности за просрочку исполнения, а во-вторых, влечет за собой просрочку кредитора (ст. 366 ГК).

**Отступное** (ст. 369 ГК). Отступное является новым основанием прекращения обязательства, которого не было раньше в Гражданском кодексе (отступное широко применялось в дореволюционной России). Смысл отступного заключается в том, что производится исполнение путем передачи взамен предмета обязательства другого имущества или денег. Может быть также предложено выполнение работ или оказание услуг.

По аналогии закона, так же, как в новации (ст. 372), нельзя признать допустимым применение отступного в отношении обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью, и по уплате алиментов.

Уплата денежной суммы, установленной в качестве отступного, освобождает должника от исполнения обязательства в натуре (ст. 354).

Разнообразны варианты практического применения отступного в предпринимательской деятельности. Например, договор займа обеспечен залогом имущества. При неисполнении обязательства кредитор хотел бы обратить взыскание на предмет залога, но для этого ему необходимо обращаться в суд или выставить имущество на торги, и только после реализации имущества удовлетворить из стоимости имущества свои требования. Между тем, кредитор согласен удовлетвориться самим заложенным имуществом, должник против этого не возражает. Теперь кредитор и должник могут за-ключить соглашение об отступном: должник вместо денег передает кредитору имущество, обязательство прекращается.

**Прекращение обязательства зачетом** (ст. 370 ГК). При зачете встречные однородные требования прекращаются в случае равенства их по размеру. Если же сумма одного требования превышает сумму другого, меньшее обязательство погашается полностью, а большее — в части (например, если один гражданин должен другому 5000 тенге, а потом продал ему костюм за 4000 тенге, он вправе зачесть эту сумму в счет долга, тогда заемное обязательство сохранится в отношении 1000 тенге).

Для зачета необходимо соблюдение трех условий:

предъявляемые к зачету требования должны быть **встречными**, т. е. два лица должны быть по отношению друг к другу по двум обязательствам одновременно должниками и кредиторами (в вышеприведенном примере первый гражданин является должником по заемному обязательству и одновременно кредитором в части уплаты денег в обязательстве купли-продажи костюма);

требования должны быть **однородными**. На практике зачет производится обычно в отношении требований по денежным платежам. Если же встает вопрос о зачете вещей, это должно быть одноименные родовые вещи одинакового качества ( мука на муку, яблоки на яблоки и т. п.);

по обоим требованиям **срок исполнения должен наступить** (например, кончился 2-месячный срок, на который давались взаймы деньги), либо он вовсе не был установлен (просто дал деньги взаймы, не определяя срок возврата)‚ либо определяется моментом востребования (деньги в долг даются с условием вернуть по первому требованию).

В последнем случае правила о разумном сроке и 7-дневном сроке исполнения ([ст. 271 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2710000)) не применяются, так как исполнение фактически не производится.

Для зачета согласия другой стороны не требуется, заявление одной стороны рассматриваются как односторонняя сделка (ст. 148). Однако, другая сторона вправе оспорить в судебном порядке как действительность предъявленного к зачету требования, так и наличие условий, необходимых, согласно ст. 370, для осуществления зачета.

В то же время зачет встречных требований может быть произведен и по соглашению сторон, а также при разрешении споров в суде при предъявлении встречного иска.

Хотя в ст. 370 говорится о зачете “встречного однородного требования” (т. е. одного требования), это не исключает возможности предъявить к зачету и несколько однородных требований, отвечающих условиям этой статьи ГК.

Следует отметить, что получивший на практике “взаимозачет долгов предприятий” не имеет ничего общего с гражданско-правовым способом прекращения обязательств. Взаимозачет производится административными распоряжениями, порой между целыми отраслями предприятий, на самом деле это просто списание и погашение долгов. Это антирыночный механизм, так как при такой системе выигрывают слабые и неработающие организации, а сильнейшие и эффективно работающие (без долгов) оказываются в проигрыше.

В п[. 2 ст. 370 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3700200) перечисляются случаи, когда **не допускается зачет требований**:

1) если по заявлению одной из сторон к требованию подлежит применение срока исковой давности и этот срок истек;

2) о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью;

3) о взыскании алиментов;

4) о пожизненном содержании;

5) в иных случаях, предусмотренных законодательством или договором.

В п. 2 ст. 370 ГК перечислены основные случаи, когда зачет требований не допускается.

Недопустимость зачета требования, по которому истек срок исковой давности, применяется при наличии заявления одной из сторон. Поэтому при отсутствии заявления зачет может быть произведен. Следует учитывать также, что по требованиям граждан суд в исключительных случаях вправе восстановить пропущенный срок давности ([ст. 185](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1850000)).

Остальные случаи, перечисленные в статье, касаются в основном денежного содержания гражданина, где зачет действительно недопустим.

**Совпадение должника и кредитора в одном лице** (ст. 371 ГК)**.** Совпадение должника и кредитора возникает, например, когда акционерное общество выкупает у акционера его акции с целью их погашения и уменьшения уставного капитала; должник выкупает у кредитора долговой документ (вексель), арендатор приобретает у арендодателя арендованное имущество и т. п.

В отношениях между гражданами обязательство прекращается совпадением должника и кредитора в одном лице при переходе имущества по наследству от должника кредитору, и наоборот.

В отношениях между юридическими лицами прекращение обязательства по указанной причине может иметь место при реорганизации юридических лиц путем слияния их или присоединения одного к другому (см. ст. 45).

Если обстоятельства, вызвавшие совпадение должника и кредитора в одном лице, в дальнейшем отпали, ранее существовавшее обязательство восстанавливается только в отношениях между гражданами (например, должник наследует имущество кредитора, объявленного умершим, а тот фактически жив).

При разделении же ранее слившихся юридических лиц прежнее обязательство не восстанавливается, судьба прежних обязательств определяется заново по составленному разделительному балансу.

**Новация** (ст. 372 ГК). Новация есть соглашение о замене одного обязательства другим между теми же лицами (например, обязательство по уплате денег по договору купли-продажи может быть путем новации заменено заемным обязательством между теми же лицами). В этом случае уже действуют нормы о новом обязательстве (договоре займа).

Поскольку прежнее обязательство прекращается, то вместе с ним прекращаются и все дополнительные (залог, поручительство и др.), хотя сторонам, конечно, не возбраняется предусмотреть их в новом обязательстве. Срок исковой давности по новому обязательству начинает течь со дня заключения договора новации. Новое обязательство может заменить только действительное, т. е. фактически действующее. Если прежнее обязательство будет признано недействительным, таковым же признается и новое.

Соглашение не может прекратить обязательство, если оно будет противоречить цели и сущности обязательства (обязательство о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, по уплате алиментов и т. п.).

Следует отметить определенную общность новации и отступного. В то же время между ними есть различия, заключающиеся прежде всего в том, что единственной целью отступного является прекращение обязательства и всех дальнейших отношений между сторонами. Целью новации является главным образом не прекращение обязательства, а создание нового.

Новацию необходимо отличать и от изменения отдельных условий обязательства (о сроке и месте исполнения, о порядке платежа и т. п.). В этих случаях обязательство не прекращается, а изменяется.

К дополнительным обязательствам, которые прекращаются вместе с новацией, можно отнести залог, поручительство, другие способы обеспечения исполнения обязательства ([ст. 292 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2920000)), а также право на получение вознаграждения (интереса) по денежному обязательству.

Право на возмещение убытков не подлежит прекращению, так как возмещение убытков нельзя признать дополнительным обязательством, оно имманентно присуще любому обязательству, и новация не может его прекратить.

**Прощение долга.** В соответствии со ст. 373 ГК, “обязательство прекращается освобождением кредитором должника от лежащих на нем обязанностей, если это не нарушает прав других лиц в отношении имущества кредитора”.

Прощение долга рассматривается как односторонняя сделка (ст. 154), совершаемая кредитором.

Кредитор не вправе простить должнику долг, если это нарушает права третьих лиц, и третьему лицу удастся это доказать.

Иногда прощение долга может нарушить и интересы должника, например, в обязательствах со встречным исполнением. Поэтому должник может или отказаться от прощения долга или потребовать исполнения встречного обязательства. Например, если по договору купли-продажи телевизора продавец освобождает должника от уплаты денег, это не освобождает его от обязанности передать телевизор покупателю. В противном случае будет иметь место односторонний отказ от исполнения обязательства без достаточных оснований.

**Прекращение обязательства невозможностью исполнения.** В соответствии со [ст. 374 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3740000), обязательство прекращается невозможностью исполнения, если оно вызвано обстоятельством, за которое должник не отвечает.

Если невозможность исполнения была вызвана обстоятельством, за которое должник отвечает, обязательство не прекращается, а лишь изменяется, так как для виновной стороны обязанность исполнения преобразуется в обязанность возместить причиненные контрагенту убытки, оплатить неустойку и прочее. Речь здесь идет практически об основаниях освобождения должника от ответственности. По общему правилу, таким основанием является отсутствие вины должника в наступлении невозможности исполнения, т. е. должник не отвечает за случайно наступившую невозможность исполнения. Бремя доказывания отсутствия вины в наступлении невозможности исполнения обязательства возлагается на лицо, нарушившее обязательство ([п. 1 ст. 359 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3590000)).

Однако, из этого общего правила есть исключения, связанные с предпринимательским риском. В предпринимательских отношениях невозможность исполнения обязательства, по общему правилу, может иметь место лишь в случае действия обстоятельств, признаваемых непреодолимой силой, поскольку в остальных случаях, в т. ч. когда причиной неисполнения обязательств явились случайные обстоятельства, не зависящие от должника, последний, тем не менее, будет нести ответственность (п. 2 ст. 359).

В денежных обязательствах невозможность исполнения как основание прекращения обязательства исключается.

Невозможность исполнения может быть физической (гибель индивидуально определенной вещи, смерть гражданина и т. п.) и юридической (запрет компетентного государственного органа). Нельзя признать наступление невозможности исполнения в случае экономических затруднений в исполнении обязательства.

В случае невозможности исполнения обязательства договор может быть изменен или расторгнут по заявлению одной стороны (ст. 404).

В ст. 374 ГК закреплена обычная практика о праве каждой из сторон, исполнившей обязательство, требовать исполненное обратно. Исключение сделано для случаев, когда невозможность исполнения должником обязательства наступила вследствие виновных действий кредитора, в этом случае кредитор лишается права требовать возвращения исполненного им по обязательству.

**Прекращение обязательства на основании акта государственного органа.** В соответствии со ст. 375 ГК, если в результате издания акта государственными органами, включая местные представительные и исполнительные органы (публичного акта), исполнение обязательства становится невозможным полностью или частично, обязательство прекращается полностью или в соответствующей части. Стороны, понесшие в результате этого убытки, вправе требовать их возмещения.

В ст. 375 ГК вводится понятие публичного акта, под которым понимается акт государственного органа, включая местные представительные и исполнительные органы.

Понятие государственного органа определяется в соответствии с Конституцией Республики Казахстан, законодательными актами о Президенте Республики Казахстан, Правительстве Республики Казахстан, Парламенте Республики Казахстан и другими законодательными актами.

Публичный акт должен обладать юридической силой, чтобы сделать невозможным исполнение обязательства (например, запрет отгрузки или поставки в определенных направлениях или в определенные местности, арест имущества и т. п.).

Стороны имеют право на возмещение убытков в соответствии с п. 5 ст. 9 ГК, в котором говорится об убытках, понесенных в результате издания несоответствующего законодательству акта органа государственной власти, иного государственного органа, а также действиями (бездействием) должностных лиц этих органов. То есть убытки, причиненные актами, изданными правомерно, в пределах компетенции государственного органа, не возмещаются.

Возмещение производится Республикой Казахстан или соответственно административно-территориальной единицей в зависимости от того, республиканский или местный орган издал акт (ст. 9).

В случае признания в установленном порядке недействительным публичного акта, на основании которого обязательство прекратилось, обязательство восстанавливается, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа обязательства и исполнение не утратило интерес для кредитора ([п. 2 ст. 375](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3750200)).

**Прекращение обязательства смертью гражданина.** В ст. 376 ГК установлено, что обязательство прекращается смертью должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника. Обязательство прекращается смертью кредитора, если исполнение предназначено лично для кредитора либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью кредитора.

Правила ст. 376 ГК должны применяться также в случае объявления гражданина умершим (ст. 31).

Смертью должника или кредитора прекращаются только обязательства, имеющие личный характер (например, смертью писателя прекращается авторский договор, смертью доверителя или поверенного прекращается договор поручения и т. п.). Из этого правила есть некоторые исключения. Так, в отношениях по договору комиссии в случае смерти комитента комиссионер обязан продолжать исполнение данного ему поручения до тех пор, пока от правопреемника или представителей комитента не поступят надлежащие указания ([п. 2 ст. 882 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=8820200)).

В остальных обязательствах, не связанных с личностью должника и кредитора, в результате смерти кого-либо из них прекращение обязательства не происходит, имеет место переход прав и обязанностей по наследству по принципу правопреемства.

Правовые последствия при прекращении обязательства смертью гражданина, если обязательство было частично исполнено, определяются в соответствии с нормами об обязанности возврата неосновательно приобретенного или сбереженного имущества.

**Прекращение обязательства ликвидацией юридического лица.** В соответствии с [п. 1 ст. 377](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3770000) ГК обязательства прекращаются ликвидацией юридического лица (должника или кредитора), кроме случаев, когда законодательством исполнение обязательства ликвидированного юридического лица возлагается на другое юридическое лицо (по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни и здоровью и др.).

Прекращение юридических лиц производится в форме ликвидации и реорганизации. Обязательство прекращается только при ликвидации юридических лиц. При реорганизации оно не прекращается, а переходит к правопреемникам (ст. 46).

Порядок ликвидации юридического лица и расчетов с кредиторами определяются [ст. ст. 50-57 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=500000), а также Законом о банкротстве.

Претензии кредиторов, не удовлетворенные за недостатком имущества ликвидируемого юридического лица, а также не заявленные до утверждения ликвидационного баланса, считаются погашенными. Погашенными считаются также требования кредиторов, не признанные ликвидационной комиссией, если кредитор не обращался с иском в суд, и требования, в удовлетворении которых решением суда кредитору отказано (п. 6 ст. 51 ГК).

Прекращение деятельности или реорганизация государственных органов, включая местные представительные и исполнительные органы, не влечет прекращения обязательств, в которых такие органы являлись должниками. Исполнение указанных обязательств возлагается на орган, в распоряжении которого находятся средства бюджета, если иное не предусмотрено решением о прекращении деятельности или реорганизации соответствующих органов ([п. 2 ст. 377 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3770200)).

Глава 32. Общие положения о договоре

§ 1. Понятие договора

**Понятие договора**. Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей ([п. 1 ст. 378 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3780000)).

Термин “договор” употребляется в гражданском законодательстве в различных значениях: юридический факт, из которого возникает обязательство; само это договорное обязательство; документ, которым оформлено договорное обязательство.

Договор выступает как **юридический факт**, на основе которого возникает, изменяется или прекращается правоотношение. Следовательно, договор является одним из **оснований** возникновения гражданских прав и обязанностей (ст. 7).

В соответствии с [п. 1 ст. 148](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1480000) сделки могут быть односторонними и двух- или многосторонними (договоры). Следовательно, договор является сделкой и к договору применяются правила о двух- и многосторонних сделках (п. 2 ст. 378), в частности, о форме и регистрации сделки, о признании сделки недействительной и т. д.).

Понятие “односторонние и многосторонние сделки” следует отличать от понятия “односторонние и взаимные договоры”. Односторонняя сделка не относится к договорам, так как для ее совершения не требуется соглашения сторон, достаточно волеизъявления одной стороны (об односторонних и взаимных договорах см. § 3 настоящей главы).

Отличие договора от других сделок и других юридических фактов в том, что договор есть **соглашение сторон**. Поэтому, в соответствии с п. 3 ст. 148, для совершения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двухсторонняя сделка) либо трех или более сторон (многосторонняя сделка).

Подавляющее большинство договоров являются **двухсторонней сделкой**, поскольку из договора возникает, как правило, обязательственное правоотношение, а для обязательства характерно наличие двух сторон, интересы которых противоположны: одна имеет право требования (кредитор), другая - корреспондирующую этому праву обязанность (должник).

 Примером многосторонней сделки может служить договор о совместной деятельности ([ст. 228 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2280000)).

Особенностью этого договора является то, что стороны его обязуются совместно действовать для достижения общей хозяйственной цели, т. е. в данном случае интересы сторон направлены на достижение общей хозяйственной цели и в результате этой деятельности возникает общая собственность. Недаром договор о совместной деятельности (простое товарищество) помещен не в разделе “Обязательственное право”, а в разделе, посвященном праву собственности, сразу после главы об общей собственности (ст. 228 ГК).

К многосторонним договорам применимы, как правило, общие положения о договоре. Однако, некоторые нормы неприменимы в силу особенностей многосторонних договоров, о которых речь шла выше. В частности, вряд ли можно применить к многостороннему договору положения о публичном договоре ([ст. 387 ГК),](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3870000) о договоре в пользу третьего лица (ст. 391), определенная специфика должна быть в применении норм о заключении договора.

Существенно новым моментом ГК РК является заложенное в нем положение о том, что “из договора может возникнуть обязательственное, вещное, авторское или иное правоотношение ([п. 1 ст. 379](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3790000)). Данного положения не было в прежнем законодательстве. Нет его и в ГК других государств-членов СНГ.

Гражданско-правовой договор обычно связывают с **обязательственным правоотношением**. В большинстве случаев это так и есть. Однако, есть правоотношения, которые с трудом вписываются в схему обязательственных правоотношений. В частности, из договора о совместной деятельности возникают отношения между его участ-никами по совместному владению и пользованию объектом общей собственности, которые являются не обязательственными, а **вещными относительными правоотношениями** (в отличие от вещных абсолютных, которые существуют между участниками общей собственности с одной стороны, и всеми другими лицами, с другой стороны).

Аналогично можно оценить ситуацию, когда из договора возникают **авторские отношения** (между соавторами), **изобретательские** (между соизобретателями) и т. п.

Комплекс правоотношений (вещных и обязательственных) возникает из учредительного договора, на основании которого возникает юридическое лицо ([ст. 41](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=410000)).

К обязательствам, возникшим из договора, применяются общие положения об обязательствах ([ст. ст. 268-377](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2680000)), поскольку иное не предусмотрено правилами гл. 22 ГК, посвященной общим положениям о договорах, и правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в ГК ([п. 2 ст. 379](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3790000)).

Пункт 2 ст. 379 исходит из того, что обязательства могут возникать не только из договора, но и из других юридических фактов. Поэтому применение к договорным обязательствам общих положений об обязательствах может быть ограничено нормами ГК о договорах. Например, отдельные правила об уступке требования и переводе долга (ст. ст. 339-348 ГК) в некоторых видах договоров (лизинга, факторинга) решаются по-другому. Следовательно, будут применяться нормы об этих видах договоров.

В п. 3 ст. 379 ГК заложена иная формула: к вещным, авторским или иным (кроме обязательственных) правоотношениям, возникающим из договора (договор о совместной деятельности, учредительный договор, авторский договор и другие) применяются положения гл. 22 ГК (Понятие и условия договора), если иное не вытекает из законодательства, договора или существа правоотношения.

Например, из существа договора о совместной деятельности или учредительного договора вытекают многие особенности, связанные с заключением договора, его изменением и расторжением и другими вопросами, которые решаются в гл. гл. 2 и 12 ГК или в договоре иначе, чем в гл. 22 ГК.

Статья 379 ГК не решает вопроса о применении к вещным, авторским или иным правоотношениям, вытекающим из договора, положений об обязательствах, что следует считать определенным пробелом ГК. Представляется, что к таким правоотношениям по вопросам, которые прямо не урегулированы законодательством или договором, должны применяться положения об обязательствах по аналогии закона (п. 1 ст. 5).

**Свобода договора.** Граждане и юридические лица свободны в за-ключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключать договор предусмотрена ГК, законодательными актами или добровольно принятым обязательством (п. 1 ст. 380).

Норма о свободе договора основана на правиле ст. 8 о том, что граждане и юридические лица по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им гражданскими правами.

Свобода договора корреспондируется с закрепленными в ГК свободой предпринимательской деятельности и правом потребителей на свободное заключение договоров на приобретение товаров, использование работ и услуг (ст. 10).

Положение ст. 380 является принципиально новым, так как в планово-распределительной экономике свободы договора не было, все определялось плановыми фондами и разнарядками, в соответствии с которыми заключались договоры. Договоры носили формальный характер, первостепенное и определяющее значение придавалось плановому акту. Все это детально регламентировалось в законодательстве, в т. ч. в Гражданском кодексе.

Теперь понуждение к заключению договора допускается только как исключение из общего правила.

Правила о заключении договора в обязательном порядке сосредоточены в ГК в специальной статье (ст. 399 ГК).

Обязанность заключить договор предусмотрена в ГК для коммерческой организации, когда такой договор является публичным (ст. 387 ГК).

Обязанность заключить договор купли-продажи закреплена в п. 6 ст. 14 Указа о приватизации. Такой договор обязаны заключить продавец государственного имущества и победитель публичных торгов по продаже государственного имущества.

К случаям, когда обязанность заключить договор вытекает из добровольно принятого обязательства, относится заключение предварительного договора (ст. 390 ГК).

В соответствии с [п. 1 ст. 306](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3060000) договором или законодательными актами на залогодержателя может быть возложена обязанность страховать переданное в его владение заложенное имущество. Страхование заложенного имущества, которое остается в пользовании залогодателя, возлагается на последнего.

Принцип свободы договора проявляется и в том, что стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законодательством (п. 2 ст. 380 ГК). Договорам, предусмотренным законодательством, посвящено практически большинство статей Особенной части ГК. Следует подчеркнуть, что в п. 2 ст. 380 речь идет не о законодательных актах, а о законодательстве, следовательно, новые виды договоров могут устанавливаться постановлениями Правительства Республики Казахстан и теми государственными органами, которым делегировано такое право. Среди таких договоров можно назвать, например, договор о проведении толлинговых операций.

Стороны могут заключать договор и не предусмотренный законодательством. Это правило вытекает из общего положения, в силу которого 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 (ст. 7).

Данное правило основано на общих началах гражданского права, которое диспозитивно по своей природе и предполагает регулирование отношений как существующих, так и могущих возникнуть в будущем. Это особенно важно в настоящий период развития Казахстана как страны с переходной экономикой, когда появляются практически ежедневно новые и новые виды договоров (о свободе договора как принципе гражданского права см. также гл. 1 настоящего учебника).

§ 2. Содержание и форма договора

**Содержание договора,** как юридического факта, составляет совокупность условий, сформулированных сторонами при его заключении.

Условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законодательством.

Общий принцип определения условий договора вытекает из свободы договора. Стороны вправе определять любые условия договора, кроме тех, которые прямо запрещены законодательством.

В [п. 1 ст. 382](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3820000) ГК проводится различие между императивными и диспозитивными нормами.

В случае, когда содержание соответствующего условия прямо предписано законодательством (**императивная норма**), стороны не вправе изменять это условие. Они могут его предусматривать в договоре, могут не предусматривать, но независимо от этого они обязаны исполнять это условие в том виде, в каком оно закреплено в законодательстве (ст. 383).

Например, в ст. 282 предусмотрено, что денежные обязательства на территории Республики Казахстан должны быть выражены в тенге. Или в [ст. 304](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3040000) закреплено, что имущество, составляющее общую собственность, может быть передано в залог только с согласия всех собственников. Очевидно, что стороны в договоре (за изъятиями, установленными тоже только законом) не могут закрепить условие о денежных расчетах в долларах или о передаче общего имущества в залог без согласия других собственников.

В случае, когда условие договора предусмотрено **диспозитивной нормой**, стороны вправе исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней.

Например, в [ст. 285](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2850000) ГК закреплено, что должнику, обязанному совершить одно из двух или нескольких действий, принадлежит право выбора, если из законодательства или условий обязательства не вытекает иное. Следовательно, стороны могут в договоре предусмотреть иной порядок исполнения альтернативного обязательства.

В случае, если стороны ничего не предусмотрят в договоре относительно данного условия, действует норма, закрепленная законодательством.

Императивных норм в гражданском законодательстве немного. Подавляющее большинство составляют диспозитивные нормы. Это вытекает из того, что, исходя из свободы договора, стороны сами должны определять все его условия. Диспозитивные нормы включаются для того, чтобы важные для той или иной стороны условия не остались не урегулированными вообще. Стороны вправе предусмотреть в договоре любые условия, но если они этого не сделают (например, по незнанию или упущению), тогда вступает в действие диспозитивная норма.

Возможны случаи, когда то или иное условие не предусмотрено ни самими сторонами, ни диспозитивной нормой. Тогда можно руководствоваться обычаями делового оборота, если, разумеется, такие обычаи существуют и это можно доказать. Во всяком случае, эта ситуация достаточно редкая и спорная. Споры, возникающие по этому поводу, решаются судом.

**Существенные условия договора.** Договор - это соглашение двух или нескольких лиц, согласование двух или нескольких волеизъявлений. В каждом договоре может быть множество условий, и необходимо выделить те из них, без согласования которых договор не может считаться заключенным. Это - существенные условия договора.

В силу [ст. 393](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3930000) ГК договор считается заключенным, когда между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным его условиям.

В ст. 393 не дается перечня существенных условий, только в общем порядке называются их признаки.

Можно выделить три группы условий, которые являются существенными:

1) условия о предмете договора. Без определения предмета договора ни один договор не может считаться заключенным;

2) условия, которые признаны существенными законодательством. Например, брокерский договор, заключенный между брокером-дилером и его клиентом, должен содержать:

а) предмет договора: осуществление деятельности брокером-дилером по поручению клиента в качестве номинального держателя;

б) права и обязанности сторон, включая обязательства брокера-дилера соблюдать коммерческую тайну о счетах клиента;

в) размер и порядок оплаты услуг брокера-дилера;

г) форму и периодичность отчетности брокера-дилера перед клиентом;

д) ответственность сторон за нарушение условий договора;

е) условия и порядок получения доходов по ценным бумагам и зачисление их на счета клиентов, а также выплаты денежных средств по приказам клиентов ([Закон](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1007308) Республики Казахстан от 5 марта 1997 г. “О регистрации сделок с ценными бумагами в Республике Казахстан”);

3) условия, которые необходимы для договоров данного вида, например, размер арендной платы в договоре имущественного найма (аренды);

4) условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Например, грузополучатель требует включить в договор условия о доставке грузов не железнодорожным, а водным транспортом.

Признание договора незаключенным из-за отсутствия в нем существенных условий или из-за недостижения сторонами соглашения по этим условиям влечет за собой такие же последствия, как при признании сделки недействительной ([ст. 157 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1570000)).

 Кроме существенных, принято выделять еще **обычные** и **случайные условия договора**. Их особенностью является то, что наличие или отсутствие этих условий в договоре не влияют на его юридическую силу. **Обычные условия** применяются в силу того, что они предусмотрены законодательством как обычные для договоров данного вида и применяются независимо от того, включены они в договор или нет. Например, условие о цене. Если стороны в договоре не согласовали цену договора, то в предусмотренных законодательными актами случаях применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т. п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами. В случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, считается, что исполнение договора должно быть произведено по той цене, которая в момент заключения договора при сравнимых обстоятельствах обычно взималась за аналогичные товары, работы или услуги ([ст. 385 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3850000)).

Обычные условия, как правило, предусматриваются в диспозитивных нормах и применяются к данному договору в случае, когда в нем эти условия не были решены тем или иным образом.

**Случайные условия** не характерны для договоров данного вида и включаются в договор по соглашению сторон (например, условие о порядке передачи предмета договора купли-продажи покупателю, условие о дополнительном вознаграждении подрядчика за досрочное и особо качественное выполнение работ и т. п.). Наличие или отсутствие этих условий не оказывает никакого влияния на признание договора заключенным.

К обычным условиям можно отнести **примерные условия договоров**. Примерные условия разрабатываются для договоров соответствующего вида и должны быть опубликованы в печати ([ст. 388 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3880000)).

Примерные условия следует отличать от образцов договоров, которые разрабатывает одна сторона. Обычно производитель продукции, работ и услуг предлагает в качестве проекта договор своим клиентам. Примерные условия следует отличать также от условий типовых договоров, которые обычно утверждаются Правительством и имеют обязательную силу.

В качестве примера примерных условий можно привести Модельный контракт, предусмотренный в ст. 26 Указа о нефти и в ст. 1 Указа о недрах и недропользовании. Модельный контракт определен как примерный контракт, утверждаемый Правительством Республики Казахстан, в котором отражаются особенности отдельных видов контрактов или особенности проведения отдельных операций по недропользованию и который используется в качестве образца при составлении контрактов.

Для того, чтобы примерные условия применялись, необходимо, чтобы это было предусмотрено в договоре. Если такой отсылки нет, то примерные условия могут применяться только в качестве обычаев делового оборота. При этом, в соответствии со ст. 3 ГК, такие обычаи не могут противоречить законодательству, а в соответствии со ст. 382 ГК они должны быть применимыми к отношениям сторон.

В период действия договора нередко возникает необходимость в разъяснении его условий, т. е. **толковании договора**. В соответствии с [п. 1 ст. 392](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3920000), при толковании договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Если с помощью указанных правил не удается определить содержание договора, в соответствии с п. 2 ст. 392 ГК должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон.

Толкование в смысле ст. 392 ГК следует отличать от официального толкования норм гражданского законодательства, которое производится в соответствии со ст. 6 ГК.

Толкование договора производится судом при возникших у сторон разногласиях в понимании того или иного условия договора. Причем, суду даны широкие полномочия: он может исходить не только из текста договора и его содержания, но и выходить за пределы договора с целью выяснить действительные намерения сторон. Однако второй способ толкования может применяться только в том случае, если изучение текста договора не дает возможности выяснить действительные намерения сторон.

Во избежание различного понимания условий договора во многих крупных контрактах специально оговаривается, как толковать те или иные положения контракта.

**Форма договора** определяется в соответствии с правилами о форме сделок ([ст. ст. 151-155 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1510000)).

Однако, стороны могут предусмотреть, например, что договор должен быть нотариально удостоверен, хотя по законодательству нотариальное удостоверение данного вида договора не требуется. В этом случае условие о нотариальной форме сделки становится существенным. Поэтому в ГК предусмотрено, что если стороны условились заключить договор в определенной форме, он считается заключенным с момента придания ему условленной формы, хотя бы по законодательству для данного вида договоров эта форма и не требовалась (п. 1 ст. 394 ГК).

Соблюдение письменной формы договора обычно подтверждается составлением одного документа или обменом документами, в т. ч. письмами, телеграммами, телефонограммами, телетайппрограммами, факсами (см. ст. 152 ГК).

В соответствии с [п. 2 ст. 394](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3940200), к письменной форме договора приравнивается совершение лицом, получившим оферту в письменной форме, конклюдентных действий по выполнению указанных в оферте условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т. д.).

Запрет на признание таких действий соблюдением письменной формы может быть установлен законодательством или офертой ([п. 3 ст. 396 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3960300)).

§ 3. Виды договоров

Классификация договоров проводится по различным основаниям. К договорам применима также классификация, которая уже приводилась при освещении вопроса об обязательствах (см. § 3 гл. 27 настоящего учебника), а именно - деление на договоры по передаче товара, производству работ, оказанию услуг). К договорам применимы и классификации сделок (см.§ 1 гл. 11 данного учебника).

В настоящем параграфе приведены основные классификации договоров, применяемые в законодательстве и юридической литературе.

**Реальные** и **консенсуальные договоры.** Если, в соответствии с законодательными актами, для заключения договора необходима передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества ([п. 2 ст. 393 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3930200)).

В п. 2 ст. 393 речь идет о моменте заключения реального договора. Большинство договоров являются консенсуальными (от лат. соnsеnsus - соглашение), т. е. для их заключения достаточно достижения соглашения о заключении договора. Например, договор купли-продажи считается заключенным в момент достижения соглашения между продавцом и покупателем. Передача вещи, уплата денег, иные действия совершаются во исполнение уже заключенного договора. Однако, некоторые договоры (например, дарение, хранение, заем, перевозка грузов) считаются заключенными только с момента передачи предмета договора. Такой договор называется реальным (от лат. rеs - вещь), и это должно быть закреплено законодательными актами.

Обычно консенсуальный или реальный характер договора закрепляется в самом определении договора. Например, в договоре купли-продажи обязанности продавца формируются так: продавец обязуется передать вещь, а покупатель обязуется уплатить деньги. Таким образом, предполагается исполнение обязательства в будущем.

По-другому определяются обязанности сторон в реальных договорах. Например, по договору хранения хранитель обязуется хранить **переданную ему** поклажедателем вещь, по договору перевозки перевозчик обязуется доставить **вверенный ему** отправителем груз в пункт назначения. То есть обязательства по договору возникают только после передачи вещи другой стороне.

Не следует при этом смешивать момент исполнения и момент заключения договора. В консенсуальных договорах они обычно не совпадают, но в то же время стороны вправе договориться, что передача вещи по договору купли-продажи может совпасть с моментом заключения договора. Однако, это не делает договор купли-продажи реальным.

**Возмездные и безвозмездные договоры**. Договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное представление за исполнение своих обязанностей, является возмездным. Безвозмездным признается договор, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного предоставления ([ст. 384 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3840000)).

Различие между возмездным и безвозмездным договором проводится по наличию или отсутствию встречного имущественного предоставления от другой стороны за исполнение своих обязанностей по договору.

Под иным встречным предоставлением (помимо платы) может пониматься предоставление материальных ценностей (бартерные операции), взаимное оказание каких-либо обязанностей (взаимные обязательства), совершение любых действий, которым можно дать денежную оценку.

Понятие встречного предоставления широко применяется в англо-американском праве под названием “considaration”. Там considaration является существенным условием любого договора; без него договор не будет признан договором, имеющим юридическую силу.

Подавляющее большинство договоров являются возмездными. Из безвозмездных договоров, закрепленных в ГК, можно назвать договор дарения, договор безвозмездного пользования имуществом и беспроцентный заем.

Некоторые договоры по закону могут быть как возмездными, так и безвозмездными (поручение, хранение, заем). Поэтому в [ст. 284 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2840000) закреплена презумпция того, что в случае, если возникнут какие-либо сомнения, договор признается возмездным. Безвозмездным договор будет признан, если это будет вытекать из законодательства, содержания или существа договора.

Наличие в гражданском обороте безвозмездных договоров не противоречит сущности складывающихся в стране отношений. Важное социальное значение, имеет, в частности, деятельность благотворительных, культурных, образовательных и иных общественных фондов ([ст. 107 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1070000)), спонсорство, добровольные пожертвования и другая подобная деятельность, правовой формой которой зачастую вы-ступают безвозмездные договоры дарения.

**Односторонние** и **взаимные договоры** различаются в зависимости от характера распределения прав и обязанностей сторон. В одностороннем договоре у одной стороны возникают только права, у другой только обязанности (например, договор займа). Во взаимном договоре каждая из сторон имеет права и несет обязанности (по договору купли-продажи продавец приобретает право требовать от покупателя уплаты денег за переданную вещь и одновременно обязан передать эту вещь покупателю, а продавец имеет право требовать передачи ему вещи и обязан уплатить плату за эту вещь).

**Однотипные** и **смешанные договоры**. Однотипные договоры порождают обязательства определенного вида (передача товара, выполнение работ, оказание услуг) со всеми их разновидностями (поставка, бытовой подряд, аренда, рента, франчайзинг и т. п.). Смешанные договоры - это такие договоры, в которых содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законодательством (ст. 381 ГК).

Правило ст. 381 ГК логически вытекает из положений [ст. 380](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3800000) о том, что стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законодательством. Естественно поэтому, они могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законодательством.

В условиях перехода к рыночной экономике постоянно возникают новые отношения, которые не охватываются каким-то одним видом договора и которые могут быть урегулированы нормами о двух или нескольких видах договоров.

К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях законодательство о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора (ст. 381 ГК). Например, договор на проведение толлинговых операций (переработка давальческого сырья) включает в себя элементы договора купли-продажи и подряда.

Соответственно, к нему будут применяться нормы договора купли-продажи в той части, где содержатся элементы договора купли-продажи (отправка сырья и получение готовой продукции), а если подрядчик находится за границей - элементы договора внешнеэкономической купли-продажи. В той части, где содержатся элементы договора подряда, будут применяться нормы о договоре подряда.

Стороны могут договориться о другом порядке регулирования отношений, вытекающих из смешанного договора, в частности, разработать особые условия договора и оговорить, что иные правила не применяются.

**Основные** и **предварительные договоры**. Основной договор непосредственно порождает права и обязанности о передаче имущества, выполнении работ и оказании услуг. Предварительный договор - это договор, по которому стороны обязуются заключить в будущем основной договор на условиях, предусмотренных предварительным договором ([п. 1 ст. 390 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3900000)).

В качестве примера предварительных договоров можно привести договор об организации перевозок грузов, кредитный договор, предусматривающий обязанность банка предоставить денежные средства заемщику в размере и на условиях, согласованных сторонами, договор на получение квартиры в будущем (жилищный контракт).

К предварительному договору, видимо, следует отнести протокол о результатах торгов, предусмотренный Указом о приватизации. В [п. 5 ст. 14](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004037#sub_id=140500) Указа о приватизации закреплено, что “лицо, выигравшее торги, и продавец подписывают в день проведения аукциона или тендера протокол о результатах торгов”.

Связь предварительного и основного договоров проявляется, в частности, в том, что форма обоих договоров должна совпадать. Если для заключения определенного вида договоров законодательством установлена нотариальная форма договора (например, договор купли-продажи жилого дома), то и предварительный договор должен быть заключен в нотариальной форме.

Однако, если законодательством форма основного договора не определена (например, обычный договор купли-продажи), предварительный договор под страхом недействительности должен быть за-ключен в письменной форме ([п. 2 ст. 390 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3900200)).

Минимум тех условий, которые должен содержать предварительный договор - это условия, позволяющие определить предмет, а также другие существенные условия основного договора (п. 3 ст. 390 ГК).

Срок заключения основного договора является обязательным условием предварительного договора, поэтому в п. 4 ст. 390 ГК установлен годичный срок заключения основного договора, если в предварительном договоре срок не установлен.

Важность такого срока вытекает из того, что по его истечении действие предварительного договора прекращается, если основной договор до окончания срока не был заключен.

Вопрос о последствиях уклонения от заключения предварительного договора решается по-разному в законодательстве разных стран. Например, в ГК РФ закреплено право стороны предварительного договора требовать понуждения другой стороны к заключению договора (ст. 429 ГК РФ). Такое же правило было закреплено в Основах гражданского законодательства (ст. 60).

В п. 5 ст. 390 ГК РК закреплено иное правило: права на понуждение к заключению договора у сторон нет, есть только право на возмещение причиненных уклонением от заключения основного договора убытков (например, сторона, которая должна была выступить покупателем, закупила мебель или оборудование с учетом особенностей жилого дома или здания, покупка которого была предметом предварительного договора).

В Казахстане получила распространение практика заключения протоколов о намерениях, правовая природа которых была неясна. Им часто пытались придать юридическую силу. Именно стремлением четко отграничить предварительный договор и протокол о намерениях было вызвано установление правила, что протокол о намерениях вообще не может рассматриваться как гражданско-правовой договор. Чтобы такой договор имел юридическую силу, в нем должно быть это специально предусмотрено (п. 7 ст. 390 ГК).

 Отказ одного из участников от продолжения отношений по такому протоколу о намерениях не влечет для него каких-либо юридических последствий и может повлиять только на его деловую репутацию.

**Свободные** и **обязательные договоры**. Свободные - это такие договоры, заключение которых всецело зависит от усмотрения сторон. Заключение обязательных договоров является обязательным для одной или обеих сторон.

Подавляющее большинство договоров в условиях рыночной экономики заключаются свободно. Однако, некоторые виды договоров являются обязательными (например, договор, заключаемый государственным предприятием на основе государственного заказа).

Среди обязательных договоров особое значение имеют публичные договоры.

**Публичным договором** признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ и оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратился (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжения, медицинское, гостиничное обслуживание и т. п.) [(ст. 387 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3870000)).

Из содержания ст. 387 вытекают признаки публичного договора:

1) он заключается коммерческой организацией ([ст. 34 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=340000));

2) устанавливает обязанности коммерческой организации по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг;

3) эти обязанности организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратился;

4) коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения договора, кроме случаев, предусмотренных законодательством.

Коммерческая организация вправе отказать в предоставлении потребителю соответствующих товаров (работ, услуг) только в том случае, если у него нет возможности сделать это (в магазине отсутствует товар, на транспорте нет бензина или электроэнергии и т. п.). Например, в магазине розничной торговли покупатель вправе потребовать снять товар с витрины или принести его из подсобного помещения, если в торговом зале товар кончился.

При необоснованном отказе наступают такие же последствия, как при отказе от заключения договора в случаях, когда заключение договора является обязательным ([ст. 399 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3990000)). Потребитель вправе обратиться в суд с требованием о понуждении предоставить товар, работу или услуги и о возмещении причиненных таким отказом убытков (например, возместить расходы на транспорт, который потребитель заказал, чтобы увезти купленный товар; или расходы, которые он понес, чтобы отыскать аналогичный товар в другом магазине, и т. п.).

Правительство Республики Казахстан вправе издавать обязательные правила об отдельных видах публичных договоров в случаях, установленных законодательными актами (типовые договоры, положения и т. п.)

**Взаимосогласованные договоры** и **договоры присоединения**. При за-ключении взаимосогласованных договоров их условия определяются обеими сторонами. При заключении договоров присоединения их условия вырабатываются одной из сторон, другая сторона присоединяется к этим условиям.

**Договор присоединения** отличается от других видов договоров процедурой его заключения. Если обычный договор заключается путем обмена письмами, согласования условий договора, то условия договора присоединения вырабатываются одной стороной и определяются в стандартных формах (бланк, формуляр и т. п.). Другая сторона не может вносить в договор никаких изменений. Если она это сделает, договор перестает быть договором присоединения и превращается в обычный договор.

Договоры присоединения получили распространение в различных сферах экономики. Можно назвать, например, договоры о пользовании электрической и тепловой энергией, газом и другими услугами коммунальных предприятий, договоры с транспортными организациями.

Многие публичные договоры выступают одновременно и договорами присоединения. Например, ателье проката, заключая договор проката, выступает стороной в публичном договоре. В то же время при заключении договора ателье проката предоставляет клиенту бланк договора, в котором перечислены условия договора. Клиенту остается подписать договор, ничего к нему не добавляя. Но если клиент захочет внести изменения, договор превращается в обычный.

Пункт 2 ст. 389 ГК направлен на защиту стороны, присоединяющейся к договору. В соответствии с этим пунктом она имеет право на расторжение договора, если условия договора были для нее явно обременительными. Обременительность условий определяется в соответствии с разумно понимаемыми интересами этой стороны (о принципе разумности см. ст. 8 ГК).

Например, в договоре присоединения установлено, что присоединившаяся сторона не имеет права на расторжение договора или на обращение в суд, или что сторона, составившая договор, освобождается от ответственности за любые нарушения обязанностей по договору.

Исключение из этого правила сделано в ст. 389 ГК для случаев, когда присоединившаяся сторона сама занимается предпринимательской деятельностью, с осуществлением которой связано присоединение к договору. Предприниматель может добиться удовлетворения иска о расторжении договора только если он не знал и не должен был знать, на каких условиях он заключил договор. Доказать это весьма трудно, если не невозможно.

**Договоры в пользу их участников** и **договоры в пользу третьего лица.** Обычно договоры заключаются в пользу их участников, которые и вправе требовать исполнения обязательств, вытекающих из договора. Вместе с тем, существуют и договоры, в которых право требовать исполнения имеют лица, которые не принимали участия в их заключении, - договоры в пользу третьего лица.

**Договором в пользу третьего лица** признается договор, в котором стороны установили, что должник обязан произвести исполнение не кредитору, а третьему лицу, указанному или не указанному в договоре и имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу (ст. 391 ГК).

Договор в пользу третьего лица - это традиционный институт гражданского права, один из случаев проявления отношений с участием третьих лиц ([ст. 270 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=2700000)).

Наиболее распространенными видами договоров в пользу третьего лица являются:

договор перевозки груза (багажа), согласно которому перевозчик обязуется доставить вверенный ему отправителем груз в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу (получателю);

договор страхования в пользу третьего лица (ст. 12 Указа Президента Республики Казахстан, имеющего силу Закона, от 3 октября 1995 г. “О страховании”);

договор банковского вклада в пользу третьего лица.

До момента выражения третьим лицом намерения воспользоваться своим правом стороны могут расторгнуть или изменить заключенный ими договор. Но как только третье лицо тем или иным способом выразило должнику такое намерение, должник и кредитор оказываются связанными волеизъявлением третьего лица, и уже не могут без его согласия расторгнуть или изменить договор. Но они могут в договоре предусмотреть, что они не связаны волеизъявлением третьего лица. Такое же положение может быть закреплено законодательством (п. 2 ст. 391 ГК).

Действительность договора в пользу третьего лица не ставится в зависимость от того, указано специально это третье лицо в договоре или нет.

Однако, обязательным признаком такого договора является право третьего лица требовать исполнения обязательства в свою пользу. Например, грузополучатель по договору перевозки вправе требовать от перевозчика исполнения договора перевозки.

Необходимо отличать договор в пользу третьего лица от договора об исполнении третьему лицу, где исполнение производится третьему лицу, но оно само не вправе требовать исполнения от должника (эти случаи чаще всего встречаются при купле-продаже, в частности, при поставке, когда поставщик поручает покупателю произвести отгрузку не в свой адрес, а в адрес третьей организации).

Специфика договора в пользу третьего лица заключается в том, что третье лицо с момента выражения намерения воспользоваться своим правом по договору практически заменяет собой кредитора.

Именно поэтому в п. 3 ст. 391 ГК закреплено положение, что должник в договоре вправе выдвигать против требования третьего лица возражения, которые он мог бы выдвинуть против кредитора. Например, если грузополучатель предъявляет к перевозчику требование о ненадлежащем качестве доставленного груза, последний вправе ссылаться на то, что качество груза ухудшилось по вине работников грузоотправителя, осуществлявших его погрузку.

Однако, если третье лицо отказалось от права, предоставленного ему по договору, кредитор опять занимает свое место и может сам воспользоваться этим правом, если это не противоречит законодательству и договору.

Например, в соответствии с п. 7 ст. 12 Указа о страховании, в случае, если застрахованный отказался от получения страхового возмещения, причитающегося ему в соответствии с договором, право на получение страхового возмещения переходит к страхователю.

Вместе с тем, в договоре могут быть предусмотрены иные последствия отказа третьего лица от принадлежащего ему права требования. Например, в договоре страхования может быть предусмотрено, что в случае отказа выгодоприобретателя от получения страхового возмещения последнее страхователю не выплачивается.

§ 4. Заключение договора

**Стадии заключения договора**. Заключение договора складывается из двух стадий: **предложение заключить договор (оферта)** и **принятие другой стороной этого предложения (акцепт).** Лицо, делающее предложение, называется оферентом, а сторона, принимающая предложение - акцептантом.

В соответствии со [ст. 395 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3950000), **оферта** должна обладать набором определенных признаков. Во-первых, она должна быть достаточно определенной и выражать явное намерение лица заключить договор, во-вторых, - необходимой полнотой, т. е. содержать в себе все существенные условия договора, в-третьих, она должна быть адресована определенному лицу. Когда предложение делается неопределенному кругу лиц (например, гражданин публикует в “Караване” объявление о продаже пианино или стереопроигрывателя), это еще не оферта, а только приглашение делать оферту (вызов на оферту). Поэтому такое предложение не порождает для лица, давшего объявление, обязанности заключить договор. Офертой в данном случае будет предложение граждан, откликнувшихся на объявление. От продавца тогда зависит, принять или не принять то или иное предложение.

Заключение договоров не составляет обязанности какой-то определенной стороны, оферту может направить любая из них.

Статья 395 ГК вводит такое понятие, как **“связанность оферента”**. Это означает, что договора еще нет, но определенное обязательство уже возникло. Возникает оно с момента получения оферты адресатом и до момента акцепта или истечения срока, установленного для акцепта.

Из понятия “связанность оферента” вытекает понятие “**безотзывность оферты**”. До истечения срока, в течение которого оферент связан офертой, он не может отозвать оферту и изменить ее условия. Нарушение этого правила может повлечь возникновение обязанности возместить убытки, понесенные другой стороной в связи с отзывом оферты.

В то же время положение о безотзывности оферты является диспозитивным. Она может быть отозвана, если такая возможность оговорена в самой оферте либо вытекает из существа предложения или обстановки, в которой оно было сделано (п. 3 ст. 395).

В п. 4 ст. 395 ГК проводится различие между **рекламой**, которая является не офертой, а только вызовом на оферту, и публичной офертой. Необходимо различать предложения, сделанные неопределенному кругу лиц, и предложения, обращенные ко всем и каждому.

**Публичная оферта** делается такими лицами или организациями, которые по роду своей деятельности обязаны делать предложения как можно более широкому кругу лиц. Например, магазин, выставивший на витрине или в зале самообслуживания товар с указанием цены, считается оферентом. Любой гражданин, обратившийся с предложением купить этот товар, является акцептантом. Поэтому до тех пор, пока товар имеется в наличии, магазин связан своей офертой и не имеет права отказать в продаже товара. При отсутствии товара на прилавке продавец обязан продать по-следние экземпляры с витрины.

Для признания предложения публичной офертой необходимо наличие определенных признаков: 1) из него должна усматриваться воля лица вступить в договорные отношения; 2) оно должно содержать все существенные условия договора; 3) воля лица вступить в договорные отношения касается любого, кто отзовется на это предложение.

Таким образом, если магазин дает рекламу о наличии определенного товара, - это вызов на оферту; но если он выставляет товар на витрине магазина, - это публичная оферта.

**Акцептом** признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии ([п. 1 ст. 396 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3960000)). Акцептом признается только такой ответ о принятии оферты, в котором акцептант выражает полное и безоговорочное согласие с офертой. Например, акцептант подписывает присланный ему проект договора без оговорок и изменений. Отказ от условий договора и выдвижение своих условий, изменение и дополнение условий, неопределенность согласия акцептом не являются, договора не порождают и выступают или как отказ от заключения договора, или как выдвижение новой оферты.

В прежнем законодательстве допускалось заключение договора с помощью **молчаливого акцепта**, т. е. если по истечении определенного срока другая сторона не сообщила об отказе от заключения договора, договор считался заключенным. Пункт 2 ст. 396 исходит из обратного посыла: молчание не является акцептом. Однако, эта норма является диспозитивной.

Например, межбанковскими соглашениями, устанавливающими проведение расчетных операций по корреспондентским счетам банков в форме электронных сообщений, часто предусматривается, что если в течение определенного срока с момента поступления электронного сообщения корреспондент не выражает несогласия с этим сообщением, предложение считается принятым.

В соответствии с п. 3 ст. 396 ГК формой акцепта может выступать не только заявление в устной или письменной форме или молчание, но и совершение **конклюдентных действий** - отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т. п. Но из этих действий должно явно вытекать безоговорочное одобрение оферты, и эти действия должны быть совершены в пределах срока, установленного офертой для ее акцепта.

Так же, как и оферта (п. 2 ст. 395 ГК), акцепт может быть отозван без каких-либо последствий для акцептанта, но только до поступления акцепта оференту. Например, акцептант мог подписать полученный им от оферента проект договора и отправить его по почте, но затем телеграммой или факсом уведомить оферента о своем отказе от акцепта.

После получения акцепта оферентом договор считается заключенным, и прекратить его можно только по общим правилам расторжения договора ([ст. ст. 401-404 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=4010000)).

**Порядок заключения договора** (ст. 397 ГК). Предложение заключить договор может быть сделано **присутствующему контрагенту**, т. е. в условиях, допускающих немедленный ответ; **отсутствующему контрагенту**, т. е. когда неизбежно требуется время для получения ответа. Предложение с указанием срока может быть сделано как в устной, так и в письменной форме.

Поскольку сам предложивший определяет срок, в течение которого он ждет ответа (предлагаю купить пианино, жду ответа в течение 2-недель), этим сроком он связан, и не может отказаться от своего предложения либо изменить его содержание. В случае отказа от предложения до истечения срока для оферента наступают отрицательные последствия в форме возмещения причиненных адресату убытков.

Когда письменная оферта не содержит срока для акцепта, договор считается заключенным, если акцепт получен лицом, направившим оферту, до окончания срока, установленного законодательством, а если такой срок не установлен - в течение нормально необходимого для этого времени. Когда оферта сделана устно без указания срока для акцепта, договор считается заключенным, если другая сторона немедленно заявила о ее акцепте (п. 2 ст. 397).

В случае истечения срока, назначенного для ответа (или истечения времени, нормально необходимого для получения ответа на предложение), действие оферты прекращается, оферент уже не связан своим предложением. Поэтому, если получивший предложение вдруг решит после истечения назначенного срока принять это предложение, он будет уже не акцептантом, а новым оферентом. Возникает новое правоотношение, на которое распространяются все рассмотренные выше правила заключения договора.

В п. 3 ст. 397 ГК излагается другой случай, когда задержка с ответом произошла по вине не акцептанта, а органов связи, не до-ставивших в срок своевременно отправленный ответ. В данном случае нет вины ни оферента, ни акцептанта, поэтому закон предусматривает меры, ограждающие интересы того и другого.

Оферент может, не дождавшись ответа, заключить договор с другим лицом. Это его право, так как он уже не связан своим предложением. Но и акцептант, своевременно отправивший ответ, не знает о просрочке и поэтому может предпринять действия по исполнению договора (заказать машину, прекратить поиски другой вещи и т. п.). Поэтому оферент должен немедленно известить его о получении ответа с опозданием. Если оферент этого не сделает, ответ не признается опозданием, следовательно, договор считается заключенным, и оферент обязан возместить акцептанту причиненные убытки в случае отказа от исполнения договора.

Например, И. 1 апреля направил М. предложение продать пианино и назначил срок для ответа 30 дней. М. 10 апреля отправил письмо с согласием купить пианино, но по вине органов связи письмо пришло со значительным опозданием (10 мая). И., не дождавшись ответа, 5 мая продал пианино Н., однако, получив письмо М., тем не менее, ему не ответил. 15 мая М. приехал на заказанной машине за пианино. Все убытки, понесенные М., должен возместить И.

Процедура заключения договора предусматривает принятие предложения другой стороной (акцептантом) только на тех условиях, которые выдвинуты оферентом. Если он их отвергает, договор считается незаключенным, и вся процедура начинается заново. Поэтому выдвижение хотя бы одного иного условия признается новым предложением. Первоначальный оферент превращается в акцептанта и тоже имеет право на выбор: или принять эти новые условия, или отказаться от заключения договора совсем, или вы-двинуть новые условия, что опять превращает его в нового оферента. И так до тех пор, пока договор не будет заключен или пока стороны не убедятся в бесплодности этих попыток.

**Место заключения**. Если в договоре не указано место его заключения, договор признается заключенным в месте жительства гражданина или месте нахождения юридического лица, направившего оферту (ст. 398 ГК).

Определение места заключения договора имеет особенное значение при заключении внешнеэкономических договоров. В этих случаях закон обычно устанавливает, что форма сделки подчиняется праву места ее совершения, а права и обязанности сторон определяются по праву места совершения сделки, если иное не оговорено соглашением сторон.

**Местом жительства гражданина** признается тот населенный пункт, где гражданин постоянно или преимущественно проживает (ст. 16). **Местом нахождения юридического лица** признается место нахождения его постоянно действующего органа (ст. 39 ГК).

Хотя основным принципом гражданского законодательства является свобода договора, в ГК предусмотрена возможность **заключения договора в обязательном порядке**, но только когда это прямо предусмотрено ГК и иными законодательными актами.

Надо сказать, что круг этих случаев невелик. Из случаев, установленных ГК, можно назвать публичный договор (ст. 387) и предварительный договор ([ст. 390 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3900000)). Из случаев, установленных иными законодательными актами, выделяется выполнение заказа государства государственными предприятием (ст. 13 Указа о государственном предприятии).

В соответствии со [ст. 399 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3990000), имеются два варианта заключения договора в обязательном порядке: когда заключение договора обязательно для акцептанта (п. п. 1 и 2); когда заключение договора обязательно для оферента (п. 3).

**В первом варианте** сторона, для которой заключение договора обязательно, получив от другой стороны оферту, должна в течение тридцати дней со дня получения оферты направить другой стороне извещение об акцепте, либо об отказе от акцепта, или об акцепте оферты (проекта договора) на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора). Сторона, направившая оферту, в этом случае вправе передать разногласия, возникшие при заключении договора, на рассмотрение суда в течение тридцати дней со дня получения такого извещения либо истечения срока для акцепта.

**Во втором варианте,** если на проект договора, направленный стороной, для которой заключение договора обязательно, в тридцати-дневный срок получен протокол разногласий к проекту договора, эта сторона обязана в течение тридцати дней со дня получения протокола разногласий известить другую сторону о принятии договора в ее редакции либо об отклонении протокола разногласий.

При отклонении протокола разногласий либо неполучении извещения о результатах его рассмотрения в указанный срок сторона, направившая протокол разногласий, вправе передать разногласия, возникшие при заключении договора, на рассмотрение суда.

Сроки, установленные в ст. 399 ГК для акцепта, составления протокола разногласий или передачи разногласий на рассмотрение суда, являются одинаковыми (тридцать дней). Это позволяет избежать путаницы в сроках. Кроме того, это достаточно разумный срок для совершения всех вышеперечисленных действий.

Все эти сроки не являются императивными. Иные сроки могут быть установлены законодательством об отдельных видах договоров, а в некоторых случаях - согласованы сторонами.

При уклонении стороны, для которой заключение договора обязательно, от заключения договора, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор и о возмещении убытков (п. 4 ст. 399 ГК).

Однако, это правило в некоторых случаях имеет исключения. В ГК РК, в отличие от ГК РФ, не предусмотрено понуждение стороны, заключившей предварительный договор, к заключению основного договора. Другая сторона вправе требовать только возмещения убытков (ст. 390).

Возмещение убытков производится по правилам [п. 4 ст. 9](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=90400) и [ст. 350 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3500000).

По общему правилу разногласия, возникшие при заключении договора, разрешаются самими сторонами и на рассмотрение суда не передаются. Если стороны не смогут преодолеть разногласия, договор считается не заключенным и отношения между сторонами прекращаются.

Есть только два случая, когда, в соответствии со ст. 400 ГК, допускаются **преддоговорные споры в суде**:

когда заключение договора является обязательным для стороны, отказывающейся заключить договор (п. п. 2 и 3 ст. 399 ГК);

когда есть соглашение сторон о передаче разногласий на рассмотрение суда (государственного или третейского). Такое соглашение называется пророгационным или арбитражным.

В случае рассмотрения разногласий судом условия договора, по которым стороны не договорились, определяются судом. Данному решению стороны обязаны подчиниться.

Судебные решения по преддоговорным спорам не требуют никаких действий по принудительному исполнению и имеют правообразующее значение.

§ 5. Изменение и расторжение договора

**Основания изменения и расторжения договора**. Под **изменением договора** понимается трансформация одного или нескольких его условий, составляющих содержание договора.

Под **расторжением договора** понимается досрочное прекращение неисполненного полностью или частично договора по основаниям, не предусмотренным [ст. ст. 367-377 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3670000) (прекращение обязательств).

В ст. 401 ГК различаются три варианта изменения и расторжения договора: по соглашению сторон; по решению суда; в результате одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично.

**Соглашение сторон** является нормальным и наиболее приемлемым способом изменения и расторжения договора, вытекающим из принципа свободы договора. Все остальные способы изменения и расторжения договора (в судебном порядке, односторонний отказ от исполнения) могут применяться только в случаях, предусмотренных ГК, другими законодательными актами и договором.

**По решению суда** расторжение договора производится по требованию одной из сторон. В п. 2 ст. 401 ГК приведено два основания для расторжения договора. Одно из них - **существенное нарушение договора**, т. е. нарушение, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. Например, заказчик рассчитывал при заключении договора на свое-временное и качественное завершение объекта строительства, однако, подрядчик ведет строительные работы с грубыми отступлениями от проекта.

Для отдельных видов договоров законодательством устанавливаются конкретные нарушения, которые признаются существенными. Например, [ст. 476](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#sub_id=4760000) ГК для договора поставки устанавливает, что нарушения договора предполагаются существенными в случаях поставки товара ненадлежащего качества с недостатками, которые не могут быть устранены в приемлемый для покупателя срок; неоднократного нарушения сроков поставки товаров; неоднократного нарушения сроков оплаты товаров и т. п.

Второй случай - это предоставляемая возможность установления таких случаев ГК, другими законодательными актами или договором. В качестве примера можно привести п. 2 ст. 389 ГК, в котором закрепляется право присоединившейся стороны потребовать расторжения договора присоединения, если в нем формулируются условия договора в ущерб присоединившейся стороне.

Из других законодательных актов можно отметить, например, Закон о жилищных отношениях, в ст. 103 которого закрепляется, что договор найма жилища из государственного жилищного фонда может быть расторгнут по требованию наймодателя лишь по основаниям, установленным Законом о жилищных отношениях (если дом подлежит сносу, если наниматель систематически разрушает или портит жилище и т. п.).

**Односторонний отказ от исполнения договора** допускается только, если это прямо предусмотрено ГК, законодательными актами или договором (п. 1 ст. 404 ГК). Данное положение корреспондируется с нормой ст. 273 о недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства, за исключением случаев, предусмотренных законодательством или договором.

Следует отметить наличие расхождений в редакции ст. ст. 273 и 404: в ст. 273 говорится о законодательстве, в ст. 404 ГК - о законодательных актах. Видимо, правильнее здесь применять термин “законодательство”, так как подобные случаи могут устанавливаться не только законами, но и указами Президента и постановлениями Правительства Республики Казахстан.

Необходимо обратить внимание на то, что в ГК как однозначные применяются термины: “односторонний отказ от исполнения договора” и **“отказ от договора”**.

В п. 2 ст. 404 установлен следующий перечень случаев, когда допускается односторонний отказ от исполнения договора:

1. невозможность исполнения обязательства, основанного на договоре ([ст. 374](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=3740000));

2. признание в установленном порядке другой стороны банкротом;

3. изменение или отмена акта государственного органа, на основании которого заключен договор.

Право на односторонний отказ стороны от договора предусматривается в ряде статей ГК, посвященных отдельным видам договоров. Чаще всего — это договоры, в которых исполнение тесно связано с личностью должника или кредитора (договоры поручения, возмездного оказания услуг, банковского счета и банковского вклада, пассажирской перевозки).

Случаи, когда допускается односторонний отказ от договора, установлены и в других законодательных актах.

Например, в соответствии со ст. 102 Закона о жилищных отношениях, наниматель жилища из государственного жилищного фонда вправе (с согласия совершеннолетних членов семьи) в любое время расторгнуть договор найма.

Договор найма жилища может быть расторгнут нанимателем даже без уведомления наймодателя, путем совершения конклюдентных действий, свидетельствующих о расторжении им договора. В соответствии с п. 2 ст. 102 Закона о жилищных отношениях, в случае выезда нанимателя и членов его семьи на постоянное жительство в другое место договор найма жилища считается расторгнутым со дня выезда.

Очевидно также, что к расторжению договора найма жилища путем одностороннего отказа нанимателя не применяется правило п. 4 ст. 404 ГК о том, что “в случае одностороннего отказа от исполнения договора сторона должна предупредить об этом другую сторону не позднее чем за один месяц”.

Односторонний отказ от исполнения договора допускается также в случаях, когда договор заключен без указания срока (п. 3 ст. 404 ГК). При этом должно быть соблюдено общее правило, касающееся всех случаев одностороннего отказа: сторона должна предупредить об этом другую сторону не позднее чем за месяц (п. 4 ст. 404 ГК).

Односторонний отказ от исполнения договора является юридическим фактом, ведущим к расторжению или изменению договора. При этом обращения в суд для расторжения или изменения договора не требуется. Но другая сторона, если она считает такой односторонний отказ необоснованным, может оспорить его в судебном порядке.

**Порядок и последствия изменения и расторжения договора**. Соглашение об изменении и расторжении договора совершается в той же форме, что и договор, если из законодательства, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное [(п. 1 ст. 402 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=4020000)).

Требование об изменении или расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения 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 (п. 2 ст. 402 ГК).

**Последствия расторжения и изменения договора** различны: если при расторжении договора обязательства сторон прекращаются, то при изменении они сохраняются, но в измененном виде (п. п. 1 и 2 ст. 403 ГК).

В ст. 403 ГК закреплены положения, которые позволяют **отличать расторжение договора от признания договора недействительным**:

при изменении и расторжении договора обязательства прекращаются на будущее время, с момента заключения соглашения сторон или вступления в законную силу судебного решения; при признании договора недействительным юридические последствия не возникают, договор считается недействительным с момента его заключения (п. 8 ст. 157);

при изменении или расторжении договора стороны не вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по обязательству до момента изменения или расторжения договора; при признании договора недействительным в качестве общего правила установлена обязанность каждой из сторон возвратить другой стороне все полученное по договору ([п. 3 ст. 157 ГК](http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061#sub_id=1570300)).

Возникшие при изменении или расторжении договора убытки возмещаются не во всех случаях, а только когда причиной изменения или расторжения договора послужило существенное нарушение договора одной из сторон (п. 5 ст. 403 ГК).

Стороны вправе продлить действие договора на новый срок. **Продление срока действия договора** означает практически заключение нового договора. Поэтому оно производится по правилам ст. 397 ГК, посвященной порядку заключения договора.

Следовательно, для продления договора одна сторона должна направить другой стороне оферту, а другая сторона должна эту оферту акцептовать.

От продления срока действия договора следует отличать **пролонгирование договора на новый срок**, когда действие договора после истечения срока его действия автоматически продлевается на срок, предусмотренный договором. Пролонгирование договора допускается только в том случае, если это прямо предусмотрено самим договором.