К. Возисов,
партнер, юридическая фирма «Инмар».
По всем вопросам и консультациям обращаться:
vozisov@inmarlegal.ru, Skype: kirill.corp

Комментарий к статье А. Жирова **«Самострой: проблемы настоящего и будущего»**

Киоск: капитальное строение или самострой?

В настоящее время уровень актуальности проблемы установления «капитальности» или «самовольности» строений не уменьшается. Более того, с развитием законодательства и, в особенности, практики его применения подход к решению вопросов в данной сфере видоизменяется. Поэтому специалистам в области недвижимости и земельного права нужно быть «на волне» последних тенденций и новелл. В целях информативности настоящая работа будет содержать свод правил, необходимых в использовании при проверке установления «капитальности» приобретаемого объекта (например, Киоска) в рамках первичного due diligence
пакета документов, представляемых на проверку юристу. И так, для установления наличия рисков и их конкретизации с учетом Преамбулы статьи необходимо установить: что является объектом исследования?
Другими словами, является ли Киоск объектом недвижимости или нет для конкретного случая? Соответственно, последовательно отвечая на обозначенные ниже вопросы специалист сможет прийти к выводу о «самовольности» относительно того или иного объекта.

Основными признаками недвижимости являются:
1. Неразрывная связь имущества с землей и невозможность его перемещения без несоразмерного ущерба (например, фундамент, стяжки и пр.).

2. Вновь созданный (построенный) объект, даже обладающий признаками неразрывной связи с земельным участком и невозможности перемещения без несоразмерного ущерба, созданный без получения разрешения на строительство или с нарушением градостроительных и строительных норм и правил, не может выступать объектом гражданских прав и находиться в гражданско-правовом обороте как объект недвижимого имущества (ст. 222 ГК РФ). Так, ФАС СЗО Постановлением от 29.11.2004 N А-13-5384/03–09 оставил без изменения постановление суда апелляционной инстанции о признании недействительной государственной регистрации права собственности гражданина Г. на открытую площадку со щебеночным покрытием, указав, что суд первой и апелляционной инстанций правомерно исходил из того, что прочная связь с землей является не единственным признаком, по которому объект может быть отнесен к недвижимости. Как указано в Постановлении, для признания объекта недвижимым необходимо наличие подтверждения того, что данный объект был создан именно как недвижимость в установленном законом и иными правовыми актами порядке, с получением необходимой разрешительной документации и с соблюдением градостроительных и строительных норм и правил.

3. Для объектов недвижимости законодатель установил специальный порядок государственного учета (БТ И) и регистрации прав (ФРС).

Вопрос об отнесении объекта к недвижимости должен решаться при постановке его на кадастровый учет не под влиянием субъективных факторов, а на основании представленных для кадастрового учета документов, состав которых определен Федеральным законом от 24.07.2007 N 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости», вступившим в силу 1 марта 2008 г.

В случае, когда имущество не является объектом недвижимости, кадастровый учет которого производится в соответствии с Законом N 221-ФЗ, в осуществлении кадастрового учета должно быть отказано (пп. 2 ч. 2 ст. 27 Закона N 221-ФЗ).

Судебная практика: ФАС СЗО Постановлением от 21.10.2008 N А56-5650/2008.

При этом само по себе получение лицом свидетельства о праве собственности на объект еще не ведет автоматически к признанию судом этого объекта недвижимым имуществом при отсутствии необходимых на то документов, подтверждающих отнесение объекта к недвижимости: отвод соответствующего участка под капитальное строительство и пр., в связи с чем следует разграничивать киоск в качестве ОКС[1] и временный киоск, не являющийся недвижимостью (см. Постановление ФАС Московского округа от 4 октября 2005 г. N КГ-А41/9448-05).

4. Право построить объект недвижимости на земельном участке и возникновение права собственности на построенный объект обусловлены наличием права на земельный участок. Именно собственнику земельного участка положениями ст. 263 ГК РФ предоставлено право возводить на нем здания и сооружения или разрешить строительство другим лицам.

Право застройщика на осуществление строительства — создание нового объекта недвижимости — обусловлено в первую очередь наличием у него вещного или обязательственного права на земельный участок, что прямо закреплено в п. 16 ст. 1 ГрК РФ.

Между тем для осуществления строительства объекта недвижимости недостаточно наличия у застройщика права на земельный участок, необходимо, чтобы правовой режим земельного участка допускал возможность возведения на нем объекта недвижимости определенного назначения (жилого, складского, производственного, административного и т. п.).

Считаем целесообразным сослаться на судебную практику:

ФАС МО Постановлением от 03.07.2008 N КГ-А40/5763–08 оставил в силе судебные решения по делу N А40-43601/07–6–275 о признании недействительным зарегистрированного права собственности общества на сорок зданий-павильонов.

В своем решении суд указал, что «понятие «недвижимость» является правовой категорией, а потому признание имущества недвижимым как объекта гражданских прав устанавливается не только фактом его создания в определенном законом и иными правовыми актами порядке с получением необходимой разрешительной документации и с соблюдением градостроительных норм и правил, но и другими юридическими фактами, такими как наличие воли собственника земельного участка или уполномоченного органа на создание недвижимого имущества, наличие права пользования земельным участком для создания данного объекта недвижимости».

[1] *Примеч. Объект капитального строительства.*

5. Дополнительные доказательства в виде экспертных оценок и пр.

Необходимо помнить, что такие дополнительные доказательства рассматриваются судом совместно с иными представленными доказательствами, более того, оценки, заключения экспертов имеют второстепенный характер в случае несоблюдения первый четырех условий.

Так, суд, установив, что спорное сооружение — быстровозводимый торговый павильон — не отвечает установленным нормативно-правовыми актами критериям отнесения объекта к недвижимости, поскольку является нестационарным, временным сооружением, не получавшим в связи с этим разрешения на строительство и возведенным на земле под краткосрочную аренду, признал госрегистрацию права собственности на этот объект незаконной. А имеющееся в материалах дела заключение ГУП ЦН ИИ строительных конструкций, согласно которому спорное строение являлось стационарным, а не временным, на указанное решение суда не повлияло (Постановление ФАС Московского округа от 5 июля 2006 г. N КГ-А40/5041–06 по делу N А40-50476/05–50-462).

Общие выводы:

Для понимания является ли Киоск объектом недвижимости необходимо не только принимать во внимание вышеуказанные признаки (1-5), но и учитывать, что контролирующие/судебные органы принимают то или иное решение под влиянием субъективных факторов, к числу которых относятся уровень юридической грамотности лица, принимающего решение, его способность применить общие представления о недвижимости к конкретной ситуации с учетом специфики того или иного предмета. В случае если Киоски являются объектом недвижимости, необходимо установить наличие вышеуказанных признаков, подтверждающих легальность их возведения и оформления прав на них. Если сам объект является самовольной постройкой, по общему правилу, он подлежит сносу силами и за счет застройщика (ст. 222 ГК РФ)[2.]

[2] *Самовольной постройкой является жилой дом, другое строение, сооружение или иное недвижимое имущество, созданное на земельном участке, не отведенном для этих целей в порядке, установленном законом и иными правовыми актами, либо созданное без получения на это необходимых разрешений или с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил. Лицо, осуществившее самовольную постройку, не приобретает на нее право собственности. Оно не вправе распоряжаться постройкой — продавать, дарить, сдавать в аренду, совершать другие сделки.*

Если Киоск не является объектом недвижимости, так, например, общее правило, указанное в ГрК РФ говорит именно об этом, относя киоск к **временным постройкам:**

- объектом капитального строительства являются здание, строение, сооружение, объекты, строительство которых не завершено, за исключением временных построек, киосков, навесов и других подобных построек (п. 10 ст. 1 ГрК РФ)
- и, соответственно, не надо разрешения на строительство (п. 17 ст. 51) и права на такой объект не подлежат государственной регистрации, но
- нарушены иные правила его возведения и эксплуатации (в частности, отсутствуют права на земельный участок), тогда
- такой объект будет демонтирован, но **не в рамках ст. 222 ГК РФ**[3], а на основании **негаторного иска в порядке ст. 304 ГК РФ:**

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

В случаях, когда самовольно возведенный объект, не являющийся новым объектом или недвижимым имуществом, создает угрозу жизни и здоровью раждан, заинтересованные лица вправе на основании пункта 1 статьи 1065 ГК РФ обратиться в суд с **иском о запрещении деятельности по эксплуатации данного объекта**.

Необходимо помнить следующие правила в случае оспаривания права собственности на Киоски и предъявления требований об их сносе/демонтаже:

Самовольная постройка подлежит сносу осуществившим ее лицом либо за его счет, кроме случаев, когда право собственности на самовольную постройку может быть признано судом, а в предусмотренных законом случаях в ином установленном законом порядке, за лицом, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, где осуществлена постройка. В этом случае лицо, за которым признано право собственности на постройку, возмещает осуществившему ее лицу расходы на постройку в размере, определенном судом.

Право собственности на самовольную постройку не может быть признано за указанным лицом, если сохранение постройки нарушает права и охраняемые законом интересы других лиц либо создает угрозу жизни и здоровью граждан.

[3] *Примеч. Так как не является самовольной постройкой по причине не отнесения данного временного объекта к объектам капитального строительства.*

Правило № 1.

С иском о сносе самовольной постройки в публичных интересах вправе обратиться прокурор, а также уполномоченные органы в соответствии с федеральным законом. На требование о сносе самовольной постройки, создающей угрозу жизни и здоровью граждан, исковая давность не распространяется, в иных случаях общий срок 3 года, когда заинтересованное лицо узнало или должно было узнать о нарушении своих прав.

Правило № 2.

Если ответчик, против которого принято решение о сносе самовольной постройки, не осуществлял ее строительство, он вправе обратиться в суд с иском о возмещении убытков к лицу, осуществившему самовольную постройку.

Важно: ...получение лицом свидетельства о праве собственности на объект еще не ведет автоматически к признанию судом этого объекта недвижимым имуществом.

Правило № 3.

Рассматривая иски о признании права собственности на самовольную постройку, суд устанавливает, допущены ли при ее возведении существенные нарушения градостроительных и строительных норм и правил, создает ли такая постройка угрозу жизни и здоровью граждан. С этой целью суд при отсутствии необходимых заключений компетентных органов или при наличии сомнения в их достоверности вправе назначить экспертизу по правилам процессуального законодательства.

Правило № 4.

Отсутствие разрешения на строительство само по себе не может служить основанием для отказа в иске о признании права собственности на самовольную постройку. В то же время суду необходимо установить, предпринимало ли лицо, создавшее самовольную постройку, надлежащие меры к ее легализации, в частности к получению разрешения на строительство и/или акта ввода объекта в эксплуатацию, а также правомерно ли отказал уполномоченный орган в выдаче такого разрешения или акта ввода объекта в эксплуатацию (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 29.03.2011 № 14057/10 по делу №А32-11090/2008–22/116).

Правило № 5.

Если самовольная постройка осуществлена на земельном участке, не принадлежащем застройщику, однако на ее создание были получены необходимые разрешения, с иском о признании права собственности на самовольную остройку вправе обратиться правообладатель земельного участка. Ответчиком по такому иску является застройщик. В этом случае застройщик имеет право требовать от правообладателя возмещения расходов на постройку[4].

Интересно мнение Законодателя, указанное в Концепции развития гражданского законодательства РФ (п. 3.4.4)5 в рамках самовольных построек:

«Следует либерализовать правовой режим самовольной постройки (статья 222 ГК), на возведение которой не были оформлены, в том числе по вине уполномоченных органов, необходимые административные разрешения, если она возведена на земельном участке, находящемся в государственной или муниципальной собственности и отведенном под строительство в

установленном порядке. Снос такой постройки целесообразен только тогда, когда ее сохранение нарушает права или охраняемые законом интересы других лиц либо создает грозу жизни и здоровью граждан, или когда постройка возведена на земельном участке, строительство на котором запрещено законом. Необходимо также расширить возможности для признания права собственности застройщика на самовольную постройку, возведенную на не принадлежащем ему земельном участке. В частности, право собственности застройщика на самовольную постройку может признаваться при условии выплаты компенсации собственнику земельного участка и соответствии постройки градостроительным и строительным нормам и правилам».

[4] См. подробнее Постановление Пленума Верховного Суда РФ N 10, Пленума ВАС РФ N 22 от 29.04.2010 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».
[5] «Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации» (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009).

Правило № 6.

Здания, строения и сооружения нежилого назначения, построенные **до 1 января 1995 г.**, не могут быть признаны самовольными постройками и снесены а этом основании (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 24.01.2012 г. № 12048/11 по делу № А65-26122/2010[6]).

Ситуация объясняется тем, что ст. 222 ГК РФ не применяется к «самоволкам», возведенным до 1995 года, а действовавшие на тот момент нормативные акты входят в конфликт с действующим законодательством. Так, п. 7 Постановления СНК РСФСР от 22.05.1940 г. № 390 «О мерах борьбы с самовольными строительством в городах, рабочих, курортных и дачных поселках», освященная возможности сносу самовольного строения в административном порядке, противоречит ст. 11 ГК РФ и ст. 35 Конституции РФ, ст. 4 ФЗ от 30.11.1994 № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 09.12.2010 N 143 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации» (см. Постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 11.01.2007 N Ф08-6960/2006 по делу N А32-9816/2006–45/242, от 25.10.2005 N Ф08-5125/2005).

Обращаем внимание, что возможность демонтажа самовольных строений до 1995 г. возможна на основании п. 1 ст. 1065 ГК РФ, что подтверждает абз. 3 п. 29 совместного Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29.04.2010 N 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», в соответствии с которым в случаях, когда самовольно возведенный объект, не являющийся новым объектом или недвижимым имуществом, создает угрозу жизни и здоровью граждан, заинтересованные лица вправе на основании п. 1 ст. 1065 ГК РФ обратиться в суд с иском о запрещении деятельности по эксплуатации данного объекта.

[6] Прим. рассматриваемое Постановление Президиума ВАС РФ является основанием для пересмотра судебных актов по новым обстоятельствам.

Правило № 7

Удовлетворение иска о сносе самовольной постройки не только обеспечивает освобождение земельного участка от неправомерно возведенного на нем строения, но и позволяет разрешить вопрос о судьбе самого объекта недвижимого имущества и о государственной регистрации права собственности на данное имущество, если запись об этом праве уже была внесена в реестр.

Следовательно, при возникновении спора по поводу сноса самовольной постройки предъявление отдельного требования, имеющего целью исправление сведений в реестре, не требуется. (см. Постановление от
24.01.2012 г. № 12576/11 по делу № А46-14110/2010; п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 09.12.2010 N 143 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации», п. 23 Постановления N 10/22.

ВАЖНО: Иск о признании зарегистрированного права или обременения отсутствующим является исключительным способом защиты...

Правило№ 8

Иск о признании зарегистрированного права или обременения отсутствующим является исключительным способом защиты, который подлежит применению, только если нарушенное право истца не может быть защищено
посредством предъявления специальных исков, предусмотренных действующим гражданским законодательством. Применительно к рассматриваемому делу Президиум ВАС РФ отметил следующее. Зарегистрированное право собственности ответчика на объект в зависимости от характера возникшего спора, наличия или отсутствия у этого имущества признаков недвижимости может быть оспорено либо по результатам рассмотрения иска, основанного на положениях ст. 222 ГК РФ, одновременно с разрешением вопроса о судьбе этого объекта, либо по итогам рассмотрения требования о признании отсутствующим зарегистрированного права при наличии условий, предусмотренных п. 52 Постановления N 10/22. **Однако одновременное удовлетворение таких требований не представляется возможным.**

В качестве примера иск о признании права отсутствующим можно предъявлять в отношении движимого имущества, права на которое зарегистрированы как на недвижимое имущество. Принимая во внимание все вышеперечисленное необходимо отметить динамичность меняющихся подходов в разрешении проблем установления «капитальности» или «самовольности» построек. Полагаем, что рассмотренные правила с учетом их последовательного применения и расставленные акценты приведенных выводов должны способствовать защите интересов приобретателя либо собственника того или иного объекта в частности и стабильности
гражданского оборота в целом.