

### § 1. Поняття, сторони та предмет договору позики

Позикою називається двостороння угода, укладена з метою надати кому-небудь щось у борг на певних умовах. Словом "позичити" можна позначити і випадок, коли потрібно взяти у борг що-небудь у когось. Схема легального визначення поняття згаданого найпростішого кредитного правочину побудована так, як зазначено в ч. 1 ст. 374 ЦК України: "За договором позики одна сторона (позикодавець) передає другій стороні (позичальникові) у власність (в опе-ративне управління) гроші або речі, визначені родовими ознаками, а позичальник зобов'язується повернути позико-давцеві таку саму суму грошей або рівну кількість речей того ж роду і якості".

Поняття договору позики в українському цивільному праві ґрунтується на римському реальному контракті *mutuum* (по-рівняй з відповідним сучасним італійським терміном *mutuo*). Його назва українською мовою є запозиченням із старополь-ської (порівняй з польським терміном *rozuczka*). По-польськи *rozuczka* означає і договір позики, і договір позички. В нашій мові цей термін усталюється з 15 ст. Для позначення даного договору в російській мові вживається термін "заем", який має старослов'янську основу і відомий ще з часів Київської Русі.

Договір позики є реальним, одностороннім, як правило, строковим та безоплатним, предметом якого можуть бути тільки родові чи взаємозамінимі споживні речі. Це підтверджує легальне визначення поняття договору позики та глава 32 "Позика" ЦК України.

*Реальність* договору позики виявляється у тому, що він вважається укладеним у момент передачі предмета договору (ч. 2 ст. 374 ЦК), тобто позикодавець не зобов'язується пере-дати, а передає предмет договору. Таким чином, укладення договору і здійснення позикодавцем зазначеного права збі-гаються за місцем та у часі. Позикодавець, здійснивши своє право в момент укладення договору, стає тим самим креди-тором і таким чином отримує право вимоги повернення пред-мета договору від боржника.

Цей договір *односторонній*, бо одна сторона — позикода-вець — має тільки права, а інша — позичальник — тільки обов'язки.

Договір позики може укладатися як на встановлений, так і визначений моментом витребування строк, тобто бути, як правило, *строковим*, так і *безстроковим*.

Оскільки деякі договори позики можуть містити умову, коли це дозволено законом, щодо оплати певних відсотків за переданий позикодавцем предмет договору, то договір у та-кому разі вважатиметься *оплатним*. Частіше договір позики не містить умов щодо оплати і за загальним правилом є *без-оплатним*.

Сторонами чи суб'єктами договору позики є позикода-вець — той, хто надає у позику предмет договору, і пози-чальник — той, хто його отримує. Ними можуть бути фізичні і юридичні особи. Договір позики здебільшого укладається між фізичними особами, тоді як юридичні особи між собою та у відносинах з фізичними особами укладають кредитні дого-вори або договори, які називаються інакше, будучи за суттю договорами позики.

Предметом договору позики є взаємозамінні речі, тобто такі, які можна взяти чи надати в позику, позичити, взяті чи надати в борг і повернути чи отримати назад взамін інші речі, визначені родовими ознаками. В цілому взаємність тут дво-якого роду — як щодо суб'єктів, що було показано вище, так і щодо об'єкта договору позики. Речі, крім того, мають бути споживними. Їх можна замінити при поверненні речами тако-го самого роду та якості, а отже зрозумілий сенс даного до-говору. Повертаються не ті самі речі, які надавалися в позику, а інші, аналогічні речі. Характерним прикладом предмета договору позики є гроші, а також будь-які матеріали, продукти харчування, паливо тощо.

Замінні речі розуміються не у широкому, а у вузькому зна-ченні. Йдеться про те, що договір позики відрізняється від до-говору міни саме обсягом замінності їх предметів. За догово-ром позики можна обміняти гривні на гривні, хліб на хліб, вино на вино тощо, причому на таку саму суму грошей або рівну кількість речей такого самого роду та якості. Не можна позичити біле вино, а віддати червоне, так само як позичити 100 гривень, а віддати 100 німецьких марок (треба брати до уваги також норми публічного права — валютне законодав-ство України). Ці випадки оформляються договором міни, хоч перший випадок можна врегулювати і в рамках договору позики, оскільки сторони самі визначають рід речі.

За предметом договір позики відрізняється також і від договору позички, оскільки предмет останнього — речі незамінні (індивідуально-визначені) та неспоживні. Спільним же те, що обидва договори оформляють позикові (кредитні) відносини, звідси і подібність у найменуванні договорів (схожа ситуація в німецькій мові — відповідно *Leihe* та *Darlehen*, інакше латиною та російською мовою — відповідно *commodatum* та *mutuum*, ссуда та заем). Отже зрозуміло, чому слово "позичити" має значення надати чи отримати речі яку позику, так і у позичку.

Крім зазначеної відмінності, від договору позички договір позики відрізняється і тим, що предмет договору позики передається у власність, оперативне управління чи, враховуючи Закон України "Про власність", у повне господарське відання, а не в користування як у договорі позички.

---

### § 2. Договір позики як кредитна угода

Для правильного розуміння договору позики насамперед треба порівняти поняття даної угоди з загальнішим поняттям угоди кредитної. У римському праві *mutuum* було різновидом *creditum*, причому дане родо-видове співвідношення і досі зберігається в українському цивільному праві, але, звичайно, в іншому значенні.

Що стосується кредитної угоди, то тут має місце звуковий збіг при позначенні двох різних правових понять. Юрист повинен розрізняти кредитні угоди в широкому та вузькому значенні.

Всі двосторонні угоди, які є зобов'язаннями чи відно-синами, побудованими на довірі, можна класифікувати за даною підставою на такі, які за своєю природою завжди є кредитними (насамперед договір позики, а також: позички, поставки, майнового найму, схову тощо), та такі, які можуть бути кредитними за певних умов (договори купівлі-продажу, міни, підряду тощо). Останні договори, які виконуються під час їх укладення (ч. 1 ст. 43 ЦК), не містять елемента довіри чи кредиту. Проте даний момент матиме місце в протилежному разі, коли ці договори виконуватимуться через певний проміжок часу. Спільним для угод першого і другого виду є те, що одна із сторін завжди називається кредитором.

У вузькому значенні кредитні угоди мають розглядатися як рід для договорів позики, кредитних договорів та ін.

Зважаючи на те, що за критерієм предмета правового регулювання цивілістична (приватна) сфера розпадається на дві частини — чисто цивільну та торговельну, можна виділити цивільні та торговельні кредитні відносини. Цивільні кредитні відносини оформляються договором позики, а торговельні — кредитним договором та іншими.

Оскільки торговельні відносини є спеціальними щодо цивільних, то і кредитний та інші договори, якими вони оформ-ляються, слід розглядати як спеціальні порівняно із загальним договором позики. Ці договори мають спільний знаменник, а саме — поняття кредитної угоди, що і дає можливість таким чином визначити співвідношення договорів позики і кредит-ного та інших.

Відрізняються вони тим, що все, що говоритиметься про договір позики, формально стосуватиметься і кредитного до-говору, але не навпаки. Таким чином, зрозуміло, чому у чинному ЦК України існує окрема глава "Розрахункові та кредитні відносини" після глави "Позика". Іншим випадком може бути конструкція єдиної глави "Позика" чи "Позика. Кредит. Банківський вклад", як це зроблено у проекті ЦК України, що включатиме також і регулювання та аналогічних кредитних договорів.

Як ми показали, кредитні угоди тісніше пов'язані за своєю цивільною природою з договором позики, а не з розрахун-ковими відносинами, оскільки останні з ними мають зв'язок на іншій підставі, який дає змогу віднести всі ці правочини до виключно банківських, тобто таких, у яких хоч би одним суб'єктом був банк. Поєднання кредитних угод з розрахун-ковими з точки зору цивільного, а не банківського права, є неналежним,

оскільки кредитний договір штучно виривається з царини, де його належне місце, — глави "Позика" і відноситься до сфери, в якій кредитні угоди розуміються не у вузькому, а в широкому значенні.

Без сумніву розрахункові угоди завжди є кредитними у широкому та можуть бути за певних умов кредитними у вузькому значенні (наприклад, овердрафт), але все ж згадане поєднання буде логічною помилкою, допущеною законодавцем в чинному ЦК України, яка не дає змоги правильно тлумачити зазначені договори. Розгляд кредитних договорів — як фінансового, так і товарного — у главі "Позика", а розрахункових угод — в окремій главі ЦК України, був би коректним вирішенням поставленої проблеми (зокрема, так запропоновано у проекті ЦК України).

Зупинимося на випадку, коли б договір позики розглядався як вид кредитного договору. У такому разі позика втратила б значення парадигми для оформлення кредитних угод у вузькому значенні, і постало б питання, який договір міг би її замінити. Такого договору не існує ні в історичному аспекті, ні в практичному, ні в чисто цивілістичному. Отже договір позики є елементарною кредитною угодою.

---

### § 3. Форма та зміст договору позики

Договір позики може укладатися як в усній, так і простій чи нотаріальній письмовій формі, причому остання не є обов'язковою. Письмова форма потрібна при укладенні договору на суму понад п'ятдесят карбованців (ст. 375 ЦК).

За загальним правилом, договір позики може бути оформлений як складанням одного документа, підписаного сторонами, так і шляхом обміну листами, телеграмами,

телефонограмами та ін., підписаними стороною, яка їх надсилає (ч. 2 ст. 154 ЦК). Останній випадок з практичної точки зору матиме значення тоді, коли, наприклад, позичальник у листі просить надати йому в борг певну суму грошей, а позикодавець погоджується і надсилає поштовим переказом кошти позичальникові, який перебуває в іншому, ніж позикодавець, місці.

Видача боргового документа і його перебування у кредитора не є письмовим оформленням договору позики, оскільки це одностороння угода боржника, що має бути письмовою за формою. Неписьмові документи хоч і не забороняються чинним законодавством як боргові документи (частини 2 та 3 ст. 216 ЦК), але практично не використовуються. Такі документи (наприклад, відео- чи кінодокументи, фотографії тощо), будучи складнішими щодо письмово складених боргових документів, мають меншу доказову силу. Практично, якщо такі документи існують, то вони є не борговими документами у юридичному розумінні цього слова, а документами, які просто підтверджують передачу речей чи її відсутність, і є звичайними судовими доказами, особливо коли показання свідків не допускаються.

Отже, письмовий борговий документ підтверджує укладення договору позики і є надійнішим доказом цього юридичного факту, ніж сам договір тоді, коли цей документ перебуває у позикодавця. Якщо він перебуває у позичальника, підтверджується неукладення чи припинення договору позики. Надійність цього інструменту підтверджує саме життя, оскільки в багатьох випадках договір позики не укладають у письмовій формі, хоч це набагато спростило б для позичальника заперечення договору позики за безгрошовістю, а для позикодавця доведення факту передачі речей тоді, коли сторони спеціальною нормою (ст. 376, а також ст. 46 ЦК) позбавлені права посилатися для підтвердження угоди на показання свідків.

Борговими документами за договором позики можуть бути розписки, квитанції та будь-які інші письмові документи, що підтверджують дві обставини: по-перше, отримання боржником речей—їх кількість, рід та якість, по-друге, волевиявлення боржника у певний строк — точно визначений чи визначений моментом витребування — повернути речі. обов'язковим реквізитом боргового документа має бути власноручний підпис боржника чи його уповноваженого представника, а факультативними — дата, місце видачі, свідки тощо.

Борговий документ можна вважати, як виняток, письмовою формою договору позики лише тоді, коли на ньому є відповідний напис кредитора або коли кредитор надасть боржникові контррозписку про отримання розписки останнього, тобто тоді, коли

кредитор на розписку боржника, яку можна розглядати як оферту, дасть письмову відповідь, яку треба розглядати як акцепт. Повернення розписок відбувається у загальному порядку (частини 2 та 3 ст. 216 ЦК).

Укладення договору не у письмовій у потрібних випадках формі веде не до недійсності договору позики, а лише утруднює його заперечення за безгрошевістю, оскільки показання свідків не допускаються (ч. 2 ст. 376 ЦК).

Що стосується інтерпретації слів "п'ятдесят карбованців" у ст. 375 ЦК України, то слід взяти до уваги те, що оскільки по-перше, не існує загального нормативного акта, яким би індексувалися суми, зазначені в ЦК України, і не вносилися будь-які зміни до ст. 375, по-друге, еквівалент у чинній національній валюті гривні, зазначеній у статті сумі, менший за одну копійку, то сьогодні будь-який договір позики на суму, більшу за найменшу існуючу в обігу грошову одиницю — одну копійку, має укладатися в письмовій формі.

Інакше дану проблему можна вирішити за аналогією до закону, відповідно до якого при індексації вкладів в установах Ощадного банку України береться до уваги певна пропорція, Саме її і можна використати щодо договору позики.

Договір позики в Україні є, як правило, безоплатним. Відсотки заборонені в цілому ст. 170 ЦК України. З даного правила є винятки, наприклад, коли за простроченим грошовим зобов'язанням боржник повинен сплатити за час прострочення три відсотки річних з простроченої суми, якщо законом чи договором не встановлений інший розмір відсотків (ч. 1 ст. 214 ЦК), при укладенні договору позики між кредитною спілкою та її членами тощо. Інакше в проекті ЦК України — позикодавець матиме право на одержання від позичальника відсотків на суму позики в розмірах і порядку, передбачених договором.

Взагалі проблема відсотків та, зокрема, лихви в історії права пов'язана з роллю у нашому суспільстві християнської церкви, яка негативно ставилася до надання грошей на ріст, тим більше до лихварства. Лихварство відповідно до давніх українських законів відрізняється від встановлення відсотків за надання позики тим, що лихва — це ті самі відсотки, але нараховані понад встановлений законом максимальний відсоток чи більше загальноприйнятого росту. Не дивно, що для реанімації договору позики у вітчизняній правовій системі відсотки за цим договором мають допускатися. Ніякої суперечності з відомим банківським законодавством не існує хоч би через те, що одна і та ж діяльність

може бути професійною і такою, на яку має право окремих громадянин, що не є ко-мерсантом.

Строк договору позики законом не встановлений. Це значить, що, якщо зі змісту договору не випливає обов'язок у зазначений строк повернути речі, то ним буде відповідно до ч. 2 ст. 165 ЦК України максимальний семиденний строк з дня пред'явлення вимоги про повернення боргу. Для договору позики такий строк є замалим, тому в проекті ЦК України для позитивного реагування на зазначену вимогу передбачається строк у тридцять днів.

Змістом договору позики, як одностороннього договору, є право кредитора вимагати від боржника повернути позику, тобто аналогічного предмета договору, взятого в борг, та обов'язок останнього виконати цю вимогу. Кредитор-позико-давець має тільки права, а боржник-позичальник — тільки обов'язки. Виняток передбачений ч. 1 ст. 376 ЦК України, але в ній йдеться не про нормально укладений договір позики, а про спір не стільки про безгрошовість договору, скільки про його існування взагалі.

Позичальник повинен повернути борг у встановленому за-коном та договором порядку, тобто у відповідний час, у по-трібному місці та належному суб'єктові, оскільки в против-ному разі матиме місце прострочення боржника (статті 2131 214 ЦК). Позикодавець не може відмовитися прийняти на-лежне виконання позичальником свого зобов'язання без того, щоб не мати відповідних негативних наслідків (ст. 215 ЦК).

---

### § 4. Укладення та виконання договору позики

Як уже відомо, договір позики вважається укладеним у момент передачі грошей або родових речей. Це призводить в українському праві до виявлення давньої проб-леми, якщо взяти до уваги те, що договір позики на суму "понад п'ятдесят карбованців" має бути укладений у письмо-вій формі. Ми маємо вирішити, як співвідносяться письмова форма договору і реальний момент укладення зазначеного договору.



Існує три можливі фактичні випадки: а) договір позики укладений пізніше його письмового оформлення, тобто пред-мет договору переданий пізніше складання і підписання одно-го документа чи іншим, установленим законом способом (ч. 2 ст. 44 та ч. 2 ст. 154 ЦК); б) момента укладення договору і підписання угоди настають один за одним, при цьому черго-вість слідування укладення договору і письмового його оформлення вільний — передача речей може передувати підпи-санню угоди або навпаки. З юридичної точки зору можна говорити про окремі випадки, коли укладення договору позики та його письмове оформлення збігаються у часі (одно-часні); в) момент укладення передує письмовій формі, тобто речі передані раніше підписання договору. У всіх зазначених казусах *actum de mutuo contrahendo* (договір про майбутнє укладення позики)<sup>1</sup>, як правило, не має місця.

Тут йдеться власне про договір позики, про що свідчить аналіз ст. 153 ЦК України. Оскільки істотною умовою для до-говору позики є передача предмета договору (ч. 2 ст. 374 ЦК), то, враховуючи відсутність умови, необхідної для договорів даного виду (ч. 2 ст. 153), ми робимо висновок, що договору позики не існує до моменту, коли з даної умови — передача предмета договору — буде досягнуто згоди. Згода тут можлива тільки у формі, по суті, конклюдентної дії, що передує письмовому оформленню або відбувається після нього.

Зупинимося на останній тезі детальніше. На наш погляд, ця дія, будучи саме конклюдентною, якщо розглядати перший казус, робить непотрібним додаткове письмове оформлення договору позики, оскільки конклюдентні дії ведуть до укладення договору самі по собі. В даному випадку їх правова природа така, що вони разом з попереднім підписанням до-говору позики, як його істотна умова, вказують тільки на мо-мент укладення та нічого не говорять про форму. Інакше, якщо вважати попередній письмовий договір позики власне договором з істотною умовою на майбутнє — відкладальним строком, то, оскільки конклюдентні дії це завжди самостійна підстава для укладення угод поряд з усними та письмовими правочинами, вони надають або віднімають щось нове у останніх. Це нове з чисто юридичної точки зору у договорі позики є досягненням згоди за всіма істотними умовами.

Практичний висновок із зазначеного вище такий: оскільки неустойка є додатковою угодою, то навіть у тому випадку, коли сторони підпишуть окрему письмову угоду про неустойку для забезпечення позики (ст. 180 ЦК), вона не матиме юри-дичного значення до моменту передачі речі, бо основний договір не вступив у силу. Звичайно не матиме юридичної сили і така неустойка, яка встановлюється за відмову позико-давця від передачі речі. Єдиним виходом з такої ситуації є укладення попередньої угоди про

укладення договору позики — *pactum de mutuo contrahendo*, оскільки сторони прямо виявили таке бажання у письмовій формі, що допускається чинним законодавством (п. 1 ч. 2 ст. 4 ЦК). У такому разі, включивши, наприклад, наведену вище неустойку до останньої угоди, ми, по-перше, дотримаємося письмової форми угоди про неустойку; по-друге, ця неустойка буде додатковою не до договору позики, а до *pactum de mutuo contrahendo*; по-третє, остання угода, включаючи угоду про неустойку, є консенсуальною, тобто вступає в силу з моменту її підписання сторонами.

Другий казус слідування моменту укладення договору позики і його підписання, що найчастіше трапляється в "живо-му праві", можна називати збіжним, при цьому позичальник часто видає кредитору-позикодавцеві борговий документ. Отже збіг потрібен не тільки для того, щоб у сторін залишився для підтвердження укладення договору позики письмовий текст цього договору та щоб одночасно позичальник отримав відповідні речі, а й для того, щоб позикодавець взамін речей одночасно отримав борговий документ. Зрозуміло, що коли одна сторона договору — позикодавець чи позичальник — не виконає певну дію тоді, коли контрагент свою вже здійснив і існує домовленість про їх одночасність (наприклад, позикодавець підпише договір і отримає борговий документ, а речі не передасть, чи позичальник отримає речі, а договір не підпише і боргового документа не видасть), то інакше як віроломством чи точніше карними діями (ч. 2 ст. 376 ЦК) це інтерпретувати не можна, адже не існує жодного факту, який би настав між підписанням і передачею речі чи видачею боргового документа, який би став підставою для виникнення спору і позитивно враховувався правом. Згадані інтереси не можуть захищатися законом, нічого не дасть і посилання на право утримання речей боржника до виконання ним якогось іншого зобов'язання, оскільки, по-перше, право утримання як інститут відсутнє у сучасному українському цивільному праві, по-друге, утримання завжди можливе, якщо майно боржника вже на законних підставах перебуває у володінні кредитора. Держава не може допускати і захищати факти описаного вище свавілля.

Третій казус, коли речі передано раніше підписання договору, найлегший для юридичної кваліфікації, оскільки недодержання письмової форми, яка для договору позики є обов'язковою у певних випадках (ст. 375 ЦК), не веде до його недійсності, а лише спричинює певні правові наслідки. Ці наслідки, зважаючи на те, що нотаріальна форма для договору позики необов'язкова, передбачені статтями 46 і 376 ЦК України.

Договір позики виконується без будь-яких особливостей. Якщо інше не передбачено договором позики, виконання договору може бути покладено на третю особу, причому позикодавець має прийняти виконання, запропоноване за боржника (ст. 164 ЦК); допускається дострокове виконання позичальником свого зобов'язання; місцем виконання договору грошової позики вважатиметься місце проживання позикодавця в

момент виникнення зобов'язання, а якщо останній у момент виконання змінив місце проживання і повідомив про це позичальника, то нове місце проживання кредитора з віднесенням за його рахунок усіх витрат, пов'язаних зі зміною місця виконання (п. 2 ч. 2 ст. 167 ЦК). За негрошовими позиками місцем виконання в зазначеному випадку є місце проживання позичальника (п. 3 ч. 2 ст. 167 ЦК). З цього випливає практичний висновок: щоб позичальник завжди повертав борг у місці проживання кредитора, це слід передбачити у договорі позики,

Позичальник забезпечує виконання договору позики неустойкою (штрафом, пенею), заставою чи поручительством. Позикодавець не має обов'язків у договорі позики, отже він не повинен нічого забезпечувати. Договір позики не забезпечується завдатком. Укладення договору позики підтверджуватиметься передачею предмета договору, а не видачею завдатку. Те, що завдаток, який є грошовою сумою, не застосовується у негрошовій позиці, само собою зрозуміло. Забезпечення завдатком виконання договору грошової позики непрактично, бо звичайно забезпечити позичальник може цей договір тільки із предмета договору позики, що призведе до втрати останнім певної частини вигоди від позики, забезпеченої таким способом.

Що стосується окремих видів договору позики (банківського вкладу, ломбардних позичок та ін.), то вони, як види договору позики, мають свої особливості.