

УДК 347

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2021.04.11>

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ РОЗМЕЖУВАННЯ ДОГОВОРУ ПОЗИЧКИ ВІД ІНШИХ ВИДІВ ДОГОВОРІВ (ПОЗИКА, ДАРУВАННЯ, НАЙМ ТРАНСПОРТНОГО ЗАСОБУ, ЖИТЛА, ДОГОВІР ПРОКАТУ, КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ)

Надьон В.В.,*доктор юридичних наук, професор,**професор кафедри цивільного права № 2**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого**Україна, м. Харків*

ORCID:0000-0001-8240-7717

Надьон В.В. Цивільно-правовий аспект розмежування договору позички від інших видів договорів (позика, дарування, найм транспортного засобу, житла, договір прокату, комерційної концесії).

Договори, спрямовані на передання майна у користування, різноманітні. Кожний із вхідних договірних типів має свою специфіку, обумовлену певними системними ознаками (позичка (безоплатне користування) – ознакою безоплатності, найм житла – предметними і суб'єктивними особливостями правовідносин, комерційна концесія – ознакою предмета). Відповідно внутрішня класифікація договорів, спрямованих на передання об'єктів цивільних прав у тимчасове користування, може бути послідовно зроблена з декількох підстав. Усі договори за предметною ознакою можна поділити на договори, спрямовані на передання у тимчасове користування майна (найм (оренда) транспортного засобу, житла, прокат, позичка), і договори, спрямовані на передання у тимчасове користування об'єктів виключних прав (комерційна концесія). У рамках договорів, спрямованих на передання у користування майна, за ознакою оплатності виділяються оплатні (найм (оренда), прокат, найм житла, транспортного засобу) і безоплатні (договір позички).

Авторкою зроблено висновок, що безоплатність – це неодмінна ознака для договору позички, а також й для договору дарування. Визначено, що ознака безоплатності може впливати із сутності взаємин сторін. Зокрема, вона виражається у певних діях, особливо якщо раніше такі дії мали безоплатний характер. Говорячи про безоплатність, не можна, однак, робити висновок, що цей договір не має майнового інтересу для позичкодавця. Іноді це справді так, а іноді майновий інтерес все-таки має місце.

Доведено, що договір позички сполучається з тими видами найму, системні ознаки яких не суперечать фактору безоплатності (позичка транспортного засобу, позички будинку, капітальної споруди).

Запропоновано внести корективи до ч. 3 ст. 827 ЦК України щодо можливості застосування положень Глави 58 ЦК України («Договір найму (оренди)»), а також запропонована додаткова стаття 837-1 ЦК щодо відповідальності за договором позички.

Із здійсненим аналізом окресленої проблеми, зроблено висновок, що для договору позички ознака безоплатності є визначальною, що дає підставу відрізнити позичку від інших видів цивільно-правових договорів.

Ключові слова: договір, позичка, найм (оренда), дарування, договір транспортного засобу, будівлі, іншої капітальної споруди, комерційна концесія, безоплатність, системні ознаки, відповідальність.

Nadon V.V. Civil legal aspect of distinction of loan agreement from other types of agreements (loan, gift, rental of vehicle, housing, rental agreement, commercial concession).

Contracts aimed at the transfer of property for use are diverse. Each of the incoming contract types has its own specifics due to certain systemic features (free use - a sign of gratuitousness, renting housing - subject and subjective features of legal relations, commercial concession - a sign of the subject). Accordingly, the internal classification of contracts aimed at the transfer of civil rights to temporary use can be made consistently on several grounds. All contracts on the basis of subject can be divided into contracts aimed at the temporary use of property (rent (lease) of a vehicle, housing, rental, loan), and contracts aimed at the temporary use of objects of exclusive rights (commercial concession). Within the framework of agreements aimed at the transfer of property for use, on the basis of payment are paid (rent (lease), rental, rental of housing, vehicle) and free (loan agreement).

The author concludes that gratuitousness is an essential feature for a loan agreement, as well as for a gift agreement. It is determined that the sign of gratuitousness may follow from the essence of the

relationship between the parties. In particular, it is expressed in certain actions, especially if previously such actions were free of charge. Speaking of gratuitousness, however, it cannot be concluded that this agreement has no property interest for the lender. Sometimes this is true, and sometimes property interest still takes place.

It is proved that the loan agreement is combined with those types of lease, the systemic features of which do not contradict the factor of gratuitousness (vehicle loan, home loan, capital construction).

It is proposed to make corrections to Part 3 of Art. 827 of the Civil Code of Ukraine on the possibility of applying the provisions of Chapter 58 of the Civil Code of Ukraine (Lease Agreement), as well as proposed additional Article 837-1 of the Civil Code on liability under the loan agreement.

With the analysis of the outlined problem, it is concluded that for the loan agreement the sign of gratuitousness is decisive, which gives grounds to distinguish the loan from other types of civil law agreements.

Key words: agreement, loan, rent (lease), gift, contract of vehicle, building, other capital construction, commercial concession, gratuitousness, system features, responsibility.

Постановка проблеми. Договори у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) побудовані за ознакою спрямованості. Ознака спрямованості є основою для формування правової бази, принципово відмінної від регулювання відносин, що мають іншу спрямованість (передання майна у власність, виконання роботи та надання послуги, передання майна у власність з умовою повернення такої ж кількості майна того ж роду і якості (позика) тощо).

Такий фактор як оплатність (безоплатність) значно вплинув на норми, що регулюють договірні відносини єдиної спрямованості. У законодавстві закріплені самостійні види оплатних договорів, спрямованих на передання майна у тимчасове користування. Їх розмаїтість обумовлена різними факторами, кожний з яких вимагає створення спеціальної правової бази. У свою чергу, безоплатність як системоутворюючий фактор стала причиною виділення як самостійного виду договорів про передання майна у користування – договору позички. Слід зазначити, що в практичній діяльності 1) договір позички часто плутається з договором позики; 2) із-за визначеної плутанини, практики взагалі намагаються не застосовувати визначену договірну конструкцію. Тому, вважаємо за необхідність, приділити увагу, аналізу договору позички та аспектам розмежування договору позички від інших цивільно-правових договорів, залежно від системних ознак.

Аналіз наукових публікацій. Серед науковців, які займаються дослідженням проблемних аспектів договорів, залежно від їх спрямованості слід виділити А. Г. Бірюкову, І. В. Борщевського, М. Й. Брагинського, І. В. Венедіктову, В. О. Гончаренко, О. В. Дзеру, Н. С. Кузнецову, О. О. Кота, М. В. Мороза, О. В. Ночовкіну, О. С. Омельчук, І. Й. Пучковську, Ю. В. Романця, О. М. Садікова, Ю. О. Сребрякова, Д. С. Січко, І. В. Спасибо-Фатєєву, Є. О. Суханова, П. П. Цитович, В. В. Ястребчак та інших.

Мета та завдання статті – зробити аналіз договору позички та визначити критерії розмежування договору позички від інших цивільно-правових договорів. Зробити висновки та пропозиції по окресленій проблемі.

Виклад основного матеріалу. Договір позички виник у Давньому Римі (приблизно в I ст. н. е.) через необхідність оформлення відносин з безоплатного передання речей (рухомих та нерухомих) у тимчасове користування. Передання речі в безоплатне користування було відоме як неюридичний правочин із сфери сусідських та дружніх відносин [1, с. 294]. Безоплатне користування диференціювалося під назвою «позичка» (від лат. *commandatum* – зробити послугу). Під позичкою розуміли реальний договір двох сторін: позичкодавця і користувача; перший передавав другому в безоплатне користування річ, для того щоб той повернув її в домовлений строк чи по закінченні користування, другий же обіцяв виконати це [1, с. 295]. У побуті під позичкою розуміли щось невизначене: позичкою називали іноді й позику, як оплатну, так і безоплатну, позичкою називали і безоплатне надання речей.

Пізніші юристи (Юліан, Ульпіан) визнали в позичці договірний характер. Це був договір виключно односторонній. Однак договір позички не був таким суто одностороннім договором, як договір позики. З цього приводу до нас дійшли від юриста Павла такі міркування. Позичкодавець укладає договір позички не в силу необхідності, а з доброї волі, здійснюючи лише моральний борг та люб'язність відносно іншої сторони. Тому він сам, роблячи таку люб'язність, визначає її форму та межі. Але як тільки позичкодавець надав іншому свою річ у безоплатне користування, він себе пов'язав: йому не належить право за своєю волею припинити потім договірне відношення, вимагати раніше установленого строку надану в користування річ тощо. Договір позички, за словами того ж класичного юриста, є правочином взаємним, і з нього виникають позови для обох сторін [2, с. 164].

На думку П. П. Цитовича, «позичка розуміється не як договір, а як дружня люб'язність, послуга (*officium*), взаємні відносини сторін, засновані на взаємній довірі (нерідко секреті), вони далекі від

усякого встановлення прав та обов'язків у юридичному значенні цих слів [3, с. 58]. Під позичкою майна відзначав К. Д. Кавелін, розумівся договір, за яким одна особа уступає іншій право користуватися своїм рухомим майном, «за умови повернення цього майна у тому ж стані, у якому воно було передано, без усякої оплати за користування [4, с. 381]. Договір позички мав на меті надання речі в безоплатне користування, тобто з договору позички одержує вигоду тільки користувач [2, с. 163].

Французьке цивільне право виділяє два види позички. При позичці першого роду має бути повернута та ж сама річ, що була дана в позичку; користувач має право тільки користуватися річчю впродовж існування договору, але не може ні відчужувати, ні знищувати її, це так звана позичка на підтримання (*prêt a usage*), *commodatum* римського права. При другій – користувач вправі розпоряджатися отриманими в позичку речами і лише зобов'язаний повернути інші речі тієї ж якості й у тій самій кількості; ця форма позички називається позичкою на споживання (*prêt de consommation*) і відповідає римському *mutuum* [5, с. 102].

У сучасному законодавстві України закріплена договірна концепція позички. Договір позички визнаний самостійним договірним видом, а не підвидом договору позики чи найму (оренди).

Договір позички істотно відрізняється від зовні схожого на нього договору безпроцентної позики, за яким майно також може бути передане безоплатно. В українській мові займ – позика – і позичка – безоплатне користування є словами однокорінними від «позичати» – одержувати річ на час, як у позику, так і в користування. Однак ця подібність у назві не змінює тих правових відмінностей, що існують між наймом (орендою) і заємнокредитними відносинами. Тому здається глибоко помилковою думка, що обидва договори – позика і позичка, що обґрунтовано розмежовані в ЦК України в різних зобов'язальних інститутах, оформляють «позикові (кредитні) відносини» [6, с. 637].

Характерними рисами безоплатних договорів позички та позики є: по-перше, право власності на річ у разі надання речі в позичку зберігається за її власником (позичкодавцем), а річ, передана за договором позики, спрямована у власність позичальника; по-друге, предметом договору позички може бути річ, визначена індивідуальними ознаками, а предметом договору позики – річ, що може бути визначена родовими ознаками, і кошти; по-третє, за договором позички має бути повернута та ж сама річ, а за договором позики повертається річ такого ж роду; по-четверте, договір позички може бути реальним або консенсуальним, а договір позики може бути тільки реальним; по-п'яте, до договору позички можуть застосовуватися норми Глави 58 (майновий найм (оренда)), а до договору позики ці норми не застосовуються; по-шосте, договір позички – завжди безоплатний за винятком ч. 2 ст. 829 ЦК, юридична особа, що здійснює підприємницьку діяльність, не може передавати речі в безоплатне користування особі, що є її засновником, учасником, керівником, членом її органу управління або контролю, а договір позики може бути як оплатним, так і безоплатним.

Чинне законодавство України, як відомо, уперше закріплює договір позички і дає його легальне визначення. Згідно із ч. 1 ст. 827 ЦК за договором позички одна сторона (позичкодавець) безоплатно передає або зобов'язується передати другій стороні (користувачеві) річ для користування протягом встановленого строку.

Договір позички сформульований у ЦК як один з договірних видів, спрямований на передання майна в безоплатне користування. Даний договір можна охарактеризувати такими ознаками.

По-перше, договір позички спрямований на передання у тимчасове користування об'єктів цивільних прав; дана ознака поєднує позичку з усіма договорами, спрямованими на передання у тимчасове користування об'єктів цивільних прав (наймом (орендою) житлового приміщення і комерційної концесії) та відмежовує її від договорів іншої спрямованості.

По-друге, договір позички спрямований на передання у тимчасове користування не будь-яких об'єктів цивільних прав, а тільки такого різновиду, як індивідуально-визначена річ; у цьому виявляється спорідненість розглянутого договору з орендою і наймом житла та його відмінність від комерційної концесії.

По-третє, договір позички спрямований на безоплатне передання речей у тимчасове користування, дана ознака відмежовує договір позички від найму житла. І. В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що договір позички близький до договору найму, але має відмінність у тому, що договір найму – оплатний [7, с. 33]. Саме ознака оплатності (безоплатності) набуває, у кінцевому підсумку, вирішальне значення для формування відповідного договірного типу. Так само, як оплатність є неодмінною ознакою договору купівлі-продажу, підряду або міни тощо, безоплатність необхідна для виділення таких типів договорів, як дарування і безоплатне користування [8, с. 762].

Тому автор даного дослідження не згодна з думкою Ю. В. Романца [9, с. 175], В. О. Гончаренко [10, с. 71], що безоплатність – другорядна ознака. Безоплатність – неодмінна ознака для договору безоплатного користування, як і для договору дарування.

По-четверте, договір позички укладається на певний строк, після закінчення якого річ має бути повернута.

По-п'яте, договір позички укладається відповідно до мети, визначеної в договорі.

Договір позички є взаємним. Якщо він є консенсуальним, синалагматичний характер відносин виявляється в повному обсязі, оскільки обов'язку позичкодавця передати річ протистоїть обов'язок користувача, її повернути.

Існує й інша позиція відносно синалагматичності цього договору: «У випадку якщо договір позички є консенсуальним, він набуває рис двостороннього договору. Позичкодавець при цьому зобов'язаний передати річ у користування, а користувач – повернути річ протягом визначеного строку. Якщо при укладанні договору позички застосовується конструкція реального договору, то він є одностороннім, оскільки, передаючи річ у користування, позичкодавець надалі має тільки права, а користувач – тільки обов'язки» [11, с. 169].

Договір позички є безоплатним. Безоплатність може впливати із сутності взаємин сторін. Зокрема, вона виражається у певних діях, особливо якщо раніше такі дії мали безоплатний характер [12, с. 10]. Говорячи про безоплатність, не можна, однак, робити висновок, що цей договір не має майнового інтересу для позичкодавця. Іноді це справді так, а іноді майновий інтерес має місце. Наприклад, підприємство-виробник надає у безоплатне користування рекламній компанії свою продукцію для показу її на промисловій виставці. Безпосереднім майновим інтересом позичкодавця буде реклама товару [11, с. 168].

У літературі безоплатний характер договору позички визнається, однак, не завжди. Деякі вчені припускають можливість існування не лише безоплатної моделі договору позички, але й моделі договору позички, що має оплатний характер. Так, на думку, В. Г. Ротань, із самої назви договору позички випливає, що річ за договором передається в користування безоплатно. Такий висновок відповідав би за визначенням договору позички згідно із ч. 1 ст. 827 ЦК. Але цей висновок був би поспішний. Відповідно до ч. 2 ст. 827 ЦК користувач не несе обов'язку вносити плату за користування річчю тільки у двох випадках: 1) якщо сторони домовилися про це; 2) якщо це впливає із суті відносин між ними. В інших випадках договір позички вважається оплатним [13, с. 272]. На думку, І. Г. Бабица, договір позички близький до договору найму, але відмінність між ними полягає в тому, що договір найму є оплатним, а договір позички може бути безоплатним [14, с. 571].

З такою позицією важко погодитися. Для договору позички безоплатність є конститутивною ознакою. Саме ознакою безоплатності договір позички, як і договір дарування, відрізняється від усіх інших видів (типів) договорів.

З огляду на викладене вимагає іншого тлумачення ч. 2 ст. 827 ЦК України, де справді сказано, що користування річчю є безоплатним, якщо: а) сторони домовилися про це; б) це впливає із сутності відносин між ними. Однак питання полягає в іншому: які наслідки виникнуть, якщо не існує жодної із зазначених умов? Іншими словами, якими будуть наслідки, якщо при передачі майна у користування: а) сторони не домовилися про безоплатність користування чи б) безоплатність користування не впливає із сутності відносин між ними? Висновок може бути лише один: виникає не договір безоплатної позички, а договір майнового найму (оренди). Останній, як відомо, має принципово оплатний характер (ч. 1 ст. 759 ЦК України).

Для того щоб не виникало неправильне уявлення про можливість існування оплатного договору позички, у закон необхідно внести відповідні корективи. Зокрема, пропонується викласти ч. 2 ст. 827 ЦК у такий спосіб: «За договором позички одна сторона (позичкодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (користувачеві) річ у тимчасове користування, без зустрічного майнового чи іншого надання другою стороною (користувачем)».

Поширенню ідеї про можливий оплатний характер договору позички деякою мірою сприяє ч. 3 ст. 827 ЦК України. У ній, зокрема, вказується, що до договору позички застосовуються положення глави 58 ЦК про найм (оренду) майна. З урахуванням того, що в ч. 3 ст. 827 ЦК України відсутні які-небудь уточнення, складається враження, що всі норми про оплатне користування майном в договорі найму (оренди) у повному обсязі застосовні до договору позички.

Така ситуація в літературі одержала різні пояснення. Так, на думку Ю. В. Романця, до договору позички можуть застосовуватися ті орендні правила, обумовлені спрямованістю на передання майна в тимчасове користування, на які не впливає оплатність (безоплатність) правовідносин [9, с. 359]. У даному випадку вважає О. М. Садіков, законодавець використовує принцип уніфікації правового регулювання договорів найму (оренди) і позички, що застосовується в процесі розробки єдиних правових норм для схожих відносин [15, с. 95].

Незважаючи на це, не викликає сумнівів, що не всі положення Глави 58 ЦК України можна застосовувати до відносин безоплатного користування річчю. Інакше не було б необхідності законодавчого закріплення договору позички як самостійної договірної конструкції.

У зв'язку з цим необхідно проаналізувати, які норми ЦК України щодо найму (оренди) можуть застосовуватися для регулювання відносин за договором позички. При цьому слід враховувати, що до договору

позички застосовні тільки ті норми найму (оренди), на які не впливає оплатність зобов'язання. Наприклад, зупинимося на сполученні договору позички та найму житла. Системні ознаки, що лежать в основі виділення зазначених договорів, не суперечать одна одній. Тому вони можуть сполучатися в одному правовідношенні, що передбачає передання житлового приміщення в тимчасове безоплатне користування.

До безоплатного користування житлом застосовні тільки ті норми інституту найму житлового приміщення, що відображають житлову специфіку абстрактно від ознаки оплатності (безоплатності). Правила, пов'язані з оплатністю договору, до позички житла застосовуватися не повинні. Безоплатність договору позички визначається, відповідно до концепції чинного ЦК України, неможливістю вимагати річ у позичкодавця у разі його відмови від добровільного виконання зобов'язань (ст. 830 ЦК). Тому ст. 766 ЦК України до відносин, що виникають з договору позички, не застосовується. Стаття 768 ЦК України не може бути використана для регулювання відносин безоплатного передання речі у користування на підставі, що гарантування якості речі, яка передається в користування, впливає з оплатності відносин між сторонами договору найму [10, с. 73].

Уніфіковані правила, щодо договорів, спрямованих на передання майна у тимчасове користування незалежно від оплатності чи безоплатності, містяться в правових нормах, що регулюють певні види договору найму (оренди). Такі види договорів, як найм (оренда) земельної ділянки, найм будинку, іншої капітальної споруди, найм (оренда) транспортного засобу можуть бути відповідно до ЦК України як оплатними, так і безоплатними. Відповідно системні ознаки цих видів договору найму не суперечать фактору безоплатності, правила до даних договорів можуть застосовуватися щодо позички земельних ділянок, будинків (інших капітальних споруд) і транспортних засобів. Виняткова оплатність договорів прокату та лізингу веде до неможливості застосування статтей 787-791 і 806-809 ЦК України до договору позички.

Тому договір позички сполучається з тими видами найму, системні ознаки яких не суперечать фактору безоплатності (позичка транспортного засобу, позичка будинку або споруди).

На підставі проведеного аналізу гл. 58 ЦК України В. О. Гончаренко пропонує перелічити в ч. 3 ст. 827 ЦК України конкретні норми глави 58 ЦК України, що регулюють відносини оплатного майнового найму, які можуть бути застосовні в процесі регулювання відносин з безоплатного користування майном – договору позички [16, с. 10].

Безумовно, такий підхід може мати місце. Однак, крім простого перерахування статей, що не можуть застосовуватися, існує й інший прийом юридичної техніки, що повною мірою може бути використаний у даному випадку. Відомо, що в ЦК України відсильні норми нерідко формулюються за одним принципом. По-перше, указується, що на регульовані відносини поширюють свою дію норми, які регулюють відносини, передбачені іншою групою норм (наприклад, до договору пожертви застосовуються норми про договір дарування). По-друге, закріплюється загальний виняток з попереднього правила, що може звучати так: «якщо інше не встановлено законом» (ч. 1 ст. 806, ч. 3 ст. 810 ЦК), або «якщо інше не встановлено договором» (ч. 2 ст. 713, ч. 4 ст. 715, ч. 3 ст. 729, ч. 1 ст. 774 ЦК України й ін.). Винятки можуть мати й більш узагальнений характер, скажімо: «якщо інше не впливає з характеру відносин сторін» (ч. 2 ст. 712 ЦК).

Як здається, саме останній варіант винятку із загального правила буде оптимальним у процесі регулювання відносин, що впливають з договору позички. У зв'язку з цим пропонується ч. 3 ст. 827 ЦК України викласти в такій редакції: «До договору позички застосовуються положення глави 58 цього Кодексу, якщо це не суперечить безоплатній природі відносин, що впливають з даного договору».

Істотною умовою договору позички, безумовно, є його предмет, тому що сторони мають дійти згоди щодо характеру речі, що передаватиметься в користування. Порівняно з ч. 1 ст. 324 ЦК УРСР 1963 р. визначення договору позички, закріплене в ч. 1 ст. 827 ЦК України, має певну перевагу. У ній чітко зазначений предмет договору позички, який можуть мати тільки індивідуально-визначені речі, а не майно взагалі, як це передбачалося раніше.

Однак, як указує В. О. Гончаренко, «поняття договору позички за ЦК України має також певні недоробки: 1) у ньому відсутня указівка на стан, у якому річ підлягає поверненню; 2) назва «користувач» вживається в назві сторони, що одержує річ у позичку, і не сприяє індивідуалізації сторін цього договору». Отже, науковець пропонує більш визначене поняття договору позички: «За договором позички одна сторона (позичкодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (користувачеві) річ у безоплатне тимчасове користування, а остання зобов'язується повернути ту ж саму річ у стані, в якому вона її одержала, з урахуванням нормального зносу чи в стані, визначеному в договорі» [16, с. 9-10].

Крім предмета договору, у літературі було поставлене питання про безоплатність як істотну умову договору позички. Крім теоретичного, цей момент має й суто практичне значення. Чи необхідно сторонам вказувати в договорі умову про безоплатний характер користування майном чи цей момент передбачається включеним у договір автоматично?

У літературі це питання є спірним. Так, М. Й. Брагінський не вважає безоплатність істотною умовою договору позички. Автор пояснює це тим, що «свідомо допускається визнання укладеним і такого договору, в змісті якого відсутня пряма вказівка на цю особливість позички» [8, с. 778]. На думку, І. В. Венедіктової, безоплатність договору не повинна бути істотною умовою, оскільки це впливає із самої сутності укладеного правочину [17, с. 40]. За словами, О. Ю. Кабалкіна, безоплатність належить не до істотних, а до визначальних ознак позички, і тому про надання своїм відносинам безоплатності сторони домовлятися не повинні [18, с. 214].

У свою чергу, О. А. Іванов вважає, що визнання безоплатності істотною умовою позички не позбавлене підстав та спричиняє певні практичні наслідки. З цієї умови випливає, що сторони повинні домовитися про передання речі саме у безоплатне користування. Безоплатність користування має впливати з назви договору або його умов, погоджених сторонами. В іншому випадку користування доведеться визнати оплатним, тобто заснованим на договорі найму (оренди) [19, с. 348].

Можна погодитися з думкою О. Ю. Кабалкіна, що безоплатність – це визначальна ознака договору позички. Тому сторонам немає необхідності спеціально домовлятися про безоплатність своїх відносин, і безоплатність не може визнаватися істотною умовою договору позички. У позичці немає альтернативи, як, наприклад, у договорах позики, зберігання, доручення. Ознака оплатності застосована в інших видах договорів про передання майна в користування, наприклад, у договорі найму (оренди). Можна зробити висновок, що до позички не застосовується ознака оплатності, так само як до найму (оренди) не застосовується ознака безоплатності. Таким чином, для договору позички ознака безоплатності є визначальною, що дає підставу відрізнити позичку від інших видів договорів, спрямованих на передання майна у користування.

У випадку невиконання або неналежного виконання договору позички на винну сторону покладається цивільно-правова відповідальність, що передбачає для боржника додаткові негативні майнові наслідки у вигляді відшкодування збитків. Розмір відповідальності повинен об'єктивно відповідати розміру заподіяної шкоди, якщо договором не встановлене інше. Цивільне законодавство в даному випадку дотримується принципу обмеженої відповідальності, тобто збитки мають відшкодуватися тільки ті, котрі реально понесені стороною, а упущена вигода, у зв'язку з безоплатним характером відносин, не підлягає відшкодуванню [18, с. 42].

Оскільки, договір позички є безоплатним, саме ця властивість дозволяє провести чітку межу між ним і договором найму (оренди) у питаннях відповідальності. Безоплатність позички знаходить своє відображення в розподілі між сторонами обов'язків, а також в обмеженій відповідальності позичкодавця. Порівняно з наймодавцем позичкодавець несе менш суворі за обсягом і змістом обов'язки. Обмеження ж відповідальності позичкодавця полягає в тому, що він, як правило, відшкодовує: 1) понесений користувачем реальний збиток, але не упущену вигоду; 2) відповідає не за всяку вину, а тільки за умисел чи грубу необережність [19, с. 342].

Пов'язано це з тим, що позичкодавець, як правило, ніяких вигод з договору позички не одержує. Навпаки, оскільки користувач не надає зустрічного надання замість отриманої ним вигоди і тому одностороннє збагачується, він не вправі претендувати на такий же обсяг обов'язків або відповідальності позичкодавця, що покладений на наймодавця договором найму (оренди) [19, с. 343].

Позичкодавець відповідає за недоліки речі, переданої в безоплатне користування, у випадках, коли він навмисно чи з грубої необережності не зробив застереження щодо них при укладанні договору. Під недоліками слід розуміти будь-які відхилення, що погіршують якість речі, від того її стану, що визначається умовами договору позички чи призначенням речі.

Відповідальність позичкодавця не настає у випадках: 1) якщо позичкодавець не зробив застереження щодо недоліків речі в силу простої необережності чи зовсім без вини, тобто позичкодавець може бути звільнений від відповідальності, якщо відсутня одночасно як вина користувача, так і його власна вина; 2) за недоліки, про які позичкодавець при укладанні договору не знав.

Користувач не несе відповідальності, якщо позичкодавець не надав у безоплатне користування річ чи надав її несвоєчасно, у несправному або в погіршеному стані; користувач має право зажадати надання речі та відшкодування завданих збитків (ст. 693 ЦК РФ).

Глава 60 ЦК України не містить норм щодо відповідальності за договором позички. Передбачено відповідальність у Главі 58 статті 780 ЦК «Відповідальність за шкоду, що завдана у зв'язку з користуванням річчю, переданою в найм». Частина 1 ст. 780 ЦК установлює: «Шкода, завдана третім особам у зв'язку з користуванням річчю...», ч. 2 ст. 780 ЦК установлює: «шкода, завдана у зв'язку з користуванням річчю наймодавцем...». Оскільки договір позички – безоплатний, то позичкодавець повинен нести менш сувору відповідальність, ніж в оплатному договорі найму. Тому в даному випадку не можна застосовувати норму про відповідальність, передбачену Главою 58 ЦК України, а необхідно вивести спеціальну норму, що характеризує відповідальність за договором позички.

Висновки. За договором позички одна сторона (позичкодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (кеористувачеві) річ у тимчасове користування без зустрічного майнового чи іншого надання другою стороною (користувачем). Цей договір є одностороннім, безоплатним, реальним. Отже, до договору позички застосовуються положення глави 58 ЦК, якщо це не суперечить безоплатній природі відносин, що випливають з даного договору. До договору позички не застосовується ознака оплатності, так само як до найму (оренди) не застосовується ознака безоплатності. Таким чином, для договору позички ознака безоплатності є визначальною, що дає підставу відрізнити позичку від інших видів цивільно-правових договорів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. – М.: Статут, 2003. 697 с.
2. Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права: Учебник. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1960. 239 с.
3. Цитович П.П. Обязательства по русскому гражданскому праву. Конспект лекций. К.: Тип. И. И. Чоколова, 1894. 206 с.
4. Кавелин К. Д. Избранные произведения по гражданскому праву. М: АО «Центр ЮРИНФОРМ», 2003. 722 с.
5. Курс Французского гражданского права Марселя Пляниоля. Ч. 2: Договоры / Пер. с фр. В. Ю. Гартмана. Петраков, 1911. Вып. 4. 336 с.
6. Зобов'язальне право: теорія і практика: навч. посіб. для студентів юрид. вузів / За заг. ред. О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 1998. 912 с.
7. Спасибо-Фатеева І.В. Позичка чи позика. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2004. № 1 (13). С. 33-37.
8. Брагинский М. И. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000. 800 с.
9. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М.: ЮРИСТЪ, 2006. 496 с.
10. Гончаренко В.О. Вплив безоплатності на побудову договірних конструкцій (на прикладі договору позички) . *Митна справа*. 2005. № 6. С. 71-75.
11. Цивільне право України: У 2 кн. / За ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. К.: Юрінком Інтер, 2002. Кн. 2. 784 с.
12. Кравченко О. Домовилися і вдарили по руках: Договори найму (оренди) та позички, їх відмінності. *Урядовий кур'єр*. 2005. № 129. С. 10.
13. Ярема А.Г., Карабань В.Я., Кривенко В.В., Ротань В.Г. Научно-практический комментарий к гражданскому законодательству Украины: В 4 т. Т. 3.К.: А.С.К.; Севостопольский ин-т юрид. Исслед., 2005. 928 с.
14. Гражданский кодекс Украины: коммент. Харьков: Одиссей, 2003. 856 с.
15. Садиков О.Н. Унификация как средство совершенствования гражданского законодательства. *Известия вузов*. 1972. № 6. – С. 91-102.
16. Гончаренко В.О. Договор ссуды в римском частном праве и его рецепция в современном гражданском законодательстве Украины: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03: Одес. Нац. юрид. акад. Одесса, 2005. 21 с.
17. Венедіктова І.В. Особливості застосування договору позички за сучасним українським законодавством . *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2005. № 5. С. 37-45.
18. Гражданское право: учеб. В 2-х ч. Ч. 2: Обязательственное право / под ред. В. В. Залесского. М.: Статут, 1998. 653 с.
19. Гражданское право: учеб. в 3 т. Т. 2. / Отв ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М.: Велби, Изд-во Проспект, 2004. 848 с.