

Конспект лекції на тему: «Не типові «вимушені» кредитні правовідносини. Новація боргу у позикове зобов'язання, як вид кредитних правовідносин»

План:

1. *Механізм та підстави виникнення новації боргу у позикове зобов'язання*
2. *Місце домовленості сторін про заміну боргу на позикове зобов'язання в системі цивільно-правових договорів*
3. *Поняття та юридичні ознаки новаційного договору позики*
4. *Предмет та об'єкт новаційного договору позики*
5. *Форма та зміст новаційного договору позики*

Новація, передбачена ч. 2 ст. 604 та ст. 1053 ЦК України, є однією з загальних підстав припинення зобов'язань, яка має особливі, характерні риси, що відрізняють її від інших суміжних інститутів цивільного права, такі як передання відступного, припинення зобов'язання за домовленістю сторін, прощення боргу. Так, на відміну від інших правочинів, які мають наслідком припинення зобов'язань, новація не припиняє правового зв'язку сторін, оскільки замість зобов'язання, дія якого припиняється, виникає узгоджене ними нове зобов'язання.

Для того, щоб домовленість сторін про новацію вважалась укладеною, необхідна наявність таких умов:

- існування первісного зобов'язання;
- домовленість сторін про його заміну іншим;
- нове зобов'язання;
- наявність наміру сторін оновити свої правовідносини;
- можливість заміни первісного зобов'язання.

При цьому первісне зобов'язання має відповідати вимогам дійсності правочинів і бути одним із тих юридичних фактів, на підставі яких закон дозволяє здійснювати новацію зобов'язання. Між первісним і новим зобов'язанням повинен існувати певний проміжок часу та причинний зв'язок, тобто, первісне зобов'язання повинно вже існувати на момент прийняття сторонами рішення припинити свої правовідносини новацією. Сама домовленість сторін про новацію також має бути дійсною, до неї повинні застосовуватись усі вимоги закону щодо правочинів та їхньої форми. Вона укладається між тими ж сторонами та припиняє їхні первісні правовідносини. Сторони мають чітко визначити свою волю (бажання) вчинити зазначені дії, або такий намір повинен безсумнівно впливати з учинених сторонами дій. Завдяки таким ознакам новація відрізняється від інших способів припинення зобов'язання.

Аналізуючи ознаки грошових зобов'язань, можна сказати, що вони характерні для новації боргу у позикове зобов'язання. Так, у випадку, коли сторони вступають у такі правовідносини, основною економічною метою для них є погашення боргу, що виник між ними за первісним зобов'язанням. Тобто метою сторін у новому договорі, як і в будь-яких грошових зобов'язаннях, є здійснення платежу кредитором для досягнення ним певної економічної мети. Окрім цього, під час новації боргу у позикове зобов'язання в новому зобов'язанні відбувається врахування кредитором суми заборгованості за первісним зобов'язанням як суми позики вже у виконанні позикового зобов'язання. Тобто можна сказати, що під час здійснення новації боргу у позикове зобов'язання сторони застосовують певний майновий еквівалент наданих кредитором послуг чи інших дій за первісним договором і таким чином укладають позикове зобов'язання. Також треба зазначити, що новація боргу є зобов'язанням, яке укладається стосовно речей, визначених родовими ознаками, до яких також належать і гроші. Окрім цього, за

підставою виникнення Л. А. Лунц виокремлює два види грошових зобов'язань: 1) ті, в яких обов'язок сплатити гроші впливає безпосередньо з закону чи договору та складає первісний зміст зобов'язання (борг); 2) ті, в яких такий обов'язок може бути санкцією за невиконання зобов'язання, первісним предметом якого є не гроші, а речі, послуги або інші дії. Останні базуються на заміні будь-якого предмету боргу його грошовим еквівалентом, тож до цього виду належить новація боргу у позикове зобов'язання.

Зобов'язання не є грошовим, коли сторони укладають договір новації боргу у позикове зобов'язання речей, визначених родовими ознаками. Але це відбувається лише у випадку, якщо й первісне зобов'язання, що оновлюється, було пов'язано із будь-якими діями щодо речей, визначених родовими ознаками. Наприклад, за договором поставки постачальник не надав обумовленої кількості речей, визначених родовими ознаками, і сторони трансформували борг, що виник на підставі невиконання зобов'язання, у позикове зобов'язання тих самих речей, визначених родовими ознаками. Тому для того, щоб з'ясувати інші підстави виникнення цього цивільно-правового інституту, необхідним є зосередження уваги саме на підставах виникнення грошових зобов'язань.

Відповідно до ч. 1 ст. 1053 ЦК України за домовленістю сторін борг, що виник із договорів купівлі-продажу, найму майна або з іншої підстави, може бути замінений позиковим зобов'язанням. Отже, постає питання деталізації чинної норми ЦК та з'ясування інших можливих підстав виникнення новації боргу у позикове зобов'язання. Як уже зазначалося, завдяки специфічним властивостям досліджуваної цивільно-правової конструкції ми можемо віднести її до групи грошових зобов'язань, тож зосередимо увагу на особливостях їх підстав виникнення.

Зобов'язання виникають із таких юридичних фактів як договір, правочини, що не передбачені законодавством, але не суперечать йому, акти публічної влади та судові рішення, а також інші юридичні вчинки, які не є правочинами (наприклад, знахідка). Зобов'язання, в тому числі грошові, прийнято поділяти на регулятивні (договірні чи недоговірні правомірної спрямованості) та охоронні (у зв'язку з учиненням шкоди та безпідставного збагачення, які за своїм змістом є видами цивільно-правової відповідальності)]. Оскільки заміна боргу позиковим зобов'язанням здійснюється з додержанням вимог про новацію, то новація боргу у позикове зобов'язання не допускається щодо відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, про сплату аліментів та в інших випадках, встановлених законом (тобто у правовідносинах особистого характеру (в тому числі й деліктних), які передбачені ЦК України). Цільове призначення таких зобов'язань виключає бідь-яку можливість їхньої зміни, оскільки вони призначені для забезпечення систематичного надання утримання непрацездатним та особам, що знаходяться на утриманні інших осіб. Норми ЦК України, які регулюють зобов'язання, що виникають внаслідок спричинення шкоди життю та здоров'ю (гл. 82 ЦК України), не передбачають можливості їх припинення за згодою сторін. Стосовно інших охоронних зобов'язань, у випадку, коли шкода завдана не виконанням або неналежним виконанням зобов'язання, або ж у правопорушеннях, які не мають особистого характеру, між його учасниками виникає нове зобов'язання по відшкодуванню шкоди (збитків). Тобто у правовідносинах з'являється боржник і кредитор, і у боржника виникає обов'язок по відшкодуванню. Оскільки обов'язок і борг є тотожними поняттями, то можна сказати, що у боржника, в нашому випадку, виникає борг перед кредитором, який можна, в свою чергу, замінити позиковим зобов'язанням.

Що стосується договірних зобов'язань, то тут новація боргу може відбуватися в усіх видах, тобто у зобов'язаннях про передачу майна у власність, у користування, зобов'язаннях по виконанню робіт і наданню послуг, а також зобов'язаннях стосовно реалізації результатів творчої діяльності. Слід зауважити, що цей інститут не застосовується в безвідплатних договірних зобов'язаннях, оскільки в них дії однієї особи не потребують зустрічного майнового задоволення з боку іншої сторони.

Окрім договірних значну групу регулятивних грошових зобов'язань утворюють недоговірні, а саме зобов'язання, що виникають з односторонніх дій правомірного характеру. До них належать вчинення дій в інтересах іншої особи без її доручення (гл. 79 ЦК України), зобов'язання з публічної обіцянки винагороди (гл. 78 ЦК України), з конкурсу та ін. Зобов'язання з односторонніх дій правомірного характеру можуть бути й не грошовими. Так, відповідно до ст.1151 ЦК України умовами конкурсу визначається вид нагороди (сума премії) за кожне призове місце, а також може обумовлюватись надання переможцеві лише морального заохочення. Але в тих випадках, коли зазначені зобов'язальні відносини є грошовими, до них застосовуються всі законодавчі положення щодо грошових зобов'язань, а отже, в них можлива й новація боргу у позикове зобов'язання. Грошовим конкурсне зобов'язання буде у випадку, коли учасник конкурсу, робота якого визнана найкращою, отримає право вимагати від засновника конкурсу виплати йому певної суми грошей. Мінова вартість (цінність) грошей виявляється тут у відношенні до споживчої вартості робіт, виконаних переможцем конкурс.. Отже, у випадку неможливості виконання засновником конкурсу своїх грошових зобов'язань виникає борг, який можна трансформувати в позикове зобов'язання.

Значну схожість із конкурсним зобов'язанням має публічна обіцянка винагороди. У межах цих правовідносин особа, що здійснила зазначені в оголошенні дії (кредитор), має право вимагати від особи, яка зробила таке оголошення (боржника), виплати обіцяної винагороди. Якщо була обіцяна грошова винагорода, то й зобов'язання буде грошовим, отже під час виникнення за ним боргу, можлива і його новація в позикове зобов'язання.

Інакше складається ситуація під час аналізу зобов'язань, що виникають у разі вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення. Це зобов'язання виникає безпосередньо з учинення однією особою (гестором) певних дій в інтересах іншої особи (домінуса). Змістом досліджуваних відносин, як правило, є право гестора вимагати відшкодування понесених ним у зв'язку із вчиненням дій в чужих інтересах необхідних витрат та реальних збитків, а також протилежний цьому праву обов'язок домінуса. Останній не звільняється від виконання даного обов'язку й у тих випадках, коли дії в чужих інтересах не призвели до бажаного результату або ж не були схвалені домінусом, але є всі необхідні умови для виникнення зобов'язання, що розглядається. Новація боргу у позикове зобов'язання може відбуватись у цих правовідносинах, якщо вони мають грошовий характер, тобто в разі, якщо відшкодування реальних збитків, які зазнав гестор, а також виплата йому винагороди здійснюються в грошовій формі.

У науковій правовій літературі існує неоднозначна думка стосовно тлумачення ч. 2 ст. 604 ЦК України. На практиці застосування цієї законодавчої норми трапляються випадки, коли виникають питання можливості новації триваючих зобов'язань, які виконуються не одноразово, а частинами. Наприклад, сторони договору поставки, які здійснюють поставку товару партіями, вирішили замінити зобов'язання по сплаті лише однієї партії товару позиковим зобов'язанням. Постає питання, чи можливо при цьому здійснити новацію частини зобов'язання без оновлення всього зобов'язання. На нашу думку, це можливо, якщо та частина зобов'язання, яку сторони мають на меті оновити, достатньо відокремлена.

У зв'язку з вищезазначеним виникає інше питання – чи можливо застосовувати ч. 2 ст. 604 і, відповідно, ст. 1053 ЦК України до додаткових, так званих акцесорних, зобов'язань. Мова йде про способи забезпечення зобов'язання, передбачені ст. 546 ЦК України, яким притаманні ознаки самостійних зобов'язань. Виходячи із принципу диспозитивності цивільного права, можна стверджувати, що сторони на власний розсуд дійсно можуть вільно обирати спосіб припинення своїх договірних правовідносин, як основних, так і додаткових. Так, наприклад, якщо виникає борг третьої особи, поручителя або гаранта перед кредитором за основним зобов'язанням, не має причин, за якими б відповідні особи не могли укласти з кредитором договір новації боргу у позикове зобов'язання. Дискусійним залишається лише питання щодо можливості припинення зобов'язання по сплаті неустойки новацією. Це пояснюється тим, що неустойці притаманний

подвійний характер. Вона є засобом забезпечення виконання зобов'язань, та одночасно мірою відповідальності за його неналежне виконання. Саме сполучення штрафної та забезпечувальної функцій неустойки зазвичай призводить до труднощів у кваліфікації конкретних правовідносин сторін.

Можна навести приклад, коли судом був зроблений висновок про те, що угода про новацію, яка передбачає заміну зобов'язання по сплаті неустойки позиковим зобов'язанням, є нікчемною. На думку суду, новація застосовується для заміни боргу, в той час як неустойка (штраф, пеня) є мірою відповідальності за порушення умов основного зобов'язання. Оскільки головним наслідком домовленості сторін про новацію є припинення первісного зобов'язання, то договір про заміну неустойки позиковим зобов'язанням протирічить нормі ЦК про новацію. До того ж, суд мотивував своє рішення й тим, що під час новації законодавством передбачена заміна лише основного зобов'язання на основне, а не додаткового (неустойка) на основне (позика). Але висновок про можливість чи неможливість новації зобов'язання по сплаті неустойки, на нашу думку, можна зробити лише за умови отримання відповіді на такі питання: чи є неустойка зобов'язанням та наскільки самостійними є вимоги щодо її виплати.

Вбачається, що правова природа неустойки є мінливою. Вона змінюється в залежності від того, на якій стадії знаходяться правовідносини сторін, що уклали правочин. Так, на момент укладення договору неустойка є лише мірою імовірної відповідальності, що застосовується до сторони, яка не виконала умови договору. До того часу, як настав факт невиконання зобов'язання боржником, неустойка не має ознак зобов'язання. Коли ж відбувається порушення зобов'язання та включається механізм нарахування неустойки, вона стає мірою відповідальності. При цьому праву вимоги кредитора, заснованому на умові договору про сплату неустойки, кореспондує обов'язок боржника сплатити суму, передбачену такою умовою. Тобто в даному випадку маємо справу зі звичайним грошовим боргом, розмір якого заздалегідь встановлений та відомий сторонам.

Також необхідно зазначити, що зобов'язання боржника сплатити неустойку повністю відповідає визначенню поняття зобов'язання, закріпленому статтею 509 ЦК України. Як і будь-яке зобов'язання, вона має суб'єктний склад в особі боржника та кредитора. Юридичною підставою виникнення цього зобов'язання є неналежна поведінка боржника в межах виконання конкретного правочину. Змістом є суб'єктивне право вимоги кредитора сплатити грошову суму, визначену договором або законом у випадку порушення основного зобов'язання та відповідне зобов'язання боржника по оплаті. Таким чином, можна зробити висновок, що неустойка не є зобов'язанням, оскільки вона є засобом (мірою), який стимулює боржника до належного виконання основного зобов'язання. Проте, з моменту виникнення такої правової підстави як неналежна поведінка боржника між сторонами договору виникає додатковий правовий зв'язок – зобов'язання по сплаті неустойки.

При вирішенні питання, чи можна здійснювати новацію, використовуючи заміну додаткового зобов'язання основним, необхідно вирішити, наскільки самостійною є вимога стосовно сплати неустойки. Традиційно в науковій правовій літературі її відносять до акцесорних, додаткових зобов'язань. До цієї ж групи належать завдаток, застава, порука та ін. При цьому вважається, що без основного зобов'язання ці правочини втрачають будь-який сенс. Їхня залежність зазвичай виявляється в тому, що в разі недійсності основного зобов'язанням недійсним є й додаткове, і навпаки – недійсність додаткового зобов'язання не гарантує відповідно недійсності основного. Проте, на нашу думку, для застосування ч. 2 ст. 604 ЦК України до зобов'язання по сплаті неустойки така особливість акцесорних зобов'язань не має ніякого значення, оскільки розглядається випадок, коли основне і додаткове зобов'язання є дійсними. Будь-який недійсний правочин не може бути припинений новацією (як й іншими способами припинення зобов'язань, передбаченими ЦК України), тому що за загальним правилом він вважається таким, що не існує.

Відповідно до ч. 4 ст. 604 ЦК України новація припиняє додаткові

зобов'язання, пов'язані з первісним, якщо інше не встановлено договором. Вбачається, що законодавець передбачив цю норму насамперед, для захисту третіх осіб, які використали такі способи забезпечення зобов'язання як застава або порука. Заміна первісного зобов'язання новим може сприяти для поручителя чи заставодавця невинуватеному збільшенню відповідальності або ризику втрати майна. Можна зробити висновок, що в ч. 4 ст. 604 ЦК України мова йде про класичні додаткові акцесорні зобов'язання (наприклад, заставу). Зобов'язання по сплаті неустойки до акцесорних правовідносин в повному сенсі цього слова не належить, у зв'язку з чим воно не є додатковим у розумінні ч. 4 ст. 604 ЦК України. Вона не є самостійним зобов'язанням, і має підлеглий характер стосовно головного зобов'язання. Але, на відміну від поруки, яка носить особистий характер, та застави, також тісно пов'язаної із основним зобов'язанням, неустойка є майновою цінністю, вторинною за моментом виникнення, але самостійною за своєю сутністю.

Тож треба зазначити, що в цивільних правовідносинах існує самостійне грошове зобов'язання по сплаті неустойки. Воно є підлеглим, виникає як засіб забезпечення та міра відповідальності за основним зобов'язанням, але має певну майнову цінність. Отже, виходячи з принципу диспозитивності та свободи договору, таке боргове зобов'язання може бути припинене угодою сторін про заміну його на нове позикове. Такий правочин є формою прояву економічної свободи та становить певний ризик для кредитора. Якщо останній наважиться на відповідні дії, це буде означати, що він очікує від них значно більшого ефекту, ніж від збереження попередніх правовідносин.

У цивілістичній літературі зазначаються такі юридичні факти, на підставі яких виникають зобов'язання, як: договори, односторонні правочини, рішення суду, акти публічної влади тощо. Зобов'язання, в тому числі й грошові, поділяють на регулятивні та охоронні. На нашу думку, в кожній із цих груп боргове зобов'язання може перетворюватись на позикове, але із певними уточненнями. Так, новація боргу у позикове зобов'язання, що впливає з ч. 3 ст. 604 ЦК України, є недопустимою щодо правопорушень особистого характеру, як то відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, про сплату аліментів та ін. Що стосується інших охоронних зобов'язань, тут може виникати, так би мовити, подвійне оновлення. Наприклад, існує первісне зобов'язання, умови якого не виконані або виконані неналежним чином, тож між його учасниками виникає нове зобов'язання по відшкодуванню шкоди (збитків), тобто боргове зобов'язання, яке може бути повторно оновлене в боргове позикове зобов'язання.

У договірних зобов'язаннях новація боргу у позикові відносини може укладатись сторонами в усіх випадках, окрім безоплатних правовідносин, оскільки в них дії однієї особи не потребують зустрічного майнового задоволення з боку іншої сторони. Отже, у випадку невиконання або неналежного виконання договору не виникає майнового боргу (окрім випадків, коли сторона понесла збитки у зв'язку з невиконанням, які належить відшкодувати, але це вже будуть охоронні зобов'язання).

Окрему групу цивільних правовідносин складають недоговірні зобов'язання – публічна обіцянка винагороди, оголошення конкурсу, вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення. На підставі зазначених юридичних фактів домовленість сторін про новацію боргу у позикове зобов'язання може здійснюватись у випадку, коли такі правовідносини стають зобов'язальними, тобто, коли одна сторона отримує право вимагати від іншої вчинення на її користь певних дій майнового характеру, і коли на підставі таких зобов'язань виникає борг однієї із сторін.

Також новація боргу у позикове зобов'язання може здійснюватись у разі, якщо грошові боргові зобов'язання виникли на підставі рішення суду, акту органу публічної влади або документу.

На нашу думку, сторони можуть вступати в зазначені договірні відносини у будь-якому випадку, коли виникає самостійна грошова вимога сплатити борг, яку можна замінити позиковим зобов'язанням. При цьому така можливість не залежить від підстави виникнення зобов'язання та його правової природи (самостійне чи додаткове), а стосується лише специфіки існуючих між сторонами відносин. Це означає, що сторони не можуть

замінити борг на позикове зобов'язання лише у випадку, коли така заміна не може відбутись у зв'язку з особливістю майнових відносин. Так, наприклад, неустойка не є самостійним зобов'язанням і має підлеглий характер стосовно головного зобов'язання, на підставі якого вона виникла. Вона виступає способом забезпечення та мірою відповідальності за неналежне виконання останнього. Проте обов'язок сплатити суму неустойки є майновою цінністю, яка є вторинною за моментом виникнення, але самостійною за своєю сутністю. Отже, виходячи з принципу диспозитивності та свободи договору, боргове зобов'язання по сплаті неустойки може бути припинено домовленістю сторін про заміну його на нове – позикове.

З одного боку, така домовленість передбачена ЦК України, а з іншого, на підставі ст. 1053 ЦК України сторони укладають окремих договір новації боргу у позикове зобов'язання — так би мовити, “новаційний договір позики”. Його визначають як договір, за яким одна сторона (позикодавець) зобов'язується врахувати суму заборгованості, що виникла з оплатного правочину або іншої правової підстави, як суму позики, а інша сторона (позичальник) зобов'язується повернути таку суму на виконання цього позикового зобов'язання.

Новаційний договір позики є самостійним позиковим зобов'язанням, відмінним від договору звичайної позики та інших зобов'язань зазначеного типу. Йому притаманні всі риси, що традиційно має цивільно-правовий договір. Так, новація боргу у позикове зобов'язання становить собою домовленість двох сторін, які попередньо перебувають одна з одною у зобов'язальних відносинах; спрямована на припинення старих договірних зв'язків та встановлення нових цивільних прав та обов'язків позикового типу між тими ж сторонами. Спрямованість мети новаційного договору позики виражається в настанні певних цивільно-правових наслідків — вступ у позикові відносини й повернення боргу, що виник із попередніх зобов'язань. Іншими словами, метою укладання сторонами зазначеного договору є отримання гарантії повернення боргу контрагентом, який неналежно виконав попередні зобов'язання.

У зв'язку з тим, що новаційний договір, передбачений ст. 1053 ЦК України, не підпадає під конструкцію договору позики, можна зробити висновок, що йому притаманні певні риси непоіменованих законодавством договорів, оскільки Цивільним кодексом невизначені предмет, істотні умови та зміст такого правочину. Іншими словами, новаційний договір позики має певну ознаку непоіменованості, оскільки він є невизначеним актами цивільного законодавства та має нові, відмінні від договору позики, ознаки. Звідси впливає специфіка його правового регулювання. Тобто до нього можуть бути застосовані не всі норми, присвячені договору звичайної позики як універсального кредитного правочину.

Також за своєю спрямованістю договір новації боргу у позикове зобов'язання є правоприпиняючим правочинном. Інтерес сторін, які його укладають, спрямований на впорядкування своїх попередніх боргових відносин і досягнення мети — найскорішого (у порівнянні із судовою тяганиною) отримання боргів. Тобто, економічний сенс новаційного договору позики полягає в отриманні боржником відстрочки розрахунку за боргові зобов'язання, які виникли з попередніх зобов'язань сторін.

Підтвердженням того, що правовідносини новації боргу займають самостійне місце в системі позикових зобов'язань та відрізняються від договірних відносин позики, виступає правова характеристика зазначеної домовленості сторін. За своєю сутністю новаційний договір позики є консенсуальним, оскільки виникає на підставі попередніх домовленостей сторін, одностороннім, у зв'язку з тим, що лише одній із його сторін належать права, а на іншу покладаються тільки обов'язки, може бути відплатним або безвідплатним.

Суб'єктами такого договору можуть бути, як на стороні позичальника, так і позикодавця, будь-які учасники цивільних відносин — фізичні, юридичні особи, публічні утворення. Це стосується як платного (у разі, якщо в договорі встановлюються проценти, які нараховуються на суму боргу, трансформованого в суму позики), так і безплатного (безпроцентного)

договору. Іншими словами, для всіх суб'єктів цивільного права, які мають загальну дієздатність, не існує жодних перешкод для участі в досліджуваному договорі як на боці позичальника, так і позикодавця. Обмеження, що висуваються до можливості систематичного надання процентних позик юридичними особами, які не є фінансовими установами або не отримали на здійснення такої діяльності відповідного дозволу, не стосуються учасників новаційного договору позики. Це пояснюється тим, що проценти за таким договором стягуються позикодавцем із позичальника не у зв'язку з підприємницькою метою та не як плата за кредит. Такі проценти мають зовсім іншу правову природу – вони виступають мірою відповідальності боржника за невиконані попередні грошові зобов'язання.

Форма і зміст договору є основними умовами, які сторони повинні визначити під час вчинення правочину між ними. Договір новації боргу у позикове зобов'язання може укладатися як в усній, так і в письмовій формі. Остання вважається дотриманою у випадку, коли сторонами складений і підписаний єдиний документ, у якому виражається зміст такого правочину. Також досліджуваний договір вважається вчиненим у письмовій формі, якщо сторони обмінялись листами, телеграмами або воля сторін була виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу. Головною ознакою існування між сторонами договору новації буде закріплення в зазначених документах їхньої безумовної взаємної волі на припинення попередніх боргових зобов'язань та встановлення на цій підставі нових — позикових.

Законодавством передбачені обов'язкові випадки укладення договору новації боргу у позикове зобов'язання у письмовій формі, а саме, коли сума боргу, врахована як сума позики, перевищує десять неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або на боці однієї із сторін виступає юридична особа. В усіх інших випадках зазначений договір може укладатись усно. Але у разі виникнення спору між сторонами їм буде складно підтвердити сам факт вчинення ними такого правочину. Справа в тому, що розписка позичальника, видана позикодавцю, яка виступає підтвердженням укладання усного договору позики, не може виступати таким письмовим доказом у разі виникнення між сторонами спору стосовно факту укладання між ними договору новації боргу у позикове зобов'язання. Це пояснюється тим, що в розписці зазначається односторонній обов'язок боржника виплатити суму позики. Отже, вона не відображає основну рису новаційного договору позики — взаємну згоду сторін на припинення попередніх боргових зобов'язань і встановлення нових — позикових. Факт укладання такого правочину повинен встановлюватися в одному акті взаємної волі сторін, зі змісту якого повинно бути чітко зрозумілим те, що припинення попереднього зобов'язання не відмежовується від встановлення нового.

Зміст договору новації боргу у позикове зобов'язання складають сукупність умов (пунктів), погоджених сторонами. За загальним правилом, договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Оскільки досліджуваний правочин є зобов'язанням позикового типу, його істотні умови будуть аналогічними тим, що погоджуються сторонами під час укладання договору позики, але із певними відмінностями.

Отже, у предметі новаційного договору позики повинно зазначатись, що сторони припиняють конкретні боргові зобов'язання (або певні частини таких зобов'язань), які існують між ними, і відповідну суму боргу, що утворилася внаслідок невиконання одним із контрагентів своїх обов'язків, враховують як суму наданої позики. При цьому припиняється дія як самих попередніх зобов'язань, так і додаткових, що пов'язані з ними (наприклад, застава, порука тощо). Узгодження сторонами умови про предмет також передбачає визначення строку подальшого утримання позичальником суми боргу, перетвореної в суму позики, порядок її повернення позикодавцю, розмір процентів за “ніби” надану позику й відповідний порядок їхньої виплати. Зазначені умови належать до так званих диспозитивних умов. Отже, якщо сторони не передбачили їх в договорі, вони є визначеними в гл. 71 ЦК України. Але слід звернути увагу на певні особливості домовленості сторін

про новацію боргу у позикове зобов'язання, які відрізняють її від звичайного договору позики. Вбачається, що в досліджуваному правочині позичальник може достроково виконати свій обов'язок незалежно від того, процентним або безпроцентним є цей договір.

Інші умови договору новації боргу у позикове зобов'язання будуть аналогічні умовам договору позики.