Оглавление

Введение

Глава 1. История возникновения и правовые основы регулирования отношений по банковской гарантии

1.1 История возникновения банковской гарантии в международных отношениях и отечественном гражданском праве

1.2 Правовые основы регулирования отношений по банковской гарантии по законодательству РФ и в международном частном праве

Глава 2. Понятие, признаки и виды банковской гарантии

2.1 Понятие и признаки банковской гарантии

2.2 Виды банковской гарантии

Глава 3. Процедура реализации и прекращения прав по банковской гарантии

3.1 Соглашение о выдаче (предоставлении) банковской гарантии

3.2 Исполнение по банковской гарантии

3.3 Право гаранта, исполнившего обязательство, на регресс

Заключение

Список источников

## Введение

Практика торгового оборота свидетельствует, что довольно часто стороны, вступая в договорные отношения, сталкиваются с "проблемой первого шага", вызванной свойственным предпринимательской сфере недоверием, а также желанием предотвратить убытки, которые могут возникнуть в результате недобросовестного поведения партнера. Поскольку у контрагентов имеется интерес к надлежащему исполнению договора, оба они ищут компромисс, в равной степени учитывающий потребности каждого.

В связи с этим в коммерческом обороте приобретают важное значение правовые институты, способствующие решению указанной выше проблемы посредством придания твердости обязательству кредитора, с одной стороны - вызывающие уверенность в осуществлении договорных обязательств и устраняющие сомнения в недобросовестности контрагента, а с другой - предотвращающие причинение убытков, вызванных недобросовестностью партнера. В качестве таких инструментов часто выступают способы обеспечения исполнения обязательств.

Действующим гражданским законодательством Российской Федерации предусмотрены различные способы обеспечения исполнения обязательств, такие, как неустойка, залог, поручительство, задаток, удержание имущества и другие предусмотренные законом или договором (ч.1 ст.329 Гражданского кодекса РФ). Способы обеспечения исполнения обязательств - это те меры, которые, будучи согласуемы с нормами действующего законодательства, в достаточной степени гарантируют исполнение основного обязательства должником, побуждая его действовать надлежащим образом.

Среди правовых средств, служащих цели обеспечения интересов кредитора в обязательстве, в последнее время возросла роль банковской гарантии, которое имеет особое значение для внешнеторговых операций.

Появление в российском законодательстве банковской гарантии как самостоятельного инструмента обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств стало следствием вступления в силу с 1 января 1995 г. части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и сразу вызвало самые различные, порой диаметрально противоположные мнения по вопросу о его целесообразности и эффективности. Очевидно, что относительная новизна такого инструмента, как банковская гарантия, для отечественного правопорядка требует более глубокой теоретической проработки и изучения данных правовых институтов. В отечественной правовой науке проводились исследования, посвященные отдельным аспектам банковской гарантии[[1]](#footnote-1). Однако большинство из них не отличались комплексностью подхода.

Банковская гарантия, несомненно, призвана обеспечивать надлежащее исполнение должником основного обязательства перед кредитором. Однако, несмотря на проработанность данного вида обеспечения и достаточно полное его освещение нормами действующего законодательства, по мнению многих практиков, непосредственно соприкасающихся в своей работе с банковской деятельностью и ее проблемами, использование данного инструмента в настоящее время сложно хотя бы потому, что в экономически нестабильной России появилось множество самостоятельных хозяйствующих субъектов, в том числе предприятий и организаций различных форм собственности, а также финансово-кредитных институтов.

Целью дипломной работы является комплексное исследование правового регулирования банковского гарантии как способа обеспечения обязательства в Российском праве, а также внесение предложений по совершенствованию действующего гражданского законодательства в данной сфере.

Для решения поставленной цели необходимо решить следующие задачи:

1. изучить историю возникновения банковской гарантии в международных отношениях и отечественном гражданском праве;
2. изучить правовые основы регулирования отношений по банковской гарантии по законодательству РФ и в международном частном праве;
3. Проанализировать понятие и исследовать признаки банковской гарантии;
4. Выявить и изучить виды банковских гарантий;
5. Изучить процедуру реализации и прекращения прав по банковской гарантии.

Поставленные цель и задач определили структуру дипломной работы. Структура состоит из введения, трех глав, заключения и списка использованных источников. Первая глава посвящена истории возникновения и правовым основам регулирования отношений по банковским гарантиям. Вторая глава посвящена понятию, признакам и видам банковского гарантии. Третья глава посвящена исполнению банковского гарантии и основаниям его прекращения.

Нормативно-правовую основу исследования составили следующие:

Конституция Российской Федерации (принятая всенародным голосованием 12 декабря 1993) (в ред.30.12.2010) [[2]](#footnote-2), Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 27.12.2009, с изм. от 08.05.2010) [[3]](#footnote-3), Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)" от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 17.07.2009, с изм. от 08.05.2010) [[4]](#footnote-4), Унифицированные правила и другие нормативно-правовые.

Теоретическую основу исследования составили труды следующих авторов: Аванесова Г.А., Агарков М.М., Антропцева И.О., Буркова А.Ю., Еремычева И.И., Зыкин И.С., Кузнецова Л.В., Меломед А., Сарбаш С.В., Свит Ю.П., Станкевич А.В., Шлыков В.С., Шмиттгофф К.М., Юдельсон К.С. и другие отечественные авторы.

Практическая значимость исследования заключается в возможности использования полученных выводов и разработанных предложений при совершенствовании действующего гражданского законодательства, в частности, при разработке новых нормативно-правовых актов, регулирующих отношения в банковских гарантий.

## Глава 1. История возникновения и правовые основы регулирования отношений по банковской гарантии

## 1.1 История возникновения банковской гарантии в международных отношениях и отечественном гражданском праве

Среди правовых средств, служащих цели обеспечения интересов кредитора в обязательстве, в последнее время возросла роль банковской гарантии и документарного аккредитива, которые имеют особое значение для внешнеторговых операций. Данные обязательства имеют множество общих черт, в том числе одинаковый субъектный состав (эмитент - банковское учреждение), сходство содержания - платеж при предоставлении документов (документарный характер), независимость от основополагающего контракта.

Новой для отечественной практики является банковская гарантия. Термин "гарантия" используется в частном праве и в иных значениях: гарантия спокойного владения вещью (обязанность продавца передать покупателю товар свободным от любых прав третьих лиц, ст.460 ГК РФ), гарантии качества товара от недостатков товара (обязанность продавца передать покупателю товар, качество которого соответствует договору купли-продажи, ст.469 ГК РФ) как составная часть обязательства продавца по договору купли-продажи[[5]](#footnote-5).

В гражданско-правовой доктрине данный институт обычно рассматривается во взаимосвязи с поручительством. Так, встречаются случаи определения банковской гарантии в качестве разновидности поручительства или, по меньшей мере, проводится сравнение поручительства и банковской гарантии с целью выявления отличительных черт последней. Причина видится в том, что и при поручительстве, и при банковской гарантии возмещение происходит за счет третьего лица - поручителя или гаранта. Иными словами, речь идет о привлечении к ответственности такого лица вместо должника.

Принятие поручительства порождает возникновение нового обязательства, имеющего вместе с тем придаточный (акцессорный) характер по отношению к основному, им обеспечиваемому. Образуются как бы два слоя обязательственных отношений: первый слой - основное обязательство между кредитором и главным должником и в качестве придатка к основному обязательству второй слой - обязательство из договора поручительства (между кредитором и поручителем). В соответствии с придаточным характером поручительства, этот договор получает юридическую силу только тогда, когда имеет юридическую силу основное обязательство, обеспеченное поручительством. Если основное обязательство будет признано по определенным основаниям недействительным, не получает правовой силы и договор поручительства. Кроме того, акцессорный характер обязательства из поручительства проявляется в том, что оно прекращается при прекращении основного обязательства. Поручительство также следует основному обязательству при переходе прав требования к другому лицу.

Однако деловой оборот, прежде всего в сфере международной торговли, требовал появления особых способов обеспечения обязательств, при которых кредитор получал бы наибольшие (твердые, абсолютные) гарантии скорейшего получения возмещения в случае неисполнения обязательств должником. Таким способом обеспечения исполнения обязательств стала банковская гарантия - самостоятельное обязательство гаранта перед кредитором, не зависящее от основного обязательства и носящее автономный характер.

Если обратиться к истории возникновения этого института, то основными факторами, обусловившими появление и распространение банковской гарантии в международном обороте в начале 70-х гг. прошлого века, Л.А. Бирюкова, обобщая высказывания зарубежных авторов, называет следующие: во-первых, расширение экономических связей, появление крупномасштабных и долгосрочных финансовых проектов (например, строительство аэропортов), что, в свою очередь, влечет увеличение риска неисполнения обязательств; во-вторых, такие средства, как аккредитив и вексель, снижают риски, связанные только с осуществлением платежей, в то время как банковская гарантия может обеспечивать любые обязательства; в-третьих, нежелание банков выступать поручителями, поскольку они рискуют оказаться вовлеченными в споры между сторонами обеспеченного обязательства[[6]](#footnote-6).

Содержание банковской гарантии состоит в том, что банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями данного гарантом обязательства денежную сумму по предъявлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.

Как уже отмечалось, банковская гарантия является новым институтом для российского законодательства, введенным в оборот с 1 января 1995 г. Однако, на наш взгляд, нельзя говорить об абсолютной новизне данного правового средства для отечественной правоприменительной и банковской практики.

Как уже отмечалось, банковская гарантия является новым институтом для российского законодательства, введенным в оборот с 1 января 1995 г. Однако, на наш взгляд, нельзя говорить об абсолютной новизне данного правового средства для отечественной правоприменительной и банковской практики.

Действительно, в советский период развития гражданского права упоминание о банковских гарантийных операциях применительно к внутригосударственной торговле встречается только в литературе начала - середины 20-х гг. XX в. (в период действия новой экономической политики). В это время, в частности, определению правовой природы гарантийных операций банков были посвящены статьи А.А. Шиши[[7]](#footnote-7), М. Цыпкина[[8]](#footnote-8).

Намечая этапы развития советского гарантийного кредитования, А.А. Шиша определял, что первоначально гарантийные операции, а затем и гарантийное кредитование возникли и получили свое внедрение внутри страны на почве попыток привития кредитных операций в среде хозяйственников в связи с недостаточностью средств у кредитных учреждений. Такой характер носили гарантийные операции банков на Нижегородской ярмарке в 1922 и 1923 гг., а также гарантийные кредиты по сделкам между госпромышленностью и кооперацией. Особенно усилились гарантийные операции в 1924 г., когда промышленность встала на путь кредитования низовой кооперации[[9]](#footnote-9). Развитие данного правового средства шло в таком направлении, что в это время в специальной литературе велась оживленная дискуссия о необходимости учреждения особого гарантийного органа для операций во внутренней торговле.

Важная деталь: А.А. Шиша приходит к выводу о том, что рассматриваемые им гарантийные операции банков выходят за пределы ст.236 ГК РСФСР 1922 г.[[10]](#footnote-10) (договор поручительства) и как чисто кредитные операции банка должны обсуждаться по правилам банков, установленным ими для этого вида кредитования. Такой подход, по мнению автора, обоснован, поскольку гарантийные кредиты открываются банками на одинаковых условиях со всеми прочими кредитами, причем банк при выдаче гарантии обеспечивает свои интересы получением векселей, фондов, товаров и других ценностей. Между тем действовавший в тот период времени ГК РСФСР в разделе о поручительстве, как пишет А.А. Шиша, таких соглашений, осложненных особыми условиями и обеспечениями, не предусматривает[[11]](#footnote-11).

В более поздние годы никто из юристов не возвращался к необходимости использования банковской гарантии во внутреннем обороте. Более того, применительно к поручительству в авторитетном комментарии к ГК РСФСР 1964 г. говорилось: "В отношениях с участием советских граждан необходимость в поручительстве, как правило, не возникает. Основное практическое значение нормы о поручительстве могут иметь для отношений, в которые советские организации вступают в сфере внешней торговли и связанного с ней мореплавания"[[12]](#footnote-12).

В 50 - 60-е гг. XX в. в работах советских ученых, посвященных проблематике международного частного права, банковская гарантия рассматривалась как особая разновидность поручительства. При этом отмечались в качестве основных особенностей обязательства, возникающего из банковской гарантии, его акцессорный характер, тесная связь с другим, ранее возникшим правоотношением, зависимость от наличия и содержания такого правоотношения.

В указанный период в целях практического применения поручительства в хозяйственном обороте в качестве способа обеспечения исполнения обязательства был разработан и внедрен в законодательство некий суррогат поручительства - гарантия, приспособленная к плановой централизованной экономике.

В ГК РСФСР 1964 г.[[13]](#footnote-13) предусматривалось применение гарантии, выданной одной организацией в обеспечение погашения задолженности другой, если иное не было предусмотрено законодательством СССР и РСФСР. При этом определение гарантии как способа обеспечения исполнения обязательства отсутствовало, и в то время на данный способ обеспечения исполнения обязательств распространялись правила ГК РСФСР о поручительстве.

Однако имелись и определенные особенности, отличающие гарантию от поручительства.

Во-первых, в соответствии со ст.210 ГК РСФСР 1964 г. гарантия могла быть выдана только организацией, а из содержания ст.186 ГК РСФСР 1964 г. следовало, что таким способом, как гарантия, могли обеспечиваться только обязательства между социалистическими организациями. Более того, согласно постановлениям Правительства СССР, действовавшим в тот период, в качестве гаранта мог выступать только вышестоящий для организации-должника орган[[14]](#footnote-14).

Во-вторых, гарантия служила способом обеспечения лишь для узкого круга денежных обязательств в случаях, предусмотренных Правительством СССР и банковскими правилами. На практике гарантия использовалась лишь для временного восполнения за счет банковской ссуды недостатка собственных оборотных средств предприятия либо для получения банковской ссуды плохо работающими предприятиями, переведенными в связи с этим на особый режим кредитования. Во всех случаях субъектный состав правоотношений по гарантии оставался неизменным: в качестве кредитора выступал банк, обслуживающий должника; в качестве гаранта - его вышестоящий орган, также являющийся клиентом банка, выдавшего ссуду должнику.

В-третьих, гарант, в отличие от поручителя, нес субсидиарную ответственность, применяемую в упрощенном порядке. Учитывая, что и должник, и гарант обслуживались в одном банке, при наступлении срока погашения ссуды банк в бесспорном порядке списывал денежные средства со счета должника, а в недостающей части - со счета гаранта.

В-четвертых, гаранту, исполнившему таким образом обязательство должника перед банком в силу своего статуса вышестоящей организации, на которую возлагалась обязанность финансирования деятельности должника, не предоставлялось права на предъявление каких-либо требований к последнему.

В таком виде гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств просуществовала до 3 августа 1992 г., когда на территории РФ были введены в действие Основы гражданского законодательства[[15]](#footnote-15). Основы исходили из синонима понятий поручительства и гарантии. В любом случае гарантия - и в смысле ГК РСФСР 1964 г., и в смысле Основ гражданского законодательства - не имеет ничего общего с банковской гарантией, предусмотренной ГК РФ 1994 г.

Для дополнения картины можно также обратить внимание на специальный нормативный акт - Инструкцию Внешторгбанка СССР от 25 декабря 1985 г. N 1[[16]](#footnote-16) о порядке совершения банковских операций по международным расчетам, в которой словосочетание "банковская гарантия" использовалось в такой редакции: "Внешторгбанк СССР МОЖЕТ ОБЕСПЕЧИВАТЬ в денежной форме исполнение обязательств советских, иностранных и международных организаций, вытекающих из внешнеторговых и иных сделок, ПОСРЕДСТВОМ БАНКОВСКИХ ГАРАНТИЙ (ПОРУЧИТЕЛЬСТВ) и иных видов обеспечения, применяемых в международной практике". Банковские гарантии, выдаваемые Внешторгбанком СССР, при отсутствии прямой оговорки об обратном подчинялись советскому законодательству (п.345 Инструкции N 1). Этим обстоятельством, на наш взгляд, объясняется равнозначное понимание вышеуказанной Инструкцией банковской гарантии и поручительства. Других норм, помимо норм о поручительстве, действовавший в тот период времени ГК РСФСР 1964 г. не содержал. Однако Инструкция допускала подчинение выдаваемых банком гарантий Унифицированным правилам по договорным гарантиям 1978 г. (публикация МТП N 325) [[17]](#footnote-17).

Как отмечается в литературе, указанные Унифицированные правила не делали попыток раскрытия правовой природы гарантии ни как поручительства, ни как самостоятельного обязательства, в них просто описывались и определялись различные типы гарантий через определение сторон, участвующих в различных видах договорных гарантий, определение существа обязательства, обеспечиваемого гарантией. Основополагающим признаком публикации МТП N 325 является то, что требование по гарантии могло быть удовлетворено, только если оно основано на невыполнении или ненадлежащем выполнении принципалом контрактных обязательств, и что гаранту должны быть предъявлены доказательства такого неисполнения.

Унифицированные правила по договорным гарантиям 1978 г. использовались и продолжают использоваться, хотя в определенной мере их требования оказались далеки от сложившейся банковской и коммерческой практики, чтобы завоевать всеобщее признание.

С учетом изложенного очевидно, что истоки банковской гарантии в ее сегодняшнем содержании и понимании обнаруживаются в практике банковских гарантийных операций в период новой экономической политики в середине 20-х гг. прошлого века.

Однако до принятия Государственной Думой ФС РФ 21 октября 1994 г. части первой ГК РФ российское гражданское законодательство (объединяя в этом понятии и законодательство советского периода) института банковской гарантии или подобного этому института в своем составе не содержало.

Обобщая особенности данного института, необходимо указать на такие его отличительные признаки, как: а) принадлежность банковской гарантии к числу способов обеспечения исполнения обязательств и, соответственно, его основное функциональное назначение - обеспечивать надлежащее выполнение обязательства, а в случае его невыполнения - предоставлять кредитору денежное возмещение; б) независимость банковской гарантии от основного обязательства; в) осуществление выплаты денежных средств гарантом по требованию бенефициара.

Следует также обратить внимание, что банковская гарантия является самостоятельным правовым институтом.

Вместе с тем в российской правовой литературе встречаются попытки подвести понятие банковской гарантии под ту или иную знакомую, хорошо изученную правовую категорию. На первых порах после введения в действие части первой ГК РФ это было связано с необходимостью элементарного понимания и обоснования применения нового правового института. Так, в одном из комментариев к ГК РФ А.Л. Меламед подчеркивает, что ранее "в ГК 1964 г. и Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. гарантия приравнивалась к поручительству и на нее распространялись посвященные поручительству правила.". Далее автор, комментируя норму ГК РФ о вступлении банковской гарантии в силу (ст.373), пишет: "В письме Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 мая 1993 г. N С-13/ОП-167[[18]](#footnote-18) "Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике" разъяснялось, что свидетельством заключения договора гарантии является сообщение, направленное в письменном виде кредитором гаранту, о том, что он принимает полученное последним гарантийное письмо. В настоящее время извещения бенефициара или ссылки на гарантию в договоре не требуется, хотя стороны могут предусмотреть и такой порядок вступления гарантии в силу"[[19]](#footnote-19). В рассмотренном толковании банковская гарантия представляется ничем иным, как результатом развития института гарантии, имевшегося в гражданском законодательстве советского периода.

Принципиальное отличие банковской гарантии от использовавшейся ранее гарантии как особой разновидности поручительства отмечается Т.А. Фадеевой, которая, полагая, что основанием привлечения гаранта к уплате бенефициару денежной суммы является гарантийный случай, находит сходные черты и различия между банковской гарантией и договором страхования[[20]](#footnote-20). При этом под гарантийным случаем понимается неисполнение или ненадлежащее исполнение принципалом своих обязательств или перечень нарушений, с наступлением которых появляется основание для предъявления требований об уплате гарантом бенефициару определенной денежной суммы. Как справедливо указывает Б.М. Гонгало, такая позиция подрывает провозглашенную законом независимость банковской гарантии, поскольку удовлетворение требований бенефициара при таком подходе ставится в зависимость от поведения должника по основному обязательству и от наступления гарантийного случая[[21]](#footnote-21).

В.А. Белов, рассматривая соотношение поручительства с правоотношением по страхованию, определяет, что последнее характеризуется тем, что включает обязанность[[22]](#footnote-22) одной стороны - специализированной организации (страховщика) - выплатить по требованию другой стороны (страхователя) ему либо третьему лицу (выгодоприобретателю) обусловленную денежную сумму (страховое покрытие) при условии наступления страхового случая за счет периодических капитализированных взносов страхователя (страховых платежей).

Вместе с тем необходимо отличать банковскую гарантию от страхования. Прежде всего, банковская гарантия в системе гражданского права относится к числу способов обеспечения исполнения обязательств; обязательство же по страхованию - одно из самостоятельных видов обязательств. Различен и субъектный состав правоотношений: выдавать гарантии по законодательству РФ вправе банки, иные кредитные учреждения или страховые организации, заключение договоров страхования - исключительная прерогатива страховых организаций. Различен механизм исполнения по банковской гарантии и получения страхового возмещения. Банковская гарантия выражает обязательство уплатить кредитору должника денежную сумму при получении от кредитора письменного представления об ее уплате; страховое правоотношение - обязательство специализированной организации выплатить по требованию другой стороны (страхователя) ему либо третьему лицу (выгодоприобретателю) обусловленную денежную сумму и т.д.

Другую, крайнюю, позицию занимает Е.А. Павлодский, полагающий, что банковская гарантия вообще не является способом обеспечения исполнения обязательств. По его мнению, отнесение банковской гарантии к таковым "имеет не больше оснований, чем, например, страхование риска невозврата заемных средств"[[23]](#footnote-23).

Подводя итог, необходимо еще раз подчеркнуть, что банковская гарантия в ее нынешнем закреплении и понимании в гражданском праве России является новым, самостоятельным институтом обязательственного права.

## 1.2 Правовые основы регулирования отношений по банковской гарантии по законодательству РФ и в международном частном праве

В настоящее время в законодательстве РФ правоотношения в связи с выдачей банковской гарантии регулируются посредством норм ГК РФ, нормативными актами Центрального банка РФ (Банка России). Нормы ГК РФ закрепляют только основополагающие принципы, в соответствии с которыми осуществляется практическое применение банковской гарантии.

Такое положение дел характерно не только для российского законодательства. Специальных норм, регламентирующих отношения по гарантии, гражданские кодексы многих государств, в том числе Франции, Германии, Швейцарии, не содержат.

Среди международно-правовых актов в данной области необходимо отметить Конвенцию ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (Нью-Йорк, 1995 г.) [[24]](#footnote-24), подготовленную ЮНСИТРАЛ. Конвенция была подписана США, Панамой, Сальвадором, Республикой Беларусь, к ней также присоединились такие государства, как Кувейт, Тунис и Эквадор[[25]](#footnote-25). Она вступила в силу с 1 января 2000 г.

Важной чертой Конвенции является определение общих принципов и черт, свойственных как независимым гарантиям, так и резервным аккредитивам. Она призвана облегчить использование данных инструментов, особенно в тех случаях, когда в силу сложившихся в соответствующих странах традиций контрагентам по международным сделкам доступно использование только одного вида гарантийного обязательства.

Так, Конвенция (ст.2) дает единое понятие для гарантии и резервного аккредитива как независимого обязательства, выдаваемого банком, другим учреждением или лицом (гарантом, эмитентом), уплатить бенефициару определенную или определимую сумму по простому требованию или по требованию с предоставлением других документов в соответствии с любыми документарными условиями обязательства, указывающими или из которых следует, что платеж причитается по причине неисполнения какого-либо обязательства или наступления иного обстоятельства, или в уплату за заемные или авансированные денежные средства, или как платеж в погашение любой срочной задолженности принципала (приказодателя или иного лица).

То есть Конвенция применяется как к видам сделок, играющих роль классического способа обеспечения исполнения обязательств (платеж причитается по причине неисполнения какого-либо обязательства), так и к расчетным инструментам (платеж причитается по наступлении иного обязательства и др.). При этом в качестве эмитента (лица, выдающего обязательство) допускается возможность появления в качестве кредитного учреждения не только банка, но и любого иного лица.

Российская Федерация в данной Конвенции не участвует, и, по нашему мнению, объективная необходимость в присоединении к ней отсутствует, поскольку недостаток внутреннего правового регулирования может быть восполнен отсылкой к соответствующим Унифицированным правилам МТП. Кроме того, сложилась практика применения российскими организациями, прежде всего банками, Унифицированных правил во внешнеэкономических отношениях. Однако несомненным достоинством Конвенции является формулирование на основе выявления общих черт гарантии и резервного аккредитива единого понятия "независимое обязательство".

Вопросы предоставления банковских гарантий регулируются законодательством о банках и банковской деятельности. В соответствии со статьей 5 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности" (далее - Закон о банках) выдача банковской гарантии относится к банковской операции.

Как уже говорилось, во внутригосударственном и во внешнеторговом коммерческом обороте большая роль отводится документам, изданным МТП: Унифицированным правилам для договорных гарантий 1978 г. (публикация МТП N 325); Унифицированным правилам для гарантий по первому требованию 1992 г. (публикация МТП N 548); Далее по тексту настоящей главы будет использоваться понятие "Унифицированные правила" применительно ко всем указанным документам.

Вопросы применения Унифицированных правил решаются в различных государствах в зависимости от господствующих в той или иной стране доктрины и принципов конституционного и коллизионного права[[26]](#footnote-26). В частности, судебная практика Франции, США и некоторых других стран признает за Унифицированными правилами силу международных обычаев и обыкновений. "Это означает, - писал Л.А. Лунц, - правила в странах, где они приняты и где ими руководствуются, служат на практике prima facie указателем того, какие нормы международного права или какие международные обыкновения существуют и должны быть приняты к руководству"[[27]](#footnote-27).

Наряду с этим постоянно и повсеместно в международной практике в банковские гарантии включается указание о распространении на них действия соответствующих Унифицированных правил. Согласно положениям Унифицированных правил для гарантий по требованию 1992 г. (ст.1) они применяются к любой гарантии, которую гарант обязался выдать и в которой указано, что она составлена в соответствии с настоящими Правилами и обязательна для всех сторон в гарантийном обязательстве, если иное прямо не указано в гарантии или дополнении к ней.

Значит ли это, что Унифицированные правила (как для гарантий, так и для документарных аккредитивов) могут быть определены, в противовес "своду обычаев и обыкновений", в качестве категории "общих условий", применяемых только при наличии ссылки на них в тексте конкретного договора? И.С. Зыкин полагает, что правовая природа Унифицированных правил является более сложной и не может быть определена только лишь понятием "кодификация обычаев и обыкновений" либо понятием "общие условия". В связи с этим он пишет:".вряд ли решающее значение для определения правовой природы правил имеют соответствующие положения из них самих. Нужно помнить о специфике негосударственного регулирования, особенностях приобретения различными формами его выражения юридически значимого характера. Важная роль тут принадлежит судебно-арбитражной практике"[[28]](#footnote-28).

В данном контексте в литературе отмечалось, что, хотя суды и арбитражи и принимают во внимание отсылку в аккредитиве к Унифицированным правилам, наличие таковой все же, как представляется, не выдвигается в качестве обязательного условия их применения и основания признания за ними юридической силы.

Унифицированные правила принадлежат к такой категории источников международного частного права, которые в российской правовой теории получили общий термин "негосударственное регулирование"[[29]](#footnote-29). Использование данного наименования основано на необходимости различать предписания (нормы), являющиеся результатом нормотворческой или правоприменительной деятельности государств или их органов (нормы международного договора, национального законодательства и др.), и предписания, возникающие в процессе деятельности участников делового оборота или организаций, их объединяющих, либо в связи с такой деятельностью (обычные правила, договорные условия, арбитражная практика и др.).

Обобщая изложенное, подчеркнем, что Унифицированные правила представляют собой особую форму негосударственного регулирования, в основе признания которой лежит авторитет организации, их издающей.

Унифицированные правила являются также одним из источников, составной частью lex mercatoria. В буквальном переводе с латинского языка указанное словосочетание означает "торговое право", однако, как правило, данный термин используется без перевода, при этом в него вкладывается особый смысл. Согласно определению Б. Гольдмана, lex mercatoria представляет собой совокупность принципов, институтов и норм, проистекающих из всех источников, питающих юридические структуры и деятельность той общности, которую составляют участники международной торговли[[30]](#footnote-30). Сторонниками теории lex mercatoria выдвигается тезис о появлении обособленной от национальных систем права совокупности юридических норм, регламентирующих внешнеэкономические операции. В правовой литературе такую совокупность норм называют третьей правовой системой, отличной от национальных правовых систем и международного частного права[[31]](#footnote-31).

Как указывает Н.Е. Тюрина, "что касается участников внешнеторговых сделок, то для них выбор права в любом случае сопряжен с дополнительными рисками, так как с каждым новым контрагентом могут возникать и новые правила. Тогда как унифицированные нормы и международный характер lex mercatoria - это как раз те требования, которым должно отвечать эффективное право международной торговли". См. в кн.: Тюрина Н.Е. Указ. соч. С.9.

Понятие "правовая система", используемое авторами, пишущими о lex mercatoria, не должно вводить в заблуждение, поскольку в данном случае оно является условным, сами авторы, применяющие указанный термин, объясняют, что речь идет не о юридической системе, а о параюридической. В данном случае термин "право, правовая система" понимается условно с той точки зрения, что он включает в себя понятие нормативной регулирующей системы. В связи с этим нельзя говорить об источниках lex mercatoria как о замкнутом, завершенном перечне.

Среди источников транснационального права указывают так называемое международное законодательство и международный торговый обычай. В первую категорию включаются международные конвенции, а также типовые законы, разрабатываемые на международном уровне в качестве модели для национальных нормативных актов.

В понятие международного торгового обычая вкладывается гораздо более широкое, чем в национальных системах права, содержание. Это обычаи и обыкновения, типовые контракты и общие условия, своды единообразных правил.

Встречается также несколько иная трактовка элементов, составляющих lex mercatoria. Так, к ним относят некоторые нормы международного публичного права, унифицированные акты, общие принципы права, документы международных организаций, носящие рекомендательный характер, обычаи и обыкновения, арбитражные решения. При этом указывается, что данный перечень не носит исчерпывающего характера. В результате под понятие lex mercatoria подводятся как нормы, которые регулируют отношения сторон и при отсутствии на них ссылки в контракте, так и те условия, для применения которых необходимо упоминание об этом в тексте договора[[32]](#footnote-32).

Как особая нормативная система lex mercatoria имеет свой специфический механизм применения. Основу его составляет воля сторон. Как отдельные нормы и принципы, входящие в эту систему, так и lex mercatoria в целом применимы при наличии об этом соглашения сторон международной коммерческой сделки. Подобное соглашение может быть выражено различными способами: прямой отсылкой к lex mercatoria, отсылкой к обычаям международной торговли или к общим принципам права, оговоркой в соглашении о передаче спора на разрешение дружеским посредникам.

Таким образом, применение к правоотношениям сторон по банковской гарантии, аккредитиву соответствующих Унифицированных правил возможно также в силу отсылок к lex mercatoria, обычаям международной торговли или к общим принципам права, оговорки в соглашении о передаче спора на разрешение дружеским посредникам.

## Глава 2. Понятие, признаки и виды банковской гарантии

## 2.1 Понятие и признаки банковской гарантии

Согласно ст.368 ГК РФ в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования об ее уплате.

В указанной статье Кодекса воспроизведен в более приемлемой для понимания (с точки зрения российского правового менталитета) и применения форме п. "а" ст.2 Унифицированных правил для гарантий по требованию 1992 г. (публикация МТП N 458). Как говорилось ранее, в российском праве был ограничен круг субъектов, правомочных выдавать гарантии, вследствие чего гарантия получила наименование банковской. Однако гарантии могут также выдаваться иными кредитными учреждениями и страховыми организациями. Такое ограничение, на наш взгляд, оправданно. Тем более что и Унифицированные правила для гарантий по требованию были рассчитаны в первую очередь на платежные обязательства кредитных организаций. Далее предметом рассмотрения будет являться именно банковская гарантия как обязательство, эмитированное лицом, обладающим специальной правосубъектностью.

Учеными, работавшими над проектом нового российского Гражданского кодекса, обращалось внимание, что исходным материалом для формулирования в кодексе норм о банковской гарантии послужили именно Унифицированные правила для гарантий по требованию[[33]](#footnote-33), посредством чего кодекс воспринял все новое и прогрессивное в международной практике использования банковских гарантий[[34]](#footnote-34):

Прежде всего, следует обратить внимание на то, что нормы о банковской гарантии помещены в гл.23 ГК РФ, тем самым однозначно определена правовая природа данного института в качестве одного из способов обеспечения обязательств. На функциональное предназначение банковской гарантии обеспечивать надлежащее выполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства) указано также в п.2 ст.369 ГК РФ.

Правоотношения по банковской гарантии исходя из существа ст.368 ГК РФ, на наш взгляд, должны состоять как минимум из 4-х действий. Между тем отметим и такой главный факт: минимум три участника связаны между собой применением норм ГК РФ о банковской гарантии. Отсутствие хотя бы одного из них - отсутствие правоотношения по банковской гарантии.

Кто такой принципал? В сущности, он должник или будущий должник бенефициара, и об этом абсолютно прямо не сказано в Гражданском кодексе. Но в ст.368 ГК прямо сказано обратное: "Бенефициар - кредитор принципала". Следовательно, принципал в таком случае будет являться должником бенефициара. При таком понимании схемы правоотношений по банковской гарантии "принципал - должник", а "бенефициар - кредитор" уяснение правового положения субъектов банковской гарантии заметно упрощается.

Кратко рассмотрим действия участников отношений по банковской гарантии. Забегая немного вперед, подчеркнем, что как раз несогласованность указанных нами 4-х действий между его участниками, отсутствие письменного соглашения между гарантом и принципалом, а равно между гарантом и бенефициаром и т.д. - все это порождает многочисленные споры в правоприменительной практике

Именно поэтому все четыре основных действия участников отношения по банковской гарантии, вытекающие из ст.368 ГК РФ, требуют более углубленного анализа.

Итак, действие N 1. Просьба принципала к гаранту выдать письменное обязательство (банковскую гарантию) бенефициару (кредитору принципала). Какая это должна быть просьба - письменная или устная? В законе об этом не сказано! Однако для банка как гаранта предпочтительнее выглядит получение именно письменной просьбы от принципала. Это устранит все последующие разночтения в случае гражданско-правового спора: просил или не просил принципал у гаранта выдачи банковской гарантии.

Действие N 2. Договор между принципалом и гарантом о том, что по письменной просьбе принципала будет выдана банковская гарантия, и причем самим гарантом, а не третьим лицом (например, вышестоящим банком по отношению к гаранту) (ст.372 ГК). В ст.368 ГК РФ, конечно же, не сказано, что такой договор между принципалом и гарантом должен быть. Однако, исходя из смысла отдельных последующих статей ГК, регулирующих банковскую гарантию, такой договор должен быть (ст. ст.369, 379 ГК). Так, например, в тексте п.2 ст.379 ГК говорится:".если соглашением гаранта с принципалом не предусмотрено иное".

Действие N 3. Этим действием являются действия гаранта. Подчеркиваем, подразумевается именно множественное число: "действия гаранта", так как из Действия N 3 (письменное обязательство, т.е. гарантия) неизбежно вытекает действие N 4: "Предоставление письменного требования бенефициаром гаранту об уплате гарантии".

Только наличие всех четырех действий в правоотношении о банковской гарантии может свидетельствовать об исполнении данного обязательства надлежащим образом, о чем подробнее будет сказано ниже.

Рассмотрим другие элементы банковской гарантии.

Первое. Кто может быть субъектом банковской гарантии? Ст.368 ГК называет в качестве лиц, правомочных выдавать банковскую гарантию, банк, иное кредитное учреждение и страховую организацию. Однако ученые-правоведы считают, что перечень субъектов банковской гарантии сильно сужен законодателем, а в правоприменительной практике такие гарантии выдают и иные субъекты гражданского права.

Имеют место случаи выдачи гарантии от имени Правительства РФ (об особенностях таких гарантий см. ст.126 ГК). Следует считать возможным выдачу гарантии на условиях § 6 гл.23 ГК и другими субъектами гражданского права, поскольку согласно п.1 ст.329 ГК способы обеспечения обязательств могут самостоятельно предусматриваться заинтересованными в том сторонами[[35]](#footnote-35).

Второе. О форме банковской гарантии. Гарантия должна выдаваться в письменной форме. Согласно Закону о бухгалтерском учете она подписывается также главным бухгалтером или бухгалтером соответствующего юридического лица (ст.7), что практиковалось и ранее. В статьях ГК нет прямых указаний на последствия нарушения правила о письменной форме гарантии. Но из их содержания со всей очевидностью следует, что такая гарантия будет ничтожной, несмотря на то что в силу ст.162 ГК РФ и допускается представление письменных и иных доказательств.

Третье. Об условиях банковской гарантии. В ст.368 ГК о них не говорится, но в последующих статьях Кодекса сказано об основных свойствах и пределах действия банковской гарантии:

а) она ограничивается суммой, которая выдана (ст.377 ГК);

б) ее условием может быть срок гарантии (п.2 ст.374 ГК);

в) обязательность предоставления отдельных документов (ст.374 ГК).

Четвертое. В гарантию могут быть включены и другие условия: о возможности ее отзыва (ст.371 ГК), передаче ее бенефициаром другому лицу (ст.372 ГК), особом порядке вступления гарантии в силу (ст.373 ГК), ответственности гаранта за невыполнение своего обязательства (ст.377 ГК).

И последнее. Об обеспечительной функции банковской гарантии. Профессор В.В. Витрянский указывает, что, "несмотря на абсолютную новизну банковской гарантии для российского законодательства, в юридической литературе не прекращаются попытки найти и определить черты банковской гарантии, делающие ее похожей на иные способы обеспечения исполнения обязательств и даже на иные гражданско-правовые институты, не имеющие отношения к способам обеспечения обязательств"[[36]](#footnote-36).

И далее, профессор Витрянский В.В., полемизируя с отдельными учеными-правоведами по указанному вопросу (А.Л. Маламедом, Т.А. Фадеевой, Е.А. Павлодским), довольно убедительно доказывает главную идею и смысл банковской гарантии - ее обеспечительный характер[[37]](#footnote-37) - и то, что она являет собой "самостоятельный способ обеспечения обязательств"[[38]](#footnote-38). Дальнейшее рассмотрение сущности правоотношения банковской гарантии подтверждает эту позицию М.И. Брагинского и В.В. Витрянского о безусловно обеспечительном характере банковской гарантии.

Правовая природа данного способа обеспечения обязательств может быть раскрыта только посредством исследования наиболее существенных (отличительных) черт банковской гарантии. При этом за основу должны браться содержание конкретных положений ГК РФ, Унифицированных правил для гарантий по требованию 1992 г., а также арбитражная практика и практика третейских судов по рассмотрению споров.

Они заключаются в следующем.

Во-первых. Банковская гарантия представляет собой облекаемое в письменную форму одностороннее обязательство, в соответствии с которым гарант обязуется уплатить бенефициару-кредитору по обеспечиваемому гарантией обязательству определенную денежную сумму.

Во-вторых. Право бенефициара в отношении гаранта может быть реализовано только путем предъявления письменного требования, которое должно соответствовать условиям, предусматриваемым самой банковской гарантией.

В-третьих. Гарантия - возмездное обязательство, при этом за выдачу банковской гарантии принципал выплачивает гаранту определенное вознаграждение. Размер вознаграждения, срок его выплаты и другие сведения о нем, как правило, носят строго конфиденциальный характер. Однако и в том случае, когда размер и срок уплаты банковской гарантии не указан в соглашении между гарантом и принципалом, это не может служить основанием к отказу гаранта в удовлетворении требований бенефициара[[39]](#footnote-39).

В-четвертых, банковская гарантия никак не зависит от основного обязательства. Законодатель очень четко формулирует это обстоятельство. Так, предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство (ст.370 ГК РФ).

Характерно и такое обстоятельство. На независимость гарантии не влияет и то, что при представлении требования по гарантии бенефициар согласно п.1 ст.374 ГК должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства.

Юридическая самостоятельность банковской гарантии, предусматриваемая ГК, получила четкую характеристику и признание в протесте заместителя Председателя ВАС РФ по иску китайской торговой корпорации в связи с неоплатой гарантии к коммерческому банку "Презенткомбанк", который был удовлетворен 11 марта 1997 г. Президиумом ВАС РФ[[40]](#footnote-40)[[41]](#footnote-41).

Между тем в учебнике "Гражданское право" дается несколько другая интерпретация содержания ст.370 ГК РФ относительно независимости банковской гарантии от основного обязательства.

"Несмотря на столь категоричную формулировку правила ст.370 ГК о том, что гарант несет ответственность перед бенефициаром независимо от ответственности принципала, было бы неточно предполагать, будто банковская гарантия абсолютно независима от основного обязательства. Сама обязанность гаранта произвести платеж в пользу бенефициара имеет своим основанием неисполнение принципалом основного обязательства. Для выдающего банковскую гарантию важно знать условия обеспечиваемого банковской гарантией обязательства, условия его изменения и исполнения с тем, чтобы оговорить в гарантийном обязательстве условия, обеспечивающие интересы гаранта[[42]](#footnote-42). Например, в банковскую гарантию гарант может включить условие о том, что вызывает прекращение банковской гарантии:

изменения обязательства, обеспеченного банковской гарантией, которые могут привести к увеличению ответственности либо к иным неблагоприятным для гаранта последствиям, если эти изменения были сделаны без согласия гаранта;

перевод на другое лицо долгов по обеспеченному банковской гарантией обязательству, если на это не было предварительно получено согласие гаранта;

отказ бенефициара принять предложенное принципалом надлежащее исполнение[[43]](#footnote-43).

Таким образом, содержание банковской гарантии во многом зависит как от предписаний закона, так и от условий, разработанных сторонами и включенных в гарантийное обязательство[[44]](#footnote-44).

Между тем В.В. Витрянский указывает на ошибочность взгляда авторов учебника в этом вопросе.

"Представляется, что такая позиция является следствием недоразумения, вызванного тем, что названные авторы акцентировали свое внимание не на содержании нормы, а на заголовке статьи, который, как известно, не имеет никакого правового значения. Что же касается содержания самой нормы, то там и речи нет о независимости банковской гарантии от основного обязательства. Суть правила состоит в том, что от основного обязательства не зависит предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром (причем в отношениях между ними). Данное правило не вызывает сомнений, оно не может быть опровергнуто даже положением о том, что бенефициар в своем требовании к гаранту должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства: указанная обязанность бенефициара носит сугубо формальный характер, поскольку относится скорее к оформлению письменного требования, но никак не к существу отношений, складывающихся между гарантом и бенефициаром. Ведь даже в том случае, если основное обязательство будет прекращено, в том числе и по причине его надлежащего исполнения должником, повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом (п.2 ст.376) [[45]](#footnote-45).

В-пятых, банковская гарантия, как правило, безотзывна, если в ней не предусмотрено иное.

В-шестых, принадлежащее бенефициару по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное (ст.372 ГК РФ).

Но это опять-таки диспозитивная норма права: непередаваемость прав по банковской гарантии - только общее правило. Принадлежащее бенефициару по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу. Но уступка требования допустима только с согласия гаранта (должника), выраженного либо непосредственно в тексте гарантии при ее подписании, либо впоследствии, но до предъявления к гаранту требований бенефициара. Гарант может иметь собственный интерес в сохранении гарантийного обязательства хотя бы потому, что он получает при выдаче банковской гарантии установленное сторонами вознаграждение. Однако, если все-таки гарантия допускает передачу права требования бенефициара к гаранту и такая передача осуществляется, следует руководствоваться общими правилами ГК о цессии (пар.1 гл.24 ГК РФ), поскольку они не противоречат сущности гарантии как односторонней сделке.

Как указывается в п.2 ст.375 ГК РФ, гарант должен проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствует ли требование бенефициара и приложенные к нему документы условиям гарантии. Аналогичную по содержанию норму содержит также ст.9 Унифицированных правил: все документы, предоставляемые в соответствии с гарантией, должны быть проверены гарантом с надлежащим вниманием, для того чтобы определить, соответствуют ли они по внешним признакам условиям гарантии.

Сравнение указанных норм выявляет еще одну важную деталь, на которую поставлен акцент в Унифицированных правилах: соответствие представленных бенефициаром документов условиям гарантии должно определяться по внешним признакам. Именно такой метод проведения проверки гарантом представленных документов согласуется с принципом независимости банковской гарантии, поскольку в противном случае гарант может умышленно либо в силу заблуждения перейти от внешнего сопоставления к анализу содержания требования бенефициара и прилагаемых к нему документов и далее - к исследованию фактических отношений между бенефициаром и принципалом по основному договору.

В связи с этим обоснованным выглядит мнение Ю.В. Петровского о необходимости внести изменения в п.2 ст.375 ГК РФ. Однако норма данного пункта после слов "приложенные к нему документы" может быть дополнена словами "ПО ВНЕШНИМ ПРИЗНАКАМ" и далее по тексту без изменений, а не словами "по внешнему виду", как это предлагает указанный автор[[46]](#footnote-46). Такое дополнение, по нашему мнению, является более точным.

В-седьмых, банковская гарантия, согласно ст.373 ГК, вступает в силу со дня ее выдачи, если в гарантии не предусмотрено иное.

Если в гарантии оговорено, что она вступает в силу с "будущей даты", то она приобретает силу сделки с отлагательным условием (ст.157 ГК РФ).

В-восьмых, банковская гарантия ограничена уплатой определенной денежной суммы, на которую она выдана (п.1 ст.377 ГК РФ).

При этом ответственность гаранта перед бенефициаром за невыполнение или ненадлежащее выполнение гарантом обязательства по гарантии не ограничивается суммой, на которую выдана гарантия, если в гарантии не предусмотрено иное (п.2 ст.377 ГК).

Однако гарантия является денежным обязательством, а это означает, что при нарушении гарантом его обязательств должны применяться правила ст.395 ГК, предусматривающие уплату процентов за просрочку платежа, а сверх того и возможных убытков[[47]](#footnote-47). В судебной практике это правило сомнений не вызывает[[48]](#footnote-48).

В случаях, когда на основании п.2 ст.376 ГК ответственность гаранта за нарушение его обязательств будет в гарантии ограничена или вообще исключена, следует учитывать правило п.4 ст.401 ГК, согласно которому заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно. В силу ст.156 ГК эта общая норма договорного права применима и к гарантии как односторонней сделке[[49]](#footnote-49).

Наконец, девятое, если можно так выразиться, "свойство" банковской гарантии, заключающееся в предоставлении определенных требований по ней. Эти требования бенефициара должны быть письменными и содержать в себе необходимый перечень (приложения) документов, в которых указывается, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия (п.1 ст.374 ГК РФ). Однако в соответствии с п.2 ст.374 ГК такое требование бенефициара должно быть предоставлено гаранту до окончания определенного в гарантии срока, на который она выдана.

К указанным "свойствам", требованиям банковской гарантии мы бы добавили три уточнения.

Уточнение первое. Само содержание ст.374 ГК гораздо шире ее наименования.

Второе. Требование бенефициара о необходимости произвести платеж по гарантии может быть внесудебным и заявляется им в пределах той суммы, на которую выдана гарантия (п.1 ст.377 ГК), и только до окончания определенного в гарантии срока ее действия.

Третье. Однако, если в своем письменном требовании к гаранту бенефициар допустил неполноту информации (предоставил ее не в полном объеме) или указал ее неправильно, все это не влияет на обязательства гаранта произвести платежи в пользу бенефициара (п.2 ст.376 ГК).

Гарант во всех случаях обязан рассмотреть требования бенефициара. Так, по получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами. Помимо всего, гарант также должен рассмотреть требование бенефициара с приложенными к нему документами в разумный срок и проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствуют ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии (п. п.1 и 2 ст.375 ГК РФ).

Законодатель в п.2 ст.375 ГК РФ не расшифровывает понятий "в разумный срок" и "проявить разумную заботливость". Что касается понятия "разумный срок", то о нем сказано в абз.2 п.2 ст.314 ГК РФ:

"Обязательство, не исполненное в разумный срок, а равно обязательство, срок исполнения которого определен моментом востребования, должник обязан исполнить в семидневный срок со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства, обычаев делового оборота или существа обязательства". Поэтому несоблюдение "разумного срока" гарантом дает бенефициару право возложить на него ответственность сверх суммы гарантии по правилам п.2 ст.377 ГК.

Относительно определения "разумная заботливость" Гражданский кодекс России не устанавливает его законодательного понятия. Следует только констатировать тот факт, что понятие "разумная заботливость" корреспондирует с п.3 ст.10 ГК РФ, где фигурирует выражение".разумность действий и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагаются".

В практике встречаются случаи, когда гарант по отдельным причинам отказывается произвести гарантийный платеж бенефициару. В этом случае бенефициар обязан предъявить к нему иск в суде. Обязанность лица заявить иск в суде в случае нарушения его прав вытекает из материальной (п.4 ст.401 ГК РФ) и процессуальной правовых норм (п.3 ст.4 АПК РФ "Отказ от права на обращение в суд недействителен"). Причем указанный иск должен быть заявлен бенефициаром в пределах срока исковой давности, определяемого главой 12 ГК РФ.

## 2.2 Виды банковской гарантии

За рубежом банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательства представляет собой довольно широкое понятие и может выдаваться не только банком. Она может соединять в себе признаки, как свойственные нашему праву, так и другим способам обеспечения исполнения требований кредиторов, таким, как[[50]](#footnote-50):

гарантия выплаты задолженности по арендной плате, за неуплату которой имущество подлежит аресту;

гарантия выплаты долга частичными платежами, принимая во внимание, что кредитор все еще отказывается от судебного преследования или не дает ему ход (штрафной характер);

гарантия со стороны нескольких лиц по предоставлению ограниченных сумм;

гарантия со стороны нескольких поручителей по выплате сумм по закладной с ограничением ответственности каждого поручителя (элементы поручительства, вовсе исключающие знакомый нам субъектный состав банковской гарантии) и т.д.

В международной практике выделяют следующие особенности банковских гарантий, характеризующие их виды.

1. Гарантия может выдаваться либо в пользу контрагента принципала (прямая гарантия), либо в пользу банка, обслуживающего контрагента (гарантия через посредство банка).

2. В соответствии с характером обязательства различаются:

гарантия твердого предложения товара;

гарантия платежа (форма такой гарантии разработана прецедентами в международной практике. Гарантия носит характер независимого договора с ограниченной ответственностью гаранта);

гарантия поставки (гарант выплачивает выгодоприобретателю денежную сумму в счет непоставленных/недопоставленных принципалом товаров);

гарантия предоставления, например, товара;

гарантия возврата финансовых платежей;

налоговые, судебные, таможенные гарантии.

3. Банковские гарантии подразделяются также на условные и по первому требованию. При условной гарантии гарант обязуется произвести платеж в пользу бенефициара в случае предъявления последним документов:

решений судебных или арбитражных органов в его, бенефициара, пользу;

заявления бенефициара о том, что принципал не выполнил своих обязательств по основному договору.

Необходимо установить (в законодательстве или в договоре) четкий перечень документов, которые бенефициар обязан предоставить гаранту при предъявлении претензий.

Гарантия по первому требованию означает, что платеж производится по первому требованию бенефициара.

Эта классификация учитывает теоретический подход по делению видов банковской гарантии по различным основаниям. Также можно привести ряд других классификаций видов банковской гарантии. Рассмотрим, например, классификацию, предлагаемую Л.Г. Ефимовой[[51]](#footnote-51), с точки зрения зарубежного хозяйственного оборота, а значит, учитывающую их пригодность и распространенность.

1. Гарантия исполнения контракта (она предусматривает выплату гарантийной суммы в случае нарушения принципалом контракта). Примерная форма составления этой гарантии предусмотрена прецедентами в международной практике. Если, например, подрядчик (не будучи освобожденным от выполнения контракта в соответствии с пунктом контракта или законодательным решением, или решением суда) нарушает контракт (или не выполняет своих обязательств по нему), то поручитель (в российском праве - гарант) возмещает доверителю (или его представителям) все потери, издержки, затраты, которые могут возлагаться на него по причине невыполнения обязательства подрядчиком (принципалом). Определение размера потерь возлагается на независимую сторону (торговый эксперт, инженер), и это решение окончательно. Причем право на гарантию не зависит от изменений в основном контракте.

2. Тендерная гарантия (гарантийная сумма выплачивается бенефициару, если принципал, выигравший тендер, откажется от заключения договора подряда).

3. Гарантия по возврату платежей (гарантийная сумма выплачивается бенефициару, осуществляющему предоплату принципалу, если последний не выполнит своих договорных обязательств по поставке продукции, выполнению работ, оказанию услуг).

4. Резервный аккредитив (гарантийная сумма выплачивается бенефициару, если принципал по каким-либо причинам не выставит аккредитив, а бенефициар предоставит все документы, необходимые для получения денег).

В российском законодательстве сегодня предпочтение отдается условной гарантии, что следует из смысла ч.1 ст.374 ГК РФ: требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии без нужных документов или документов, не соответствующих условной гарантии, является основанием для отказа в удовлетворении требований бенефициара. Последний также обязан указать, в чем выразилось и состоит нарушение принципалом основного обязательства. Статья 374 ГК РФ в большей степени касается условной гарантии, в общей же формулировке ГК РФ воспринял наиболее удобную в практическом отношении форму - гарантию по первому требованию, по которой гарант производит платеж против простого требования бенефициара без представления судебного решения, вынесенного против принципала, или иного доказательства, свидетельствующего о ненадлежащем исполнении. При этом гарант вправе отказать в удовлетворении требований бенефициара, если они не отвечают гарантии или пропущен срок гарантии, о чем гарант предупреждает кредитора.

Из этого можно сделать вывод, что российский законодатель предусмотрел сразу оба вида гарантии или же попытался подвести один под другой, ужесточив правовой режим гарантии по требованию. Видимо, разработчики ГК РФ хотели предотвратить этим возможные недоразумения между контрагентами на практике. Так или иначе, это плюс, потому что обеспечиваются интересы и кредитора, и гаранта. Первый может в любое время передать исполнение обязательства гаранту, а второй вправе ставить вопрос об обоснованности и действительности требований.

Основной классификацией гарантий является их деление на гарантии по требованию и условные гарантии. Отмечалось, что при подготовке нового ГК РФ исходным материалом для формулирования норм о банковской гарантии послужили Унифицированные правила для гарантий по требованию, разработанные МТП в 1992 г. (публикация МТП N 458). При гарантии по требованию гарант обязан произвести платеж по первому требованию бенефициара. Письменным требованием могут быть признаны претензия либо любое иное представление требования в письменной форме, которое соответствовало бы условиям выданной гарантии. В требовании должно быть указано, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана банковская гарантия. Требование должно быть представлено до истечения срока, определенного в гарантии.

Обязанность бенефициара предъявить к гаранту не иск, а письменное требование подтверждается и практикой ВАС РФ[[52]](#footnote-52).

При условной гарантии, по определению К. Шмиттгоффа, обязательство гаранта обычно действует по предъявлении какого-либо документа, например решения суда или арбитража в пользу бенефициара, сертификата нейтрального лица, удостоверяющего наличие подлежащего уплате бенефициару долга[[53]](#footnote-53), письменного согласия принципала с претензией и суммой, подлежащей выплате. Признаком таких гарантий является то, что требование по гарантии может быть удовлетворено только в том случае, если оно основано на невыполнении или ненадлежащем выполнении принципалом своих контрактных обязательств, и что гаранту должны быть предъявлены доказательства такого невыполнения.

При этом правоотношения в связи с выставлением тендерных гарантий, гарантий исполнения и возврата платежа в международной практике урегулированы посредством норм Унифицированных правил для договорных гарантий 1978 г. (публикация МТП N 325). Определенную часть банковских гарантий составляют гарантии, выдаваемые в связи с заключением внешнеторговых сделок. В целом их можно разделить на две основные группы: гарантии в обеспечение интересов экспортеров и гарантии импортерам[[54]](#footnote-54).

Под гарантией экспортеру понимается гарантия выполнения импортером платежей на условиях соответствующего внешнеторгового контракта, которые имеют различное содержание в зависимости от характера основной операции и формы расчета, предусмотренной контрактом. Такая гарантия может иметь несколько разновидностей.

Гарантия выполнения импортером платежей при расчетах в форме инкассо содержит обязательство банка произвести платеж в размере суммы, указанной в документах, покрывающей поставленный на условиях контракта товар, если импортер не произведет оплату в срок, установленный в контракте. Гарантии такого рода могут предусматривать, что товарные документы подлежат пересылке через банк-гарант.

Гарантия открытия импортером аккредитива в пользу экспортера - внешнеторговый контракт, предусматривающий расчеты в форме аккредитива. Обычно содержит условия, при наступлении которых аккредитив должен быть открыт, а часто и условия самого аккредитива. В этом случае гарантия призвана обеспечить интересы экспортера, если импортер в нарушение условий контракта не даст обслуживающему его банку поручение на открытие аккредитива.

Гарантия возврата кредита. Если поставки по внешнеторговому контракту производятся на условиях коммерческого кредита (отсрочки платежа), предоставляемого одной из сторон контракта другой, то в целях обеспечения своевременности осуществления платежей импортера в погашение кредита может быть выдана банковская гарантия.

Гарантия оплаты гарантийных сумм. Условия внешнеторгового контракта могут предусматривать право импортера удерживать некоторую часть стоимости поставляемого товара (5 - 10%) до тех пор, пока не будет установлено полное соответствие товара по качеству (количеству) условиям контракта. Обычно это имеет место при поставках комплектного оборудования, причем уплата гарантийных сумм устанавливается импортером после достижения пущенным в эксплуатацию оборудованием обусловленных контрактом показателей. Выдаваемая в этих случаях гарантия банка обеспечивает экспортеру своевременное получение удержанных покупателем сумм в соответствии с условиями контракта.

Гарантии импортеру обычно представляют собой гарантии, обеспечивающие возмещение ему убытков или возврат уплаченного аванса в случае ненадлежащего выполнения или невыполнения экспортной поставки.

Гарантия возврата авансовых сумм. Если условиями контракта предусмотрена уплата импортером экспортеру аванса (в размере полной стоимости поставки или ее части), последний принимает на себя обязательство представить банковскую гарантию в обеспечение возврата аванса при невыполнении (полном или частичном) поставки. Такие гарантии обычно предусматривают случаи неисполнения обязательства в отношении количества товара, так как удовлетворение претензий по качеству товара регулируется сторонами на основании условий контракта в предусмотренном им порядке.

Гарантии в связи с участием в торгах (аукционах), или тендерные гарантии, обеспечивают исполнение участниками торгов обязательств перед их организаторами произвести платежи по итогам торгов в соответствии со сделанными участниками торгов предложениями.

Существуют и другие виды гарантий. Встречная гарантия имеет место при следующих обстоятельствах. Покупатель (подрядчик в договоре строительного подряда) просит продавца (либо заказчика) предоставить гарантию исполнения. Продавец получает такую гарантию от банка в своей собственной стране, но банк предоставляет гарантию местному банку в стране покупателя, а не непосредственно в пользу покупателя. Местный банк затем предоставляет в пользу покупателя встречную гарантию. При этом особое значение придается тождественности условий контргарантии условиям основной гарантии. В результате выдачи такой гарантии складывается ситуация, аналогичная положению при компенсационном аккредитиве.

Супергарантия является особым видом косвенной гарантии и представляет собой фактическую гарантию гарантии. Супергарантию обычно требует бенефициар, который желает получить дополнительно к гарантии банка должника также гарантию более известного банка. Условия выдаваемых гарантий должны совпадать между собой[[55]](#footnote-55).

Помимо этого, крупные международные договоры соответственно предполагают выдачу банковских гарантий на особо крупные суммы. В этих случаях банки прибегают к методу синдицирования в целях распределения риска гарантов и выдаче таких гарантий как синдицированных обязательств[[56]](#footnote-56).

Гарантии в связи с компенсационными сделками. При заключении внешнеторговых контрактов, предусматривающих компенсационные поставки, стороне, которая должна производить исполнение первой, ее контрагентом может быть предоставлена банковская гарантия в обеспечение своевременного выполнения встречных поставок.

В практике банков встречаются и другие гарантии, близкие к рассмотренным типам. Это гарантии, выдаваемые в связи с совершением операций против документов, формально имеющих какие-либо несоответствия установленным требованиям (например, при оплате чека, расчетах по аккредитиву); гарантии, связанные с мореплаванием; гарантии при получении страховых сумм без наличия страхового полиса и др.

## Глава 3. Процедура реализации и прекращения прав по банковской гарантии

## 3.1 Соглашение о выдаче (предоставлении) банковской гарантии

Установление правоотношений сторон по банковской гарантии в литературе представляется в качестве сложного юридического состава, определяемого двумя элементами - юридическими фактами. Первым элементом называется соглашение о предоставлении банковской гарантии, заключаемое между принципалом и гарантом; вторым - одностороннее обязательство гаранта, или собственно банковская гарантия в узком смысле слова[[57]](#footnote-57).

В соглашении должны быть определены следующие вопросы:

основное обязательство, в обеспечение исполнения которого должником выдается банковская гарантия;

срок, в течение которого должна быть выдана банковская гарантия, и срок ее действия;

размер обязательства гаранта;

размер вознаграждения гаранта, уплачиваемого бенефициаром;

порядок возмещения принципалом денежных сумм в случае исполнения гарантом принятого на себя обязательства и др.

В связи с этим в российской судебной практике возник вопрос: может ли повлиять на обоснованность требования бенефициара, предъявленного к гаранту, то обстоятельство, что между гарантом и принципалом отсутствует письменное соглашение, определяющее в том числе размер и порядок выплаты вознаграждения гаранту? На этот вопрос сложившаяся судебная практика отвечает отрицательно.

В частности, В.В. Витрянским приводится пример[[58]](#footnote-58), когда ВАС РФ отклонил протест, принесенный в порядке надзора, в котором ставился вопрос об отмене решения арбитражного суда о взыскании с банка-гаранта денежной суммы, составляющей обязательство указанного банка. Основные доводы протеста заключались в том, что банковская гарантия выдана по просьбе заемщика в целях обеспечения его обязательств по возврату кредита на безвозмездной основе, в силу чего она является недействительной[[59]](#footnote-59).

ВАС РФ указывает, что банковская гарантия отражает волеизъявление сторон на установление отношений по банковской гарантии и содержит предусмотренные законом признаки. Вопрос же о возмездности (безвозмездности) банковской гарантии, по справедливому заключению суда, касается только отношений гаранта и принципала и не может рассматриваться в качестве основания для отказа гаранту в удовлетворении требований бенефициара[[60]](#footnote-60).

Определение правовой природы правоотношений между принципалом и банком-гарантом в связи с выдачей банковской гарантии вызвало известный спор в теоретической науке. Одним из сложившихся мнений является следующее: указанные правоотношения представляют собой правоотношения из договора комиссии. В частности, Г.А. Аванесова полагает, что соглашение о предоставлении гарантии по своей сущности и целям является договором купли-продажи[[61]](#footnote-61). Свою позицию она поясняет следующим образом.

По соглашению о предоставлении банковской гарантии одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (банковскую гарантию) в собственность другой стороне (принципалу), а принципал обязуется принять банковскую гарантию и уплатить за нее определенную денежную сумму. Принципал, получив банковскую гарантию, может владеть, пользоваться и распоряжаться ею, т.е. приобретает право собственности на гарантию. Обязанность продавца передать товар покупателю считается исполненной в момент: а) вручения товара покупателю или указанному им лицу; б) предоставления товара в распоряжение покупателя или указанного им лица; в) сдачи товара перевозчику или организации связи. Обязанность гаранта по передаче банковской гарантии также считается исполненной в аналогичные моменты.

Существенно то, что банковская гарантия, в конечном счете, подлежит передаче принципалом бенефициару и используется последним, хотя принципал как собственник гарантии может никому ее не передавать. Банковская гарантия предусматривает обязательство гаранта не перед покупающим ее принципалом, а непосредственно перед бенефициаром. Это дает повод для ошибочной трактовки соглашения как договора комиссии. Однако оба рассматриваемых момента, по мнению Г.А. Аванесовой, не изменяют сущности соглашения как договора купли-продажи. При этом предметом договора купли-продажи может быть всякая вещь, находящаяся в гражданском обороте и являющаяся собственностью продавца.

Но с этим трудно согласиться. Рассматривая содержание принципа независимости, мы пришли к выводу, что банковская гарантия не может быть признана абстрактным обязательством, поскольку для этого не обладает всеми необходимыми признаками, не является самостоятельным объектом гражданского оборота. Банковская гарантия порождает, прежде всего, не вещное, как полагает Г.А. Аванесова, а обязательственное правоотношение, в силу которого банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) становятся обязанными по просьбе другого лица (принципала) уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате. Действительно, своей независимостью от правового основания юридическая природа банковской гарантии в определенной степени близка обязательству уплатить, выраженному в ценной бумаге. Однако с точки зрения законодательства и практического применения ценной бумагой, а следовательно имуществом, такое обязательство признано быть не может. В связи с этим В.А. Белов условно обозначает банковскую гарантию как "обязательство, имеющее режим ценной бумаги"[[62]](#footnote-62), что, однако, не может являться оправданием толкования соглашения о выдаче банковской гарантии как договора купли-продажи.

Может ли соглашение о предоставлении гарантии быть отнесено к категории договоров в пользу третьего лица? В соответствии со ст.430 ГК РФ договором в пользу третьего лица признается договор, в котором стороны установили, что должник обязан произвести исполнение не кредитору, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу. При кажущейся внешней схожести правовой связи участников отношений по банковской гарантии, обусловленной присутствием третьего лица (бенефициара), с правовой моделью договора в пользу третьего лица соглашение о предоставлении гарантии не может быть отнесено к указанной категории договоров. Обязательство гаранта по соглашению с принципалом состоит в совершении действий по выдаче (предоставлении) банковской гарантии с определенными условиями[[63]](#footnote-63). Законодательство РФ не предоставляет права бенефициару требовать от гаранта выдачи гарантии, если в силу тех или иных оснований бенефициар свое обязательство не исполняет. Право требования возникнет у бенефициара только на основании обязательства банка-гаранта уплатить бенефициару денежную сумму по предоставлении бенефициаром письменного требования о ее уплате.

В свою очередь, одностороннее обязательство банка-гаранта может быть определено как сделка, в которой исполнение вручается третьему лицу - бенефициару.

С учетом изложенного соглашение о предоставлении банковской гарантии следует рассматривать в качестве самостоятельного вида гражданско-правового договора, служащего основанием для принятия на себя банком-гарантом одностороннего обязательства по выдаче банковской гарантии об исполнении третьему лицу (бенефициару) и опосредующего в связи с этим отношения сторон.

В заключение можно отметить, что соглашение о предоставлении банковской гарантии является договором консенсуальным (для его заключения достаточно достижения соглашения сторон о совершении сделки, облаченного в письменную форму) и возмездным (за выдачу банковской гарантии принципал уплачивает гаранту вознаграждение) [[64]](#footnote-64).

Ю.В. Петровский, кроме того, называет соглашение о предоставлении банковской гарантии договором свободным, взаимосогласованным и срочным.

Подводя итог, следует отметить, что любая юридическая конструкция предполагает установление определенного баланса интересов ее участников. Появление банковской гарантии как особого способа обеспечения, не имеющего акцессорного характера по отношению к основному обязательству, обусловлено необходимостью усиления защиты интересов бенефициара, что подчеркивается законодательно закрепленной независимостью гарантии от договора между принципалом и бенефициаром. Однако доводить независимость гарантии до абсолюта, распространять ее в том числе и на обязательство, во исполнение которого гарантия была выдана, кажется неверным. Подобная независимость, не имеющая законодательного подтверждения, означала бы установление в балансе интересов явного преимущества бенефициара.

## 3.2 Исполнение по банковской гарантии

С наступлением предусмотренного банковской гарантией гарантийного случая (неисполнения или ненадлежащего исполнения принципалом основного обязательства) бенефициар приобретает право требования по отношению к гаранту. В зависимости от обстоятельств, при которых выдается гарантия, и от взаимоотношений сторон по основному договору, ее условия могут предусматривать право бенефициара немедленно по наступлении гарантийного случая получить возмещение, но могут поставить выплату в зависимость от какого-либо условия. Соответственно, как выше упоминалась, различают гарантии по требованию (безусловные гарантии) и условные гарантии.

Гарантия по требованию, содержащая наряду с определением гарантийного случая (невыполнение поставки, неоплата переводного векселя и т.п.) обязательство "уплатить по первому требованию", дает бенефициару возможность односторонне решить вопрос о реализации гарантии, и, таким образом, формальное право получить выплату по гарантии, независимо от наличия соответствующего материального права (невыполнения принципалом обязательства и возникновения у бенефициара в связи с этим убытков). Поэтому платеж банка по гарантии по требованию не является свидетельством признания гарантом материального права бенефициара на получение такого платежа, но является лишь выполнением формального обязательства[[65]](#footnote-65). При таких условиях не исключается возможность злоупотребления бенефициаром предоставленным ему правом требования по отношению к гаранту.

При условной гарантии гарант может поставить свое исполнение в зависимость от выполнения бенефициаром какого-либо условия или условий путем включения их в текст гарантии. По своей характеристике эти условия могут быть подразделены на две группы: касающиеся порядка выставления претензии и касающиеся непосредственно ее существа.

Несмотря на то, что по существу из условий гарантии очевидно наступление обязательства гаранта лишь при неисполнении обязательства со стороны основного должника, бенефициар при отсутствии в тексте условной гарантии соответствующей оговорки имеет законное право предъявить гаранту требование, независимо от обращения к основному должнику. Следовательно, такая оговорка в значительной степени сокращает риск необоснованных выплат бенефициару.

Выплаты по гарантии могут быть также обусловлены выполнением какого-либо конкретного требования, например предоставления документов, подтверждающих факт неисполнения должником основного обязательства, факт причинения бенефициару убытков. При наличии такой оговорки банк-гарант получает возможность при определенных обстоятельствах отказать бенефициару в выплате по гарантии, но и сам несет риск отказа в возмещении выплаченной по гарантии суммы принципалом при обращении к нему в порядке регресса (если банк произвел выплаты в нарушение предусмотренных в гарантии условий) [[66]](#footnote-66). Кроме того, в случае включения в текст гарантии соответствующей оговорки, банк-гарант рискует быть втянутым в спор между бенефициаром и принципалом в связи с основным обязательством.

Осуществление гарантом выплат денежных сумм в пользу бенефициара является надлежащим исполнением гарантом принятой на себя обязанности[[67]](#footnote-67). В связи с этим при определении пределов обязательства и ответственности гаранта разграничивается само обязательство гаранта (уплатить денежную сумму, на которую выдана гарантия) и ответственность гаранта за невыполнение или ненадлежащее исполнение такого обязательства (ст.377 ГК РФ). В первом случае объем выполняемого гарантом обязательства ограничивается суммой, на которую выдана гарантия. Во втором случае по общему правилу ответственность гаранта за нарушение обязательства, вытекающего из банковской гарантии, не ограничивается размером суммы гарантии, если самой гарантией не установлено иное. В том числе к ответственности гаранта подлежат применению нормы об ответственности по денежному обязательству.

В связи с изложенным ошибочным представляется мнение, согласно которому банковская гарантия - это обязательство банка исполнить обязательство своего клиента либо отвечать за его неисполнение в солидарном порядке. Различие между точками зрения на осуществление гарантом выплат по банковской гарантии как на исполнение гарантом принятого на себя обязательства перед бенефициаром и исполнение гарантом обязательства принципала поясним на следующем примере[[68]](#footnote-68).

Одним из видов банковских гарантий является гарантия открытия импортером аккредитива в пользу экспортера. Гарантия этого типа теоретически могла бы предусматривать ее реализацию при наступлении гарантийного случая одним из следующих путей: а) банк открывает аккредитив на условиях контракта, как он это сделал бы при наличии своего клиента-импортера, и производит с него оплату против представляемых товарораспорядительных документов; б) банк возмещает экспортеру по его требованию убытки, возникшие в связи с невозможностью исполнения из-за нарушения условий контракта импортером.

На практике обязательство банка по гарантии всегда имеет денежный характер и исполняется только путем уплаты определенной денежной суммы. Если допустить, что гарант принимает на себя исполнение обязательства принципала, то в случае его неисправности гарант обязан своими силами и за свой счет приобрести предмет договора и передать его бенефициару в соответствии с условиями договора (например, по договору поставки). В более широком плане этот пример можно распространить на любые обязательства, имеющие своим предметом индивидуально-определенные вещи.

В отличие от соответствующих норм ГК РФ, регулирующих правоотношения в связи с принятием поручительства и допускающих определенную неточность в формулировках, нормы о банковской гарантии достаточно четко определяют осуществление гарантом выплат по банковской гарантии как исполнение принятого на себя обязательства перед бенефициаром.

С данной точкой зрения не согласен В.А. Хохлов[[69]](#footnote-69), полагающий, что платеж по гарантии есть ответственность как результат правонарушения принципала. Мнение автора основывается на следующих положениях:

банковская гарантия может быть как односторонней, так и дву - или многосторонней сделкой;

норме ст.377 ГК РФ о пределах ответственности гаранта перед бенефициаром;

норме ст.374 ГК РФ о необходимости указать при истребовании гарантированных сумм, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана банковская гарантия;

денежной форме гарантии независимо от того, в чем заключается основное обязательство.

Что касается возможного определения характера ответственности принципала и гаранта перед бенефициаром как солидарной, необходимо пояснить следующее. Под солидарной ответственностью в соответствии с ГК РФ подразумевается, что кредитор имеет право предъявления требования об ответственности за нарушение обязательства к одному из должников, независимо от того, имеет ли должник возможность удовлетворить это требование или нет, спорное это требование или бесспорное и т.д.

Действительно, если в гарантии не предусмотрено иное, бенефициар имеет право предъявить гаранту требование, независимо от обращения к основному должнику. Однако ответственность принципала и гаранта не может быть названа солидарной, поскольку основанием ее возникновения применительно к каждому из лиц служат различные обязательства.

В.А. Белов, рассматривая соответствующие положения применительно к поручительству, прослеживает некоторую аналогию с вексельной ответственностью: на единых условиях, изложенных в каком-либо векселе, может быть принято несколько различных обязательств различными лицами, каждое из которых будет отвечать перед последним независимо друг от друга[[70]](#footnote-70). В литературе ответственность векселенадписателей предлагается именовать совместной. За некоторым изъятием, это наименование может быть также применено к ответственности принципала и гаранта перед бенефициаром. А именно надо иметь в виду, что размер обязательства гаранта, в отличие от обязательства принципала, ограничен суммой, указанной в тексте банковской гарантии.

## 3.3 Право гаранта, исполнившего обязательство, на регресс

В силу исполнения гарантом принятого на себя обязательства перед бенефициаром гарант приобретает регрессное требование к должнику, становится кредитором по регрессному обязательству.

В соответствии со ст.379 ГК РФ право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана банковская гарантия. Редакция данной статьи ГК РФ многими учеными признается не совсем удачной, поскольку она позволяет сделать следующие выводы. Например, А.Я. Максимович полагает, что "право регрессного требования гаранта основывается не непосредственно на законе, а на соглашении сторон - гаранта и принципала"[[71]](#footnote-71). По мнению Т.В. Богачевой, "указание на договорной характер регрессного обязательства означает, что при отсутствии такого соглашения ответственность принципала не наступает"[[72]](#footnote-72). С.В. Сарбаш указывает, что возможность предъявления гарантом регрессных требований к принципалу "предоставлена гаранту при наличии договора с принципалом, где оговорено это право"[[73]](#footnote-73).

Против такой позиции выступает В.В. Витрянский, справедливо указывающий, что норма, содержащаяся в ст.379 ГК РФ, не устанавливает правила, по которому право гаранта на регрессные требования к принципалу возникает из соглашения с последним[[74]](#footnote-74). Ранее М.М. Агарков, определяя бесспорность наличия права регресса при отсутствии специального соглашения, пояснял, что "ответственность должника перед кредитором устанавливается во всех случаях, чтобы укрепить позицию кредитора, а совсем не для создания необоснованного преимущества одному должнику за счет другого"[[75]](#footnote-75).

Здесь также уместно вспомнить слова А.Х. Гольмстена, известного русского правоведа и педагога, представившего свой "Опыт построения общего учения о праве регресса" в 1913 г. Сделанные А.Х. Гольмстеном выводы об основании возникновения права регресса предельно ясно разрешают спор, который ведется в современной российской литературе по этому вопросу. Он пишет: "Формальным основанием права регресса является prima fasie закон, а затем и договор. Регресс, как обязательство, есть обязательство ex lege. Право регресса при наличии определенных условий возникает в силу закона; для возникновения его активного проявления воли не требуется - оно необходимо лишь для осуществления его. Но норма, закон, участвующий в порождении права регресса, ни в римском праве, ни в современных кодификациях не является общей нормой, обнимающей все разновидности права регресса. Но такое отклонение законодателя от прямой и определенной формулировки права регресса делу не вредит; благодаря этому все-таки нельзя сказать, что нет нормы, определяющей право регресса. Когда мы говорим, что для возникновения известного права необходима соответствующая норма, то этим вовсе не сказано, что норма должна быть ad hoc формулирована; данный закон может быть законом выводим; таким во многих случаях и является закон, на котором основано право регресса"[[76]](#footnote-76).

Таким образом, отсутствие соглашения между гарантом и принципалом, предусматривающего право гаранта на возмещение понесенных им расходов в связи с исполнением банковской гарантии, не означает отсутствие такого права у гаранта, поскольку оно имеет своим основанием положения закона. В то же время когда в п.1 ст.379 ГК РФ указывается, что "право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом", имеются в виду порядок реализации указанного права, пределы обязательства принципала перед гарантом, сроки осуществления принципалом выплат в пользу гаранта, форма осуществления расчетов и др.[[77]](#footnote-77).

Следует признать, что формулировка ст.379 ГК РФ не совсем удачна, в связи с этим необходимо согласиться с мнением Г.А. Аванесовой, которая полагает возможным внести изменения в данную статью, предусматривающие право регрессного требования гаранта к принципалу независимо от соглашения об этом, по аналогии с правами поручителя, исполнившего обязательство[[78]](#footnote-78).

Это оправдано и тем, что Унифицированные правила для договорных гарантий и гарантий по требованию оставляют право гаранта на регресс за пределами своего регулирования.

Отмеченный пробел может быть в известной степени компенсирован путем внесения в соглашение между гарантом и принципалом условия об обеспечении возможного регрессного требования гаранта. Обычной банковской практикой является принятие принципалом на себя обязательства поддерживать на расчетном счете, открытом у гаранта, определенный остаток денежных средств и предоставление гаранту права бесспорного списания денежных средств с расчетного счета принципала в размере, эквивалентном сумме банковской гарантии, в случае осуществления гарантом платежа в пользу бенефициара.

Что касается возможности обеспечения регрессного обязательства залогом, поручительством и др. как условного обязательства, в отношении которого неизвестно, наступит или нет условие, с которым в будущем стороны связывали возникновение обязательства, наличие такой возможности представляется спорным.

Остановимся на определении самого понятия регресса - самостоятельного обязательства, имеющего свои основания возникновения.

В связи с этим несколько неточным является положение, сформулированное А.Х. Гольмстеном о том, что "регресс есть обязательство побочное по отношению к главному. Оно побочное в том смысле, что дополняет собой главное, является его последствием и притом естественным последствием исполнения главного". И далее: "Регресс является побочным обязательством по отношению к другому, которое в свою очередь может быть связано с третьим, по отношению к нему главным. Назовем это третье основным обязательством. Так, право регресса поручителя к должнику есть побочное по отношению к поручительству, а поручительство - придаточное по отношению к обязательству, им обеспеченному"[[79]](#footnote-79).

Что является основанием для вынесения суждения о неточности указанного определения, предложенного А.Х. Гольмстеном для толкования природы регрессного обязательства?

Прежде всего, регрессное обязательство отнюдь не дополняет собой другое обязательство. Если регрессное обязательство возникает в связи с исполнением регредиентом или регрессатом какого-либо другого обязательства, то первое не дополняет второго, поскольку последнее к этому моменту прекратилось исполнением. При этом если признать, что регрессное обязательство является побочным и дополняет главное, то можно прийти к выводу, что право регресса входит в состав главного обязательства в качестве его элемента. Это утверждение опровергается самим А.Х. Гольмстеном. Он указывает, что регрессное обязательство является естественным последствием исполнения главного обязательства.

Факт уплаты или получения денежных средств за счет регредиента либо регрессата, что порождает возникновение регрессного обязательства, является всего лишь частным случаем возникновения такового. В качестве примера возникновения регрессного обязательства из иных оснований можно привести следующий. Цессионарий требует обратно от цедента то, что он уплатил ему в связи с передачей права требования, которое впоследствии было определено как недействительное. Вместе с тем Гольмстен, охарактеризовав регрессное обязательство как побочное по отношению к главному, далее в своей работе приводит примеры, показывающие определенную условность такого определения[[80]](#footnote-80).

Таким образом, под правом регресса следует понимать обязательство, в силу которого кредитор (регредиент) может потребовать от должника (регрессата) уплаты денег, передачи вещей или совершения иных действий либо вследствие платежа третьему лицу за счет должника или получения от третьего лица должником за счет кредитора, либо вследствие совершения третьим лицом действий, возлагающих на должника обязанность возврата полученного от кредитора[[81]](#footnote-81).

Основаниями возникновения права регресса могут быть:

уплата третьему лицу регредиентом за счет регрессата;

получение от третьего лица регрессатом за счет регредиента;

совершение третьим лицом действий, возлагающих на регрессата обязанность возвратить регредиенту непосредственно от него полученное.

Вышеперечисленные факты имеют, таким образом, правообразующее значение.

Помимо рассмотренного права гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, из банковской гарантии могут также вытекать и иные случаи регресса.

Согласно п.1 ст.375 ГК РФ по получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами. Аналогичные по содержанию нормы содержатся в Унифицированных правилах по договорным гарантиям 1978 г. и в Унифицированных правилах для гарантий по требованию 1992 г. Нарушение этого условия может повлечь за собой потерю права регресса, если окажется, что бенефициар принял исполнение не только от гаранта, но и от принципала. В этом случае гарант вправе потребовать от бенефициара возврата необоснованно полученного.

**3.4.Прекращение обязательств из банковской гарантии**

В ст.378 ГК РФ определены случаи, когда обязательства перед бенефициаром прекращаются. Ими являются:

1) уплата бенефициару суммы, на которую выдана гарантия;

2) окончание определенного в гарантии срока, на который она выдана;

3) отказ бенефициара от своих прав по гарантии и возвращение ее гаранту;

4) отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

При уплате бенефициару суммы гарантии обязательства гаранта прекращаются независимо от того, возвращена ли ему гарантия или нет. Однако для предотвращения повторной ошибочной оплаты предъявленного требования по уже исполненной гарантии гаранту целесообразно истребовать у бенефициара указанный документ с отметкой об исполнении. Хотелось бы отметить, что закрепление этого условия в законе позволило бы гаранту принять меры воздействия к бенефициару, не выполняющему это важное положение.

Бенефициар вправе отказаться от своих прав по гарантии и либо возвратить гаранту гарантийное обязательство, либо направить гаранту письменное заявление об освобождении его от обязательств. Действия бенефициара в этом случае являются односторонней сделкой, направленной на прекращение обязательств по гарантии. Согласия гаранта в данном случае не требуется.

Гарант, которому стало известно о прекращении гарантии, обязан без промедления уведомить об этом принципала.

Несмотря на то что перечень оснований прекращения банковской гарантии, указанный в ст.378 ГК РФ, является ограниченным, это не исключает применения к банковской гарантии общих правил прекращения гражданско-правового обязательства.

В.В. Витрянский отмечает, что отдельные специальные правила о прекращении банковской гарантии уже включают в себя и некоторые общие основания прекращения гражданско-правового обязательства.

Например, уплата бенефициару гарантом суммы, на которую выдана банковская гарантия, означает надлежащее исполнение должником своего обязательства, что признается общим основанием прекращения всякого обязательства (п.1 ст.408 ГК РФ). Отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательства может быть одновременно квалифицирован как прощение долга (ст.415 ГК РФ).

Таким образом, следует согласиться с В.В. Витрянским, который считает, что помимо специальных оснований прекращения банковской гарантии, предусмотренных в ст.378 ГК РФ, основанием прекращения обязательств гаранта могут служить также отступное (ст.409 ГК РФ), зачет встречного однородного требования (ст.410 ГК РФ), совпадение должника и кредитора в одном лице (ст.413 ГК РФ), новация обязательства (ст.414 ГК РФ) и другие.

Исключение составляет лишь такое основание прекращения обязательства, как невозможность исполнения (ст.416 ГК РФ), которое не подлежит применению к любому денежному обязательству, включая и банковскую гарантию, обеспечивающую кредитный договор[[82]](#footnote-82).

Следовательно, что касается иных общих оснований прекращения гражданско-правового обязательства, то, исходя из содержания норм, их устанавливающих, представляется, что ничто не препятствует их применению и к обязательствам, вытекающим из банковской гарантии[[83]](#footnote-83).

Таким образом, среди оснований, влекущих прекращение договора банковской гарантии, следует рассматривать не только прямо перечисленные в ст.378 ГК РФ, но и общие основания прекращения денежных обязательств.

## Заключение

Проведя комплексное исследование правового регулирования банковского гарантии как способа обеспечения обязательства, сформулируем следующие выводы:

1. Банковская гарантия является новым институтом для российского законодательства, введенным в оборот с 1 января 1995 г. Однако, на наш взгляд, нельзя говорить об абсолютной новизне данного правового средства для отечественной правоприменительной и банковской практики.

Упоминание о банковских гарантийных операциях применительно к внутригосударственной торговле встречается только в литературе начала - середины 20-х гг. XX в. (в период действия новой экономической политики).

В 50 - 60-е гг. XX в. в работах советских ученых, посвященных проблематике международного частного права, банковская гарантия рассматривалась как особая разновидность поручительства.

С учетом изложенного очевидно, что истоки банковской гарантии в ее сегодняшнем содержании и понимании обнаруживаются в практике банковских гарантийных операций в период новой экономической политики в середине 20-х гг. прошлого века.

1. В настоящее время в законодательстве РФ правоотношения в связи с выдачей банковской гарантии регулируются посредством норм ГК РФ, нормативными актами Центрального банка РФ (Банка России). Нормы ГК РФ закрепляют только основополагающие принципы, в соответствии с которыми осуществляется практическое применение банковской гарантии.

Во внутригосударственном и во внешнеторговом коммерческом обороте большая роль отводится документам, изданным МТП.

1. Согласно ст.368 ГК РФ в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования об ее уплате.
2. Правовая природа данного способа обеспечения обязательств может быть раскрыта только посредством исследования наиболее существенных (отличительных) черт банковской гарантии.

Они заключаются в следующем.

Во-первых. Банковская гарантия представляет собой облекаемое в письменную форму одностороннее обязательство, в соответствии с которым гарант обязуется уплатить бенефициару-кредитору по обеспечиваемому гарантией обязательству определенную денежную сумму.

Во-вторых. Право бенефициара в отношении гаранта может быть реализовано только путем предъявления письменного требования, которое должно соответствовать условиям, предусматриваемым самой банковской гарантией.

В-третьих. Гарантия - возмездное обязательство, при этом за выдачу банковской гарантии принципал выплачивает гаранту определенное вознаграждение. Размер вознаграждения, срок его выплаты и другие сведения о нем, как правило, носят строго конфиденциальный характер. Однако и в том случае, когда размер и срок уплаты банковской гарантии не указан в соглашении между гарантом и принципалом, это не может служить основанием к отказу гаранта в удовлетворении требований бенефициара.

В-четвертых, банковская гарантия никак не зависит от основного обязательства. Законодатель очень четко формулирует это обстоятельство.

В-пятых, банковская гарантия, как правило, безотзывна, если в ней не предусмотрено иное.

В-шестых, принадлежащее бенефициару по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное (ст.372 ГК РФ).

В-седьмых, банковская гарантия, согласно ст.373 ГК, вступает в силу со дня ее выдачи, если в гарантии не предусмотрено иное.

В-восьмых, банковская гарантия ограничена уплатой определенной денежной суммы, на которую она выдана (п.1 ст.377 ГК РФ).

Наконец, девятое, если можно так выразиться, "свойство" банковской гарантии, заключающееся в предоставлении определенных требований по ней.

4. В международной практике выделяют следующие особенности банковских гарантий, характеризующие их виды.

1). Гарантия может выдаваться либо в пользу контрагента принципала (прямая гарантия), либо в пользу банка, обслуживающего контрагента (гарантия через посредство банка).

2). В соответствии с характером обязательства различаются:

гарантия твердого предложения товара;

гарантия платежа (форма такой гарантии разработана прецедентами в международной практике. Гарантия носит характер независимого договора с ограниченной ответственностью гаранта);

гарантия поставки (гарант выплачивает выгодоприобретателю денежную сумму в счет непоставленных/недопоставленных принципалом товаров);

гарантия предоставления, например, товара;

гарантия возврата финансовых платежей;

налоговые, судебные, таможенные гарантии.

3) Банковские гарантии подразделяются также на условные и по первому требованию.

В российском законодательстве сегодня предпочтение отдается условной гарантии, что следует из смысла ч.1 ст.374 ГК РФ: требование бенефициара об уплате денежной суммы по банковской гарантии без нужных документов или документов, не соответствующих условной гарантии, является основанием для отказа в удовлетворении требований бенефициара. Последний также обязан указать, в чем выразилось и состоит нарушение принципалом основного обязательства. Статья 374 ГК РФ в большей степени касается условной гарантии, в общей же формулировке ГК РФ воспринял наиболее удобную в практическом отношении форму - гарантию по первому требованию, по которой гарант производит платеж против простого требования бенефициара без представления судебного решения, вынесенного против принципала, или иного доказательства, свидетельствующего о ненадлежащем исполнении. При этом гарант вправе отказать в удовлетворении требований бенефициара, если они не отвечают гарантии или пропущен срок гарантии, о чем гарант предупреждает кредитора.

5. Содержание соглашения принципала (должника) и гаранта о выдаче банковской гарантии определяется по их взаимному согласию. Одним из наиболее важных условий является условие о порядке выплаты и объеме вознаграждения, подлежащего выплате принципалом гаранту.

Следующим весьма важным условием, подлежащим согласованию между принципалом и гарантом, является условие о возможности или невозможности регрессного требования гаранта к принципалу в случае выплаты им денег бенефициару.

Наряду с закреплением права гаранта на регрессное требование в соглашении о выдаче банковской гарантии гарант и принципал должны решить вопрос о возможности или невозможности истребования гарантом от принципала возмещения сумм, уплаченных бенефициару не в соответствии с условиями гарантии или за нарушение обязательств гаранта перед бенефициаром (п.2 ст.379 ГК).

Другие условия соглашения между принципалом и гарантом могут касаться:

определения обязательства, в обеспечение исполнения которого выдается гарантия;

установления размера суммы, подлежащей выплате;

отзывности или безотзывности выдаваемой гарантии;

срока, на который выдается гарантия;

документов, при представлении которых гарантом должна производиться выплата;

ответственности сторон за нарушение условий соглашения и др.

Форма соглашения между гарантом и принципалом подчиняется общим нормам о форме сделок. Поскольку гарантами могут выступать только банки, кредитные учреждения и страховые организации, являющиеся юридическими лицами, все их соглашения с принципалами должны совершаться в простой письменной форме (ст.161 ГК). Нарушение простой письменной формы не влечет недействительности соглашения между гарантом и принципалом и влияет на юридическую судьбу банковской гарантии. Банковская гарантия действительна даже в тех случаях, когда она выдана на основании устной просьбы принципала в силу того, что выдача банковской гарантии есть односторонняя сделка, которая порождает одностороннее обязательство гаранта.

6. Исполнение обязательств, вытекающих из банковской гарантии, начинается с момента предъявления гаранту бенефициаром требования об уплате денежной суммы по банковской гарантии. Требование должно быть представлено гаранту в письменной форме с приложением указанных в гарантии документов. В требовании или в приложении к нему бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия (п.1 ст.374 ГК).

Прекращение обязательств гаранта перед бенефициаром происходит по следующим основаниям (п.1 ст.378 ГК):

1) уплата бенефициару суммы, на которую выдана гарантия;

2) окончание определенного в гарантии срока, на который она выдана;

3) отказ бенефициара от своих прав по гарантии и возвращение ее гаранту;

4) отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.

Также исследование данной темы позволило сформулировать следующие предложения по совершенствованию действующего законодательства в данной сфере.

1. Во-первых, в ГК РФ урегулированы вопросы, связанные лишь с предоставлением банковских гарантий, что является искусственным ограничением. Такие гарантии могут предоставлять лишь кредитные учреждения и страховые компании. На практике и другие организации могут заключать соглашения, идентичные гарантийным, но их правовое положение в случае возникновения спора остается недостаточно урегулированным. Поэтому следует урегулировать в законодательстве предоставление гарантий иными организациями.

2.Вопросы регулирования банковских гарантий в ГК РФ изложены несколько противоречиво. Договор о гарантиях не привязан к договору о ссуде между кредитором и заемщиком, что делает положение гаранта неопределенным. К числу недостатков можно отнести то, что гарант обязан удовлетворить требование безотносительно выполнения обязательств со стороны заемщика, у гаранта нет прямого права требовать от заемщика выполнения своих обязательств и у гаранта нет однозначного права требовать от кредитора отказаться от обращения за гарантией, если ему вернули ссуду.

Для эффективного функционирования данного института очень важно защитить самого гаранта. Ни одна программа гарантий не начнет работать до тех пор, пока гарант не будет уверен в своей правовой защите в отношениях с кредитором, к примеру, в случаях, когда требование на выплату гарантии поступает тогда, когда отказа заемщика от погашения ссуды не было и в помине. Кроме того, гарант должен быть уверен, что у него имеется закрепленное законом право регресса по отношению к заемщику, который отказался от погашения ссуды, вынуждая тем самым гаранта улаживать вопрос об убытках с кредитором. Соответственно, и малое предприятие, участвующее в сделке с гарантией, должно быть уверено, что его права защищены законом и что оно не заключает договор, который может поставить его на грань банкротства.

3. Как указывается в п.2 ст.375 ГК РФ, гарант должен проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствует ли требование бенефициара и приложенные к нему документы условиям гарантии. Аналогичную по содержанию норму содержит также ст.9 Унифицированных правил: все документы, предоставляемые в соответствии с гарантией, должны быть проверены гарантом с надлежащим вниманием, для того чтобы определить, соответствуют ли они по внешним признакам условиям гарантии.

Сравнение указанных норм выявляет еще одну важную деталь, на которую поставлен акцент в Унифицированных правилах: соответствие представленных бенефициаром документов условиям гарантии должно определяться по внешним признакам. Именно такой метод проведения проверки гарантом представленных документов согласуется с принципом независимости банковской гарантии, поскольку в противном случае гарант может умышленно либо в силу заблуждения перейти от внешнего сопоставления к анализу содержания требования бенефициара и прилагаемых к нему документов и далее - к исследованию фактических отношений между бенефициаром и принципалом по основному договору.

В связи с этим обоснованным выглядит мнение о необходимости внести изменения в п.2 ст.375 ГК РФ. Норма данного пункта после слов "приложенные к нему документы" может быть дополнена словами "ПО ВНЕШНИМ ПРИЗНАКАМ" и далее по тексту без изменений. Такое дополнение, по нашему мнению, является более точным.

4. Отсутствие соглашения между гарантом и принципалом, предусматривающего право гаранта на возмещение понесенных им расходов в связи с исполнением банковской гарантии, не означает отсутствие такого права у гаранта, поскольку оно имеет своим основанием положения закона. В то же время когда в п.1 ст.379 ГК РФ указывается, что "право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом", имеются в виду порядок реализации указанного права, пределы обязательства принципала перед гарантом, сроки осуществления принципалом выплат в пользу гаранта, форма осуществления расчетов и др.

Следует признать, что формулировка ст.379 ГК РФ не совсем удачна, в связи с этим необходимо согласиться с мнением Г.А. Аванесовой, которая полагает возможным внести изменения в данную статью, предусматривающие право регрессного требования гаранта к принципалу независимо от соглашения об этом, по аналогии с правами поручителя, исполнившего обязательство.

Это оправдано и тем, что Унифицированные правила для договорных гарантий и гарантий по требованию оставляют право гаранта на регресс за пределами своего регулирования.

## Список источников

Нормативно-правовые акты:

1. Конституция Российской Федерации (принятая всенародным голосованием 12 декабря 1993) (в ред.30.12.2010) // Российская газета, 1993, 25 декабря.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 27.12.2009, с изм. от 08.05.2010) // "Российская газета", N 238-239, 08.12.1994.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая)" от 26.01.1996 N 14-ФЗ (ред. от 17.07.2009, с изм. от 08.05.2010) // "Собрание законодательства РФ", 29.01.1996, N 5, ст.410; "Российская газета", N 131п, 20.07.2009.
4. Инструкция Внешторгбанка СССР от 25.12.1985 N 1 (ред. от 05.02.1991)"О порядке совершения банковских операций по международным расчетам" // "Инструкция Внешторгбанка СССР N 1 от 25 декабря 1985 г. о порядке совершения банковских операций по международным расчетам"; М., "Финансы и статистика", 1986.
5. Унифицированные правила по договорным гарантиям (Публикация Международной Торговой Палаты N 325) (Приложение N 23 к инструкции Внешторгбанка СССР от 25.12.1985 N 1) (ред. 1978 года)

Акты, утратившие силу

1. Гражданский кодекс РСФСР 1922 // СУ РСФСР", 1922, N 71, ст.904
2. Гражданский кодекс РСФСР 1962"Ведомости ВС РСФСР, 1964, N 24, ст.406
3. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. // "Ведомости СНД и ВС СССР", 1991, N 26, ст.734

Акты судебной власти

1. Постановление Президиума ВАС РФ от 27 февраля 2001 г. N 6437/00 Исковые требования о признании недействительными гарантии банка и гарантийного письма, выданных во исполнение договора, а также договора уступки требования удовлетворены правомерно, так как отсутствие в гарантийном документе срока, на который выдана гарантия, позволяет считать обязательство невозникшим // "Вестник ВАС РФ", 2001, N 7
2. Определение ВАС РФ от 04.05.2007 N 4208/07 по делу N А40-80337/05-42-643 В передаче дела по иску о взыскании задолженности по банковской гарантии, выданной в обеспечение надлежащего исполнения обязательств по договору подряда, процентов за пользование чужими денежными средствами для пересмотра в порядке надзора отказано, так как суды, отказывая в иске, обоснованно исходили из того, что бенефициаром не были представлены гаранту документы, предусмотренные условиями гарантии и необходимые для осуществления платежа // Вестник ВАС РФ. 2007. № 5
3. Постановление Президиума ВАС РФ от 11.03.1997 N 5710/96 Дело в части основного иска иностранного юридического лица о взыскании с банка-гаранта гарантийной суммы, возмещении убытков от невыполнения обязательств гарантом и расходов на оплату юридических услуг направлено на новое рассмотрение в связи с неполным исследованием судом обстоятельств дела. // Вестник ВАС РФ. 1997. N 6. С.82.
4. 3.4 Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15.01.1998 N 27 "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации о банковской гарантии" // "Вестник ВАС РФ", N 3, 1998

Литература

1. Аванесова Г.А. Банковская гарантия в международной торговле // Хозяйство и право. 1998. N 9. С.51.
2. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву: В 2 т. Т.1 // Избранные труды по гражданскому праву. М.: ЦентрЮрИнфор, 2002. С.442.
3. Антропцева И.О. Банковская гарантия как банковская операция и способ обеспечения исполнения обязательств // Банковское право. 2010. N 1. С.30 - 31.
4. Бабанин В.А., Воронина Н.В. Поручительство и банковская гарантия: особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств // Законодательство и экономика, 2005, NN 11, 12
5. Белов В.А. Поручительство: Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики // Право и государство. 2009. № 10 С.86 - 89
6. Белов В.А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. 1997. N 45. С.1 - 2; N 46. С.5.
7. Бирюкова Л.А. Об абстрактности банковской гарантии // Цивилистическая практика: Информационный бюллетень. Вып.5. Екатеринбург, 2002. С.66 - 73.
8. Брагинский М.И. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия (комментарий к новому ГК Российской Федерации). М., 1995. С.74 - 75.
9. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. С.481 - 482.
10. Буркова А.Ю. Договор о выдаче банковской гарантии и его обеспечение // Банковское право", 2007, N 1
11. Валютные отношения во внешней торговле СССР: Правовые вопросы / Предисл. М.И. Свешникова; Под ред. А.Б. Альтшулера. М.: Междунар. отн., 1968. С.138
12. Вершинин С.Н. Особенности выдачи банковской гарантии в законодательстве Российской Федерации // Банковское право", 2007, N 2
13. Витрянский В.В. Договорное право (общие положения). М.: Статут, 1997. С.473 - 474.
14. Валютные отношения во внешней торговле СССР: Правовые вопросы. С.311 - 318.
15. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М., 1996. С.570, 573 - 574.
16. Гражданское право: Учебник: В 2 ч. Ч.1.3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1998. С.612.
17. Голышев В.Г. Банковская гарантия: некоторые вопросы правовой природы // Банковское право, N 2, 2003
18. Гонгало Б.М. Обеспечение исполнения обязательств. - М., 2009.
19. Гражданское право: Учебник. Ч.1. / Под ред. Григорьева И.А. Спб.: Теис, 2006. С.532.
20. Гражданский кодекс РФ. Ч.1: Научно-практический комментарий. /Под ред.А.Н. Мозолина - М., 2009. С.579.
21. Гражданское право: Учебник: В 2 ч. Ч.1 / Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. М., 2002. С.436.
22. Гражданское право Обязательственное право: Учебник: в 4 т. / В.В. Витрянский, В.С. Ем, С.М. Корнеев и др.; под ред. Е.А. Суханова.3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2008. Т.3.800
23. Гольмстен А.Х. Опыт построения общего учения о праве регресса // Юридические исследования и статьи. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1913. С.157 - 186.
24. Еремычева И.И., Ермаков С.Л. Правовое регулирование и виды банковской гарантии // Право и экономика", N 12, 2003. С.23
25. Еремычева И.И., Ермаков С.Л. Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательств: эволюция и перспективы // Право и экономика, N 10, 2003
26. Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость // Хозяйство и право. 1996. N 3.
27. Завидов Б.Д. Основные идеи, недочеты и новации общих положений о договоре // СПС КонсультантПлюс. 2007.
28. Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: Право и практика. М.: Междунар. отн., 1994. С.237.
29. Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. М., 1982. С.249.
30. Комментарий судебно-арбитражной практики / Под ред. В.П. Кузнецовой. - М., 1997. Вып.4. С.105 - 112
31. Кузнецова Л.В. Независимость банковской гарантии // Право и экономика", 2008, N 5
32. Лунц Л.А. Курс международного частного права: Особенная часть. М., 1975. С.341 - 343.
33. Львова Е.С. Банковские гарантии: проблемы, вытекающие из законодательства или судебной практики? // Банковское право. 2010. N 1. С.26 - 27.
34. Международное частное право. Сб. документов. М.: БЕК, 1997. С.633 - 640.
35. Международное частное право: Современные проблемы. /Под ред. Чистякова В.К. - М., 2008. С.398 - 399.
36. Меломед А. Банковская гарантия - новый институт в российском законодательстве // Российская юстиция. 1995. N 7. С.13.
37. Нам К. Сущность гарантийных обязательств в договоре купли-продажи // Хозяйство и право. 1997. N 8 - 9. С.156 - 160, 130 - 133.
38. Павлодский Е.А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством // Закон. 1995. N 5. С.25.
39. Павлович Я.А. Независимые документарные обязательства: Научно-практическое издание. М.: Волтерс Клувер, 2006.160 с.
40. Петровский Ю.В. Банковская гарантия в российском гражданском праве: Дис. канд. юрид. наук. Екатеринбург: Изд-во Урал. гос. юрид. акад., 2001.
41. Постатейный комментарий к ч.1 ГК РФ / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1999. С.625.
42. Сарбаш С.В. Обеспечение исполнения кредитных обязательств // Закон. 1997. N 2. С.96.
43. Свит Ю.П. О применении банковской гарантии в гражданском обороте // Законы России: опыт, анализ, практика", 2006, N 12
44. Станкевич А.В. Соглашение о выдаче банковской гарантии: проблемы теории и практики // Журнал российского права", 2006, N 1
45. Хохлов В.А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти: Изд-во Волж. гос. ун-та. 1997. С.171 - 172.
46. Шиша А.А. Банковская гарантия: Опыт экономического и юридического анализа // Кредит и плановое хозяйство. 1925. N 4. С.18 - 26.
47. Шлыков В.С. Некоторые аспекты применения банковской гарантии в таможенной сфере // Банковское право. 2009. N 6. С.30 - 32.
48. Шмиттгофф К.М. Экспорт: Право и практика международной торговли / Пер. с англ. К.М. Шмиттгофф; Отв. ред. А.С. Комаров. М.: Юрид. лит., 1993. С.320 - 321.
49. Цыпкин М. Акцептно-гарантийные операции и их возможное применение в практике советских банков // Кредит и плановое хозяйство. 1927. N 1 - 2. С.83 - 87.
50. Юдельсон К.С. Основные проблемы права регресса в советском гражданском праве // Учен. тр. ВИЮН. Вып.9. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1947. С.189.
1. См.: Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения (Книга 1). Статут, 2001; Ем В.С. Гражданское право. Т. II. Полут. 1 / Под ред. доктора юридических наук, профессора Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2004; Белов В.А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. 1997. Ноябрь. N 46 (368). С. 5; Белов В.А. Поручительство. Опыт теоретической конструкции обобщения арбитражной практики. М.: ЮрИнфорР, 1998; Павлодский Е.А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством // Закон. 1995. N 5; Сарбаш С.В. Обеспечение исполнения кредитных обязательств // Закон. 1997. N 2; Еремычева И.И., Ермаков С.Л. Банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательства: эволюция и перспективы // Право и экономика. 2003. N 10; Голышев В.Г. Банковская гарантия: некоторые вопросы правовой природы // Банковское право. 2003. N 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Российская газета,1993, 25 декабря [↑](#footnote-ref-2)
3. Российская газета, N 238-239, 08.12.1994. [↑](#footnote-ref-3)
4. Собрание законодательства РФ", 29.01.1996, N 5, ст. 410; "Российская газета", N 131п, 20.07.2009. [↑](#footnote-ref-4)
5. Подробнее о гарантийных обязательствах см.: Нам К. Сущность гарантийных обязательств в договоре купли-продажи // Хозяйство и право. 1997. N 8 - 9. С. 156 - 160, 130 - 133. [↑](#footnote-ref-5)
6. См.: Бирюкова Л.А. Об абстрактности банковской гарантии // Цивилистическая практика: Информационный бюллетень. Вып. 5. Екатеринбург, 2002. С. 66 - 73. [↑](#footnote-ref-6)
7. См.: Шиша А.А. Банковская гарантия: Опыт экономического и юридического анализа // Кредит и плановое хозяйство. 1925. N 4. С. 18 - 26. [↑](#footnote-ref-7)
8. См.: Цыпкин М. Акцептно-гарантийные операции и их возможное применение в практике советских банков // Кредит и плановое хозяйство. 1927. N 1 - 2. С. 83 - 87. [↑](#footnote-ref-8)
9. См.: Шиша А.А. Указ. соч. С. 18 - 21. [↑](#footnote-ref-9)
10. Гражданский кодекс РСФСР 1922//СУ РСФСР", 1922, N 71, ст. 904 [↑](#footnote-ref-10)
11. См.: Шиша А.А. Указ. соч. С. 22. [↑](#footnote-ref-11)
12. Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. М., 1982. С. 249. [↑](#footnote-ref-12)
13. Гражданский кодекс РСФСР 1962"Ведомости ВС РСФСР, 1964, N 24, ст. 406 [↑](#footnote-ref-13)
14. См.: СП СССР. 1965. N 21. Ст. 156. [↑](#footnote-ref-14)
15. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.// "Ведомости СНД и ВС СССР", 1991, N 26, ст. 734 [↑](#footnote-ref-15)
16. Инструкция Внешторгбанка СССР от 25.12.1985 N 1 (ред. от 05.02.1991) "О порядке совершения банковских операций по международным расчетам"// "Инструкция Внешторгбанка СССР N 1 от 25 декабря 1985 г. о порядке совершения банковских операций по международным расчетам"; М., "Финансы и статистика", 1986. [↑](#footnote-ref-16)
17. "Унифицированные правила по договорным гарантиям" (Публикация Международной Торговой Палаты N 325) (Приложение N 23 к инструкции Внешторгбанка СССР от 25.12.1985 N 1) (ред. 1978 года). [↑](#footnote-ref-17)
18. Информационное письмо ВАС РФ от 20.05.1993 N С-13/ОП-167 "Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно - арбитражной практике"// "Вестник ВАС РФ", N 6, 1993 [↑](#footnote-ref-18)
19. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М., 1996. С. 570, 573 - 574. [↑](#footnote-ref-19)
20. См.: Гражданское право: Учебник: В 2 ч. Ч. 1. 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1998. С. 612. [↑](#footnote-ref-20)
21. См.: Гонгало Б.М. Обеспечение исполнения обязательств. С. 136 - 137. [↑](#footnote-ref-21)
22. См.: Белов В.А. Поручительство: Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. С. 86 - 89. [↑](#footnote-ref-22)
23. Павлодский Е.А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством // Закон. 1995. N 5. С. 25. [↑](#footnote-ref-23)
24. "Конвенция Организации Объединенных Наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах" (Принята 11.12.1995 Резолюцией 50/48 на 50-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН)//На русском языке Конвенция была опубликована в издании: Международное частное право. Сб. документов. М.: БЕК, 1997. С. 633 - 640. [↑](#footnote-ref-24)
25. По состоянию на 01 января 2010 г. [↑](#footnote-ref-25)
26. Валютные отношения во внешней торговле СССР: Правовые вопросы / Предисл. М.И. Свешникова; Под ред. А.Б. Альтшулера. М.: Междунар. отн., 1968. С. 138 (автор гл. V "Документарное инкассо и аккредитивы в расчетах с развивающимися странами и развитыми капиталистическими странами" - Л.Б. Волков). [↑](#footnote-ref-26)
27. Лунц Л.А. Курс международного частного права: Особенная часть. М., 1975. С. 341 - 343. [↑](#footnote-ref-27)
28. Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: Право и практика. М.: Междунар. отн., 1994. С. 237. [↑](#footnote-ref-28)
29. Там же. С. 405 - 406. [↑](#footnote-ref-29)
30. См.: Goldman B. La lex mercatoria dans les contracts et L'arbitrage internationaux: Realite et perspectives // J. droit intern. 1979. N 3. P. 475 - 505. [↑](#footnote-ref-30)
31. См.: Berger Klaus Peter. The Lex Mercatoria Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts // Law and Policy in International Business. 1997. N 28 (4) Summer. P. 956. [↑](#footnote-ref-31)
32. Международное частное право: Современные проблемы. С. 398 - 399. [↑](#footnote-ref-32)
33. На данное обстоятельство, в частности, указывал В.В. Витрянский. См. в кн.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 475. [↑](#footnote-ref-33)
34. Петровский Ю.В. Банковская гарантия в российском гражданском праве. С. 18 - 21. См. также: Аванесова Г.А. Банковская гарантия в международной торговле // Хозяйство и право. 1998. N 9. С. 51. [↑](#footnote-ref-34)
35. См.: Постатейный комментарий к ч. 1 ГК РФ. М.: Контракт; ИНФРА-М, 1997. С. 620. [↑](#footnote-ref-35)
36. См. Витрянский В.В. Договорное право (общие положения). М.: Статут, 1997. С. 473 - 474. [↑](#footnote-ref-36)
37. См.: Витрянский В.В. Указ. соч. С. 474 - 482. [↑](#footnote-ref-37)
38. См.: Брагинский М.И. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия (комментарий к новому ГК Российской Федерации). М., 1995. С. 74 - 75. [↑](#footnote-ref-38)
39. См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 11.03.1997 N 5710/96 Дело в части основного иска иностранного юридического лица о взыскании с банка-гаранта гарантийной суммы, возмещении убытков от невыполнения обязательств гарантом и расходов на оплату юридических услуг направлено на новое рассмотрение в связи с неполным исследованием судом обстоятельств дела.// Вестник ВАС РФ. 1997. N 6. С. 82. [↑](#footnote-ref-39)
40. см. Комментарий судебно-арбитражной практики. 1997. Вып. 4. С. 105 - 112 [↑](#footnote-ref-40)
41. См.: Постатейный комментарий к ч. 1 ГК РФ / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1999. С. 622. [↑](#footnote-ref-41)
42. См.: Гражданское право: Учебник. Ч. 1. Спб.: Теис, 2000. С. 532. [↑](#footnote-ref-42)
43. См.: Меломед А. Банковская гарантия - новый институт в российском законодательстве // Российская юстиция. 1995. N 7. С. 13. [↑](#footnote-ref-43)
44. См.: Гражданское право. Ч. 1. Спб.: Теис, 2000. С. 532. [↑](#footnote-ref-44)
45. См.: Витрянский В.В. Указ. соч. С. 479. [↑](#footnote-ref-45)
46. Петровский Ю.В. Банковская гарантия в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург: Изд-во Урал. гос. юрид. акад., 2001. [↑](#footnote-ref-46)
47. См.: Постатейный комментарий к ч. 1 ГК РФ / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1999. С. 625. [↑](#footnote-ref-47)
48. См.: Вестник ВАС РФ. 1997. N 4. С. 87. [↑](#footnote-ref-48)
49. См. Постатейный комментарий к ч. 1 ГК РФ / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1999. С. 625. [↑](#footnote-ref-49)
50. Еремычева И.И., Ермаков С.Л. Правовое регулирование и виды банковской гарантии//Право и экономика", N 12, 2003.С.23 [↑](#footnote-ref-50)
51. Ефимова Л.Г. Банковская гарантия: понятие и практическая применимость // Хозяйство и право. 1996. N 3. [↑](#footnote-ref-51)
52. См.: Определение ВАС РФ от 04.05.2007 N 4208/07 по делу N А40-80337/05-42-643 В передаче дела по иску о взыскании задолженности по банковской гарантии, выданной в обеспечение надлежащего исполнения обязательств по договору подряда, процентов за пользование чужими денежными средствами для пересмотра в порядке надзора отказано, так как суды, отказывая в иске, обоснованно исходили из того, что бенефициаром не были представлены гаранту документы, предусмотренные условиями гарантии и необходимые для осуществления платежа//Вестник ВАС РФ. 2007. № 5 [↑](#footnote-ref-52)
53. См.: Шмиттгофф К. Экспорт: Право и практика международной торговли. С. 228. [↑](#footnote-ref-53)
54. См.: Валютные отношения во внешней торговле СССР: Правовые вопросы. С. 311 - 318. [↑](#footnote-ref-54)
55. Антропцева И.О. Банковская гарантия как банковская операция и способ обеспечения исполнения обязательств // Банковское право. 2010. N 1. С. 30 - 31. [↑](#footnote-ref-55)
56. См.: Шмиттгофф К. Экспорт: Право и практика международной торговли. С. 228. [↑](#footnote-ref-56)
57. Ю.В. Петровский вторым элементом сложного юридического состава, основываясь на диспозитивности ст. 373 ГК РФ, называет договор. См. в кн.: Петровский Ю.В. Указ. соч. С. 94. [↑](#footnote-ref-57)
58. См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. С. 477. [↑](#footnote-ref-58)
59. См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 27 февраля 2001 г. N 6437/00 Исковые требования о признании недействительными гарантии банка и гарантийного письма, выданных во исполнение договора, а также договора уступки требования удовлетворены правомерно, так как отсутствие в гарантийном документе срока, на который выдана гарантия, позволяет считать обязательство невозникшим// "Вестник ВАС РФ", 2001, N 7 [↑](#footnote-ref-59)
60. Там же. [↑](#footnote-ref-60)
61. См.: Аванесова А.Г. Соглашение о предоставлении банковской гарантии. С. 65 - 67. [↑](#footnote-ref-61)
62. Белов В.А. Новые способы обеспечения исполнения банковских обязательств // Бизнес и банки. 1997. N 45. С. 1 - 2; N 46. С. 5. [↑](#footnote-ref-62)
63. Станкевич А.В. Соглашение о выдаче банковской гарантии: проблемы теории и практики//Журнал российского права", 2006, N 1.С.49 [↑](#footnote-ref-63)
64. См.: Петровский Ю.В. Указ. соч. С. 104 - 105. [↑](#footnote-ref-64)
65. См.: Шмиттгофф К.М. Экспорт: Право и практика международной торговли / Пер. с англ. К.М. Шмиттгофф; Отв. ред. А.С. Комаров. М.: Юрид. лит., 1993. С. 320 - 321. [↑](#footnote-ref-65)
66. Там же. С. 323 - 324. [↑](#footnote-ref-66)
67. Наряду с изложенным в литературе также встречается мнение, согласно которому гарант, исполняя обязательство по банковской гарантии, несет ответственность перед бенефициаром. См.: Гражданский кодекс РФ. Часть первая: Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М.: БЕК, 1996. С. 625. [↑](#footnote-ref-67)
68. Львова Е.С. Банковские гарантии: проблемы, вытекающие из законодательства или судебной практики? // Банковское право. 2010. N 1. С. 26 - 27. [↑](#footnote-ref-68)
69. См. в кн.: Хохлов В.А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти: Изд-во Волж. гос. ун-та. 1997. С. 171 - 172. [↑](#footnote-ref-69)
70. См.: Белов В.А. Поручительство: Опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. М.: ЦентрЮрИнфор, 1998. С. 53 - 58. [↑](#footnote-ref-70)
71. Гражданский кодекс РФ. Ч. 1: Научно-практический комментарий. С. 579. [↑](#footnote-ref-71)
72. Гражданское право: Учебник: В 2 ч. Ч. 1 / Под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. М., 2002. С. 436. [↑](#footnote-ref-72)
73. Сарбаш С.В. Обеспечение исполнения кредитных обязательств // Закон. 1997. N 2. С. 96. [↑](#footnote-ref-73)
74. См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 481 - 482. [↑](#footnote-ref-74)
75. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву: В 2 т. Т. 1 // Избранные труды по гражданскому праву. М.: ЦентрЮрИнфор, 2002. С. 442. [↑](#footnote-ref-75)
76. Гольмстен А.Х. Опыт построения общего учения о праве регресса // Юридические исследования и статьи. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1913. С. 157 - 186. [↑](#footnote-ref-76)
77. См.: Гонгало Б.М. Обеспечение исполнения обязательств. С. 142 - 143. [↑](#footnote-ref-77)
78. См.: Аванесова Г.А. Соглашение о предоставлении банковской гарантии. С. 70. [↑](#footnote-ref-78)
79. Гольмстен А.Х. Опыт построения общего учения о праве регресса. С. 160 - 162. [↑](#footnote-ref-79)
80. См. в кн.: Гольмстен А.Х. Опыт построения общего учения о праве регресса. С. 160 - 177. [↑](#footnote-ref-80)
81. См.: Юдельсон К.С. Основные проблемы права регресса в советском гражданском праве // Учен. тр. ВИЮН. Вып. 9. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1947. С. 189. [↑](#footnote-ref-81)
82. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1998. С. 480 - 481. [↑](#footnote-ref-82)
83. Бабанин В.А., Воронина Н.В. Поручительство и банковская гарантия: особенности правового регулирования обеспечения исполнения обязательств//Законодательство и экономика, 2005, NN 11, 12 [↑](#footnote-ref-83)