



**Волчинская Е. К.**

## **О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ ЭЛЕКТРОННОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ**

*В статье представлены результаты анализа российского законодательства и правоприменительной практики, связанные с электронным взаимодействием. Исследованы нормы гражданского и информационного законодательства, регулирующие электронное взаимодействие. Обозначены некоторые проблемы теоретического и практического характера, в том числе: недостаточное развитие теории права электронного взаимодействия, на фоне которого разработка нормативных документов осуществляется «на опережение»; идентификация субъекта электронного взаимодействия; установление условий равнозначности документов на бумажном носителе и электронных документов; оценка согласия сторон в отношении способов электронного взаимодействия, включая применение обычаев делового оборота; причины, не позволяющие осуществлять выдачу лицензии в форме электронного документа, как это предусмотрено Федеральным законом «О лицензировании отдельных видов деятельности», и другие. Сформулированы некоторые предложения по совершенствованию законодательства и практики его применения при осуществлении электронного взаимодействия.*

**Ключевые слова:** электронное взаимодействие, правоприменительная практика, электронный документ, электронная подпись, простая электронная подпись, аналог собственноручной подписи, равнозначность электронных документов и документов на бумажном носителе, лицензия в форме электронного документа, обеспечение доказательств

**Volchinskaya E. K.**

## **ABOUT SOME PROBLEMS OF THE THEORY AND PRACTICE OF ELECTRONIC INTERACTION**

*The article presents the results of analysis of Russian legislation and law enforcement practice related to electronic interaction. Researched rules of civil and information the law governing electronic communication. Indicated some issues of theoretical and practical nature, in-*

*cluding: insufficient development of the theory of law of electronic interaction, against which the development of normative documents is "the lead"; identification of the subject of the electronic communication; establishing terms of equivalence of documents on paper and electronic documents; evaluation of parties' consent as to the means of electronic interaction, including the application of customs of business turnover; reasons for not allowing a license in the form of an electronic document, as provided by the Federal law "On licensing of certain activities" and others. Some suggestions are made for improving the legislation and practice of its application in the implementation of electronic interaction.*

**Keywords:** *electronic communication, law enforcement, electronic document, electronic signature, electronic signature, handwritten signature analogue, the equivalence of electronic documents and documents in hard copy license in the form of an electronic document providing evidence.*

Развитие электронного взаимодействия в рамках различных правоотношений, прежде всего когда одной из сторон являются органы государственной власти или органы местного самоуправления, является необходимым условием формирования «электронного государства».

Анализ практики правоприменения, как правило, дает обильную пищу для размышлений. Объектами нашего анализа в 2012–2015 гг. были решения Верховного Суда Российской Федерации (далее – ВС РФ) и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее – ВАС РФ) [1], федеральных арбитражных судов, арбитражных апелляционных судов, судов общей юрисдикции. Предметом анализа – оценка судами инструментов электронного взаимодействия, таких как электронные документы, электронная подпись, электронная почта и других. Результаты анализа судебных решений, касающихся использования электронных документов, за 2012–2015 гг. были опубликованы в журнале «Нотариальный вестник» [2].

За прошедший период был накоплен немалый опыт применения судами электронных документов и рассмотрения электронных документов в качестве доказательств, что сказалось на качестве принимаемых решений (в части терминологии и аргументации). Граждане и организации также более активно используют возможности электронного взаимодействия и реже совершают традиционные ошибки, связанные с хранением закрытых ключей, пренебрежением антивирусной защитой компьютеров и т. п.

Вместе с тем появились (или проявились) новые сферы электронного взаимодействия и соответствующие правонарушения, например, при взаимодействии с налоговыми органами, Пенсионным фондом Российской Феде-

рации, связанные с электронным судопроизводством, с исполнением договорных обязательств.

1. В 2012–2014 гг. судами рассматривались и оценивались в качестве доказательств электронные документы, подписанные электронной цифровой подписью (далее – ЭЦП). Это связано с тем, что сертификаты ЭЦП сохраняли свое действие до 31 декабря 2013 года. В 2014 году суды апелляционной инстанции рассматривали дела, возбужденные еще в 2013 году. С 2015 года ситуация стала меняться, появились решения судов, основанные на применении Федерального закона от 6 апреля 2011 года № 63-ФЗ «Об электронной подписи» (далее – Федеральный закон № 63-ФЗ), в которых оценивается соответствие использования электронной подписи (далее – ЭП) определенного вида требованиям законодательства.

Безопасность электронного взаимодействия тесно связана с надежностью идентификации его участников. В настоящее время практически единственным способом такой идентификации является электронная подпись, причем не всякая, а только усиленная квалифицированная. Это связано с получением в аккредитованном удостоверяющем центре сертификата ключа проверки электронной подписи, содержащего установленные сведения о владельце сертификата. Конечно, наивно считать такую идентификацию абсолютно надежной, учитывая слабо контролируемую практику работы многочисленных удостоверяющих центров. В принципе электронное взаимодействие можно осуществлять как с использованием электронной подписи разных видов, так и без нее. Например, если в нотариальной деятельности принята усиленная квалифицированная электронная подпись, то в сфере закупок товаров,

работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд используется не квалифицированная электронная подпись, а в рамках ведомственного или корпоративного документооборота часто обходятся простой электронной подписью.

Однако не всем судьям удалось перестроиться на применение нового законодательства об электронной подписи и новой терминологии. В некоторых решениях используются оба термина: ЭЦП и ЭП, поэтому не ясно, на какое законодательство ориентируется суд [3]. Нередко суды используют легальный, но обобщенный термин «АСП (аналог собственноручной подписи)» [4]. Представляется, что подобный подход наименее удачен, поскольку он не позволяет апеллировать к конкретному законодательству, устанавливающему требования к виду электронной подписи. Кроме того, хотя Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) использует такой термин, содержание его не раскрывается исчерпывающим образом, что на практике приводит к неоднозначным решениям.

Путаница с применением указанных выше федеральных законов об электронной подписи выливается подчас в курьезы, когда суды «скрещивают» их реквизиты, названия и принципы функциональной эквивалентности (равнозначности) электронных документов и документов на бумажном носителе [5]. Нами обнаружено, что суды копируют фрагменты прежних решений, касающиеся применения ЭЦП, не учитывая, что изменились не только термины, принципиально изменились нормы федерального законодательства об электронной подписи.

2. Большая часть судебных решений касается споров, возникших в связи с дистанционным банковским обслуживанием (далее – ДБО) и электронными торгами. Это вполне объяснимо масштабами электронного взаимодействия в указанных сферах. Однако, по нашему мнению, количество таких судебных решений в абсолютном выражении стало уменьшаться.

Несмотря на то что клиенты банков проявляют больше осмотрительности, подавляющее большинство судебных решений вынесено в пользу банков. Клиенты банков по-прежнему допускают доступ посторонних лиц к секретным ключам электронной подписи, передают эти ключи неуполномоченным лицам, допускают наличие на компьютерах

вредоносных программ. Все это неизбежно приводит к мошенническим действиям и убыткам, причиненным клиентам банка за счет списания денежных средств с расчетных счетов по спорным платежным поручениям.

При этом судами фиксировались многочисленные нарушения со стороны клиента, в том числе:

- наличие на жестком диске клиента программ, предназначенных для несанкционированного доступа к конфиденциальной информации, «шпионских программ», а также программ, предназначенных для удаленного администрирования;

- наличие вирусных программ на компьютере клиента, антивирусные программы не обновляются;

- несанкционированный характер доступа («взлом» компьютера и мошеннические воздействия) в системе клиента;

- непринятие мер по обеспечению конфиденциальности ключа ЭП, в том числе наличие на жестком диске клиента копии закрытых ключей действующих счетов системы «Банк – Клиент», скопированных на жесткий диск АРМ Клиента и находящихся в открытом доступе;

- несвоевременное сообщение о компрометации ключа ЭП клиента;

- неуведомление клиентом банка об увольнении сотрудника, имевшего доступ к системе и криптографическому ключу;

- выдача распоряжения на списание денежных средств по спорному платежному поручению неуполномоченными лицами.

Очевидно, что указанные нарушения свидетельствуют о недостаточности мер обеспечения безопасности электронного документооборота (далее – ЭДО) со стороны клиентов.

Суды проверяют наличие всех необходимых ЭП, которыми должно быть подписано платежное поручение в электронной форме, правомерность получения сертификата ключа проверки ЭП, правомерность использования лицом сертификата ключа проверки ЭП. Так, из материалов судебного решения [6] следует, что ЭЦП директора находилась у иного лица – М., которая в соответствии с условиями выдачи ЭЦП не имела права пользоваться ею. Незаконное использование ЭЦП стало способом совершения преступления. Показательно, что в этом судебном решении говорится о выдаче и использовании ЭЦП, а не ключа подписи или сертификата ключа подписи, что свидетель-

ствует о том, что базовое законодательство серьезно не изучалось. Пикантная подробность: директор, на имя которого был выдан сертификат ключа проверки ЭП, отрицал руководство юридическим лицом! Возникает закономерный вопрос к удостоверяющему центру: насколько добросовестно была проведена идентификация и проверка полномочий заявителя? Однако этот вопрос суд не интересовал.

Несколько решений судов касаются споров, связанных с использованием системы «Сбербанк ОнЛ@йн», где операции совершаются с использованием известного клиенту одноразового SMS-пароля, а действия подтверждаются электронной подписью. Клиент совершает операцию с использованием логина и пароля, на основании которых проводится авторизация и аутентификация клиента в системе. Если выполнены все требования договора на on-line обслуживание, у банка не могут возникнуть сомнения, что распоряжение на перевод денежных средств дано уполномоченным лицом, и суд встает на сторону банка [7]. Клиент обязан ознакомиться с мерами информационной безопасности, размещенными в руководстве пользователя «Сбербанк ОнЛ@йн» и на сайте «Сбербанк ОнЛ@йн», а также неукоснительно их соблюдать, в том числе хранить идентификатор пользователя, постоянный пароль и одноразовые пароли в недоступном для третьих лиц месте, не передавать их для совершения операций другим лицам.

В клиентском договоре закреплено, что электронные документы, подтвержденные постоянным и/или одноразовым паролем, признаются сторонами договора равнозначными документам на бумажном носителе и могут служить доказательством в суде [8]. Клиент осознает, что сеть Интернет не является безопасным каналом связи, согласился нести финансовые риски и риски нарушения конфиденциальности, связанные с возможной компрометацией информации при ее передаче через сеть Интернет при пользовании системой «Сбербанк ОнЛ@йн». Банк не несет ответственности за последствия компрометации идентификатора, постоянного и/или одноразовых паролей клиента, а также за убытки, понесенные клиентом в связи с неправомерными действиями третьих лиц.

Обстоятельства еще одного судебного спора [9] представляются весьма поучительными: в исковом заявлении истец ссылается

на то, что действовал по указанию какого-то лица, представившегося сотрудником банка, собственноручно вводил разовые пароли и коды подтверждения, в результате чего с его корреспондентского счета были списаны денежные средства в размере 60 000 рублей. Таким образом, истцом были нарушены условия договора о соблюдении требований информационной безопасности, и поскольку операция по переводу денежных средств со счета была совершена с корректным введением разового пароля для подтверждения операции, у суда не было оснований считать, что оспариваемая истцом операция была совершена без его согласия.

Большое количество решений ВАС РФ и решений окружных ФАС было связано с участием в электронных торгах. Эти решения свидетельствуют о том, что если все требования законодательства и оператора торговой площадки в отношении представления заявки на участие в конкурсе в виде электронного документа, подписанного ЭП, выполнены, заявителю не может быть отказано в участии в конкурсе.

3. В случаях рассмотрения споров, стороной которых являются органы государственной власти или государственные органы, суд опирается на принятые этими органами нормативные правовые акты, регламентирующие электронный документооборот, в том числе требования к электронному документу в части вида электронной подписи, формы и формата электронного документа. Требования к электронным документам установлены многими органами государственной власти и различаются, хотя намечается тенденция к унификации таких требований.

Стимулирование органов государственной власти и органов местного самоуправления к электронному взаимодействию идет по всем направлениям деятельности. Применительно к органам государственной власти оно, как правило, акцентировано на предоставлении им информации в электронной форме, что, естественно, усложняет положение гражданина. А вот получить от государства электронный документ оказывается в ряде случаев труднее или даже невозможно [10]. В частности, речь идет об услугах лицензирования, результатом которых является лицензия – документ, подтверждающий право «осуществления юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем конкретного вида деятельности (выполнения работ,

оказания услуг, составляющих лицензируемый вид деятельности)», который может быть выдан «в форме электронного документа, подписанного электронной подписью, в случае, если в заявлении о предоставлении лицензии указывалось на необходимость выдачи такого документа в форме электронного документа» [11].

Проблема представления лицензирующим органом лицензии в форме электронного документа никак не решается, хотя Федеральным законом от 04.05.2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (далее – Закон о лицензировании) предусмотрена не возможность, а обязанность выдачи лицензии в форме электронного документа (см. п. 1 ст. 3, ч. 2 и ч. 11 ст. 13, ч. 9 ст. 14).

Эта проблема характерна для всех лицензирующих органов, которые тем не менее не могут ее решить самостоятельно, поскольку Закон о лицензировании содержит противоречия в отношении формы лицензии: так, ч. 5 ст. 14 предусмотрено, что лицензия «вручается лицензиату или направляется ему заказным почтовым отправлением с уведомлением о вручении», что указывает на конкретную форму лицензии – на бумажном носителе. А нормативные правовые акты Правительства Российской Федерации, принятые в рамках его полномочий в области лицензирования, хотя и призваны регламентировать предоставление лицензии в форме электронного документа, такой регламентации не содержат. И вообще-то понятно почему – нет теоретической базы для регулирования вопросов:

- формы «электронной лицензии» (электронный образ документа на бумажном носителе или изначально созданный электронный документ) и электронного формата ее представления;
- равнозначности лицензии, выданной на бланке строгой отчетности (в подавляющем большинстве административных регламентов по лицензированию конкретного вида деятельности предусмотрено использование специального бланка или даже бланка строгой отчетности, относящегося к защищенной полиграфической продукции), и лицензии в форме электронного документа;
- особенностей подготовки дубликата и копии лицензии при ее представлении в форме электронного документа;
- вида электронной подписи, которой должна быть подписана лицензия в форме

электронного документа (несмотря на требование п. 16 Правил предоставления документов по вопросам лицензирования в форме электронных документов [12] используются электронные подписи разных видов).

Поэтому нормативные правовые акты правительства и ведомств содержат ритуальные слова об электронной форме лицензии, но прецеденты не появляются.

С органами местного самоуправления дела обстоят значительно хуже, поскольку у них подчас просто нет средств на создание всей инфраструктуры для электронного взаимодействия. К ним предъявляют требования (например, иметь неквалифицированную электронную подпись для участия в торгах, сообщать сведения о совершенных нотариальных действиях только в электронной форме), дают права (например, на совершение нотариальных действий с использованием электронной техники и средств связи), а у них нет компьютеров, доступа к интернету, нет специалистов. В некоторых субъектах Российской Федерации органы местного самоуправления централизованно обеспечили квалифицированной электронной подписью, подключили к системам ЭДО. Это большое подспорье, но таких регионов единицы и в условиях кризиса вряд ли их станет много больше.

4. С развитием электронного документооборота и электронного взаимодействия растет число споров, связанных с заключением и исполнением гражданско-правовых договоров с использованием информационно-коммуникационных технологий. Решения принимаются нетиповые, в каждом случае суд оценивает конкретные обстоятельства.

В частности, одним из проблемных вопросов является оценка согласия сторон в отношении способов электронного взаимодействия. При каких обстоятельствах электронное взаимодействие с использованием электронной почты можно рассматривать как обычай делового оборота, не требующий регламентации в договоре?

Например, отказывая в удовлетворении иска одной организации к другой о взыскании долга и неустойки, суд отметил [13], что доводы истца со ссылкой на ст. передача документов по электронной почте является обычной практикой, не основаны на доказательствах, поэтому являются необоснованными. Поскольку акты сдачи-приемки выполненных работ явля-

ются первичными учетными документами, то обычными требованиями к их составлению следует считать требования, предъявляемые п. 5 ст. 9 Федерального закона от 06.12.2011 № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» – первичный учетный документ составляется на бумажном носителе и (или) в виде электронного документа, подписанного ЭП. То есть, документы, направленные по электронной почте, должны были быть подписаны ЭП.

Также в Решении Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 04.06.2013 по делу № 157/2012 факт возникновения прав и обязанностей сторон на основании электронной переписки не был квалифицирован составом арбитража как «обыкновенное», «обычай» или «практика», сложившиеся во взаимоотношениях сторон, в связи с тем, что в ГК РФ применяется лишь понятие «обычай», под которым в соответствии со ст. 5 понимается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе, и которое не может противоречить законодательству или договору.

Вместе с тем в других решениях судов в зависимости от обстоятельств электронного взаимодействия применяются положения ст. 5 ГК РФ [14]. Позиция ВАС РФ о применении обычаев делового оборота определяется п. 5 ст. 421 ГК РФ и, в частности, следующим: «Если в договоре нет отсылки к примерным условиям, а условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев, если отвечают предъявляемым к обычаям требованиям» [15].

Верховный Суд РФ высказался по поводу применения ст. 5 ГК РФ следующим образом: «Под обычаем, который в силу статьи 5 ГК РФ может быть применен судом при разрешении гражданско-правового спора, следует понимать не предусмотренное законодательством, но сложившееся, то есть достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое правило поведения при установлении и осуществлении гражданских прав и исполнении гражданских обязанностей не только в предпринимательской, но и

иной деятельности, например, определение гражданами порядка пользования общим имуществом, исполнение тех или иных обязательств».

Подлежит применению обычай как зафиксированный в каком-либо документе (опубликованный в печати, изложенный в решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, засвидетельствованный Торгово-промышленной палатой Российской Федерации), так и существующий независимо от такой фиксации. Доказать существование обычая должна сторона, которая на него ссылается (статья 56 ГПК РФ, статья 65 АПК РФ)» [16].

Учитывая практику развития электронного бизнеса, когда заключение и исполнение договора услуг производится в электронной форме, необходимо особое внимание уделять положениям заключаемого договора, касающимся принципов идентификации отправителя и условий признания равнозначности электронных документов и документов на бумажном носителе.

Условия заключения договора в рамках электронного взаимодействия могут быть самыми разными. Для суда важно наличие согласия сторон с этими условиями. Например, в Московском городском суде рассматривался спор [17] об использовании в качестве АСП SMS-сообщений. Электронные документы, подписанные АСП, направленные через Личный кабинет, после положительных результатов аутентификации и идентификации клиента считаются отправленными от имени клиента, признаются равными соответствующим документам на бумажном носителе и порождают аналогичные права и обязанности. Учитывая, что законом разрешено использование иных аналогов собственноручной подписи по соглашению сторон, то достигнутое между брокером и клиентом соглашение об использовании в качестве аналога собственноручной подписи одноразового пароля, направленного брокером в виде SMS-сообщений, не противоречит ч. 2 ст. 160 ГК РФ. В итоге суд посчитал, что довод представителя истца о незаконности использования SMS-пароля в качестве аналога собственноручной подписи основан на неправильном толковании закона.

Использование в данном определении термина АСП, с одной стороны, правомерно в контексте ст. 160 ГК РФ [18]. Но, с другой сто-

роны, представляется, что аналогия между собственноручной подписью и SMS-паролем, использование которого подтверждает волю клиента на совершение конкретных действий, тем не менее нивелирует юридический смысл собственноручной подписи. Не случайно законодатель изменил концепцию равнозначности при использовании электронной подписи, перейдя от равнозначности подписей к равнозначности подписанных электронных документов.

ГК РФ содержит две сложно согласуемые нормы, касающиеся электронного взаимодействия.

Федеральным законом от 08.03.2015 г. № 42-ФЗ внесены изменения в ст. 434 «Форма договора» части первой ГК РФ. В частности, введено определение понятия «электронный документ»: *«Электронным документом, передаваемым по каналам связи, признается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, магнитных, оптических либо аналогичных средств, включая обмен информацией в электронной форме и электронную почту».*

В этом определении нет никаких условий признания электронного документа юридически значимым, определяющим является лишь физическая форма представления информации.

Условия, при которых электронное сообщение признается юридически значимым, должны вытекать из закона, договора, обычая или практики, установившейся во взаимоотношениях сторон.

Статья 165 [1] ГК РФ «Юридически значимые сообщения» введена Федеральным законом от 07.05.2013 г. № 100-ФЗ. В соответствии с этой статьей: *«Заявления, уведомления, извещения, требования или иные юридически значимые сообщения, с которыми закон или сделка связывает гражданско-правовые последствия для другого лица, влекут для этого лица такие последствия с момента доставки соответствующего сообщения ему или его представителю».*

*Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним».*

Положения ст. 165 [1] в полной мере относятся к электронному документу. В чем

же отличие электронного документа от электронного сообщения – не ясно. Если к этому анализу присовокупить Федеральный закон от 27.07.2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», где «электронный документ – документированная информация, представленная в электронной форме, то есть в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах», а не просто «информация», как в ГК РФ, то число вопросов множится. Причем вопросы эти не нашли однозначного разрешения в информационном праве, поэтому и в законодательстве используются несогласованные подходы, что в конечном итоге отражается на практике правоприменения.

В целом, рассматривая судебную практику по спорам, связанным с электронным взаимодействием, можно наблюдать следующие тенденции:

1) количество таких споров увеличивается соразмерно увеличению масштабов электронного взаимодействия;

2) при накоплении опыта электронного взаимодействия и практики правоприменения в отдельных сферах правоотношений количество судебных споров снижается;

3) судьи в большинстве своем обучаются, постигают эту новую для права реальность;

4) проблемы правоприменения не всегда связаны с квалификацией суда и привлекаемых им экспертов, иногда они проистекают из применяемых норм права.

Хотелось бы остановиться на последнем.

Право глобального информационного общества находится в стадии становления, развитие его сопровождается поиском наиболее адекватных концепций. Это относится как к наименованию комплексной отрасли права (ее называют информационным, телекоммуникационным, компьютерным правом и т. д.), к содержанию отрасли (какие подотрасли и институты права в нее входят), так и к формированию правовых режимов объектов регулируемых отношений. Прежде всего правового режима информации. За прошедшие 20 лет развития законодательства в этой сфере концепция правового режима информации принципиально изменилась.

Безусловную проблему для национального права представляют такие объективные процессы, как конвергенция (то есть сближение функций) средств обработки и передачи информации [19], а также использование глобальных коммуникаций, которое не позволяет применять традиционные подходы к определению юрисдикции субъектов (когда юрисдикция определяется прежде всего территорией государства).

Тем не менее законодательство в сфере информации и информационных технологий стремительно изменяется (только в базовый Федеральный закон от 27.07.2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – Закон № 149-ФЗ) за последние три года внесено 11 изменений, в том числе добавлено 10 новых статей).

Появились новая терминология и новые сущности, такие как государственные и муниципальные электронные услуги, электронное взаимодействие, появились новые субъекты такого взаимодействия, например многофункциональные центры, функции которых неумолимо наращиваются. Так, Федеральным законом от 21.12.2013 г. № 359-ФЗ им вменяется, в том числе:

- составление и выдача заявителям документов на бумажном носителе, подтверждающих содержание электронных документов [20], направленных в многофункциональный центр по результатам предоставления государственных и муниципальных услуг;
- прием, обработка информации из информационных систем органов, предоставляющих услуги, и выдача заявителям на основании такой информации документов, включая составление на бумажном носителе и заверение *выписок из указанных информационных систем*.

Требования к осуществлению этих функций установлены Постановлением Правительства Российской Федерации от 18.03.2015 г. № 250. Помимо того, что указанные функции конкурируют с функциями нотариусов [21], в постановлении, как и в законе, присутствуют термины, которые свидетельствуют о том, что при подготовке этих актов не учитывались реалии электронного общества, использовались традиционные подходы. Первое – «электронный документ на бумажном носителе». Это даже сложно комментировать, так как понятно, что в данном словосочетании соединены две взаимоисключающие физические сущности.

Второе – «выписки из информационных систем». Очевидно, сработала привычка формирования выписок из различных реестров. Однако реестры представляют собой систематизированный перечень, свод записей, то есть электронный реестр – это база данных, определяемая в ГК РФ как «представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ)» (ст. 1260 ГК РФ). А информационная система определяется в Законе № 149-ФЗ как «совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств». Следовательно, выписки из информационной системы просто не может быть.

Последние примеры не такое уж исключение. Профессиональное сообщество живо откликнулось на введение в Законе № 149-ФЗ нечетких определений таких субъектов права, как «организатор распространения информации в сети Интернет» и «блогер».

С чем связаны имеющие место неточности или нелепости в нормативных правовых актах, регулирующих деятельность в информационной сфере?

Причин несколько, одна из главных состоит, по нашему мнению, в недостаточно развитой теории права электронного взаимодействия, на фоне которой разработка нормативных документов осуществляется «на опережение».

Например, Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг», предусматривающий предоставление таких услуг в электронной форме, появился раньше, чем Концепция развития механизмов предоставления государственных и муниципальных услуг в электронном виде, утвержденная Распоряжением Правительства РФ от 25 декабря 2013 г. № 2516-р.

Эта тенденция, когда дело опережает мысль, то есть право опережает концепцию, приводит к решениям, которые:

- 1) недолговечны, требуют оперативного изменения;
- 2) противоречивы, требуют согласования;
- 3) не обеспечены ресурсами (материальными, кадровыми, иными);



- 4) не отражают потребности общества;
- 5) не учитывают технологическую составляющую процессов и приводят к казам.

Также существенная по своему влиянию на результат причина состоит в том, что разработка соответствующего законодательства требует специальных технических знаний. В теории права считается, что закон должен быть технологически нейтральным, то есть он не должен зависеть от используемой субъектами права технологии. Однако в жизни этому правилу не всегда возможно следовать. При регулировании социальных отношений по использованию информационных технологий, информационных систем, информационно-коммуникационных сетей, обеспечивающих электронное взаимодействие, право должно учитывать физическую сущность технологий, иначе оно просто не будет работать или не будет работать справедливо. Следовательно, при подготовке новых нормативных правовых актов (законов и подзаконных актов) необходимо обеспечить сочетание профессиональных знаний: юридических и технических, то есть работать специалистам сообща в поисках адекватных формулировок и механизмов правового регулирования.

Возвращаясь к анализу судебных решений, приходится констатировать, что терминология электронного взаимодействия не является для судов привычной, поэтому нередко в решениях судов встречаются те или иные погрешности. Например, некорректно используются судами термины, определенные законодательством, в том числе встречаются такие «новеллы», как «*факт передачи носителя с электронно-цифровой подписи*» [22]; «*подлинность электронно-цифровой подписи на документе*» [23]; «*подписание спецификации может осуществляться посредством электронной техники*» [24]; «*...обладать признаками электронного документа, заверенного электронно-цифровой подписью автора*» [25]; «*договор подписан сторонами в электронно-цифровом формате*» [26]. К сожалению, даже название федерального закона, на положения которого опирается судебное решение, пишется подчас с ошибками, например, «не соответствует требованиям статьи 11 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, ин-

*форматизации и о защите информации*» [27]. Иногда «хромает» русский язык, например, «Экземпляр решения... был направлен... *по средствам* почтовой связи» [28].

Совершенно очевидно, что электронное взаимодействие, а точнее ЭДО в широком смысле (как весь жизненный цикл электронного документа, включая его создание (сбор), обработку, передачу, доступ, хранение и уничтожение), не завершается созданием и передачей документа. Архивное хранение электронных документов представляет в настоящее время большую проблему, не решенную на федеральном уровне ни правовыми средствами, ни технологически. Должны быть как минимум определены форматы электронных документов, предназначенных для архивного хранения, способы и меры по проверке юридической значимости таких документов на момент их создания, в том числе подписанных электронной подписью, решены вопросы соотношения понятий «оригинал» и «копия» в условиях архивного хранения электронных документов.

Подводя итог, можно констатировать, что юридически значимое электронное взаимодействие – это, безусловно, требование времени. Но данный процесс должен быть эволюционным, а не революционным, и развивать его нужно с учетом сопровождающих данный процесс рисков информационной безопасности. На федеральном уровне необходимо своевременно и комплексно актуализировать и гармонизировать законодательство. В конкретных сферах профессиональной деятельности необходимо сохранить принципы профессиональной деятельности и при использовании электронных документов, а также более подробно регулировать эти процессы в федеральном законодательстве.

В целях обеспечения единства практики применения судами законодательства, регулирующего электронное взаимодействие, оценки судами и использования судами электронных документов и иных элементов электронного взаимодействия, было бы полезно, чтобы эта практика была впервые проанализирована Верховным Судом Российской Федерации и ответы на обозначенные выше вопросы нашли отражение в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации [29].

---

## Примечания

1. Федеральный конституционный закон от 05.02.2014 № 4-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации»» вступил в силу в августе 2014 г.
2. Махносов Э. В., Волчинская Е. К. Анализ правоприменительной практики, касающейся споров, связанных с использованием электронных документов // Нотариальный вестник. 2014. № 3. С. 44–51; Волчинская Е. К.. Анализ правоприменительной практики: споры, связанные с электронным взаимодействием // Нотариальный вестник. 2015. № 1. С. 17–35; Волчинская Е. К.. О некоторых проблемах электронного взаимодействия (по результатам анализа судебной практики) // Нотариальный вестник». 2015. № 9. С. 41–54.
3. Апелляционное определение Свердловского областного суда от 05.03.2015 по делу № 22-1657/2015.
4. напр., Определение Московского городского суда от 19.02.2015 № 4г/8-1035).
5. напр., Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 05.02.2015 по делу № 33-640/2015; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.07.2014 № 17АП-6888/2014-ГК по делу № А60-3508/2014.
6. Апелляционное определение Свердловского областного суда от 05.03.2015 по делу № 22-1657/2015.
7. Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 05.02.2015 по делу № 33-640/2015.
8. Определение Московского городского суда от 25.12.2014 № 4г/7-13435/14.
9. Апелляционное определение Верховного суда Республики Татарстан от 16.03.2015 по делу № 33-3775/2015.
10. Подробнее см. Волчинская Е. К.. Мифология электронных услуг//Законодательство». 2015. № 8.
11. Федеральный закон от 04.05.2011 № 99-ФЗ (ред. от 13.07.2015, с изм. от 27.10.2015) «О лицензировании отдельных видов деятельности».
12. Постановление Правительства РФ от 16.07.2012 № 722 «Об утверждении Правил предоставления документов по вопросам лицензирования в форме электронных документов».
13. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.09.2014 № 09АП-38731/2014-ГК по делу № А40-49556/13.
14. Например, в решении по делу о взыскании неосновательного обогащения в виде полученных денежных средств за товар без встречного исполнения обязательств по его поставке суд первой инстанции признал, что электронная переписка может являться доказательством в силу того, что она является обычаем делового оборота (Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 10.02.2014 по делу № А33-15050/2013).
15. Перечень позиций высших судов к ст. 421 ГК РФ «Свобода договора» (Подготовлен специалистами АО «КонсультантПлюс»).
16. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 // Росс. газ., № 140, 30.06.2015 г.
17. Определение Московского городского суда от 19.02.2015 № 4г/8-1035.
18. Пункт 2 ст. 160 ГК РФ: «Использование при совершении сделок факсимильного воспроизведения подписи с помощью средств механического или иного копирования, электронной подписи либо иного аналога собственноручной подписи допускается в случаях и в порядке, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон».
19. Действительно, понятие «компьютер» уже сложно определить. В Примечании 1 к ст. 272 УК РФ под компьютерной информацией понимаются сведения (сообщения, данные), представленные в форме электрических сигналов, независимо от средств их хранения, обработки и передачи, то есть компьютерной информацией может быть признано SMS-сообщение.
20. В тексте употребляется термин «электронный документ на бумажном носителе»!
21. Основами законодательства Российской Федерации о нотариате предусмотрены нотариальные действия: удостоверение равнозначности электронного документа документу на бумажном носителе (ст. 103.8) и удостоверение равнозначности документа на бумажном носителе электронному документу (ст. 103.9).
22. Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 26.09.2014 по делу № А24-2528/2012.

23. Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 26.09.2014 № 05АП-11899/2014 по делу № А59-318/2014.

24. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2014 по делу № А27-381/2014.

25. Апелляционное определение Волгоградского областного суда от 14.08.2014 по делу № 33-8560/2014.

26. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 14.08.2014 по делу № А33-3689/2014.

27. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 10.02.2014 по делу № А33-15050/2013.

28. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 18.09.2014 по делу № А78-2387/2014.

29. В отличие от Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, который рассматривал некоторые вопросы в Постановлении Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 12 (ред. от 12 июля 2012 г.) «О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в редакции Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 228-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации»», Верховный Суд Российской Федерации к ним никогда не обращался.

---

**Волчинская Елена Константиновна**, к. э. н., главный специалист Законодательно-методического отдела Федеральной нотариальной палаты, доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения Научно-исследовательского университета «Высшая школа экономики». Россия, 127006, Москва, ул. Долгоруковская, 15, стр. 4–5. E-mail: evolchiskaya@notariat.ru

**Volchinskaya Elena**, Ph. D., chief specialist of the Legislative and methodical Department of the Federal notary chamber, an associate Professor of Department of theory of law and comparative law research University «Higher school of Economics». Russia, 127006 Moscow, Dolgorukovskaya ul., D. 15, pp. 4-5. E-mail: evolchiskaya@notariat.ru