

# СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА NOVUS LEX

Л. Г. Ефимова\*

## ЕЩЕ РАЗ О ПОНЯТИИ И ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ ЭЛЕКТРОННОЙ ФОРМЫ СДЕЛКИ<sup>1</sup>

**Аннотация.** В статье приводятся доказательства самостоятельности электронной формы сделок. Одним из таких доказательств являются особенности электронного документа, который в случае заключения договора в электронной форме является средством фиксации волеизъявления сторон. Электронный документ — это совокупность реквизитов с информацией, записанной на электронном носителе длительного пользования в форме цифрового кода. Электронный документ может существовать в виде файла машинной информации любого формата либо в виде компьютерной программы, позволяющей заключать договоры в киберпространстве. Электронный документ в виде файла следует считать электронным статическим документом. Он внешне похож на традиционный документ, однако его реквизиты зафиксированы на электронном, а не на бумажном носителе информации. Электронный документ в виде компьютерной программы следует считать электронным динамическим гипертекстовым документом. Он кардинально отличается от документа в традиционной письменной форме, что позволяет обосновать самостоятельность электронной формы сделки, ее несводимость к обычной письменной форме.

**Ключевые слова:** форма сделки, письменная форма сделки, электронная форма сделки, электронный документ, электронный динамический гипертекстовый документ.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2019.153.8.129-137**

Федеральный закон от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>2</sup> (далее — Закон о цифровых правах) прямо признал, что электронная форма сделки — обычная разновидность письменной формы. Правовая природа электронной формы сделки традици-

онно определяется в литературе как разновидность простой письменной формы<sup>3</sup>.

Представляется возможным не согласиться с указанной правовой позицией по следующим причинам.

Появление современных компьютеров и систем связи, внедрение и развитие цифровых технологий существенно изменили фор-

<sup>1</sup> Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16203 «Российское и зарубежное право об использовании цифровых технологий в банковской деятельности и практика его применения: сравнительно-правовой аспект».

<sup>2</sup> URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201903180027?index=0&rangeSize=1>.

<sup>3</sup> См.: Мальцев Ю. В., Молчанов В. А., Шерстобитов А. Е. Проблемы правового регулирования электронного документооборота в банковской практике // Гражданско-правовое регулирование банков-

© Ефимова Л. Г., 2019

\* Ефимова Людмила Георгиевна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [elg007@mail.ru](mailto:elg007@mail.ru)

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

мы и методы обращения к банковским счетам и проведения операций по ним<sup>4</sup>. Речь идет о договорах различной правовой природы, заключаемых с помощью информационных технологий и технических устройств, отличительной особенностью которых являются их возможности по созданию *документов в электронном (цифровом) виде*. Если указанный электронный документ включает реквизиты соответствующей сделки (договора), то говорят, что эта сделка заключена в электронной форме.

Легальное определение электронной формы сделки в действующем российском законодательстве отсутствует, поскольку п. 2 ст. 434 ГК РФ<sup>5</sup> рассматривает электронную форму сделки как разновидность письменной формы, если она отвечает требованиям ст. 160 ГК РФ, т.е. является документом, который:

- 1) позволяет воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки;
- 2) позволяет достоверно определить лицо, выразившее волю.

Таким образом, по мнению законодателя, отдельного определения электронной формы сделки не требуется, поскольку она является разновидностью письменной формы сделки, которая определена в законодательстве достаточно подробно.

На основании изложенного обоснован вывод, что под *электронной формой сделки* следует понимать такую *форму волеизъявления* ее сторон, при которой:

- 1) воля сторон выражена с помощью электронных либо иных технических средств;
- 2) в форме электронного документа (файла или компьютерной программы);
- 3) в этом документе с помощью цифрового кода зафиксированы все реквизиты сделки, включая ее существенные условия;
- 4) имеется способ достоверного определения лиц, выразивших волю на заключение сделки, в том числе путем проверки их электронных подписей;
- 5) содержание волеизъявления может быть воспроизведено на материальном носителе в неизменном виде.

Из абзаца первого п. 2 ст. 434 и п. 1 и 2 ст. 160 ГК РФ следует, что необходимым признаком письменной формы сделки является наличие документа — определенной совокупности реквизитов, включающих в том числе условия сделки, наименование сторон, платежные реквизиты и подписи сторон. При заключении договора между отсутствующими все указанное выше является справедливым, однако стороны вынуждены оформить не один, а как минимум два документа — оферту и акцепт.

Таким образом, основным критерием для квалификации формы сделки как письменной или устной является, соответственно, наличие или отсутствие документа как некой совокупности реквизитов на материальном носителе.

Необходимо также согласиться, что признаком договора, заключенного в традиционной письменной форме, а также в электронной форме, является наличие документа, соответствующего требованиям законодательства.

Эта особенность письменной и электронной формы сделки является для них общей, что объясняет позицию законодателя, который продолжает рассматривать электронную форму как разновидность письменной формы сделки.

Поэтому для анализа правовой природы электронной формы сделки, необходимо вначале дать определение термину «электронный документ».

В соответствии с п. 11.1 ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»<sup>6</sup> (далее — Закон об информации) под электронным документом предлагается понимать документированную информацию, представленную в электронной форме, т.е. в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах. В свою очередь, под документированной информацией в соответствии с п. 11 ст. 2 Закона об информации понимается зафиксированная на материальном носителе путем документирования информация с реквизитами, позволя-

ской деятельности. М. ЮрИнфор. 1994. С. 110—111 ; Виноградова Е. Правовое регулирование создания и использования электронной (безбумажной) документации, в том числе заверенной электронной цифровой подписью // Хозяйство и право. 1994. № 5. С. 64, 67.

<sup>4</sup> Липис А., Маршалл Т., Линкер Я. Электронная система денежных расчетов. М. : Финансы и статистика, 1988. С. 13.

<sup>5</sup> В редакции Закона о цифровых правах.

ющими определить такую информацию или в установленных законодательством РФ случаях ее материальный носитель.

В соответствии со ст. A1/B1 Incoterms 2010 за электронными сообщениями признается тот же эффект, что и за бумажными документами, если стороны договорились об этом или если это является принятым. Так, в пояснениях содержится определение следующего термина: «Электронная запись или процедура: набор информации, состоящий из одного или нескольких электронных сообщений, и, когда это применимо, функционально выполняющий ту же функцию, что и бумажный документ». Данная формула облегчает эволюцию к новым электронным процедурам в период действия Incoterms 2010.

Понятие электронного носителя информации раскрывается в Директиве Европейского парламента и Совета № 2011/83/EU от 25 октября 2011 г. о правах потребителей, изменяющая Директиву Совета 93/13/ЕЕС и Директиву Европейского парламента и Совета 1999/44/ЕС и отменяющая Директиву Совета 85/577/ЕЕС, и Директива 97/7/ЕС Европейского парламента и Совета. Если сторонами достигнуто соглашение о фиксации любой договорной документации на носителе, названным «durable medium»<sup>7</sup>, то в определенных случаях речь может идти не только о заключении договора в электронной форме, но и о полной дематериализации договорных отношений<sup>8</sup>. В качестве «durable medium» следует признавать такое устройство, которое позволяет хранить инфор-

мацию в форме цифрового кода. В связи с началом процесса перехода к цифровой информационной среде во французской юридической литературе было предложено сказать «adieu au papier»<sup>9</sup>.

Таким образом, *электронный документ — это совокупность реквизитов с информацией, записанной на электронном носителе длительного пользования в форме цифрового кода*.

Главным аргументом, который позволяет обосновать оригинальность электронной формы сделки, являются правовые особенности электронного документа, которые объективно требуют специального правового режима. Следует признать, что такой особый правовой режим уже существует в части одного из реквизитов электронного документа — электронной подписи<sup>10</sup>.

Особенности электронного документа по сравнению с документом на бумажном носителе включают: 1) внешний вид электронного документа, который непосредственно связан с его физическими свойствами, 2) изменение некоторых традиционных атрибутов «бумажного» документооборота как по форме, так и по содержанию<sup>11</sup>; 3) изменение способа аутентификации автора документа.

*Внешний вид электронного документа* определяется двумя факторами: во-первых, языком, на котором написан электронный документ, во-вторых, его динамическими свойствами.

<sup>6</sup> СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3448.

<sup>7</sup> Понятие «durable medium» раскрывается в ст. 2 Directive 2011/83/EU of the European parliament and of the council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

Под «durable medium» — носителем информации длительного хранения указанная директива предлагает понимать «any instrument which enables the consumer or the trader to store information addressed personally to him in a way accessible for future reference for a period of time adequate for the purposes of the information and which allows the unchanged reproduction of the information stored».

<sup>8</sup> Переход договорных правоотношений в цифровую среду получил в иностранной доктрине название «дематериализация договорных отношений». В частности, под дематериализацией договорных отношений в финансовом секторе понимаются отказ от использования бумажного носителя в договорных отношениях сторон, создание новой безбумажной информационной среды. См., например: Aude Denizot. Chroniques. Législation française. 1-er octobre — 31 décembre 2017 // RTDCiv. Révue trimestrielle de droit civil. Janvier-mars 2018. P. 233.

<sup>9</sup> Aude Denizot. Chroniques. Législation française. 1-er octobre — 31 décembre 2017 // RTDCiv. Révue trimestrielle de droit civil. Janvier-mars 2018. P. 234.

<sup>10</sup> См. Федеральный закон от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи».

<sup>11</sup> Аргументацию см.: Ефимова Л. Г. Правовые особенности электронной формы банковских сделок // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 1. С. 31.

Договор, составленный в письменной форме на бумажном носителе, существует в виде одного или нескольких листов бумаги, на которых с помощью слов и выражений, составленных на любом языке мира, зафиксировано волеизъявление сторон сделки. Чтобы такое волеизъявление можно было считать письменной формой сделки, необходимо, чтобы текст состоявшегося соглашения был распределен по нескольким тематическим разделам (реквизитам), некоторые из которых прямо предусмотрены законом, а также включал все существенные условия договора соответствующего типа.

Договор в электронной форме существует в виде определенного набора байтов машинной информации, записанного на жестком диске компьютера (определенная последовательность нулей и единиц) или на другом соответствующем носителе.

По мнению Сержа А. Каблана, какой бы ни была природа информации «в киберпространстве — звук, текст, графика, видео и т.п. — она всегда получает компьютерное выражение, которое обычно является цифровым или аналоговым. Цифровая информация является набором двоичных значений, например “1,0,1,0,1,0,1”, где число 1 представляет замкнутый контактор для значения “истина” и число 0 — замкнутый контактор для значения “ложь”. Напротив, когда компьютерное выражение информации является аналоговым, то она преобразуется в вариацию иной непрерывной физической величины. В обоих случаях результат проявляется в наборах электромагнитных импульсов, нематериальных, мимолетных и характеризующихся их способностью исчезать без следа (которые в конечном итоге заменяются на другие, без следа замещения)»<sup>12</sup>.

Таким образом, первое отличие электронного документа от «бумажного» состоит в том, что договор в электронной форме записывается не на человеческом, а на «компьютерном» языке. Поэтому в своем первоначальном виде

он не может восприниматься человеком. Для восприятия человеком такой документ нуждается в трансформации его в человекочитаемую форму.

В связи с указанной особенностью электронного договора в германской литературе существуют две противоположные точки зрения. Согласно одной из них программный код не способен выразить волеизъявления сторон, будучи нечитаемым для человека. Поэтому договор, заключенный в форме программного кода, не является договором, а является лишь выражением договора на компьютерном языке. Необходимо заключать обычный договор и применять смарт-контракт как средство его исполнения<sup>13</sup>.

Согласно другой точке зрения, которая уже была воспроизведена выше, программный код, используемый, например, в смарт-контрактах, рассматривается как язык изложения текста договора (наряду с иностранными языками). В таком случае свобода волеизъявления сторон выражается просто на другом языке, тем более что ГГУ гарантирует свободу выбора языка, на котором изложен текст договоров. В случае если возникнет судебный спор, то необходимо будет привлечь эксперта для рассмотрения дела<sup>14</sup>.

Первая точка зрения предписывает заключение договора на обычном бумажном носителе, поэтому, по сути, возвращает нас к обычному «бумажному» документообороту. В Российской Федерации еще в 1990-е гг. такая практика существовала среди кредитных организаций. Если дилер одной кредитной организации заключал на межбанковском рынке договор с дилером другой кредитной организации посредством использования любой телекоммуникационной системы передачи информации, то стороны обычно не удовлетворялись своим волеизъявлением в электронной форме. На следующий день состоявшееся соглашение оформлялось на бумажном носителе и направлялось контрагенту для подписания.

<sup>12</sup> Kablan S. A. Pour une évolution du droit des contrats : le contrat électronique et les agents intelligents. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.) Faculté de droit. Université Laval Québec/ 2008. P. 116 // URL: <https://corpus.ulaval.ca/jspui/handle/20.500.11794/19829?locale=en>.

<sup>13</sup> Fraunhofer Gesellschaft Blockchain und Smart Contracts Technologien, Forschungsfragen und Anwendungen November 2017 // URL: [https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien\\_und\\_technical\\_reports/Fraunhofer-Positionspapier\\_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?\\_=1516641660](https://www.sit.fraunhofer.de/fileadmin/dokumente/studien_und_technical_reports/Fraunhofer-Positionspapier_Blockchain-und-Smart-Contracts.pdf?_=1516641660).

<sup>14</sup> VBW Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. Blockchain und Smart Contracts Recht und Technik im Überblick. Oktober 2017. München. [www.vbw-bayern.de](http://www.vbw-bayern.de).



Однако такая практика не приводила к переводу договорных отношений в цифровую среду. В настоящей работе речь не идет о цифровизации договорных отношений любой ценой, даже ценой отказа от безопасности и надежности соглашения. Речь идет о создании совершенно нового правового механизма, который позволял бы заключать и исполнять договоры с использованием электронных и иных технических средств не в ущерб безопасности и доказуемости факта и содержания соглашения. Однако для этого необходимо создать правовые условия, чтобы такой договор порождал необходимые правовые последствия уже в электронной форме.

Именно поэтому в п. 1 ст. 160 ГК РФ в редакции Закона о цифровых правах был сделан первый шаг в направлении такого результата. Там написано, что сделка, заключенная с помощью электронных либо иных технических средств, только тогда может считаться заключенной, когда эти технические средства позволяют «воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки».

Таким образом, российский законодатель признал допустимым заключение договора «на компьютерном языке», предусмотрев необходимость его «перевода» на язык человека.

Если мы признали, что электронный документ — это информация в виде компьютерного кода, то придется признать, что электронный документ в своем первоначальном виде мало напоминает традиционный документ.

Более того, его изображение на экране компьютера, т.е. информация в режиме воспроизведения «на человеческий язык», отличается от его первоначального вида (файла), поскольку преобразовано компьютером в человекочитаемую форму.

Вторая особенность внешнего выражения электронного документа связана с его динамическими свойствами.

Из Incoterms 2010 также следует, что электронный документ может существовать в двух видах: во-первых, в виде записи информации; во-вторых, в виде процедуры, включающей информацию.

Отсюда следуют виды электронного документа. Электронный документ может существовать в виде:

— файла машинной информации любого формата;

— компьютерной программы, позволяющей заключать договоры в киберпространстве.

При этом следует различать компьютерную программу, которая используется для заключения договора, и само правоотношение. Правоотношение возникает при помощи компьютерной программы, которая, в свою очередь, является его юридической формой.

Электронный документ в виде файла следует считать *электронным статическим документом*. Он внешне похож на традиционный документ, однако вместо бумажного носителя его реквизиты зафиксированы на электронном носителе информации. Это обстоятельство, видимо, объясняет позицию нашего законодателя, который полагает, что электронная форма сделки — разновидность письменной формы сделки.

Занимая такую позицию, наш законодатель проигнорировал особенности электронного документа в виде компьютерной программы, который следует считать *электронным динамическим гипертекстовым документом*.

Компьютерная программа не просто фиксирует волеизъявление сторон, как в предыдущем случае. В литературе указано, что «электронный договор может быть *динамическим и гипертекстовым документом*, он может ссылаться на другие источники информации, а ссылаться на сам договор легче, чем на бумаге. Договор может реагировать не только на запросы сторон, но также реагировать на любые изменяющиеся условия, а затем информировать стороны об этих новых событиях или условиях. Иными словами, электронный договор связывает стороны друг с другом и, при желании, с другими людьми, а также с различными источниками информации (базами данных) способами, которые трудно представить с помощью бумаги»<sup>15</sup>.

Помимо указанной функции, программа выполняет мониторинг развития отношений сторон до и после заключения договора, реагирует на новые события, фиксирует исполнение договора или инициирует его исполнение, предоставляет сторонам дополнительную информацию, фиксирует изменения условий договора и выполняет иные действия. В результате возникает упомянутый выше электронный динамический документ, который предоставляет информацию о договоре в режиме on-line

<sup>15</sup> Ethan Katsh M. Law in a Digital World. New York Oxford. Oxford University press. 1995. P.125 // URL: <http://bookfi.net/book/624640>.

в последней редакции и с учетом состояния исполнения обязательств. Нередко такой договор снабжается гипертекстовыми ссылками. Тогда можно говорить о появлении *гипертекстового электронного документа*, которой становится формой договора.

Гипертекстовый договор представляет собой электронный документ, где любые пояснения, приложения, спецификации и т.п. предлагаются адресату в виде многочисленных гипертекстовых ссылок.

Такой сложносоставной документ должен рассматриваться как единое целое, несмотря на фрагментацию информации, которая его составляет. Вместе с тем компьютерная программа должна обеспечивать возможность сведения частей гипертекстового документа в один документ.

Таким образом, *кардинальными отличиями от «бумажного» документа обладает динамический гипертекстовый электронный документ.*

Особенности аутоидентификации автора электронного документа. При заключении договора в традиционной письменной форме волеизъявление сторон состоит из нескольких этапов, например: проведение переговоров и согласование всех существенных условий будущего договора, оформление состоявшегося соглашения в виде письменного документа, отвечающего требованиям законодательства, и проставление подписей сторон этого договора.

Таким образом, подписи сторон договора являются наиболее важным реквизитом, необходимым элементом письменной формы сделки, при отсутствии которого сделка не может считаться совершенной.

Обычная физическая подпись представляет собой условное графическое обозначение фамилии человека. Подпись каждого из контрагентов этого договора выполняет две функции. Во-первых, в силу уникальности физической подписи любого человека она позволяет его идентифицировать. Во-вторых, физическая подпись человека является последним элементом его волеизъявления, после выполнения которого договор следует считать окончательно заключенным, при условии, конечно, что требование закона о согласовании всех существенных условий договора является выполненным.

При заключении договора в электронной форме соблюдаются практически все указан-

ные выше этапы договора. Однако использование подписей сторон происходит не всегда.

В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ в редакции Закона о цифровых правах «требование о наличии подписи считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю. Законом, иными правовыми актами и соглашением сторон может быть предусмотрен специальный способ достоверного определения лица, выразившего волю».

Таким образом, законодатель признал:

- во-первых, что «при заключении договоров в электронной форме... важно установить наличие и содержание подлинной воли стороны договора... Это выполнимо даже при отсутствии электронной подписи автора документа»<sup>16</sup>. Поэтому требование об использовании электронной подписи при заключении электронного договора было исключено из редакции ст. 160 ГК РФ;

- во-вторых, что для идентификации стороны договора, заключенного между отсутствующими с использованием электронных и других технических средств в электронной форме достаточно использовать любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю.

При таком подходе получается, что при заключении договора в электронной форме может отсутствовать один из наиболее важных реквизитов традиционной письменной формы сделки — подписи его сторон. При этом договор будет считаться заключенным, если выполнены иные требования закона.

Отсутствие требования об обязательном применении подписи при заключении сделок в электронной форме является наиболее серьезным отличием традиционной письменной формы сделки от сделки, заключенной с использованием с помощью электронных либо иных технических средств.

Из пункта 2 ст. 160 ГК РФ следует, что требования, предъявляемые к письменной форме сделки, считаются выполненными, если документ позволяет достоверно определить лицо, выразившее волю. Указанная норма п. 2 ст. 160 ГК РФ в редакции Закона «О цифровых правах» не содержит правила об использовании электронной подписи автора документа, которое содержалось в прежней редакции этой статьи ГК РФ. Однако п. 2 ст. 160 ГК РФ допуска-

<sup>16</sup> Ефимова Л. Г. Указ. соч. С. 36

ет использование вместо физической подписи субъекта права любого *аналога его собственноручной подписи*.

Электронный документ, полученный по электронным каналам связи, в отношении которого имеются бесспорные доказательства о том, что он отправлен стороной по договору, называется аутентифицированным.

Таким образом, понятие «аутентифицированный документ» шире понятия «подписанный документ».

Способы аутентификации сторон договора могут быть предусмотрены законом, иными правовыми актами и соглашением сторон в соответствии с п. 1 и 2 ст. 160 ГК РФ.

К числу аналогов собственноручной подписи субъекта права могут быть отнесены: факсимиле, коды пользователей системы REUTERS, код дилера, различные шифры, персональный идентификационный номер владельца кредитной или дебетовой платежной карты (PIN-код), если такая возможность была предусмотрена договором, предшествующим договору, заключаемому с помощью указанных аналогов собственноручной подписи<sup>17</sup>.

Из Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи»<sup>18</sup> (далее — Закон об электронной подписи) следует, что аналогом собственноручной подписи субъекта права может служить электронная подпись, возможность использования которой предусматривается этим Законом в полном соответствии с п. 2 ст. 160 ГК РФ.

Таким образом, изменение редакции п. 2 ст. 160 ГК РФ не лишило субъектов права использовать электронную подпись при составлении договора в электронной форме. В силу технических особенностей электронная подпись позволяет достоверно определить лицо, выразившее волю.

В соответствии с Законом об электронной подписи для этого может быть использована

электронная подпись — простая или квалифицированная.

В соответствии со ст. 2 Закона об электронной подписи электронная подпись представляет собой информацию в электронной форме, которая присоединена к другой информации в электронной форме (подписываемой информации) или иным образом связана с такой информацией и которая используется для определения лица, подписывающего информацию.

Такое определение неточно отражает сущность электронной подписи.

Электронная подпись (ЭП) представляет собой набор байтов, который является результатом работы программы генерации ЭП. ЭП является аналогом физической подписи субъекта права и обладает двумя основными свойствами: воспроизводима только одним лицом, а подлинность ее может быть удостоверена многими; она неразрывно связана с конкретным документом и только с ним. ЭП предназначена не только для определения лица, подписавшего документ, как указано в Законе об электронной подписи, но также для обеспечения подлинности документа, его целостности и авторства. ЭП жестко увязывает в одно целое содержание документа и ключ подписывающего и делает невозможным изменение документа без нарушения подлинности этой подписи<sup>19</sup>.

Суть процедуры использования ЭП состоит в том, что каждый пользователь программного обеспечения имеет возможность изготовить пару индивидуальных ключей: секретного — для формирования цифрового аналога подписи под документом и парного с ним, открытого — для проверки достоверности цифровых подписей, вычисленных с помощью данного секретного ключа. С помощью открытого ключа пользователя можно гарантированно подтверждать подлинность и авторство электронных документов, что именно данная последовательность бит была передана и подписана

<sup>17</sup> В практике были случаи, когда возможность использования факсимиле была предусмотрена тем же самым договором, который был подписан с ее помощью. Представляется, что в данном случае такой договор вообще не может считаться заключенным, поскольку допустимость использования факсимиле фактически не была предусмотрена той стороной, факсимиле которой было использовано. Согласие на использование всех аналогов собственноручных подписей должно предусматриваться заранее, в другом договоре, заключенном в письменной форме, в котором имеются физические подписи всех сторон.

<sup>18</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>19</sup> См.: Лебедев А. Н. Открытые системы для «закрытой» информации. Открытые системы. 1993. Вып. 3. С. 32; Операционные технологии межбанковского финансового рынка. МФД на рынке капитала. Вып. 5. М.: Дело, 1994. С. 101.

обладателем секретного ключа, соответствующего открытому ключу проверки<sup>20</sup>.

Из приведенного описания усматривается, что явление, называемое в законе электронной подписью, на самом деле подписью не является.

В отличие от физической подписи лица, электронная подпись — набор нулей и единиц. Она лишь условно связывается с лицом, составившим документ, посредством процедуры генерации электронной подписи. Указанная связь, которая порождает соответствующие правовые последствия, основывается на законе.

Физическая подпись уникальна и в течение жизни человека меняется очень редко. Ее довольно сложно подделать, а электронная подпись в принципе может быть вычислена, все зависит от времени, находящегося в распоряжении преступника. Поэтому в отличие от физической подписи человека, электронная подпись обязательно должна обновляться.

Физическая подпись может принадлежать только человеку. Поэтому, если договоры заключаются от имени юридических лиц на бумажных носителях, то на них проставляются физические подписи тех людей, которые являются единоличными исполнительными органами контрагентов — юридических лиц и которые действуют от их имени без доверенности. Электронная подпись технически может принадлежать как физическому, так и юридическому

лицу. Поэтому при необходимости допустимо разграничить электронную подпись физического лица, которое занимает должность директора юридического лица, и самого юридического лица.

Факт проставления электронной подписи под электронным документом одновременно доказывает два факта: 1) что документ является подлинным и 2) что документ позволяет достоверно определить лицо, выразившее волю.

Таким образом, *электронная подпись представляет собой личный пароль субъекта права, который в силу закона выполняет все традиционные функции физической подписи человека, хотя ею и не является.*

Все указанные выше правовые особенности электронной формы сделки позволяют сделать вывод, что *электронная форма сделки не является разновидностью простой письменной формы.*

Поэтому вопреки мнению законодателя, изложенному в Законе о цифровых правах, полагаем, что электронная форма — новая форма волеизъявления. Она существует наряду с устной и письменной формами сделок. По указанной причине Гражданский кодекс РФ необходимо дополнить специальной нормой, содержащей определение и специальное правовое регулирование электронной формы сделки.

*Электронные документы не должны быть простой имитацией бумажных документов*<sup>21</sup>.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ефимова Л. Г. Правовые особенности электронной формы банковских сделок // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2017. — № 1.
2. Ефимова Л. Г., Сиземова О. Б. Правовая природа смарт-контракта // Банковское право. — 2019. — № 1. — С. 21—28.
3. Липис А., Маршалл Т., Линкер Я. Электронная система денежных расчетов. — М. : Финансы и статистика, 1988.
4. Савельев А. И. Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. — 2016. — № 3.
5. Савельев А. И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. — 2017. — № 5.
6. Ethan Katsh M. Law in a Digital World. New York — Oxford : Oxford University press, 1995. — URL: <http://bookfi.net/book/624640>.
7. Kablan S. A. Pour une évolution du droit des contrats : le contrat électronique et les agents intelligents. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.). — Faculté de droit. Université Laval Québec. — 2008. — URL: <https://corpus.ulaval.ca/jspui/handle/20.500.11794/19829?locale=en>.

<sup>20</sup> Операционные технологии межбанковского финансового рынка. МФД на рынке капитала. С. 19.

<sup>21</sup> Привод. по: Ethan Katsh M. Op. cit.



8. VBW Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V. Blockchain und Smart Contracts Recht und Technik im Überblick. — Oktober 2017. — München. — URL: [www.vbw-bayern.de](http://www.vbw-bayern.de).

Материал поступил в редакцию 5 мая 2019 г.

## ON THE CONCEPT AND LEGAL NATURE OF THE ELECTRONIC FORM OF THE TRANSACTION<sup>22</sup>

**EFIMOVA Lyudmila Georgievna**, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Banking Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
elg007@mail.ru  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

**Abstract.** *The paper provides evidence of the independence of the electronic form of transactions. One such evidence is the peculiarities of an electronic document, which in the case of an electronic contract is a means of fixing the will of the parties. An electronic document is a set of details with information recorded on an electronic medium of durable use in the form of a digital code. An electronic document can exist in the form of a machine information file of any format or in the form of a computer program that allows contracts to be concluded in cyberspace. An electronic document in the form of a file should be considered an electronic static document. It looks like a traditional document, but its details are recorded with electronic means, not on paper. An electronic document in the form of a computer program should be considered an electronic dynamic hypertext document. It is fundamentally different from the document in the traditional written form, which makes it possible to justify the independence of the electronic form of the transaction, its irreducibility to the usual written form.*

**Keywords:** *form of the transaction, written form of transactions, e-transactions, electronic document, electronic dynamic hypertext document.*

## REFERENCES

1. Efimova L. G. Pravovye osobennosti elektronnoy formy bankovskikh sdelok [Legal features of the electronic form of banking transactions]. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kymafafina (MGYUA) [Herald of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)]*. 2017. No. 1.
2. Efimova L. G., Sizemova O. B. Pravovaya priroda smart-kontrakta [Legal nature of the smart contract]. *Bankovskoe pravo [Banking Law]*. 2019. No. 1. P. 21—28.
3. Lipis A., Marshall T., Linker Ya. Elektronnaya sistema denezhnykh raschetov [Electronic cash settlement system]. Moscow, Finansy i statistika Publ., 1988.
4. Saveliev A. I. Dogovornoe pravo 2.0: «umnye» kontrakty kak nachalo kontsa klassicheskogo dogovornogo prava [Contract law 2.0: «smart» contracts as the beginning of the end of the classical contract law]. *Vestnik grazhdanskogo prava [Civil Law Review]*. 2016. No. 3.
5. Saveliev A. I. Nekotorye pravovye aspekty ispolzovaniya smart-kontraktov i blokcheyn-tekhnologiy po rossiyskomu pravu [Some legal aspects of the use of smart contracts and blockchain technologies under Russian law]. *Zakon [Law]*. 2017. No. 5.
6. Ethan Katsh M. Law in a Digital World. New York — Oxford: Oxford University press, 1995. URL: <http://bookfi.net/book/624640>.
7. Kablan S. A. Pour une évolution du droit des contrats : le contrat électronique et les agents intelligents. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'université Laval dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.). Faculté de droit. Université Laval Québec. 2008. URL: <https://corpus.ulaval.ca/jspui/handle/20.500.11794/19829?locale=en>.
8. VBW Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V. Blockchain und Smart Contracts Recht und Technik im Überblick. Oktober 2017. München. URL: [www.vbw-bayern.de](http://www.vbw-bayern.de).

<sup>22</sup> The study is carried out with the financial support of Russian Foundation for Basic Research, Research Project No. 18-29-16203 «Russian and Foreign Law on the Use of Digital Technologies in Banking and its Application: Comparative Legal Aspect».