

**Принято на заседании Совета
23 апреля 2018 г.
№ 175-2/2018**

**ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ
по проекту федерального закона № 424632-7
«О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую
Гражданского кодекса Российской Федерации»**

Проект федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Проект) направлен на экспертизу в Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет) Государственно-правовым управлением Президента Российской Федерации (письмо от 26 марта 2018 г. № А6-3095).

Проект внесен в Государственную Думу депутатами Государственной Думы и находится на стадии предварительного рассмотрения.

Согласно пояснительной записке принятие закона имеет целью закрепление в гражданском законодательстве нескольких базовых положений, отталкиваясь от которых российский законодатель мог бы осуществлять регулирование рынка существующих в информационно-телекоммуникационной сети новых объектов экономических отношений (в обиходе – «токены», «криптовалюта» и пр.), обеспечивать условия для совершения и исполнения сделок в цифровой среде, в том числе сделок, позволяющих предоставлять массивы сведений (информацию).

Таковыми базовыми положениями являются «цифровые права» и «цифровые деньги», статьями о которых предлагается дополнить главу 6 подраздела 3 раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), посвященную объектам гражданских прав.

Необходимость развития гражданского законодательства для целей адекватного регулирования «цифровой экономики» не вызывает сомнений. О

международной поддержке такого подхода свидетельствует, например, Доклад ЮНКТАД по проблемам развития информационной экономики Information Economy Report 2015. В России были приняты Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017-2030 годы, утвержденная Указом Президента Российской Федерации от 9 мая 2017 г. № 203, а также Программа «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 28 июля 2017 г. № 1632-р. Вряд ли разумно отрицать необходимость восприятия (в том числе, и в правовой доктрине, и в судебной практике) достижений научно-технического прогресса. Переход же на компьютерные технологии, в основу которых положено преобразование цифровых кодов, является частью научно-технического прогресса. Таким образом, отражение в законе достижений научного прогресса, безусловно, необходимо, вместе с тем оно может носить незаметный для несведущего лица характер, обеспечивающий, однако, возможность применения достижений прогресса в имущественном обороте. Такой подход обеспечивается благодаря юридической технике и точности формулирования правила поведения, соответствующего правовой норме.

К Проекту имеются следующие концептуальные замечания.

Общие положения

1. Так называемая цифровая экономика в настоящее время находится в стадии своего становления и весьма динамичного развития. Многие экономические и технологические модели отношений еще не являются устоявшимися, появляясь, видоизменяясь и отчасти исчезая из хозяйственной практики. В связи с этим представляется преждевременным установление базовых понятий в кодификационном акте, поскольку они еще не являются устоявшимися не только в науке и юриспруденции, но и в экономике. Возможно, именно ввиду этого оба понятия не выдерживают критики.

В пояснительной записке верно разграничивается феноменология криптовалюты и цифровых прав как сущностей разного порядка. Однако сам текст Проекта этого как раз не учитывает.

«Цифровые права»

2. Согласно пункту 1 проектируемой статьи 141.1 ГК РФ цифровые права сводятся к цифровому коду или обозначению (далее – код), которые содержатся в распределенном реестре (блокчейн) и удостоверяют права на объекты гражданских прав того лица, которое имеет уникальный доступ к коду. Указанная редакция создает *нагромождение прав*: уникальный доступ (его тоже, видимо, можно рассматривать как своеобразное право) на «цифровое право» на право на объект гражданского права, который тоже может являться правом. Такой подход создает некий юридический трехчлен, позволяющий достигнуть блага через движение от уникального доступа к коду и через него к объекту гражданских прав. Данное юридическое описание дефиниции если и возможно, то не очевидно, что оно является предпочтительным с научной точки зрения. Дело в том, что в действительности никаких цифровых прав не существует, а Проект вводит юридическую фикцию, необходимость которой не обоснована фундаментальными исследованиями. При этом цифровые права ставятся в один ряд с традиционными объектами гражданских прав, а именно с имущественными правами, включающими безналичные денежные средства и бездокументарные ценные бумаги.

То, что понимается под цифровыми правами в Проекте, на самом деле является лишь оформлением традиционных имущественных прав, причем совершенно разной природы – вещных прав, обязательственных прав, корпоративных прав, исключительных прав и даже личных неимущественных прав (последние – вопреки положению Проекта). Все эти права могут существовать в электронной форме, не создавая нового вида гражданского

права, как это пытается представить Проект. Что касается уникального доступа и кода, то эти сущности представляют собой скорее цифровые ключи по доступу к имущественному праву. Кодирование прав известно человечеству с давних времен (например, ксюмбаллон)¹ и в этом смысле ничего нового современные «цифровые права» или так называемые токены в сущности не представляют. Таким образом, Проект приводит к порочному *удвоению сущностей*, поскольку «цифровое право» дублирует традиционное право.

С другой стороны, Проект необоснованно *сужает понятие «цифрового права»*, связывая его существование только с распределенным реестром. Права в электронной форме могут существовать не обязательно только в блокчейне; более того, они уже существуют в такой форме и активно реализуются миллионами людей. В этом несложно убедиться, обратившись к балансу собственного аккаунта мобильной связи. Принятый Проектом подход нарушает принцип технологической нейтральности, дискриминируя все другие технологии, способные оформлять права в электронном виде.

2.1. Видимо по недоразумению «цифровые права» раскрываются через возможность в любой момент *ознакомиться с описанием* соответствующего объекта гражданских прав. С таким же успехом право на заказанный обед можно было бы свести к возможности почитать меню. Как известно, гражданские права дают нечто большее, чем ознакомление с описанием объекта гражданского права. Например, вещное право дает наиболее полное господство над вещью, обязательственное право управомочивает требовать от должника совершения определенного действия и т.п. Ясно, что права в электронной форме управомочивают их субъектов к тому, что предусмотрено гражданским правом для соответствующего права. Кроме того, эмпирические

¹ Ксюмбаллон — предмет с условными знаками, по которым два лица узнают друг друга, например, по двум половинкам разломанной щепки или монеты, концы которых должны сойтись.

данные уже существующих в обороте прав в электронной форме показывают, что возможность ознакомления с такими правами имеют все лица (многие из таких реестров публичны), а не только лицо, обладающее уникальным доступом. В этом аспекте Проект совершенно расходится с уже сложившейся практикой, которая является технологически неизбежной, базируясь на принципе транспарентности прав.

2.2. Концептуально неверная трактовка прав в электронной форме приводит Проект к нарушению принципиальных положений гражданского права. Так, например, в пункте 2 статьи 141.1 ГК РФ предусматривается, что переход «цифровых прав» на объекты гражданских прав осуществляется *исключительно* посредством внесения в информационную систему сведений *о передаче* «цифрового права» приобретателю. Действительно, система записей о правах построена на принципе внесения, то есть считается, что права переходят не в момент наступления юридического факта, обуславливающего такой переход, а в момент внесения записи об этом в соответствующий реестр (сложный фактический состав). Между тем, как классическая система реестров (например, реестр прав на недвижимое имущество), так и инновационная система не могут отказаться от объективно необходимых исключений. Например, указанная норма коллидирует с наследственным правом, в соответствии с которым права считаются перешедшими к наследнику со дня открытия наследства (пункт 4 статьи 1152 ГК РФ), то есть ретроактивно и независимо от внесения записи. Столь категоричной нормой Проект создает нежелательные правопорядку темпорально бессубъектные права.

Технология распределенного реестра действительно ставит перед гражданским материальным и процессуальным правом существенные юридические проблемы, такие как окончательная утрата уникального доступа или необходимость обращения взыскания на право в электронной форме, равно как необходимость его принудительного перевода на другое лицо по

решению суда. Однако Проект не предлагает их решения, а порождает новые проблемы. Так, приобретателю соответствующих прав вменяется знание об их обременении, между тем, нигде не установлено, что такое обременение является публичным. Напротив, из пункта 1 проектируемой статьи 141.1 ГК РФ, как это указывалось выше, можно прийти к обратному выводу.

2.3. Пункт 3 проектируемой статьи 141.1 ГК РФ является избыточной нормой, поскольку любые объекты гражданских прав подчиняются правилам оборотоспособности (статья 129 ГК РФ), равно как особенности правового режима соответствующих объектов устанавливаются ГК РФ и другими законами. Наличие такой нормы по существу отрицает системный характер кодификации, что недопустимо.

2.4. Пункт 4 той же статьи по существу вводит абстрактность уступки права (требования) в электронной форме (по терминологии Проекта – цифрового права). Надо заметить, что обоснованность абстрактности цессии является весьма спорным вопросом как в теории, так и на практике. В недавнем Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки» судьи не решились ввести принцип абстрактности уступки. В том виде, в котором Проект предлагает ввести принцип абстракции уступки прав в электронной форме, он не может быть поддержан, поскольку приведет к существенному нарушению прав должника.

2.5. Пункт 5 предлагаемой статьи 141.1. ГК РФ Проекта противоречит Конституции Российской Федерации, поскольку по существу при его толковании а contrario лишает судебной защиты стороны сделки, если она не соответствует требованиям закона. Дело в том, что из недействительной сделки могут вытекать определенные права, хотя и не те, на которые она была направлена, но они подлежат судебной защите.

«Цифровые деньги»

3.1. Так называемые «цифровые деньги» (проектируемая статья 141.2 ГК РФ) на самом деле деньгами не являются (по крайней мере, устоявшегося доктринального взгляда на эту сущность пока не сформировано, а компаративный метод констатирует различные подходы). Такая сущность как криптовалюта (а именно о ней идет речь в названной статье Проекта) и подобные ей феномены характеризуются тем, что не имеют никакого обязанного лица, чей долг мог бы корреспондировать праву обладателя криптовалюты. Между тем, если в социуме по воззрениям оборота та или иная субстанция обладает меновой стоимостью и участники гражданского оборота готовы совершать с ней сделки, то вопреки утверждению Проекта, она с теоретической точки зрения может быть причислена к объектам гражданских прав. Иными словами, объектом гражданских прав является то, что в соответствии с законом может принадлежать кому-нибудь и тем более то, что может быть товаром. В действующем правовом регулировании криптовалюту следует отнести к иному имуществу. Поэтому является ошибочным указание Проекта на *осуществление* обладателями криптовалюты *платежей*. Они платежами не являются, а могут рассматриваться как сделки по передаче иного имущества. Допустимость сделок с криптовалютой, равно как установление гражданского права на нее, предопределяется, видимо, не столько гражданско-правовыми критериями, сколько публично-правовыми соображениями политики права.

Таким образом, легальная дефиниция криптовалюты («цифровых денег») вызывает серьезные сомнения. Во-первых, обладателю криптовалюты принадлежит абсолютное право на нее; во-вторых, она является объектом гражданского права; в-третьих, распорядительная сделка с криптовалютой не является платежом, а представляет собой сделку по передаче иного имущества. При этом следует учитывать, что юридический феномен криптовалюты является мало исследованным в современной российской науке

гражданского права, находится еще в стадии становления, поэтому поспешное установление легальной дефиниции чревато негативными последствиями.

3.2. По вопросу оборотоспособности криптовалюты Проект содержит *отсылочную норму* (пункт 2 предлагаемой статьи 141.2 ГК РФ), поэтому определить пределы и условия оборота криптовалюты из самого Проекта не представляется возможным. Верным является лишь то, что запрет или избыточное стеснение свободы оборота криптовалюты не представляется целесообразным. Поскольку этот актив существует только в распределенном реестре сети «Интернет», запрет на его использование не может быть эффективным ввиду легкости его обхода. Развитие регулирования в этой сфере, видимо, должно исходить из обеспечения максимальной информированности о высоком риске данного финансового инструмента, обеспечения максимальных гарантий сторон при осуществлении сделок с ним, предотвращения злоупотреблений и т.д.

3.3. Пункт 3 новой статьи 141.2 ГК РФ концептуально ошибочен. Распространение на криптовалюту всех правил о *правах в электронной форме* (цифровых прав – в терминологии Проекта) невозможно. Это объясняется тем, что правовая природа прав в электронной форме различна. Они могут быть как относительными, так и абсолютными. Что касается криптовалюты, то права в отношении нее абсолютны, а права по поводу нее могут быть и относительными.

Письменная форма сделок и понятие обязательства

4.1. Предложения Проекта относительно изменения нормы (статья 160 ГК РФ) о письменной форме сделки представляются *избыточными*. Заключение договоров в электронной форме, которая тождественна письменной форме, уже допускается действующим регулированием (пункт 2 статьи 434 ГК РФ). Для распространения этого регулирования на

односторонние сделки в силу статьи 156 ГК РФ достаточно исключить (или изменить) второй абзац пункта 1 статьи 160 ГК РФ, а не проектировать новую норму.

4.2. Предлагаемый Проектом новый абзац пункта 1 статьи 160 ГК РФ страдает неопределенностью, а также внутренне противоречив. С одной стороны, эта норма вводит относительно свободное волеизъявление в электронной форме, а с другой стороны, эта свобода ограничивается непонятно кем и неясно где установленными *условиями допустимости* реализации волеизъявления в такой форме. При этом указанные ограничительные условия относятся к содержанию *принятия волеизъявления*, но распространяются на *выражение волеизъявления*. Это совершенно запутывает регулирование и осложняет восприятие правоприменителем этого весьма важного правила. В действительности смысл проектируемой нормы, видимо, сводится к достаточно простому правилу, согласно которому волеизъявление может быть сделано в электронной форме, тождественной письменной форме, если это предусмотрено законом, договором, иным правовым актом, а при их отсутствии – обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями. Законом может быть установлен запрет на совершение действий в электронной форме.

4.3. Дополнение пункта 2 статьи 432 ГК РФ также является избыточным по причинам, указанным выше. Кроме того, эта новелла *нарушает систематику* ГК РФ, помещая правило о форме договора в статью, не посвященную форме договора.

4.4. Предложение Проекта о дополнении статьи 309 ГК РФ новым абзацем об автоматизированном исполнении обязательства концептуально ошибочно. Из текста этой новеллы а *contrario* можно усмотреть, что исполнение обязательства *является сделкой* (волеизъявление, направленное на исполнение обязательства). Хорошо известно, что в теории обязательственного права существуют различные концепции трактовки

действий по исполнению обязательств. Некоторые из них исходят из того, что исполнение обязательства никогда не является сделкой; другие полагают, что исполнение обязательства иногда является сделкой; третьи считают, что исполнение обязательства всегда является своеобразной сделкой или сделкоподобным действием. Как представляется, нет никакой необходимости закреплять в законе одну из конкурирующих концепций.

4.5. Предложенная новелла является ошибочной также и по существу. Никакого *автоматизированного исполнения обязательства* не существует в природе. Этот «автоматизм» - лишь внешняя видимость. Аналитически в так называемом «автоматизированном исполнении обязательства» всегда представлено изъявление воли². Совершая соответствующую сделку, условиями которой предусматривается производство исполнения при посредстве программных или аппаратных средств, ее сторона соглашается на такую форму своего волеизъявления при исполнении обязательства, а в некоторых случаях и оказывает воздействие на этот процесс. Программно-аппаратные средства являются всего лишь продолжением личности стороны сделки. «Автоматизированное исполнение обязательства» может давать сбой, что уже имело место на практике. Такое паталогическое отклонение действия от условий сделки может квалифицироваться как *юридический порок действия* по исполнению обязательства, поскольку оно влечет нарушение прав или законных интересов соответствующей стороны. Правопорядок не может уклониться от того, чтобы атрибутировать ненадлежащее исполнение либо с чьей-нибудь волей, либо со случаем или с непреодолимой силой. Ограничение Проектом возможности защиты прав и законных интересов сторон сделки в этих случаях не соответствует Конституции Российской Федерации и противоречит принципам гражданского права. Также надо учитывать, что

² Среди различных теорий большинство согласно с наличием волеизъявления при исполнении обязательства, а дискуссия в основном сводится к оценке наличия у такого волеизъявления направленности на соответствующие правовые последствия.

пороки в модусе исполнения могут возникать не только от действий сторон сделки или третьих лиц, что выделяется в Проекте, но и от событий, не зависящих прямо или вовсе от действий людей.

Услуги по предоставлению информации

5.1. Новая норма статьи 783.1 ГК РФ является избыточной. Она предусматривает допустимость заключения договора, предметом которого является *предоставление информации* и отрицательное обязательство по *неразглашению информации* третьим лицам в течение определенного срока. В силу принципа свободы договора, а также с учетом весьма широкой действующей дефиниции договора возмездного оказания услуг, заключение такого договора вполне возможно и в рамках действующего регулирования. Более того, пунктом 2 статьи 779 ГК РФ прямо предусматриваются информационные услуги. Что касается обязательств *non facere*, то они охватываются общим понятием обязательства (пункт 1 статьи 307 ГК РФ).

5.2. Предлагаемая новелла порождает неопределенность, поскольку из ее толкования можно усмотреть, что она вводит *безвозмездное* предоставление информации. Если это действительно имелось в виду, то сделано это недолжными юридическими средствами. Дело в том, что согласно пункту 3 статьи 423 ГК РФ договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное. Систематическое истолкование новой нормы статьи 783.1 и пункта 1 статьи 779, а также статьи 781 ГК РФ приводит к выводу о возмездности договора об оказании услуг по предоставлению информации. Поэтому если намерение разработчиков заключалось в установлении безвозмездности названного договора, то предложенное регулирование не достигает этой цели. Если же такого намерения не было, то и в этом случае оборот не нуждается в такой норме по основаниям, приведенным в предыдущем пункте.

5.3. Легализация сбора и обработки значительных массивов обезличенной информации («big data»), которой обосновывается введение данной нормы, является избыточным, поскольку в гражданском праве нет никаких препятствий ни для сбора такой информации, ни для заключения сделок по ее передаче, ни для установления обязанности о неразглашении информации третьим лицам. Если для этой деятельности имеются какие-то препятствия, то они лежат в сфере *публичного*, а не частного права, например, в законодательстве о защите персональных данных. Преодоление публично-правовых законодательных запретов частно-правовыми методами едва ли может быть оправдано с точки зрения теории права.

Базы данных

6.1. В статье 3 Проекта предлагается в абзаце втором пункта 2 статьи 1260 ГК РФ заменить слова «самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы» словами «самостоятельных данных или сведений, в том числе сведений о событиях и иных фактах, статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти данные и сведения».

В пояснительной записке к законопроекту это предложение объясняется тем, что выражение «совокупность материалов» толкуется чрезмерно ограничительно. Замена его на «*совокупность данных или сведений*» направлена на придание формулировке более общего характера. Это изменение, по мнению разработчиков, «даст возможность считать базой данных свод любого массива информации». В целом изменение направлено на то, чтобы легализовать сбор и обработку значительных массивов обезличенной информации («big data»).

6.2. В действительности предложенные изменения не сводятся к простой редакции существующего текста.

Как известно, базы данных в рамках главы 70 ГК РФ охраняются как объекты авторских прав. Для этого вида правовой охраны типично, что охрана законом предоставляется произведениям, выраженным в объективной форме. По существу *охрана предоставляется форме, а не содержанию* соответствующих результатов интеллектуальной деятельности. В пункте 5 статьи 1259 ГК РФ прямо закреплено, что «авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных и иных задач, открытия, факты, языки программирования, геологическую информацию о недрах».

База данных рассматривается в статье 1260 ГК РФ как вид составного произведения. Авторское право при этом возникает в отношении «подбора или расположения материалов». Составительская работа может быть осуществлена не только в отношении объектов авторских прав, но и в отношении других объектов, поддающихся систематизации, подбору и расположению. Соответственно термин «материалы» в определении базы данных (абзац второй пункта 2 статьи 1260 ГК РФ) охватывает как произведения, так и иные объекты, не охраняемые авторским правом. По существу, *под материалами понимаются в том числе единицы носителей информации* (данных, сведений).

6.3. В законопроекте подчеркивается, что базой данных должна признаваться «совокупность самостоятельных данных или сведений, в том числе сведений о событиях и иных фактах». Это означает, что база данных в этом случае представляется не через носители информации, а как информация в чистом виде (совокупность сведений). Такой подход противоречит существу авторско-правовой охраны.

Вместе с тем существующая формулировка пункта 2 статьи 1260 ГК РФ, как представляется, не препятствует охране баз данных, состоящих из материалов, содержащих сведения и факты в чистом виде. На охрану содержания баз данных направлены положения § 5 главы 71 ГК РФ о праве изготовителя базы данных. Согласно пункту 1 статьи 1334 ГК РФ изготовителю базы данных принадлежит исключительное право извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом, что позволяет охранять такие массивы материалов от заимствования и дальнейшего использования их существенной части третьими лицами без ведома и согласия правообладателя, даже если эти материалы сами по себе неохраноспособны.

х х х

Вывод: проект федерального закона № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» не может быть поддержан по концептуальным причинам.

Председатель Совета

В.Ф.Яковлев