

Уголовно-процессуальные средства защиты охраняемой законом тайны

Сукиасян В. О.

Помощник Председателя Уголовной палаты Кассационного суда РА, к.ю.н.
Преподаватель кафедры уголовного права и уголовно-процессуального права
Института права и политики РАУ
varazdatsukiasyan@gmail.com

Ключевые слова: тайна предварительного следствия, охраняемая законом тайна, процессуальное средство, ответственность.

Օրենքով պահպանվող գաղտնիքի քրեադատավարական պաշտպանության միջոցները

Մուրիսյան Վ. Հ.

ՀՀ Վճռաբեկ դատարանի քրեական պալատի նախագահի օգնական, ՀՌՀ իրավունքի և քրեադատականության հնատիրոտուտի քրեական իրավունքի և քրեական դատավարության իրավունքի ամբիոնի դասախոս, իրավ. գիտ. թեկ.
varazdatsukiasyan@gmail.com

Ամփոփում Հոդվածը նվիրված է օրենքով պահպանվող գաղտնիքի պաշտպանության քրեադատավարական միջոցների բացահայտմանն ու իմաստավորմանը: Մանրամասն անդրադարձ է կատարվել նախնական քննության գաղտնիքի, վկայության իմունիտետի, գաղտնիքի ստացման դատավարական կարգի և դրնիվակ դատական նիստ անցկացնելու նշանակության հարցերին:

Վճռորոշ բառեր նախնական քննության գաղտնիք, օրենքով պահպանվող գաղտնիք, դատավարական միջոց, պատասխանատվություն:

Criminal procedural measures of protecting secret protected by law

Sukiasyan V. H.

Assistant to the Chairman of the Criminal Chamber of the RA Cassation Court, PhD, Lecturer at the Chair of Criminal Law and Criminal Procedure Law of RAU Institute of Law and Politics
varazdatsukiasyan@gmail.com

Abstract: The article is dedicated to revealing and understanding the criminal procedures for protecting the secret protected by law. The issues of secrecy of the preliminary investigation, immunity of testimony, procedural procedure for obtaining secrecy and the significance of holding a closed court session were discussed in detail.

Keywords: secret of preliminary investigation, secret protected by law, procedural means, responsibility.

Уголовно-процессуальное вмешательство в публичные отношения, возникающие в сфере оборота охраняемых законом тайн связано с ограничением прав, свобод и законных интересов лиц, следовательно, необходимая и справедливая сбалансированность публичных и частных интересов в области уголовного судопроизводства должно быть предметом особого внимания.

В контексте вышеизложенного актуально изучение тех средств защиты конфиденциальности, предусмотренных действующим Кодексом, которые позволяют при соблюдении определенных гарантий осуществлять вмешательство в публичные отношения, возникшие в связи с охраняемой законом тайной, и одновременно обеспечивать охраняемые законом права лиц, вовлеченных в уголовно-процессуальные отношения.

Значение слова «средство» дается несколькими определениями, оно означает: необходимое условие, чтобы делать что-то, прием, форма, инструмент [30, ст. 1015]. Отметим, что понятие «уголовно-процессуальное средств» широко используется в многочисленных институтах уголовного процессуального права и ученые-юристы дает ему разные определения. В самой широкой форме уголовно-процессуальное средство характеризуется как меры, вытекающие из принципов уголовного судопроизводства, которые регулируют производство уголовных дел [8, ст. 312].

Учитывая цель и задачи защиты охраняемой законом тайны, попытаемся определить понятие уголовно-процессуальных средств защиты охраняемой законом тайны. Уголовно-процессуальные средства защиты охраняемой законом тайны - это совокупность закрепленных

в уголовно-процессуальном законе разных гарантий и условий, которые справедливой сбалансированностью публичных и частных интересов гарантируют обеспечение законности в процессе получения, использования и разглашения охраняемой законом тайны, а именно: с одной стороны, возможность всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств уголовного дела, с другой стороны, защиту законных интересов и прав субъектов права.

С помощью определенных уголовно-процессуальных средств участники уголовного процесса, наделенные процессуальными правами, обязанностями или полномочиями, осуществляют защиту охраняемой законом тайны.

Теперь обратимся к видам уголовно-процессуальных средств защиты охраняемой законом тайны, предметом рассмотрения делая их эффективность и возможные пути совершенствования.

Уголовно-процессуальные средства защиты (обеспечения) охраняемой законом тайны классифицированы рядом ученых.

В.Е. Евсенко напрямую отметил, что в теоретическом плане самыми эффективными, действенными средствами обеспечения охраняемых законом тайн в уголовном судопроизводстве являются тайна предварительного расследования и судебная гарантия получения сведения, составляющего охраняемую законом тайну [14, ст. 1015].

Считаем, что приведенные классификации неполны и не в полной мере отражают содержание и задачи уголовно-процессуальных средств защиты тайны. Принимая за основание эти признаки, процессуальные меры защиты охраняемой законом тайны можно классифицировать на следующие группы:

1) средства защиты, направленные на предотвращение утечки сведений, направленных на обеспечение справедливого следствия по делу (например, содержание тайны предварительного расследования составляют также такие сведения, которые отражены в показаниях участников процесса, заключениях экспертиз и прочих процессуальных документах, досрочное разглашение или распространение которых может препятствовать раскрытию правды по делу),

2) меры, направленные на предотвращение обобществления сведений, составляющих государственные и частные тайны (тайна предварительного следствия, закрытое судебное заседание),

3) меры, направленные на запрет требования тайных сведений от субъектов профессиональных или служебных тайн (свидетельский

иммунитет),

4) меры, направленные на предотвращение произвольных или необоснованных ограничений прав лиц в ходе досудебного производства, а также на предотвращение неуместной или незаконной утечки сведений, составляющих государственную тайну (установление процессуального порядка получения отдельных тайн).

Таким образом, в основании классификации нами поставлены те задачи, на решение которых направлены меры защиты.

Учитывая разнообразие уголовно-процессуальных средств защиты охраняемой законом тайны, одновременно подчеркивая важность некоторых из них, считаем целесообразным подробно обратиться к значению тайны предварительного расследования, свидетельского иммунитета, процессуального порядка получения тайны и проведения закрытого судебного заседания и раскрытию их сути.

Тайна предварительного расследования - как уголовно-процессуальное следствие защиты охраняемой законом тайны. Вообще, во многих государствах для существования тайны предварительного расследования, закрепленного уголовно-процессуальными законодательством, выделяются три основные цели:

- обеспечение интересов следствия [5, ст. 235],

- обеспечение презумпции невиновности обвиняемого [4, ст. 559],

- предотвращение формирования у суда предварительного мнения в ходе последующего судебного следствия по данному делу [1, ст. 245].

В ходе уголовного судопроизводства появляется информация, которая охраняется законом и подлежит защите с применением мер уголовно-судебной защиты.

Уголовное дело может содержать различные виды охраняемых законом тайн, разглашение которых может рассматриваться как посягательство на права лиц, общественно опасное деяние [25, ст. 134]. Кроме того, разглашение указанных сведений может привести к изменению показаний свидетелей или потерпевших или уничтожению каких-либо доказательств [11, ст. 148].

Не случайно, что в уголовных кодексах 30 государств (Швейцария, Австрия, Бельгия, Болгария, Чехия, Эстония, Финляндия, Франция, Германия, Греция, Венгрия, Ирландия, Италия, Латвия, Литва, Люксембург, Молдова, Монако, Польша, Португалия, Румыния, Россия, Словакия, Словения, Испания, Швеция, Македония, Турция, Украина, Соединенное Королевство), изученных Европейским судом,

как преступление предусмотрено оглашение данных предварительного расследования без соответствующего разрешения. Причем, в 23-х государствах субъект преступления общий, а в Австрии, Литве, Люксембурге, Молдове, Румынии, Испании и Украине уголовной ответственности подлежат только участники уголовного процесса [2, ст. 22]. Из указанных стран только Уголовным кодексом Швейцарии (статья 293) предусмотрена поощрительная норма, согласно которой: лицо, разгласившее данные предварительного расследования, может быть освобожден от уголовной ответственности, если разглашенные сведения, составляющие тайну, имеют меньшую важность. В связи этой поощрительной нормой в судебной практике Швейцарии [26, ст. 244] сформировалась формальная теория конфиденциальности (formal conception of secrecy).

Статья 201 Кодекса посвящена недопустимости разглашения данных предварительного расследования или тайне предварительного расследования, хорошо известного уголовно-процессуальной науке.

Необходимо иметь в виду то обстоятельство, что в отличие от Конституции с поправками 2005 года, Конституцией с поправками 2015 года используются не термины предварительное следствие и дознание, а термин досудебное уголовное производство (статьи 176 и 178 Конституции) То есть, можно констатировать, что в лице досудебного уголовного производства имеем дело с конституционно-правовым понятием.

Кроме того, по смыслу пункта 5 статьи 6 Кодекса понятие досудебного производства по уголовному делу включает производство по уголовному делу с момента решения вопроса о возбуждении уголовного дела до направления дела в суд для рассмотрения по существу. То есть, досудебное уголовное производство - это более широкое понятие, чем предварительное следствие, поскольку оно следует за возбуждением уголовного дела [31, ст. 50], и вместе образуют досудебное производство по уголовному делу. Дело в том, что на стадии решения вопроса о возбуждении уголовного дела также всплывает информация, вплоть до охраняемых законом тайн, которые, исходя из соображения надлежащего обеспечения задач и целей досудебного производства, не подлежат разглашению. А в условиях действующего законодательства получается ситуация, что на информацию, получаемую на стадии решения вопроса о возбуждении уголовного дела, не распространяется требование о конфиденциальности предварительного расследования.

В связи с этим вопросом совпадает мнение В.Е. Евсенко о том, что из разнообразия видов охраняемых законом тайн на этапе возбуждения уголовного дела часто возникают общественные отношения, которые затрагивают тайну частной жизни граждан, следовательно, именно этот вид тайны уязвим и рискованным с точки зрения безосновательного нарушения прав и законных интересов граждан. [15, ст. 68]

Проектом Кодекса закреплена недопустимость разглашения данных предварительного следствия, а предварительного расследования. С первого взгляда это должно было быть обосновано различием терминов досудебное производство, предварительное следствие, дознание, однако по проекту Кодекса:

- досудебное производство - это процедура, проводимая публичными участниками производства в пределах их компетенции,

- предварительное расследование - это деятельность, осуществляемая следователем в пределах его компетенции в связи с предполагаемым преступлением,

- дознание - это деятельность, осуществляемая органом дознания в ходе предварительного расследования и помогающая ему, которая включает проведение конфиденциальных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий.

То есть, по проекту Кодекса также понятие досудебного производства шире, чем понятие предварительного расследования.

Изучение уголовно-процессуального законодательства зарубежных стран также показывает, что правовое регулирование в этом вопросе является неполным. В частности, статья 121 Уголовно-процессуального кодекса Украины предусматривает недопустимость разглашения досудебного следствия, в тех условиях, когда уголовно-процессуальным законодательством Украины предусмотрено также дознание, которое не входит в состав досудебного следствия. Терминологически такая же ситуация и с регулировками Уголовно-процессуального кодекса Казахстана (статья 201).

Статьей 161 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации с изменениями 2017 года дознание тоже включено под недопустимость разглашения данных предварительного расследования, однако выведена стадия решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

Статья 212 Уголовно-процессуального кодекса Молдовы предусматривает конфиденциальность уголовного преследования, исключая дознание (уголовно-процессуальным законодательством Молдовы дознание называется

офицерство).

В подобных условиях целесообразно изменить статью 201 Кодекса с тем расчетом, чтобы, во-первых, статья называлась «недопустимость разглашения данных досудебного уголовного производства», во-вторых, в содержании формулировка «данные предварительного расследования» была заменена формулировкой «данные досудебного уголовного производства».

Следующей проблемой относительно недопустимости разглашения данных предварительного следствия является то, что в статье 201 Кодекса закреплено положение, согласно которому: данные предварительного расследования подлежат разглашению только с разрешения органа, осуществляющего производство по делу. То есть, действующим законодательством *in concreto* не указано, какие данные предварительного расследования являются не подлежащими разглашению. Другими словами, закрепляя требование, по сути, конфиденциальности данных предварительного расследования, законодатель не конкретизирует сведения, которые составляют содержание тайны предварительного расследования.

В уголовно-процессуальной науке нет единого подхода к этому вопросу. И так, по мнению И. Л. Петрухина Уголовно-процессуальный кодекс РФ содержит те основания, при которых судопроизводство осуществляется закрытым, следовательно, необходимо, чтобы законодатель указал также сведения, составляющие тайну предварительного расследования, а не оставлять на усмотрение органа, осуществляющего производство [19 ст. 205].

Сторонниками противоположного подхода являются А. Е. Маслов и С. М. Даровских: последние считают, что не целесообразно уголовно-процессуальным законодательством исчерпывающим образом закреплять те сведения, которые являются тайной предварительного расследования, так как эти сведения разнообразны и в конкретном случае отличаются [18, ст. 101-104, 42].

По мнению Ю. П. Гармаева, если уголовно-правовые и уголовно-процессуальные нормы не раскрывают, какие сведения являются тайной предварительного расследования, то в этом случае следует в качестве тайны предварительного расследования рассматривать любое данное предварительного расследования, вплоть до акта совершения следственных действий [13, ст. 150].

Пытаясь выразить позицию об исчерпывающем закреплении или сохранении усмотрительного правового состояния сведений, составляющих тайну предварительного

расследования, следует обратиться также к международному правовому опыту.

Изучение уголовно-процессуальных законодательств зарубежных стран показывает, что в большинстве случаев избран не исчерпывающий вариант определения тайны предварительного следствия, то есть, оно оставлено на усмотрение органа, осуществляющего производство. В частности, усмотрительная форма предусмотрена уголовно-процессуальными кодексами России, Украины, Грузии, Казахстана, Молдовы, Узбекистана.

На наш взгляд, предоставление слишком широкого усмотрения органу, осуществляющему производство, для определения объема тайны предварительного следствия, может являться серьезной угрозой для обеспечения принципа правовой определенности. Одновременно считаем, что невозможно исчерпывающим образом установить исчерпывающий или примерный перечень сведений, составляющих тайну предварительного расследования. Согласно части 2 статьи 186 проекта Кодекса: «2. Разглашение данных предварительного расследования запрещено, если это может:

- 1) препятствовать нормальному ходу досудебного производства;
- 2) стать причиной совершения преступления;
- 3) подвергать опасности права или законные интересы участников процесса или других лиц;
- 4) привести к разглашению охраняемой законом тайны».

Из анализа вышеуказанной статьи следует, что проект, по сути, закрепил основания-последствия запрета на разглашение данных предварительного расследования. Говоря иначе, перечислен не исчерпывающий перечень сведений, содержащих тайну, а предполагаемые последствия, которые могут возникнуть в случае разглашения того или иного сведения. Причем, в данном случае также избран усмотрительный метод правового урегулирования, так как в конце концов орган, осуществляющий производство, будет оценивать сведения, в случае разглашения которого могут наступить закрепленные в проекте последствия. Тот же метод правового регулирования предусмотрен также в статье 214 Уголовно-процессуального кодекса Эстонии. Тем не менее, закрепление оснований-последствий определенно может сдерживать усмотрение органа, осуществляющего производство, с точки зрения предотвращения произвольного подхода.

Полагаем, что, следуя правовому регулированию относительно государственной тайны, можно определить перечень сведений, не

являющихся тайной предварительного расследования, который может стать противовесом широкому усмотрению органа, осуществляющего производство. В частности, уголовно-процессуальным законом можно установить, что тайну предварительного следствия не содержат следующие сведения:

- о факте возбуждения уголовного дела,
- о следственной подведомственности, объединении или разделении дел,
- о наименовании следственного органа, осуществляющего производство, личности следователя, следователей следственной группы,
- о месте, времени и факте производства следственных и процессуальных действий,
- о вызове (извещении) лица для участия в производстве допроса или иного следственного действия,
- о процессуальных сроках,
- о процессуальном статусе лица,
- о фактическом основании обвинения, если они не являются сведениями, предусмотренными частью 2 статьи 186 проекта Кодекса,
- о правовой основе обвинения,
- о факте избрания и виде меры пресечения,
- о задержании, применении других мер процессуального принуждения,
- о позиции подозреваемого или обвиняемого относительно подозрения или обвинения,
- о причиненном преступлением ущербе, факте возбуждения гражданского иска и цене иска,
- о нарушении физической и (или) психической неприкосновенности частных участников процесса, других случаях незаконности в отношении них,
- о нарушениях, сопровождающих расследование.

По нашему мнению:

1) Разглашение перечисленных сведений не может привести к возникновению последствий, предусмотренных частью 2 статьи 186 проекта Кодекса,

2) предлагаемый перечень будет являться законным противовесом установления органом, осуществляющим производство, произвольного объема сведений в каждом случае,

3) защита сведений, составляющих тайну предварительного расследования, будет сохранять свою гибкость.

Кроме того, уголовно-процессуальная норма недопустимости разглашения данных предварительного следствия в перечне предупреждаемых участников процесса не отмечает подозреваемого и обвиняемого, однако из анализа предусматривающей ответственность уголовно-правовой нормы очевидно, что последние также являются субъектом данного преступления. На

наш взгляд, такой подход неприемлем с точки зрения ценностей демократического общества - защиты прав человека, так как он прямо противоречит праву обвиняемого на защиту.

Тайна предварительного расследования – одна из охраняемых законом тайн, которая также берет на себя роль средства уголовно-процессуальной защиты других охраняемых законом тайн. Ярким проявлением этого утверждения является положение статьи 186 проекта Кодекса о том, что разглашение данных предварительного следствия запрещается, если это, в числе прочего, может привести к разглашению охраняемой законом тайны.

Обращаясь к европейским критериям относительно тайны предварительного следствия, следует подчеркнуть, что они нашли место в консультативных документах органов Совета Европы и решениях Европейского суда. Следует отметить, что указанные документы в большей степени касаются прав журналистов и пределов допустимости освещения ими обстоятельств уголовного производства.

Необходимо процитировать наблюдение Защитника прав человека РА по части применения рекомендаций и европейских критериев: по наблюдению последнего нарушения требования о соблюдении презумпции невиновности средствами массовой информации, в том числе, другими телеканалами несут распространенный характер. Это тревожное явление, и необходимо проводить систематическую и целенаправленную работу по его устранению [32].

Соблюдение представленных критериев необходимо для обеспечения баланса статей 8 и 10 Европейской конвенции в демократическом обществе, так как Республика Армения, как государство, ратифицировавшее Европейскую конвенцию, прежде всего обязана сбалансировать эти два права, не допуская непропорционального доминирования, во-вторых, имеет право в рамках своего усмотрения выбирать те средства, которыми обеспечит позитивные и негативные обязательства.

Свидетельский иммунитет - как уголовно-процессуальное средство защиты охраняемой законом тайны. Свидетельский иммунитет известен юриспруденции еще с римского права [24, ст. 26] и сегодня он нашел свое отражение в уголовно-процессуальных кодексах многих государств. Конечно, с точки зрения терминологии Кодекс использует не слова свидетельский иммунитет или неприкосновенность, а «быть свободным от обязанности давать показания». Иная ситуация в уголовно-процессуальных кодексах зарубежных стран, в частности, Уголовно-процессуальный

кодекс РФ использует и «свидетельский иммунитет» (пункт 40 статьи 5 Уголовно-процессуального кодекса РФ) и «быть свободным от обязанности давать показания» (статья 56 того же кодекса). Интересно то, что в связи со свидетельским иммунитетом Конституционный суд РФ вынес постановление с подходом формальной теории конфиденциальности. В частности, Конституционный суд РФ, рассмотрев запрет допроса присяжных, посчитал, что в том случае, когда сторона защиты предъявляет мотивированное ходатайство о том, что была нарушена конфиденциальность совещания, то суд может в качестве свидетеля пригласить и допросить присяжных, не нарушая конфиденциальность совещания. [22]

Принятый в 2014 году Уголовно-процессуальный кодекс Казахстана использует «свидетельский иммунитет» и «свидетельская льгота» (глава 57 Уголовно-процессуального кодекса Казахстана посвящена особенностям уголовного преследования лиц, обладающих льготами и иммунитетами), а также «быть свободным от обязанности давать показания» (статья 28 того же кодекса). Причем, автономное применение терминов «свидетельский иммунитет» и «свидетельская льгота» приходит из законодательства США [12, ст. 181].

Свидетельский иммунитет - как запрет на дачу показаний, был определен как самостоятельное средство обеспечения тайны в уголовном судопроизводстве [17, ст. 151].

Теория права уголовного процесса, в связи с волеизъявлением лица, обладающего свидетельским иммунитетом, различает два вида иммунитета свидетеля - императивный и диспозитивный. Императивным иммунитетом наделены лица, которые обязаны, исходя из профессиональных или служебных обязанностей, держать некоторые тайны, а диспозитивным иммунитетом наделены лица, которые могут отказаться от дачи показаний (например, свидетель может отказаться от дачи показаний против себя, своего супруга /своей супруги/ или близких родственников, если разумно полагает, что в дальнейшем это может быть использовано против него или них) [27, ст. 186].

Исходя из целей настоящей работы, изучения заслуживает только императивный вид иммунитета, так как он напрямую касается сферы охраняемых законом тайн.

Освобождение от обязанности давать показания является одним из конституционно-правовых оснований, которое в уголовном судопроизводстве выделено как самостоятельный принцип, вытекающий из логики, которая применима практически ко всем стадиям

уголовного судопроизводства, поскольку напрямую связана с доказательственным процессом как в досудебном, так и в судебном производствах. [33, ст. 76]

Как уже упоминалось, освобождение от обязанности давать показания предусмотрено статьей 20 Кодекса в качестве принципа, пункты 1 и 2 которого относятся к диспозитивному иммунитету, а 3-ем пункте отмечается, что могут быть предусмотрены и другие случаи освобождения от обязанности давать показания или предоставление информации, то есть императивный иммунитет, предусмотренный статьей 86 Кодекса.

Основные уголовно-процессуальные средства защиты охраняемой законом тайны закреплены в Кодексе, однако в отдельных случаях встречаются также уголовно-процессуальные средства защиты охраняемой законом тайны, закрепленные в других законах, в частности, речь идет о том же свидетельском иммунитете.

Указанная статья, наделяя неприкосновенностью свидетельства адвокатов, исповедников и Защитника прав человека, является уголовно-процессуальным средством защиты конфиденциальности адвокатской тайны, тайны исповеди и личного разговора с Защитником прав человека. Однако Кодексом не предусмотрен свидетельский иммунитет сотрудников банков, страховых компаний, журналистов.

Фактически, имеется ситуация, когда иммунитет к даче показаний, определенный другими нормативно-правовыми актами, вне Уголовно-процессуального кодекса, оказывается под угрозой и создает очень тревожные риски с точки зрения защиты охраняемой законом тайны. В частности, органы предварительного расследования могут обойти процессуальный порядок получения охраняемой законом тайны и показаниями указанных лиц [6, ст. 8-24] получить сведения, являющиеся охраняемой законом тайной.

Логика законодателя здесь непонятна, поскольку наделяет адвоката и защитника прав человека свидетельским иммунитетом законом РА «Об адвокатуре», конституционным законом РА «О защитнике прав человека» и Кодексом, то есть, одновременно 2 нормативно-правовыми актами, а других лиц, имеющих отношение к ограниченной информации, выпускает из уголовно-процессуального поля.

Дело в том, что статья 65 Конституции РА гласит, что законом могут быть предусмотрены и другие случаи освобождения от обязанности давать показания. Статья 20 Кодекса гласит, что настоящим Кодексом могут быть предусмотрены и другие случаи освобождения от

обязанности давать свидетельства и сообщать сведения. Получается, что конституционная норма считает приемлемым закрепление свидетельского иммунитета в других законах, а уголовно-процессуальная норма требует, чтобы это было прямо предусмотрено Уголовно-процессуальным кодексом. В подобных условиях можно констатировать, что имеется коллизия норм нормативно-правовых актов, которая в силу статьи 40 закона «О нормативно-правовых актах» должна решаться в пользу конституционной нормы, так как в случае коллизий между нормативно-правовыми актами должна применяться норма нормативно-правового акта, имеющего более высокую юридическую силу.

В создавшейся правовой ситуации можно предложить два решения:

- основным временным правовым средством решения правовой коллизии должно выступать признание утратившим силу положения нормативно-правового акта (часть 3 статьи 20 Кодекса), либо

- включение всех лиц, обладающих свидетельским иммунитетом, в Уголовно-процессуальный кодекс, чтобы не ставить под угрозу защиту охраняемой законом тайны.

Еще одно важное наблюдение, касающееся расширения круга лиц, обладающих свидетельским иммунитетом: речь идет о вопросе освобождения «профессиональных помощников» от обязанности дачи показаний. В частности, изученные применением сравнительного метода уголовно-процессуальные законодательства европейских стран, в отличие от уголовно-процессуальных законодательств стран СНГ, предусматривают, что от обязанности дачи показаний освобождены не только субъекты профессиональной тайны - адвокаты, нотариусы, врачи, а также помощники последних.

Итак, статья 53 Уголовно-процессуального кодекса Германии названа «Отказ от дачи показаний по профессиональным причинам» (*Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsgeheimnisträger*), где свидетельски иммунитетом наделены следующие лица: исповедник, защитник, адвокат, патентные доверители, нотариусы, аудиторы, присяжные бухгалтеры-проверяющие, налоговые консультанты, врачи, стоматологи, психологи, сотрудники аптек, акушеры. Статья 53а того же кодекса предусматривает право отказа от дачи показаний помощников указанных в статье 53 лиц. Практически те же регулирования предусмотрены также в статьях 170-173 Уголовно-процессуального кодекса Швейцарии.

Законом РА «Об адвокатуре» предусмотрен статус помощника адвоката, который с некоторыми исключениями приравнен к статусу адвоката, а законом РА «О нотариате» предусмотрен статус помощника нотариуса.

В контексте вышеизложенного, учитывая обстоятельство, что с адвокатскими и нотариальными тайнами прямое отношение имеют также помощники адвокатов и нотариусов, которые прямо предусмотрены законодательством РА, предлагаем закрепить в Кодексе, что в качестве свидетеля не могут быть вызваны и допрошены также помощники адвокатов и нотариусов. В противном случае защита адвокатской и нотариальной тайн лишается смысла.

Процессуальный порядок получения охраняемой законом тайны - как уголовно-процессуальное средство защиты тайны. Под процессуальным порядком получения охраняемой законом тайны следует понимать неукоснительное соблюдение процессуальных условий и гарантий, в случае чего только можно получить охраняемые законом тайны.

Охраняемая законом тайна в ходе расследования уголовного дела получается в результате различных следственных действий, следовательно важно соблюдение процессуальных условий и гарантий органами предварительного расследования.

В качестве гарантий-условий получения охраняемой законом тайны выступают следующие:

- 1) Наличие постановления суда для получения охраняемой законом тайны,
- 2) получение сведений, составляющих тайну, только о лицах, привлеченных в качестве подозреваемого или обвиняемого.

Теперь по отдельности рассмотрим гарантия-условия:

Первое: наличие постановления суда как гарантия-условие получения охраняемой законом тайны включается в механизмы судебного надзора за досудебным производством.

Судебный надзор за действиями органов досудебного расследования осуществляется в разных формах, однако наиболее часто встречается предварительный или дальнейший (*post hoc*) судебный надзор. Предварительный судебный надзор имеет некоторые преимущества, так как заставляет орган, осуществляющий производство, «выходить из своих рамок» и убеждать независимую инстанцию о необходимости проведения того или иного мероприятия [9].

Итак, получение некоторых охраняемых законом тайн включается в предмет предварительного судебного надзора, то есть, орган, осуществляющий досудебное производство,

должен обеспечивать вынесенное им постановление разрешением суда. Согласно статье 279 Кодекса, по постановлению суда производятся обыск жилища, а также следственные действия, связанные с ограничением тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также обыски и выемки для получения сведений, составляющих банковскую, страховую, нотариальную тайну.

Можно предположить, что данной статьей предусмотрен исчерпывающий перечень относительно следственных действиях по получению тайн, составляющих предмет судебного надзора, между тем Кодекс предусматривает также судебный порядок получения других тайн, который не включен в список. В частности, постановлением суда сопровождается получение кредитной информации или кредитной истории (часть 3.3 статьи 172 Кодекса) и отношения, связанные с обязыванием осуществляющего информационную деятельность, а также журналиста раскрыть источник информации (Статья 16 Кодекса, статья 5 закона РА «О массовой информации»).

Как видно из вышеизложенного, границы предварительного судебного контроля в Кодексе закреплены исчерпывающим образом, перечислением следственных и процессуальных действий, направленных на получение охраняемых законом тайн, которые должны проводиться с разрешения суда. Однако охраняемые законом тайны, не включенные в предмет предварительного судебного надзора, автоматически оказались под дальнейшим или ревизионным судебным контролем. Например, лица, которых орган, осуществляющий уголовное производство, предлагает в соответствии с положениями Кодекса сообщать или представлять сведения, содержащие охраняемые законом тайну, не могут ссылаясь на необходимость хранения служебной, коммерческой или другой охраняемой законом тайны, отказаться от выполнения этого требования, однако имеют право предварительно получать от суда, прокурора, следователя, органа дознания разъяснение, подтверждающее необходимость получения ими указанных сведений, подлежащее отражению в протоколе соответствующего следственного или процессуального действия.

В случае, если лицо желает обжаловать вопрос о неправомерности получения служебной, коммерческой и другой охраняемой законом тайны, последнее будет пользоваться механизмами либо дальнейшего, либо

ревизионного судебного надзора: по большому счету оба механизма *ex post factum* обращаются к уже совершенному действию. Причем, кажется невозможным четко разделить, в каких случаях лицо для защиты своих нарушенных прав должен обращаться к дальнейшей (статья 290 Кодекса) или ревизионного судебного надзора.

Считаем, что из этих двух механизмов предпочтение следует отдать дальнейшему судебному надзору, что также созвучно с позицией Европейского суда. Европейский суд признал нарушением статьи 8 Европейской конвенции отсутствие механизма обжалования следственного действия, осуществленного досудебным органом непосредственно в ретроспективном порядке. [7]

Однако вопрос другой, когда совершается выбор между предварительным и дальнейшим судебными надзорами за ограничением права на конфиденциальность. В этой связи мы хотели бы с озабоченностью констатировать, что законодатель предварительным судебным контролем наделил некоторые виды тайн, пропустив сведения, являющиеся коммерческой, врачебной или аудиторской тайной.

Считаем, что с позиции обеспечения реальной защиты охраняемых законом тайн получение сведений, являющихся коммерческой, врачебной и аудиторской тайной также должно сопровождаться предварительным судебным надзором, так как в этом случае, когда *ex post factum* оспаривается вопрос о правомерности получения тайны, если даже оно было не правомерным, то по сути тайна уже раскрыта и дальнейший судебный надзор не в силах предотвратить утрату тайн. В этом плане примечательная позиция Европейского суда в том, что дальнейший надзор не может восстановить журналистскую тайну. [10] В целом можно констатировать, что предварительным судебным надзором должны быть наделены все следственные и процессуальные действия, с помощью которых получают «частные» тайны, в противном случае просто имеем дело с формальной теорией конфиденциальности и формальной защитой тайны.

Особый интерес представляют те ситуации, когда в ходе обыска, производимого с целью нахождения и изъятия совершенно других предметов, ценностей или документов постановлением органа предварительного расследования, обнаруживаются документы, содержащие охраняемую законом тайну. Считаем, что в подобных случаях документы, содержащие охраняемую законом тайну, обыском могут быть изъяты в двух случаях:

1) если эти документы явно имеют отношение к делу и могут иметь значение для дела,

2) если эти документы содержат сведения о преступлениях.

В любом случае после изъятия этих документов содержащаяся в них тайна должна быть раскрыта исключительно на основании постановления суда.

Конечно, наша подобная позиция направлена, с одной стороны, на обеспечение защиты тайны, а с другой стороны, на обеспечение процессуальной формы получения сведений, содержащих тайну, так как в противном случае приобретенное доказательство не будет являться допустимым доказательством в уголовно-процессуальном смысле.

Второе. второй гарантией-условием является получение составляющих тайну сведений только о лицах, привлеченных в качестве подозреваемого или обвиняемого. Настоящая гарантия-условие по сути предусматривает субъектное ограничение в том, что будет ограничено право на конфиденциальность лиц, обладающих процессуальным статусом, иными совами, чтобы обеспечить, в числе прочих, также принцип правовой определенности.

Субъектное ограничение отрицательно оценивается некоторыми авторами. Итак, по подходу А. Даниеляна, исходя из необходимости исключения неуместных ограничений публичного интереса, подобное субъектное ограничение не оправдано [29, ст. 155-156]. По мнению Багдасаряна Г. и Оганнисяна К., сужение круга банковской тайны по субъекту должно быть оправданным. Проще, необходимо четкое объяснение, почему не возможно с целью раскрытия преступлений получать сведения, составляющие банковскую тайну лиц, не являющихся подозреваемым или обвиняемым, однако так или иначе причастным к механизму преступления, в том числе потерпевшего, почему частный интерес защиты банковской тайны именно таким образом балансирует публичный интерес раскрытия преступлений, в том числе коррупционных преступлений [28, ст. 45].

Следует подчеркнуть, что в уголовно-процессуальных законодательствах зарубежных стран также не имеется требования о получении сведений, составляющих тайну лица, являющегося только подозреваемым или обвиняемым, однако то, что предусмотренные в Кодексе подобного условия-гарантии однозначно повышает уровень защиты охраняемых законом тайн, думаем, бесспорно.

Что касается вопроса, что гарантия-условие субъектного ограничения получения тайны придает неуместное преобладание над публичным интересом, то здесь необходимо различать предоставление тайны органу уголовного преследования и предоставление тайны суду.

Являющаяся предметом спора гарантия-условие касается получения тайны только органами уголовного преследования, однако в ходе судебного разбирательства суд не лишен возможности получения составляющих тайну сведений какого-либо лица по ходатайству стороны. Подобные нормы предусмотрены в законе РА «О банковской тайне», законе РА «о страховании и страховой деятельности» и т.д. Однако в правоприменительной практике часто суды применяют требование о привлечении в качестве подозреваемого или обвиняемого также в ходе судебного разбирательства.

Итак, в ходе судебного разбирательства по уголовному делу номер 84100614 защитник предъявил ходатайство в суд первой инстанции общей юрисдикции города Ереван для получения сведения, составляющего банковскую тайну относительно свидетеля по уголовному делу, однако суд отклонил ходатайство с тем обоснованием, что частью 3.2 статьи 172 Кодекса четко установлен круг лиц, относительно которых на основании постановления суда могут быть получены сведения, составляющие банковскую тайну, таковыми являются лица, привлеченные в качестве подозреваемого или обвиняемого. Апелляционный суд в свою очередь пришел к выводу, что постановление об отклонении ходатайства является законным и обоснованным. [23]

Конституционный суд своим постановлением от 18-го июня 2020 года номер СДО-1546 обращаясь к субъектному ограничению получения банковской тайны, в обобщенном порядке констатировал, что неопределенность субъектного состава носителей основного права неприкосновенности частной жизни приводят к отсутствию предметных оснований ограничения и противоречат принципу определенности, закрепленному в статье 79 Конституции, а тем самым также принципу соразмерности, закрепленному в статье 78 Конституции, по части пригодности законодательно избранного средства. [20]

Таким образом, можно констатировать, что вынесением подобного постановления Конституционный суд, по сути, ответил на крайне важный вопрос, волнующий

юридическую общественность, и что самое главное, в пользу частного интереса.

Закрытое судебное заседание - как средство защиты охраняемой законом тайны. Законодатель, установив средства защиты охраняемых законом тайн, должен учитывать то обстоятельство, что ими не должны несоразмерно ограничиваться права и свободы человека. О дуалистическом характере уголовного судопроизводства говорит закрепление положений о публичности судебного производства и обеспечении тайны. С одной стороны, оно регулирует доступность данных о ходе и результатах уголовного процесса для участников судебного процесса и общественности, с другой стороны имеет ограничительную роль, в связи с необходимостью хранения другой охраняемой законом тайны, а также других конституционно важных ценностей. [16, ст. 187]

С точки зрения защиты охраняемой законом тайны особого внимания заслуживает часть 10 статьи 11 указанного конституционного закона, согласно которому: на официальном сайте судебной власти судебные акты, содержащие данные о личной жизни, биометрические и персональные данные особой категории, персональные данные ребенка, публикуются только в обезличенном порядке. Высший судебный совет может устанавливать другие случаи обезличивания персональных данных. Порядок обезличивания устанавливает Высший судебный совет.

Высший судебный совет, реализуя свои конституционные полномочия, постановлением от 27-го сентября 2018 года номер БДХ-40-ВО-105, установил порядок обезличивания персональных данных в судебных актах, публикуемых на официальном сайте судебной власти, и другие случаи обезличивания персональных данных.

Как видно, статья 16 Кодекса в редакции 2006г. более четко регулировал основания и порядок проведения закрытого судебного разбирательства. В дальнейшем - законом ЗР-33-Н от 2010 года часть 2 статьи 16 Кодекса была дополнена четвертым абзацем, который был направлен на закрытом проведении судебного разбирательства по делам о раскрытии журналистского источника.

Затем, законом ЗР-69-Н от 2018 года основания проведения судебного заседания были дополнены и было добавлено проведение закрытого судебного разбирательства по сообщениям о защите интересов несовершеннолетних или правосудия.

Следует отметить, что законодатель избрал

относительно расплывчатые и оценительные понятия для проведения закрытого судебного разбирательства, в каждом случае оставляя место для судебного усмотрения. Этот подход созвучен также с позициями Конституционного суда и Европейского суда, что даже в случае формулировки правовой нормы с максимальной четкостью судебное толкование не исключается. Необходимость разъяснения правовых положений и их приведения в соответствие с меняющимися обстоятельствами - развивающимися общественными отношениями всегда присутствовала. Следовательно, определенность и точность законодательного регулирования не могут быть абсолютными - даже недостаточная четкость может быть дополнена комментариями суда [21]. Вышеизложенные подтверждаются также правовыми позициями Европейского суда: в частности, суд посчитал, что хотя в законе определенность крайне желательна, однако это может привести к чрезмерной жесткости, и закон должен уметь приспособляться к меняющимся обстоятельствам. Следовательно, многие законы неизбежно оформляются такими понятиями, которые более или менее неопределенные, и толкование и применение которых являются задачей практики. [3]

В действующей редакции статьи 16 Кодекса указано, что в целях защиты частной жизни, чести и достоинства лиц, участвующих в уголовном процессе, интересов несовершеннолетних и правосудия, а также государственной безопасности, общественного порядка или нравственности, участников процесса или их близких родственников суд по ходатайству участников процесса или по своей инициативе может рассматривать дело или его часть в закрытом судебном заседании. Суд осуществляет рассмотрение в закрытом судебном заседании также в других предусмотренных Кодексом случаях. В частности, к ряду таких случаев относятся следующие положения:

- доказательства, касающиеся интимных сторон частной или семейной жизни, по требованию участвующих в судебном разбирательстве лиц, которым грозит разглашение частной или семейной тайны, исследуются в закрытом, судебном заседании,

- обязательство по не разглашению, данное участником процесса, не препятствует ему ходатайствовать об исследовании сведений, содержащих государственную тайну, в закрытом судебном заседании,

- доказательства о сведениях, содержащих служебную, коммерческую и другую

охраняемую законом тайну, по требованию лиц, которым грозит разглашение указанных сведений, могут быть исследованы в закрытом судебном заседании.

Примечательно, что в части 3 статьи 28 проекта Кодекса указано, что в предусмотренных кодексом случаях проведение закрытого судебного заседания является обязательным. Из изучения проекта Кодекса приходим к выводу, что обязательный случай проведения закрытого судебного заседания касается проведения исследования доказательств, касающихся более деликатных вопросов частной или семейной жизни, в закрыто судебном заседании. Действующим Кодексом обязательного события проведения закрытого судебного разбирательства не предусмотрено.

Таким образом, можно заключить, что в каждом случае при вынесении постановления о проведении закрытого судебного разбирательства в соответствии с требованиями Кодекса, суды должны вынести мотивированное решение о том, в силу каких обстоятельств пришли к выводу о проведении закрытого судебного разбирательства. Дело в том, что часть 5 статьи 16 Кодекса закрепляет, что суд выносит постановление о рассмотрении дела или ее части в закрытом заседании, то есть, не указано требование о мотивировке постановления, что недопустимо при свете решений Европейского суда.

Перечень использованных источников

1. ATF 126 IV 236, пункт 2с/аа, ст. 245.
2. **Bédât v. Switzerland** по делу 26.03.2016г. решение, жалоба 56925/08, пункт 22.
3. **Busuioc v. Moldova** по делу 21.12.2004г. решение, жалоба 61513/00 пункт 52.
4. **Gérard Piquerez**, Procédure pénale suisse: manuel, 2nd ed., 2007, no. 849, ст. 559.
5. **Hauser, Schweri, Hartmann**, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6th ed., 2005, § 52, no. 6, ст. 235.
6. Lücken im Schutz von Berufsgeheimnisträgern (§ 53 StPO) vor staatlichen Eingriffen, WD 7 - 328/06, ст. 8-24.
7. **Modestou v. Greece** по делу 16.03.2017г. решение, жалоба 51693/13, пункт 52.
8. S. Gluščić Protecting witnesses of serious crime: training manual for law enforcement and judiciary (International Law) /Council Of Europe publishing, Strasbourg/, 2006 ст. 312.
9. **Szabó and Vissy v. Hungary** по делу 12.01.2016г. решение, жалоба 37138/14, пункт 195, 204.
10. **Telegraaf media Nederland Landelijke media b.v. and others v. The Netherlands** по делу 22.11.2012 г. решение, жалоба 39315/06, пункт 101.
11. **Власова Н.А.** Обеспечение тайны предварительного расследования // Вестник Московского университета МВД России. – 2016. – № 3. – ст. 148.
12. **Волосова Н.Ю.** Уголовно-процессуальный институт свидетельского иммунитета: теория, законодательное регулирование и практика: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.09, Москва, 2015. Ст. 181.
13. **Гармаев Ю.П.** Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве. Иркутск: ИПКПР ГП РФ. – 2005. – ст. 150.
14. **Евсеев В.Е.** Тайна в досудебных стадиях уголовного процесса: дис. канд. юрид. наук. Краснодар, 2016, Ст. 56.
15. **Евсеев В.Е.** указ. соч., Ст. 68.
16. **Колосович М.С.** Процессуальные средства обеспечения гласности и тайны в уголовном судопроизводстве: концептуальные основы: диссертация ... доктора Юридических наук: 12.00.09 / [Место защиты: ФГКОУ ВО «Волгоградская академия Министерства внутренних дел Российской Федерации»], 2020, ст. 187.
17. **Колосович М.С.** Процессуальные средства обеспечения гласности и тайны в уголовном судопроизводстве: концептуальные основы: диссертация ... доктора Юридических наук: 12.00.09 / [Место защиты: ФГКОУ ВО «Волгоградская академия Министерства внутренних дел Российской Федерации»], 2020, ст. 151.
18. **Маслов А.Е.** указ. соч. ст. 101-104, Даровских С.М. К вопросу о недопустимости разглашения данных предварительного расследования как способе обеспечения безопасности граждан // Вестник УрФО. Безопасность в информационной сфере. – 2014. – № 2 (12). – ст. 42.
19. **Петрухин И. Л.** Личные тайны (человек и власть). М., 1998 ст. 205.
20. Постановление Конституционного суда РФ от 18.06.2020г. N УЧН-1546.
21. Постановление Конституционного Суда РФ от 02.04.2019г. N УЧН-1452.
22. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июля 2020 г. N 33-П "по делу о проверке конституционности пункта 1 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации".
23. Постановления N ЁУЧ/0014/01/17 по делу Суда общей юрисдикции первой инстанции города Еревана от 20.02.2018г. и Апелляционного суда от 07.04.2018г.
24. **Салогубова Е.**, Римский гражданский процесс Изд.: Городец, 2018. ст.108, Волосова Н.Ю. Эволюция положений свидетельского иммунитета в законодательстве зарубежных стран // Вестник ОГУ. 2012. №3 (139)ст. 26.
25. **Семенов В.А.** О недопустимости разглашения данных досудебного производства // В сб.: Вопросы правовой теории и практики. Сборник научных трудов. – Омск, 2016. – ст. 134.

26. Федеральный суд Швейцарии N ATF 126 IV 236, постановление 2a пункт, ст. 242 и 2с/аа пункт, ст. 244.
27. **Хромых Ю.В.** Понятие и виды свидетельского иммунитета // Сибирские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения. 2015. №1 (7). Ст. 186.
28. **Բաղդասարյան, Գ. Հովհաննիսյան, Կ.**// Արդարադատության ակադեմիայի բանր N 2(2) 2019, Ե. 45.
29. **Գանիեյան Ա.Կ.** Մինչդատական վարույթի նկատմամբ նախնական դատական վերահսկողության հիմնահարցերը ՀՀ քրեական դատավարությունում. գիտ. թեկն. ատեն. 2019, ԵՊՀ, Ե. 155-156.
30. **Աղայան, Էդ. Բ.** Արդի հայերենի բացատրական բառարան, հատոր 1, Երևան, Հայաստան, 1976, Ե. 1015.
31. Հայաստանի Հանրապետության քրեական դատավարություն: Հատուկ մաս / Ղազինյան Գ.Ս. և ուրիշ.- 4-րդ հրատարակություն, լրացումներով և փոփոխություններով.- Եր.: ԵՊՀ հրատ., 2019, Ե. 50.
32. ՄԻՊ իրավական դիրքորոշումը ՀԶԾ-ի տեղեկությունների հիման վրա Հանրային հեռուստաընկերության տեսանյութի վերաբերյալ (www.ombuds.am/am/site/ViewNews/1053).
33. **Դիրանդյան, Ս.Ա.** Ցուցմունք տալու պարտականությունից ազատ լինելը որպես քրեական դատավարության սահմանադրաիրավական հիմք «Բանր Երևանի համալսարանի. Իրավագիտություն», Երևան, 2016 № 2 (20), Ե. 76.

*Տժանա/Հանձնվել է՝ 0403.2021
 Рецензирована/Գրախոսվել է՝ 12.03.2021
 Принята/Ընդունվել է՝ 20.01.2021*