DOI: 10.33498/louu-2022-09-073

Ольга Кулініч

докторка юридичних наук, доцентка,
професорка кафедри інтелектуальної власності
та інформаційного права
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-1337-8494
kulinich.olha@gmail.com

Олександр Салазський

керуючий партнер
адвокатського об'єднання "Бона Фідес"
(Київ, Україна)
ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-2147-1189
salazskyi@aabonafides.com.ua

УДК 347.124

НЕДОСКОНАЛІСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЯК ПЕРЕДУМОВА ДЛЯ ЗЛОВЖИВАННЯ (НА ПРИКЛАДІ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН)

Анотація. Дослідження питань зловживання правами є одними з актуальних у теорії права, адже сфери правовідносин, у яких проявляються зловживання, є досить різноманітними. Передумови та причини виникнення такого правового явища в інформаційних правовідносинах становить інтерес, зокрема, у процесі розгляду так званих "санкційних справ", коли щодо окремих юридичних і фізичних осіб запроваджуються спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи.

Метою статті є виявлення передумов виникнення такого правового явища, як зловживання правом, на прикладі здійснення особами своїх прав у сфері інформаційних відносин і надання рекомендацій щодо усунення таких передумов.

Аналізується правова природа та зміст категорії "суб'єктивне право" як міри свободи й можливої поведінки, яка є характерною для суб'єктів приватного права та приватних правовідносин. До державних органів більш коректним є застосування терміна "повноваження". Наявність так званих дискреційних повноважень є найбільш подібною категорією до категорії суб'єктивного права, оскільки містить свободу вибору варіантів поведінки. Можливість зловживання правом міститься у самій природі приватного права та змісті суб'єктивного права й природі дискреційних повноважень. На прикладі розгляду категорії справ щодо оскарження застосованих указами Президента України санкцій наочно ілюструється недоско-

© Ольга Кулініч, Олександр Салазський, 2022

наліть правового регулювання відносин щодо віднесення відомостей до категорії інформації з обмеженим доступом. На прикладі відомостей досудового розслідування показується абстрактність правового регулювання щодо переліку відомостей, які є відомостями досудового розслідування та одночасно можуть бути інформацією, що відноситься до державної таємниці.

Робиться висновок, що абстрактність формулювань закону надає державним органам широкі можливості до зловживання своїми дискреційними повноваженнями у частині безпідставного розповсюдження грифу державної таємниці на документи, що мають бути доказами в адміністративній справі лише з метою затягування розгляду справи. Надаються рекомендації щодо удосконалення діючого правового регулювання та розширення переліку відомостей, які не можуть бути державною таємницею завдяки відомостям щодо суті правопорушення та правових норм, які були порушені суб'єктом, до якого держава застосовує будь-які заходи примусу. Надається тлумачення приписів Кодексу адміністративного судочинства України та Закону України "Про державну таємницю". Обґрунтовується пріоритет дії приписів Кодексу адміністративного судочинства України перед приписами Закону України "Про державну таємницю" за правилом *lex posterior derogate priori* у частині можливості сторони судового процесу мати доступ до відомостей, що містять державну таємницю та є доказами у справі.

Ключові слова: зловживання правом; інформаційні відносини; інформація з обмеженим доступом; дискреційні повноваження; суб'єктивне право.

Кваліфікація дій особи як зловживання правом без перебільшення є однією з найскладніших теоретичних і практичних проблем. Існує чимало досліджень радянського та сучасного періодів щодо аналізу сутності такого явища, як зловживання правом, ознак цього явища, надання на підставі, його характерних ознак визначення поняттю "зловживання правом", засобів впливу на осіб, що зловживають своїми суб'єктивними правами. Водночас окремим дослідженням підлягають передумови виникнення такого явища, як зловживання правом. Отже, виявлення та аналіз передумов і причин виникнення такого правового явища, як зловживання правом, є актуальною темою дослідження.

Питаннями вивчення різних аспектів категорії "зловживання правом" у різні роки займалися, зокрема: М. Агарков, В. Грибанов, С. Зайцева, О. Маліновський, О. Кот, М. Стефанчук, С. Радченко, К. Скловський та інші автори.

Метою дослідження є виявлення передумов виникнення такого правового явища, як "зловживання правом", на прикладі здійснення особами своїх прав у межах інформаційних відносин і надання рекомендацій щодо усунення таких передумов.

Етимологія словосполучення "зловживання правом" дає підстави для висновку, що кваліфікація дій особи як зловживання правом можлива лише за наявності в особи суб'єктивного права та ситуації реалізації цього права у рамках конкретних правовідносин. Наведений висновок

www.pravoua.com.ua

підтверджується і положеннями чинного законодавства. Правовому регулюванню інституту "зловживання правом" присвячена ст. 13 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)[1]. Аналіз назви ст. 13 ЦК України ("Межі здійснення цивільних прав") і зміст самої статті дає підстави до беззаперечного висновку, що законодавець безпосередньо пов'язує можливість особи зловживати своїм правом із наявністю у такої особи суб'єктивного права. Закріплена законодавцем конструкція є безпосереднім втіленням результатів наукового дослідження В. Грибанова, і розуміння зловживання правом як особливого типу цивільного правопорушення, яке вчиняється уповноваженою особою в процесі здійснення належного їй права, пов'язаного із використанням недозволених конкретних форм у рамках дозволеного їй законом загального типу поведінки[2]. Необхідність наявності в особи суб'єктивного права є, мабуть, єдиним питанням, яке викликає одностайність у всіх дослідників категорії "зловживання правом".

Отже, першим необхідним для кваліфікації дій особи як зловживання правом елементом є наявність у неї суб'єктивного цивільного права. Не вдаючись у дискусію щодо визначення поняття "суб'єктивне право", зауважимо лише, що автори є прихильниками класичного визначення поняття "суб'єктивне право" як міри можливої поведінки уповноваженої особи, що забезпечується державним примусом. Саме такий підхід розуміння суб'єктивного права як міри можливої поведінки найкраще ілюструє природу приватного права взагалі та цивільного права зокрема. У зв'язку із цим деякі науковці навіть наводять визначення поняття "суб'єктивне право" через категорію свободи[3]. Враховуючи припис ч. 1 ст. 12 ЦК України (особа здійснює права вільно, на власний розсуд)[4], можна стверджувати, що здійснення особою свого суб'єктивного права є реалізацією наданої цивільним правом свободи в межах відомого принципу "дозволено все, що не заборонено законом" та є найкращою ілюстрацією такого методу правового регулювання, як диспозитивність. Зі свого боку наведена особливість суб'єктивного права притаманна лише приватноправовим відносинам. Незважаючи на те, що у вітчизняній літературі з теорії держави і права категорії "суб'єктивне право" було історично надано універсального значення, та розповсюджено цю категорію на правовідносини в усіх галузях права, слід все ж таки погодитись із думкою, що категорія суб'єктивного права як міра можли-

[1] Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 01.06.2022).
[2] В Грибанов, *Пределы осуществления и защиты гражданских прав* (Российское право 1992) 63.
[3] О Кот, *Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики* (Алерта 2017) 9–48.
[4] Цивільний кодекс України (н 1).

вої поведінки (або як свобода поведінки) притаманна лише приватноправовим відносинам.

Натомість до так званих вертикальних правовідносин, що засновані на принципі підпорядкованості однієї сторони іншій, більш вдалою категорією є категорія повноваження. З огляду на наведене, до правомочностей держави як суб'єкта правовідносин, органи якої виступають у цих конкретних правовідносинах суб'єктами владних повноважень, доцільно використовувати термін "повноваження". Різниця у змістовному навантаженні категорій "суб'єктивне право" і "повноваження" найбільш яскраво ілюструється співвідношенням відомих принципів "дозволено все, що не заборонено законом" та "дозволено лише те, що прямо передбачено законом". У випадку здійснення суб'єктивного цивільного права особа має необмежену кількість варіантів поведінки, які фактично неможливо навіть перерахувати. І межа такого здійснення закінчується законодавчими заборонами, що не досить чітко, але зафіксовані в ч. 1 ст. 12 ЦК України. Найбільш яскравим прикладом необмеженого змісту класичного суб'єктивного права є зміст такого суб'єктивного права, як право власності. Так звана тріада правомочностей власника у вигляді права володіти, користуватися та розпоряджатися майном містить необмежену кількість варіантів поведінки. Крім того, існує думка, що можливості поведінки уповноваженої особи не обмежуються володінням, користуванням і розпорядженням та є ширшими. У випадку наявності повноважень у державного органу чи органу місцевого самоврядування такий суб'єкт має право діяти лише в межах та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України[5]). Водночас, якщо вести мову про категорію зловживання правом, то більшість випадків, що у теорії та практиці наводяться як приклади зловживання особами своїм суб'єктивним правом, стосуються випадків, коли особа має багато форм і варіантів поведінки. У літературі навіть висловлювалася думка, що зловживання правом можливе лише щодо абсолютних права, зокрема права власності, та неможливе щодо відносних прав, оскільки відносні права у більшості випадків чітко врегульовані законом чи договором, тоді як абсолютні права дають особі по суті безмежні варіанти поведінки[6].

Зважаючи на наведене, як це не дивно звучить, але можливість зловживання правом закладена в самій суті приватного права, що орієнтується на диспозитивність і свободу поведінки та в природі самого суб'єктивного права. І навпаки, за загальним правилом, зловживання правом є неможливим у випадку чіткої регламентації варіантів поведін-

[5] Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 01.06.2022).

[6] В Кулаков, *Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России* (Волтер Клувер 2010) 124–8.

www.pravoua.com.ua

ки суб'єкта, зокрема у випадку реалізації своїх можливостей суб'єктом владних повноважень. Однак із цього правила є виняток. Ідеться про так звані дискреційні повноваження. Під дискреційними повноваженнями розуміється можливість суб'єкта владних повноважень приймати конкретні рішення, обираючи на власний розсуд варіанти власної поведінки, дії чи бездіяльності. Як вбачається, дискреційні повноваження є найбільш наближеною категорією до суб'єктивного права. Та як показує практика, держава цілком може здійснювати такі повноваження із зовсім іншою метою. Один із прикладів таких можливостей проявляється у процесі розгляду так званих "санкційних справ" (справ щодо оскарження указів Президента України про введення в дію рішень Ради національної безпеки і оборони України (далі – РНБО) щодо застосування спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)).

У 2014 р. було ухвалено Закон України "Про санкції"[7]. Наведений нормативний акт дозволив державі вводити відносно окремих юридичних і фізичних осіб спеціальні економічні й інші обмежувальні заходи, що отримали назву "санкції", у позасудовому порядку. Закон регулює процедуру застосування санкцій, яка складається із трьох етапів: ініціювання санкцій Службою безпеки України (далі – СБУ) чи іншим державним органом, визначеним законом; прийняття на підставі такого звернення рішення РНБО; введення у дію рішення РНБО через видання Указу Президента України. Наведений механізм почав масово застосовуватися на початку 2021 р. Як наслідок, це призвело до значної кількості судових спорів щодо правомірності введення санкцій. Оскільки предметом оскарження у цій категорії справ є Указ Президента України, наведена категорія справ підсудна Верховному Суду (Касаційному адміністративному суду у складі Верховного Суду) як суду першої інстанції. За неофіційними відомостями, станом на вересень 2021 р., у Верховному Суді перебувало 128 справ цієї категорії[8], і їхня кількість із кожним днем зростала. Більшість введених санкцій було ініційовано СБУ відповідними поданнями у вигляді листів чи узагальнених довідок на адресу РНБО.

Склад учасників таких справ виглядає таким чином. Відповідачем у всіх справах є Президент України. Оскільки Офіс Президента України зазвичай немає первинних документів, на підставі яких приймалося рішення про застосування санкцій, суди залучають у ролі третіх осіб без самостійних вимог на предмет спору на стороні відповідача СБУ (у справах, де ініціатива введення санкцій належала СБУ) та/або РНБО. Заува-

[7] Про санкції: Закон України від 14 серпня 2014 р. № 1644-VII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-18#Text> (дата звернення: 01.06.2022).

[8] Захист національної безпеки не повинен здійснюватися за рахунок порушення прав людини: на VI Міжнародному форумі із захисту бізнесу обговорили санкції (*Pravo.ua,* 10.09.2021) <https://pravo.ua/zakhyst-natsionalnoi-bezpeky-ne-povynen-zdiisniuvatysia-za-rakhunok-porushennia-prav-liudyny-na-vi-mizhnarodnomu-forumi-iz-zakhystu-biznesu-obhovoryly-sanktsii> (дата звернення: 01.06.2022).

жимо, що процесуальна правомірність такого кроку не є предметом цього дослідження, хоча і викликає чимало заперечень.

Процес розгляду наведеної категорії справ виявив низку питань матеріального та процесуального права, зокрема щодо предмету доказування по справі та доказів, які підтверджували б вчинення тим чи іншим суб'єктом протиправних дій, що стали підставою застосування до суб'єкта спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів. Враховуючи, що інститут введення санкцій у більшості правопорядків все ж таки є більш політичним, аніж правовим інститутом у відповідачів та третіх осіб, то виникли труднощі у наданні саме юридичного обґрунтування введення санкцій. Як результат: розгляд усіх без винятку справ було фактично заблоковано. СБУ всім документам (листам, узагальненим довідкам), що слугували підставою для розгляду РНБО питань введення санкцій, було присвоєно гриф державної таємниці. Голова Верховного Суду В. Князєв із цього приводу, зокрема, зазначив, що натепер справи цієї категорії фактично заморожені через технічну неможливість їх розгляду[9]. Наслідком віднесення інформації, що міститься у документах, які слугували доказами у справі, стали численні перенесення судових засідань під приводом тривалості процедури узгодження надання відповідачами документів із грифом "державна таємниця" до суду, затягування судового процесу у зв'язку із необхідністю представникам позивача проходити процедуру отримання доступу та допуску до інформації з грифом "державна таємниця" та ін. На ці проблемні питання неодноразово звертали увагу у науковій літературі[10].

Таким чином, практика розгляду наведеної категорії спорів виявила два проблемні питання, що стосуються такого.

По-перше, процедури та підстави віднесення відомостей, що містяться у документах, до категорії інформації з обмеженим доступом (таємної та службової інформації).

По-друге, процедурних питань доступу сторін до матеріалів справи та доказів, яким присвоєно статус інформації з обмеженим доступом (таємної та службової інформації).

[9] Позови щодо санкцій РНБО "заморожені" – голова Верховного Суду пояснив причину (*Укрінформ,* 15.12.2021) <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3369356-pozovi-sodo-sankcij-rnbo-zamorozeni-golova-verhovnogo-sudu-poasniv-pricinu.html> (дата звернення: 01.06.2022).

[10] Розгляд справ про санкції РНБО у Верховному Суді гальмується через СБУ, – суддя КАС Хохуляк *(Informator.press,* 11.02.2022) <https://informator.press/rozghliad-sprav-pro-sanktsii-rnbo-u-verkhovnomu-sudi-halmuietsia-cherez-sbu-suddia-kas-khokhuliak> (дата звернення: 01.06.2022); Баконіна О, Застосування санкцій до телеканалів: ВС продовжив розгляд однієї із справ *(ЮРЛІГА*, 23.06.2021) <https://jurliga.ligazakon.net/news/204404_zastosuvannya-sanktsy-do-telekanalv-vs-prodovzhiv-rozglyad-odn-z-spra> (дата звернення: 01.06.2022); Каменев М, 'Іменем президента. Як працює механізм персональних санкцій і хто оскаржує їх у суді (*Ґрати,* 30.12.2021) <https://graty.me/uk/imenem-prezidenta-yak-praczyuє-mehanizm-personalnih-sankczij-i-hto-oskarzhuє-ih-u-sudi> (дата звернення: 01.06.2022).

www.pravoua.com.ua

Перше питання лежить у площині недоліків правового регулювання та може бути вирішено лише на законодавчому рівні. Використання державними органами процедури віднесення відомостей, що використовуються у процесі розгляду справи адміністративним судом, до державної таємниці з метою затягування розгляду справи по суті, є яскравим прикладом зловживання матеріальним правом (дискреційним повноваженням) щодо визначення відомостей, які є державною таємницею, та віднесення цих відомостей до інформації, що є державною таємницею. Правовий режим інформації з обмеженим доступом, до якої відноситься конфіденційна, таємна та службова інформація, визначається Законом України "Про доступ до публічної інформації"[11]. Правовий режим таємної інформації додаткового регулюється Законом України "Про державну таємницю"[12]. Віднесення тієї чи іншої інформації до категорії таємної чи службової по суті є дискреційним повноваженням органу державної влади, у розпорядженні якого перебуває ця інформація, у нашому випадку – СБУ. Відповідно до Закону України "Про доступ до публічної інформації" обмеження доступу до інформації здійснюється при дотриманні сукупності таких вимог:

– виключно в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи кримінальним правопорушенням, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або задля підтримання авторитету і неупередженості правосуддя;

– розголошення інформації може завдати істотної шкоди цим інтересам;

– шкода від оприлюднення такої інформації переважає суспільний інтерес в її отриманні[13].

Законом України "Про державну таємницю"[14] у ст. 8 встановлено значний абстрактний перелік інформації, що може бути віднесено до державної таємниці. Абстрактність формулювань наведених нормативних актів робить дискреційні повноваження органів державної влади щодо віднесення тієї чи іншої інформації до категорії державної таємниці фактично необмеженими. Так, наприклад, будь-які відомості досудового розслідування та відомості, отримані в результаті оперативно-розшукових дій, можуть бути віднесені як до службової таємниці, так і до державної таємниці. При цьому в законодавстві навіть відсутні чіткі критерії їх розмежування. Ситуація, що описується, була дуже влучно охарактеризована

[11] Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939-VI <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text> (дата звернення: 01.06.2022).
[12] Про державну таємницю: Закон України від 21 січня 1994 р. № 3855-XII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/3855-12> (дата звернення: 01.06.2022).
[13] Про доступ до публічної інформації (н 11).
[14] Про державну таємницю (н 12).

Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) у Рішенні "Свято-Михайлівська парафія проти України". ЄСПЛ, зокрема, зазначив, що

> визначення дискреційних повноважень, якими наділені органи державної влади в сфері основоположних прав, у спосіб, що фактично робить ці повноваження необмеженими, суперечило б принципу верховенства права. Відповідно закон має чітко визначити межі повноважень компетентних органів та чітко визначити спосіб їх здійснення[15].

Саме цей недолік (абстрактність правового регулювання у частині дискреційних повноважень) і використовується державними органами. Відсутність конкретного переліку інформації щодо досудового розслідування, що є службовою чи державною таємницею, створює можливість віднести до таємної інформації будь-яку інформацію, що охоплюється цією категорією (відомості досудового розслідування). Рівень абсурду доходить до того, що навіть суть правопорушення чи норма закону, яку нібито порушила особа в розумінні державних органів, є таємною інформацією. На цих проблемних питаннях неодноразово робили наголос юристи у наукових публікаціях[16].

Таким чином, саме недоліки правового регулювання у частині обсягу та змісту відомостей, що може бути віднесено до категорії державної таємниці, є передумовою виникнення ситуації зловживання СБУ правом (дискреційним повноваженням) на віднесення тієї чи іншої інформації до категорії державної таємниці.

Зі свого боку наведена ситуація може бути вирішена виключно за допомогою законодавчих змін, а саме встановлення детального переліку відомостей досудового розслідування, та відомостей, отриманих у процесі оперативно-розшукових заходів, що можуть бути віднесені до категорії службової інформації та до категорії таємної інформації, з конкретним розмежуванням цих категорій. Окремо слід внести зміни до ст. 8 Закон України "Про державну таємницю"[17] та доповнити перелік інформації, що не може бути віднесена до державної таємниці. Доцільним є у випадку застосування до юридичної чи фізичної особи будь-яких заходів впливу з боку держави, зокрема санкцій, виключити можливість віднесення до категорії державної чи службової таємниці інформації про суть правопорушення та норми закону чи іншого нормативно-правового акта, який було порушено. Вважаємо, що у випадку висунення звинувачення у ши-

[15] Свято-Михайлівська Парафія проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 14 червня 2007 р. (заява № 77703/01) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_254#Text> (дата звернення: 01.06.2022).

[16] Санкційні надра: перше рішення суду про спецдозвіл, анульований РНБО (*Nadra.info,* 11.11.2021) <https://nadra.info/2021/11/sanctional-subsoils-the-first-court-decision-in-the-case-of-a-special-permit-annulled-by-rnbo-decree-has-been-published> (дата звернення: 01.06.2022).

[17] Про державну таємницю (н 12).

www.pravoua.com.ua

рокому змісті цього слова від імені держави, як то введення санкцій, чи застосування інших подібних заходів, держава не має права захищатися від таких осіб створенням штучних перепон у вигляді окремих процедур доступу до інформації, що становить суть звинувачення. Протилежний підхід суперечить праву особи на справедливий суд та ефективний засіб правового захисту, що гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод[18].

Друге питання лежить у процесуальній площині та підлягає вирішенню через тлумачення чинного законодавства. Надавши відомостям, що містяться у документах, які стали підставою для введення санкцій, гриф "державна таємниця", СБУ надсилає такі документи фельд'єгерським зв'язком безпосередньо до режимно-секретної служби Верховного Суду, без надсилання копії таких документів сторонам у справі, зокрема позивачу. Зі свого боку позивач не має можливості ознайомитись із таким документом не пройшовши процедуру допуску та доступу до державної таємниці, передбачену Законом України "Про державну таємницю"[19]. Зазначена процедура в середньому займає близько шести місяців, тоді як подібна категорія спорів відповідно до Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)[20] має бути розглянута протягом трьох місяців. КАС України, на відміну від Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)[21], не містить окремих норм, які б регулювали процедуру розгляду справи, у яких фігурує інформація, віднесена до державної таємниці. На підставі цього, в процесі розгляду означеної категорії справ, постало питання, яким чином такі справи розглядати. Існує два варіанти його вирішення.

Перший варіант базується на застосуванні інституту аналогії закону, що передбачена ч. 6 ст. 7 КАС України[22]. У ролі закону, який має бути застосований за аналогією, можуть бути використані статті 517 і 518 КПК України[23], що регулюють подібні правовідносини. Очевидно, що саме цим варіантом тлумачення керуються державні органи, зокрема СБУ, надсилаючи матеріали справи напряму до режимно-секретної частини Верховного Суду та не надаючи доступ до цих матеріалів стороні по справі. Водночас подібний висновок є результатом поверхового аналізу чинного законодавства. На думку авторів, окреслене питання підлягає вирішенню таким чином.

[18] Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 01.06.2022).
[19] Про державну таємницю (н 12).
[20] Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/ed20170803#Text> (дата звернення: 01.06.2022).
[21] Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 01.06.2022).
[22] Кодекс адміністративного судочинства України (н 20).
[23] Кримінальний процесуальний кодекс України (н 21).

Як чітко визначено в ч. 6 ст. 7 КАС України, застосування аналогії закону є можливим лише у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, тобто якщо наявним є пробіл у праві[24].

Таким чином, насамперед слід відповісти на запитання: чи існують у цьому випадку прогалини законодавчого регулювання? На перший погляд КАС України не містить окремих приписів щодо особливостей розгляду справ, які містять відомості, що становлять державну таємницю. Водночас звертає на себе увагу припис п. 1 ч. 3 ст. 44 КАС України, що надає учаснику справи право ознайомлюватися з матеріалами справи, робити з них витяги, копії без будь-яких виключень щодо віднесення інформації, що відображена в документах, до державної чи службової таємниці[25]. Крім цього, відповідно до ч. 9 ст. 79 КАС України, копії доказів (крім речових доказів), що подаються до суду, заздалегідь надсилаються або надаються особою, яка їх подає, іншим учасникам справи. Суд не бере до уваги відповідні докази у разі відсутності підтвердження надіслання (надання) їх копій іншим учасникам справи, крім випадку, якщо такі докази є у відповідного учасника справи або обсяг доказів є надмірним, або вони подані до суду в електронній формі, або є публічно доступними[26]. Наведений припис також зобов'язує будь-якого учасника справи надсилати докази іншим учасникам справи за виключенням чотирьох перелічених випадків. За допомогою висновку *"a contrario"* із наведеної правової норми отримуємо правовий припис, що в усіх інших випадках, крім перелічених у наведених законодавчих положеннях, учасник справи повинен надіслати докази іншій стороні, а відповідно інша сторона має право вимагати їх отримання та ознайомлюватися з ними.

З огляду на наведене КАС України[27] не робить жодних виключень щодо порядку доступу особи, що є учасником справи, до матеріалів справи у зв'язку із наявністю в таких матеріалів інформації з обмеженим доступом. КАС України містить низку приписів, що дозволяються ознайомлюватись із матеріалами справи та доказами, наданими сторонами, без будь-яких виключень, що, зі свого боку, свідчить про урегульованість відносин, а отже, відсутності підстав для застосування аналогії закону.

Вирішення наведеної проблеми буде неповним без аналізу співвідношення наведених приписів КАС України із конкуруючими приписами статей 22 і 27 Закону України "Про державну таємницю". Зазначені статті встановлюють правові приписи щодо необхідності отримання допуску та доступу до будь-якої інформації, що містить державну таємницю[28]. У частині доступу до інформації, що містить відомості, які від-

[24] Кодекс адміністративного судочинства України (н 20).
[25] Там само.
[26] Кримінальний процесуальний кодекс України (н 21).
[27] Кодекс адміністративного судочинства України (н 20).
[28] Про державну таємницю (н 12).

www.pravoua.com.ua

несені до державної інформації, та є доказом у процесі розгляду справи в адміністративному суді, зазначені приписи суперечать прямо встановленому припису ст. 44 КАС України та припису, що логічно закріплений у ст. 79 цього Кодексу, та виводиться за допомогою висновку *"a contrario"* (щодо вичерпності обставин ненадсилання стороні по справі доказів та, як наслідок, права сторони на отримання таких доказів, за виключенням випадків, перелічених цією статтею). Наведену колізію неможливо вирішити за змістовним критерієм за допомогою правила *"lex specialis derogate generali"*. Приписи статей 22 і 27 Закону України "Про державну таємницю" охоплюють усі випадки доступу та допуску всіх суб'єктів до інформації, але лише до інформації, водночас що є державною таємницею. Тоді як приписи КАС України регулюють питання доступу до всієї інформації, що є доказом, а не тільки до інформації, що є державною таємницею. Враховуючи викладене, диспозиції наведених приписів перетинаються, а отже, наведені норми неможливо кваліфікувати як загальну та спеціальну. З урахуванням цього наведена колізія підлягає вирішенню за правилом *"lex posterior derogate prior"*, на користь більш пізніше прийнятих приписів КАС України.

Таким чином, чинне законодавство не обмежує право сторони адміністративного процесу на ознайомлення із матеріалами справи та на отримання доказів залежно від наявності чи відсутності у таких матеріалах відомостей, що містять державну таємницю.

Висновки. Природа приватного права надає суб'єкту найширші можливості у виборі варіантів поведінки. Суб'єктивне цивільне право як міра можливої поведінки суб'єкта надає такому суб'єкту свободу дій. Однак зворотною стороною свободи є збільшення можливостей для зловживання особою своїми правами, внаслідок чого й проявляються недоліки правового регулювання. Загальні формулювання Закону України "Про доступ до публічної інформації" та Закону України "Про державну таємницю" щодо категорії відомостей, що можуть відноситись до таємної та службової інформації, створюють для державних органів фактично нічим не обмежені дискреційні повноваження. Як наслідок, це призводить фактично до свавілля з боку державних органів, які, зловживаючи такими повноваженнями, обмежують права фізичних та юридичних осіб на інформацію взагалі та на захист в адміністративному процесі зокрема. Чинне процесуальне законодавство, зокрема КАС України, встановлює право особи на доступ до матеріалів справи та доказів у справі без будь-яких обмежень щодо наявності в таких матеріалах відомостей, що відносяться до категорії державної таємниці чи службової інформації. Наведені норми підлягають переважному застосуванню перед раніше ухваленими нормами Закону України "Про державну таємницю".

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Gribanov V, *Predely osushhestvlenija i zashhity grazhdanskih prav* (Rossijskoe pravo 1992) (in Russian).
2. Kot O, *Zdiisnennia ta zakhyst sub'iektyvnykh tsyvilnykh prav: problemy teorii ta sudovoi praktyky* (Alerta 2017) (in Ukrainian).
3. Kulakov V, *Objazatel'stvo i oslozhnenija ego struktury v grazhdanskom prave Rossii* (Volter Kluver 2010) (in Russian).

Websites

4. 'Zakhyst natsionalnoi bezpeky ne povynen zdiisniuvatysia za rakhunok porushennia prav liudyny: na VI Mizhnarodnomu forumi iz zakhystu biznesu obhovoryly sanktsii' (*Pravo.ua,* 10.09.2021) <https://pravo.ua/zakhyst-natsionalnoi-bezpeky-ne-povynen-zdiisniuvatysia-za-rakhunok-porushennia-prav-liudyny-na-vi-mizhnarodnomu-forumi-iz-zakhystu-biznesu-obhovoryly-sanktsii> (accessed: 01.06.2022) (in Ukrainian).
5. 'Pozovy shchodo sanktsii RNBO "zamorozheni" – holova Verkhovnoho Sudu poiasnyv prychynu' (*Ukrinform,* 15.12.2021) <https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3369356-pozovi-sodo-sankcij-rnbo-zamorozeni-golova-verhovnogo-sudu-poasniv-pricinu.html> (accessed: 01.06.2022) (in Ukrainian).
6. 'Rozghliad sprav pro sanktsii RNBO u Verkhovnomu Sudi halmuietsia cherez SBU, – suddia KAS Khokhuliak' (*Informator.press,* 11.02.2022) <https://informator.press/rozghliad-sprav-pro-sanktsii-rnbo-u-verkhovnomu-sudi-halmuietsia-cherez-sbu-suddia-kas-khokhuliak> (accessed: 01.06.2022) (in Ukrainian).
7. Bakonina O, Zastosuvannia sanktsii do telekanaliv: VS prodovzhyv rozghliad odniiei iz sprav YuRLIHA (*JurLiga,* 23.06.2021) <https://jurliga.ligazakon.net/news/204404_zastosuvannya-sanktsy-do-telekanalv-vs-prodovzhiv-rozglyad-odn-z-spra> (accessed: 01.06.2022) (in Ukrainian).
8. Kamenev M, 'Imenem prezydenta. Yak pratsiuie mekhanizm personalnykh sanktsii i khto oskarzhuie yikh u sudi' (*Graty,* 30.12.2021) <https://graty.me/uk/imenem-prezidenta-yak-praczyuie-mehanizm-personalnih-sankczij-i-hto-oskarzhuie-ih-u-sudi> (accessed: 01.06.2022) (in Ukrainian).
9. 'Sanktsiini nadra: pershe rishennia sudu pro spetsdozvil, anulovanyi RNBO' (*Nadra.info,* 11.11.2021) <https://nadra.info/2021/11/sanctional-subsoils-the-first-court-decision-in-the-case-of-a-special-permit-annulled-by-rnbo-decree-has-been-published> (accessed: 01.06.2022) (in Ukrainian).

Olha Kulinich
Olexandr Salazskyi

THE IMPERFECTION OF LEGAL REGULATION AS A PRECONDITION FOR ABUSE (ON THE EXAMPLE OF INFORMATION LEGAL RELATIONS)

Abstract. The research of the issues of abuse of rights is one of the most relevant in the theory of law, because the spheres of legal relations are rather diverse in which abuses are manifested. Preconditions and causes of such legal phenomenon in information relations are of particular interest in the process of so-called "sanctions cases", when special economic and other restrictive measures are introduced against certain legal entities and private individuals.

The purpose of the article is to elicit the preconditions of emergence of such legal phenomenon as abuse of law on the example of realization individuals` rights in the sphere of information relations and granting recommendations for elimination of such preconditions.

The legal nature and content of the category of subjective law as a measure of freedom and possible behavior is analyzed, which is characteristic for subjects of private law and private legal relations. It is more correct to apply the term of power to state bodies. The existence of so-called discretionary powers is the most similar category to the category of subjective law, as it contains freedom of choice versions of behaviour. The possibility abusing of law is inherent in the very nature of private law and the content of subjective law and the nature of discretion. The example of consideration the category of cases on appeal of sanctions applied by the President`s Decrees of Ukraine clearly illustrates the imperfection of legal regulation of relations on referring information to the category of information with limited access. The list of information that is state secret and the procedure of referring information to this category are analyzed. The example of pre-trial investigation information shows the abstractness of legal regulation of the list of information that is the information of pre-trial investigation and at the same time can be the information related to state secret.

It is concluded that abstruseness of wording the law gives public authorities extensive opportunities to abuse their discretionary powers in part of groundless dissemination of state secret at documents that must be evidence in administrative case only to delay the consideration of a case. The recommendations are conceded for improving the current legal regulation and expanding the list of information that cannot be state secret by information on essence of offence and legal norms violated by the subject to which a state applies any coercive measures. It is given an interpretation of the provisions of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine and the Law of Ukraine "On State Secret". The priority of effect of the provisions of the Code of Administrative Proceedings of Ukraine over the provisions of the Law of Ukraine "On State Secret" under the rule of lex posterior derogate priori in the part of possibility of a party of trial to have access to the information, containing state secret and is evidence in a case.

Keywords: abuse of law; information relations; information with limited access; discretionary powers; subjective law.