

**НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА**

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

МИРОНОВА ГАЛИНА АНАТОЛІВНА

Прим. № _____

УДК 347.121.1. 132. 6;614.2](477)

ДИСЕРТАЦІЯ

**ПРИВАТНОПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ
ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН
У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ**

Спеціальність 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право

Подається на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук.

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ Г. А. Миронова.

Науковий консультант:
Крупчан Олександр Дмитрович,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України

Київ – 2020

АНОТАЦІЯ

Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». – Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, Київ, 2020.

У дисертації на основі усталених положень теорії приватного права, узагальнення сучасних правових стандартів в галузі прав людини, аналізу національного законодавства, практики Європейського суду з прав людини, національних судових рішень розроблено *концепцію приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання допомоги*, сформульовано доктринальні та нормативні пропозиції щодо оновлення цивільного законодавства та удосконалення практики регулювання досліджуваних відносин в Україні.

Актуальність обрання теми дисертації обумовлено суспільною необхідністю дослідити сучасні тенденції та особливості застосування приватного права для потреб регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги. В результаті проведеного дослідження розроблено концепцію приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання допомоги на засадах західної традиції приватного права. Концепція репрезентує сучасну інтегровану модель регулювання досліджуваних відносин за допомогою засобів приватного права та визначає стратегічні цілі оновлення цивільного законодавства України. Основними елементами даної концепції є: діалектика та сучасні тенденції взаємодії диспозитивних та імперативних засобів впливу на поведінку учасників приватних відносин; особливості та межі застосування диспозитивного методу; систематика та критерій ієрархії джерел приватноправового регулювання; особливості приватноправового регулювання вільного волевиявлення пацієнта; правові підстави та межі приватноправової ініціативи та автономії лікаря; сучасні засоби

приватноправового регулювання особистих немайнових відносин при наданні медичної допомоги фізичним особам з вадами волі та волевиявлення; особливості застосування індивідуального та договірної регулювання досліджуваних відносин.

У розділі 1 «Методологічні засади дослідження особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги», який складається з трьох підрозділів, представлено основні концептуальні елементи методології дисертаційного дослідження, які включають загальні та спеціальні наукові методи та доведені у науці постулати щодо: концепту приватного права західної традиції, основних аспектів співвідношення приватних і публічних засад, особливостей приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

Проаналізовано теоретико-методологічні та практичні аспекти, сучасні тенденції впливу засобів приватного права на досліджувані відносини. Обґрунтовано об'єктивну закономірність розширення сфери застосування приватноправового методу у регулюванні особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на сучасному етапі в аспекті розширення кола учасників, джерел та відносин, на які поширюються принципи диспозитивності та вільного волевиявлення.

Розділ 2 «Джерела приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги», який складається з чотирьох підрозділів, присвячено спеціальному аналізу загального та особливого у характеристиці окремих видів приватноправових джерел: природного права, актів позитивного права, цивільно-правових правочинів. Доведено, що закономірністю сучасного етапу розвитку вчення про джерела права є розширене розуміння нормативності джерел приватноправового регулювання, що пов'язане із: розширенням кола відносин, які регламентуються цивільним законодавством; розширенням кола суб'єктів нормотворчості. Спеціального аналізу дістали приватноправові норми у правових актах та медико-технологічних документах зі стандартизації медичної допомоги. Зроблено висновок, що в сучасних умовах пандемічних загроз, надзвичайних потреб, критичного браку часу і ресурсів дедалі помітніше проявлятиметься тенденція щодо посилення приватноправового

елементу: імперативність вимог дедалі більше слабшатиме та поступатиметься місцем диспозитивності регулювання та ініціативності учасників відносин. Саме договірна модель регулювання особистих немайнових відносин у нових умовах здатна виконати історичну роль – втримати систему надання медичної допомоги у придатному для сучасних викликів стані.

У Розділі 3 «Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги за цивільним законодавством України», що складається з двох підрозділів, досліджуються два проблемних питання: правове регулювання автономії волевиявлення пацієнта; правові умови та межі автономії лікаря у сфері надання медичної допомоги за цивільним законодавством України. На засадах концепту приватного права західної традиції встановлено, що особисте немайнове право фізичної особи на інформований вибір є проекцією природного та конституційного права людини на гідність, тому за своєю правовою природою є абсолютним і не підлягає обмеженням на підставах, що передбачені цивільним законодавством. Обґрунтовано, що у невідкладних та екстрених випадках приватноправові відносини у сфері надання медичної допомоги доцільно врегулювати без процедури отримання згоди за допомогою норм інституту цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення.

Доведено, що мірою вияву приватноправового розсуду лікаря є суб'єктивне право на відмову від ведення пацієнта з міркувань совісті, яке впливає з фундаментального права людини на свободу релігії, совісті та думки, а також з обов'язку держави поважати це право. Розроблено основні доктринальні положення для введення у цивільне право України інституту заперечення лікаря з міркувань совісті.

У Розділі 4 «Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги фізичним особам, які мають вади волі та волевиявлення», що складається з чотирьох підрозділів, висвітлено основні проблемні питання стосовно особливостей приватноправового регулювання відносин при наданні медичної допомоги неповнолітнім особам та повнолітнім особам з вадами волі та волевиявлення. Здійснено оцінку відповідності вітчизняних нормативних правових актів та практики правозастосування міжнародно-правовим

стандартам, виявлено прогалини та невідповідності, запропоновано актуальні правові підходи для оновлення національній доктрині та законодавства. Аргументовано необхідність перегляду чинної доктрини правосуб'єктності недієздатних фізичних осіб та запропоновано нову правову модель, яка ґрунтується на визнанні у правовій доктрині та законодавстві самостійності та автономності фізичних осіб, визнаних недієздатними, у процесуальних відносинах та особистих немайнових відносинах у сфері надання медичної допомоги. Обґрунтовано необхідність розроблення доктрини спеціальної медичної дієздатності та запровадження спеціальних процедур визнання недієздатної фізичної особи компетентною/некомпетентною приймати усвідомлені рішення стосовно надання медичної допомоги.

Розділ 5 «Договірне регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги» складається з трьох підрозділів, в яких розкриваються умови правомірності та межі диспозитивності договірного регулювання особистих немайнових відносин у доктрині приватного права та цивільному законодавстві України. З огляду на об'єктивну тенденцію закономірного звуження до необхідних меж втручання держави у приватне життя фізичних осіб, встановлено об'єктивне розширення меж індивідуального та договірного регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, зокрема, можливість укладання непередбачених законодавством правочинів, а також таких, що укладаються із відступленням від положень актів цивільного законодавства.

Запропоновано законодавчо закріпити правомочності фізичної особи на вибір методів медичного втручання на майбутнє шляхом вчинення одностороннього правочину або договору. Визначено, що попередні розпорядження (завчасні медичні директиви) пацієнта – будь-які юридично визнані правочини (письмові або усні, односторонні або багатосторонні), в яких виражається волевиявлення щодо майбутнього медичного втручання, складені на випадок нездатності фізичної особи приймати усвідомлені рішення або повідомляти про них. Запропоновано цивільно-правовий механізм добровільного представництва пацієнта у сфері надання медичної допомоги; надано цивільно-правову характеристику договору про представництво пацієнта: за своєю правовою природою договір про представництво

пацієнта є різновидом договорів про добровільне представництво та характеризується як консесуальний двосторонній фідучіарний умовний правочин. Визначено особливості цивільно-правового договору про представництво пацієнта.

В результаті проведеного дослідження отримано нові наукові положення, які збагачують теорію приватного права, доктрину приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги. З огляду на актуальність ратифікації Україною Конвенції про права людини та біомедицину (1997) сформульовано низку закономірностей та запропоновано нові доктринальні підходи щодо: посилення засад диспозитивності цивільно-правового регулювання автономії вибору пацієнта та приватної дискреції лікаря; забезпечення права на вільний вибір у сфері надання медичної допомоги недієздатним фізичним особам; розширення сфери договірною регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

Ключові слова: приватне право, права людини, особисті немайнові відносини, особиста автономія, надання медичної допомоги, пацієнт, лікар, вільне волевиявлення, інформована згода, приватна дискреція, правочин з немайновим змістом, довірена особа пацієнта, договір про представництво пацієнта.

SUMMARY

Myronova G. A. Private-law Regulation of Personal non-property Relations in the Sphere of Medical Care Provision. – Qualifying scientific work published as a manuscript.

The thesis for the degree of Doctor of Science of Law on specialty 12.00.03 – Civil Law and Civil Process; Family Law; International Private Law. The Academician F. H. Burchak Scientific-Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of National Academy of Law Sciences of Ukraine, Kyiv, 2020.

In the thesis, which is based on the established provisions of the theory of private law, the generalization of modern legal standards in the field of human rights, the analysis of national legislation, practice of the European court of human rights, national court decisions, *the concept of private law regulation of personal non-property relations in the sphere of medical care provision* is developed. The doctrinal and normative suggestions for updating civil legislation and improving the practice of regulating the studied relations in Ukraine are formulated.

The urgency of choosing the topic of the dissertation is due to the social need to explore current trends and features of the application of private law for needs of regulating relations in the field of medical care. As a result of the research, the concept of private law regulation of personal non-property relations in the sphere of medical care provision on the basis of the western tradition of private law is developed. The concept represents a modern integrated model of regulation of the studied relations by means of private law and defines the strategic goals of updating the civil legislation of Ukraine. The main elements of this concept are: the dialectics of the private and public legal methods of regulating the relations in medical sphere; features and limits of application of the dispositive method; systematics and criterion of the hierarchy of sources of private law regulation; particularities of private law regulation of voluntary will of the patient; legal grounds and limits of private law initiative and autonomy of the doctor; modern means of private law regulation of personal non-property relations in the provision of medical care to individuals with disabilities; features of application of individual and contractual regulation of personal non-property relations in the field of medical care.

The Section 1 «Methodological principles of research of personal non-property relations in the field of medical care», which consists of three subsections, presents the main conceptual elements of the methodology of dissertation research. The general and special scientific methods and basic postulates concerning the concept of private law of the western tradition, the basic aspects of parity of private and public bases, features of private law regulation of personal non-property relations in the field of medical care are considered.

Theoretical-methodological and practical aspects, modern tendencies of influence of private law means on the investigated relations are analyzed. The objective regularity of expanding the scope of application of the method of private law in the regulation of personal non-property relations in terms of expanding the range of participants, sources and relationships covered by the principles of dispositiveness and free will is substantiated.

The Section 2 «Sources of regulation of private law of personal non-property relations in the field of health care», which consists of four subsections, is devoted to the analysis of general and special characteristics of certain types of sources of private law: of

natural law, acts of positive law, civil law deal. It is proved that the regularity of the modern stage of development of the doctrine of law sources is an expanded understanding of the normative sources of private-law regulation. This trend is associated with the expansion of the range of relations governed by civil law and with the expansion of the range of rulemakers. Private-law norms in legal acts and medical-technological documents on standardization of medical care have received a special analysis. It is concluded that in modern conditions of pandemic threats, of emergency needs, of lack of time and resources, the tendency to strengthen the private-law component is becoming more noticeable, the imperative nature of the requirements will become weaker and will give the way to the dispositiveness of regulation and initiative of the parties. In new conditions, it is the contractual model of regulation of personal non-property relations that is able to fulfill the historical role of responding to modern challenges.

The Section 3 «Private legal regulation of personal non-property relations in the field of medical care in accordance to the civil law of Ukraine» consists of two subsections devoted to two issues: legal regulation of free will of the patient; legal conditions and restrictions on the independence of the physician in accordance to civil law of Ukraine. Based on the concept of private law of the Western tradition, it is established that the personal non-property right of an individual to make an informed choice is a projection of the natural and constitutional human right to dignity. By its legal nature, this right is absolute and is not subject to restrictions on the grounds provided by civil law. It is substantiated that in urgent and emergency cases personal non-property relations in the sphere of medical care, it is expedient to settle without the procedure of obtaining consent by means of the norms of the institute of civil law obligation to act in the interests of another person without his power of attorney.

It is proved that the measure of the private law discretion of a doctor is the subjective right to refuse to take the patient to conscientious objection. This right derives from the fundamental human right to freedom of religion, conscience and thought, as well as from the duty of the state to respect this right. The main doctrinal provisions for the introduction into the civil law of Ukraine of the institution of the doctor's objection on the grounds of conscience objection are developed.

The Section 4 «Private legal regulation of personal non-property relations in the field of providing medical care to individuals with disabilities and expression of will» consists of four subsections; it highlights the main issues concerning the specifics of personal non-property relations in the provision of medical care to minors and adults with disabilities and expression of will. The assessment of compliance of domestic normative legal acts and practice of law enforcement with international legal standards is carried out, gaps and inconsistencies were revealed, actual legal approaches for updating the national doctrine and legislation are offered. The need to revise the current doctrine of legal personality of incapacitated individuals is argued. And new legal model, which is based on the recognition in legal doctrine and legislation of the independence and autonomy of individuals declared incapable in procedural relations and personal non-property relations in the field of medical care, is offered. The necessity of developing the doctrine of special medical capacity and of introduction of special procedures for recognizing an incapable person as competent / incompetent to make informed decisions regarding the provision of medical care is substantiated.

The Section 5 «Contractual regulation of personal non-property relations in the field of medical care» consists of three subsections, which reveal the conditions of legality and limits of dispositive contractual regulation of personal non-property relations in the doctrine of private law and in the civil law of Ukraine. Given the objective trend of natural narrowing of the boundaries of state intervention in the private lives of individuals an objective expansion of the boundaries of individual and contractual regulation of personal non-property relations in the field of medical care is established. In particular, this applies to the possibility of concluding deals not provided by law.

It is proposed to legislate the powers of an individual to choose the methods of medical intervention in the future by committing an unilateral deal or agreement. It is determined that the patient's previous orders (previous medical directives) are any of legally recognized deals (written or oral, unilateral or multilateral) that express will regarding future medical intervention. These agreements are concluded in the case of inability in the future of an individual to make informed decisions or notify them. The civil-law mechanism of voluntary representation of the patient in the field of medical care is offered; the civil-legal characteristic of the contract on representation of the patient is

given. It is established that by its legal nature the contract on representation of the patient is a kind of agreements for the medical agent. The agreement like this for the medical agent is a mutual bilateral conditional agreement. The peculiarities of the civil agreements for health-care agent are determined.

As a result of the research, new scientific provisions are obtained, they enrich the theory of private law and the doctrine of private law regulation of relations in the field of medical care. Given the urgency of ratification of The Convention on Human Rights and Biomedicine (1997) by Ukraine, a number of patterns are formulated. New doctrinal approaches to strengthening the principles of dispositiveness of civil law regulation of patient autonomy and private discretion of the doctor and ensuring the right to free choice in the field of medical care for incapacitated individuals are proposed. This also applies to the expansion of the scope of contractual regulation of personal non-property relations in the field of medical care.

Keywords: private law, human rights, personal non-property relations, personal autonomy, field of medical care, patient, doctor, free expression of will, informed consent, private discretion, deals with non-property content, health-care agent, civil agreements for health-care agent.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ АВТОРОМ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Одноосібні монографії:

1. Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія. К.: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 309 с.

2. Миронова Г. А. Модернізація цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги: теоретичні засади та практика імплементації: монографія. К.: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 200 с.

Колективна монографія:

3. Миронова Г. А. Проблеми правового регулювання медичної діяльності у контексті європейських стандартів. *Цивільне законодавство України в контексті розвитку європейського приватного права*: монографія; за заг. ред. Ю. В. Білоусова. К.: Ред. журн. «Право України», 2013. С. 92–130.

Статті у вітчизняних наукових фахових виданнях:

4. Миронова Г. А. Етичні засади приватноправового регулювання відносин у біомедичній сфері: сучасні європейські стандарти. *Право України*. 2007. № 10. С. 106–110.

5. Миронова Г. А. Право пацієнта на вибір методів лікування: «білі плями» українського. *Право України*. 2009. № 3. С. 59–64.

6. Миронова Г. А. Теоретичні аспекти проблеми правової охорони гідності особи в умовах медичного втручання. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 9. Київ, 2010. С. 59–64.

7. Миронова Г. А. Представництво пацієнта медичної установи у цивільному праві України. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 10. Київ, 2011. С. 69–73.

8. Миронова Г. А. Представництво пацієнта за довіреністю: цивільно-правова характеристика правочинів. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 3. С. 117–128.

9. Миронова Г. А. Проблема визначення поняття «медична дієздатність пацієнта». *Приватне право і підприємництво*. Випуск 11. Київ, 2012. С. 62–68.

10. Миронова Г. А. Проблема визначення компетентності (медичної дієздатності) пацієнта як суб'єкта правовідносин з приводу медичного втручання. *Часопис Академії адвокатури України*. 2012. № 3. URL: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2012-3/content.html>.

11. Миронова Г. А. Європейські принципи захисту прав та гідності недієздатних пацієнтів. *Вісник Академії Адвокатури*. 2012. Число 2 (24). С. 55–62.

12. Миронова Г. А. Living will – новий інститут європейського приватного права. *Часопис Хмельницького університету управління та права Університетські наукові записки*. 2012. № 3. С. 47–54.

13. Миронова Г. А. Цивільно-правові засади права на медичну допомогу. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 12. Київ, 2013. С. 43–48.

14. Миронова Г. А. Право лікаря на відмову від здійснення законного абортів з міркувань совісті. *Юридична Україна*. 2013. № 5. С. 49–53.

15. Миронова Г. А. Право на медичну допомогу: цивільно-правова характеристика. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 13. Київ, 2014. С. 67–71.

16. Миронова Г. А. Право дитини на медичну інформацію. *Підприємництво, господарство, право*. 2014. № 5. С. 33–37.

17. Миронова Г. А. Приватні і публічні засади в правовому регулюванні правовідносин з надання медичної допомоги. *Юридична Україна*. 2014. № 8. С. 47–52.

18. Миронова Г. А. Методологічні аспекти приватноправового регулювання особистих немайнових відносин в сфері надання медичної допомоги. *Юридична Україна*. 2014. № 9. С. 52–58.

19. Миронова Г. А. Особливості здійснення прав пацієнта у сфері надання паліативної допомоги. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 15. Київ, 2016. С. 61–65.

20. Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у медичній сфері: деякі питання методології. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 16. Київ, 2016. С. 60–64.

21. Миронова Г. А. Право пацієнтів із психічними розладами на згоду на медичне втручання: міжнародні стандарти та вітчизняне законодавство. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 17. Київ, 2017. С. 34–40.

22. Миронова Г. А. Реформування інституту недієздатності в Україні. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 18. Київ, 2018. С. 79–84.

23. Миронова Г. А. Приватноправові норми у правових актах та медико-технологічних документах із надання медичної допомоги. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 19. Київ, 2019. С. 93–97.

24. Миронова Г. А. Моральні засади суспільства як межа приватного розсуду суб'єктів договірних відносин у сфері надання медичної допомоги. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 20. Київ, 2020. С. 19–27.

Статті у наукових періодичних видання інших держав та виданнях, які включені до міжнародних наукометричних баз:

25. Миронова Г. А. Право врача на отказ от производства законного аборта: международные стандарты и законодательство Украины. *Медицинское право*. 2014. № 2. С. 53–56.

26. Миронова Г. А. Заблаговременное волеизъявление относительно медицинского вмешательства: опыт правового регулирования. *Медицинское право*. 2014. № 5. С. 50–54.

27. Миронова Г. А. Особенности получения согласия на медицинское вмешательство в отношении ребенка: международные стандарты и законодательство Украины. *Юридическая наука*. 2014. № 2. С. 136–143.

28. Миронова Г. А. Право пацієнта на відмову від лікування. *Scientific letters of academic society of Mishal Baludansky*. 2014. Volume 2. No 6/2014. P. 44–46.

Опубліковані праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

29. Миронова Г. А. Науково-практичний коментар до Глави II Згода Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (1997 р.). К: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2017. 96 с.

30. Миронова Г. А. Цивільно-правовий інститут попереднього волевиявлення щодо медичного втручання. *Юридичний журнал*. 2010. № 8. С. 38–46.

31. Миронова Г. А. Оформлення відмови дієздатного повнолітнього пацієнта від запропонованого медичного втручання. *Юридична газета*. 5 листопада 2013. № 45. С. 30–31.

32. Миронова Г. А. Права человека в медицине: правовые средства реализации. *Право и этика биомедицинской деятельности в России и за рубежом*: сб. науч. ст. / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Г. Б. Романовского, канд. юрид. наук, проф. И. Я. Сенюты. Пенза: Изд-во ПГУ, 2014. С. 122–132.

33. Миронова Г. А. Принцип особистої автономії у правовідносинах з надання паліативної допомоги. *Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції: збірник наукових праць* / за заг. ред. Ю. В. Білоусова; НДІ

приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Хмельницький університет управління та права. Хмельницький: ФОП Мельник А. А., 2015. С. 127–132.

34. Миронова Г. А. Правило згоди пацієнта на медичне втручання: вплив європейських стандартів на законодавство України. *Забезпечення міжнародної приватноправової інтеграційної стратегії України*. Збірник наукових праць / За заг. ред. В. І. Короля та В. В. Кочина. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. 2017. С. 121–156.

35. Миронова Г. А. Застосування аналогії права у регулюванні особистих немайнових відносин медичної сфери. *Наукове електронне видання Ius privatum*. 2017. № 1. С. 43–53.

36. Миронова Г. А. Проблеми реалізації прав внутрішньо переміщених осіб у сфері охорони здоров'я. *Міжнародно-правові та законодавчі засади реалізації й захисту прав та інтересів учасників приватних відносин в умовах збройних конфліктів*: збірник наукових праць / За заг. ред. док. юрид. наук, проф. НАПрН України О. Крупчана. К., 2018. С. 66–101.

37. Миронова Г. А. Особливості договірного регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги в сучасних умовах. *Особливості правового забезпечення інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах системних суспільних криз*: збірник наукових праць / За заг. ред. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. Д. Крупчана. К., 2019. С. 95–130.

Опубліковані праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

38. Миронова Г. А. Європейські стандарти в області біоетики як складова правової моделі сучасного громадянського суспільства. *Матеріали Третього національного конгресу з біоетики*, м. Київ, 8–11 жовтня 2007 р. К., 2007. С. 56–57.

39. Миронова Г. А. Правова охорона гідності людини у біомедичних відносинах. *Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні*. Матеріали ІХ Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Острог, 30–31 травня 2008 р. Острог, 2008. С. 347–351.

40. Миронова Г. А. Право людини на шанування її гідності у світлі положень Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та

медицини. *Загальні тенденції та особливості реалізації, охорони і захисту приватних прав в Україні та світі*. Збірник наукових матеріалів конференції, м. Київ, 12 листопада 2008 р. К., 2008. С. 48–56.

41. Миронова Г. А. Етичні стандарти правового регулювання відносин за участю пацієнтів як складова європейської людиноцентристської доктрини. *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*. Статті учасників Третього всеукраїнського «круглого столу», м. Львів, 23–24 листопада 2008 р. Львів: «СПОЛОМ». С. 233–244.

42. Миронова Г. А. Категорія «правові засоби» в системі нормативного забезпечення охорони гідності людини. *Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку*. Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 22–23 травня 2009 р. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака, 2009. С. 104–109.

43. Миронова Г. А. Методологічні аспекти правової інтерпретації поняття «гідність людини» в контексті специфічних умов медичного втручання. *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*. Статті учасників Четвертого всеукраїнського «круглого столу», м. Львів, 28–29 листопада 2008 р. Львів: Край, 2009. С. 162–174.

44. Миронова Г. А. Правові засоби охорони гідності людини в умовах медичного втручання. *Тези доповідей Четвертого національного конгресу з біоетики*, м. Київ, 20–23 вересня 2010 р. К., 2010. С. 67

45. Миронова Г. А. Проблема визначення медичної дієздатності. *Збірник тез доповідей Другого всеукраїнського конгресу з медичного права, біоетики та соціальної політики*, м. Київ, 14–15 квітня 2011 р. Київ, 2011. С. 61.

46. Миронова Г. А. Принципи захисту прав та гідності недієздатних пацієнтів. *Збірник тез доповідей Міжнародного (Третього всеукраїнського) конгресу з медичного права і фармацевтичного права, біоетики та соціальної політики*, м. Київ, 19–21 квітня 2012 р. Київ, 2012. С. 95.

47. Миронова Г. А. Право пацієнта на відмову від лікування у невідкладних ситуаціях. *Права людини в Україні в сучасних умовах: пошук нових механізмів*

утвердження та забезпечення. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 10 грудня 2014 р. К.: Ліра-К, 2014. С. 176–182.

48. Миронова Г. А. Особисті немайнові відносини медичної сфери як предмет регулювання цивільного законодавства. *Методологія приватного права (теоретичний дискурс та практичне застосування)*. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 10 червня 2016 р. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2016. С. 187–191.

49. Миронова Г. А. Правосуб'єктність неповнолітніх у медичних відносинах: гарячі питання сучасності. *Місце дитини в українському суспільстві*. Збірник матеріалів Міждисциплінарної конференції, м. Київ 18 листопада 2016 р. К.: МП Леся, 2016. С. 37–41.

50. Крупчан О. Д., Миронова Г. А. Приватноправове регулювання договірних відносин у сфері надання медичної допомоги. *Гармонізація приватноправового законодавства України із законодавством країн ЄС*. Збірник статей і тез ІХ Міжнародного цивілістичного форуму, м. Харків 11–12 квітня 2019 р. К., 2019. С. 140–150..

ЗМІСТ

АНАТОЦІЯ.....	2
ЗМІСТ.....	17
ПРУЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....	20
ВСТУП.....	21
РОЗДІЛ 1. Методологічні засади дослідження особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги	
1.1. Концепт приватного права західної традиції як методологічна основа для дослідження та правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги	48
1.2. Приватні та публічні засади у правовому регулюванні особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги	62
1.3. Особливості приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги	79
Висновки до Розділу 1.....	97
РОЗДІЛ 2. Джерела приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги	
2.1. Джерела права як форми фіксації приватноправових норм: сутність, види, систематика	100
2.2. Характеристика окремих видів джерел приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги: природне право, приватноправові норми в актах позитивного права	107
2.3. Приватноправові норми у правових актах та медико-технологічних документах зі стандартизації медичної допомоги	126
2.4. Цивільно-правові правочини як джерело приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги	143
Висновки до Розділу 2	159
РОЗДІЛ 3. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги за цивільним законодавством України	

3.1. Автономія волевиявлення пацієнта за цивільним законодавством України	166
3.2. Правові умови та межі автономії лікаря у сфері надання медичної допомоги	208
Висновки до Розділу 3	226
РОЗДІЛ 4. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги фізичним особам, які мають вади волі та волевиявлення	
4.1. Особливості приватноправового регулювання особистих немайнових відносин при наданні медичної допомоги неповнолітнім фізичним особам	230
4.2. Міжнародно-правові стандарти регулювання приватних відносин за участю повнолітніх осіб з вадами волі та волевиявлення	278
4.3. Особливості приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги повнолітнім недієздатним фізичним особам	311
4.4. Визначення та особливості спеціальної медичної дієздатності	330
Висновки до Розділу 4	344
РОЗДІЛ 5. Договірне регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги	
5.1. Умови правомірності та межі диспозитивності договірного регулювання особистих немайнових відносин у доктрині приватного права України	350
5.2. Договірне регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги за цивільним законодавством України	377
5.3. Договірне представництво фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги: характеристика правочинів	390
Висновки до Розділу 5	432
ВИСНОВКИ	437
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	449
ДОДАТОК А Список публікацій здобувача	489
ДОДАТОК Б Форма «Інформація для пацієнта щодо захворювання та запропонованого лікування»	495

ДОДАТОК В Форма «Інформована добровільна відмова пацієнта від запропонованого лікування»	496
ДОДАТОК Г Форма «Акт підтвердження відмови від медичного втручання та письмового оформлення відмови – на випадок, якщо пацієнт відмовляється задокументувати свою відмову»	497
ДОДАТОК Д Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги».....	498
ДОДАТОК Е Акт впровадження від 09.09.2020 р.....	512
ДОДАТОК Ж Акт впровадження від 30.11.2016 р.....	513

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

Цивільний кодекс України – ЦК України

Цивільний процесуальний кодекс України ЦПК України

Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» – Основи

Кримінальний процесуальний кодекс України – КПКУ

Сімейний кодекс України – СК України

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року – Європейська конвенція

Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (Ов'єдо, 1997 р.) – онвенція Ов'єдо

Пояснювальна доповідь до Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини – Пояснювальна доповідь до Конвенції Ов'єдо

Міністерство охорони здоров'я України – МОЗ України

Європейський суд з прав людини – ЄСПЛ

Парламентська асамблея Ради Європи – ПАРЕ

Всесвітня організація з охорони здоров'я – ВООЗ

Всесвітня медична асоціація – ВМА

Вірусом імунодефіциту людини – ВІЛ

Єдина державна інформаційна система трансплантації – ЄДІСТ

ВСТУП

Обґрунтування актуальності теми дослідження. *Спеціальне соціальне замовлення* на розвиток науки цивільного права складають об'єктивні процеси сучасного громадянського суспільства, а саме: ускладнення та диференціація суспільних відносин, розширення кола учасників цивільних відносин, розширення змісту їхніх прав та законних інтересів тощо. Вказані та інші суспільні чинники обумовлюють підвищену увагу та науковий інтерес до проблем правового регулювання суспільних відносин засобами приватного права. Правове регулювання може бути ефективним та доречно виконувати соціальне замовлення, коли в його основі лежать наукове пізнання та адекватне відображення закономірностей та актуальних потреб суспільного розвитку. З огляду на це, важливо будувати теоретичну модель правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги в контексті бажаного вектору руху суспільного життя. Для України це є вектор західноєвропейського розвитку.

Спільнота, яка прагне бути сучасною, повинна враховувати низку обставин об'єктивного характеру. Перш за все, сучасне суспільство може бути тільки громадянським суспільством, основними характерними ознаками якого є солідарність, плюралізм, толерантність. Сучасне громадянське суспільство – це особливий соціокультурний простір, де формується система суспільних інститутів та відносин, що створюють можливість та умови для кожної людини задовольняти свої різноманітні матеріальні та духовні потреби. Результатом повсякденного волевиявлення моральних суб'єктів є соціальна взаємодія, що здійснюється на засадах комунікації та інтеграції і дістає своєї адекватної реалізації у вигляді морального феномена солідарності. Солідарність у громадянському суспільстві виступає не як механічна сума особистих воель, а як результат діалогової договірної взаємодії.

Суттєву роль у формуванні нових соціокультурних контурів громадянського суспільства відіграє культурний плюралізм як факт наявності множини культурних позицій, які вільно співіснують в аспекті взаємодії різноманітних культурних зразків та способів життєдіяльності. І саме цей факт зобов'язує кожного члена спільноти до терпимості. Адже кожна людина – це своєрідний мікрокосмос, який вміщує свою систему цінностей та особливий світогляд зі стійким набором поглядів.

Саме тому важливою особливістю західноєвропейської концепції громадянського суспільства є органічне поєднання її з ідеєю толерантності. Толерантність – це терпимість до інакшого способу життя, поведінки, звичаїв, почуттів, думок, вірувань тощо; витривалість – до відносно несприятливих факторів; відсутність чи послаблення реагування на несприятливі чинники в результаті зниження чутливості до подразнень. Загальний фон поняття та принципу толерантності має на увазі терпіння до іншого роду поглядів, вірувань, дій, яка виявляється у практичній відсутності упередженості, недовіри, ворожості як у мисленні, так й у поведінці, відносинах.

Все наведене стосується також і такої особливої сфери суспільної взаємодії, як медична діяльність, адже суб'єкти правовідносин медичної сфери є, перш за все, особистостями з усіма властивими їм особливостями, в тому числі із власним світоглядом та набором цінностей, які утворюють внутрішній світ людини, що завжди має практичний вихід, зокрема, в сфері особистого вибору, способу життя (зокрема, щодо гігієни, харчування, догляду, лікування). Медична сфера взагалі є більш чутливою до індивідуальних особливостей, оскільки дотична до внутрішніх, інтимних сторін життя людини. То ж цілком логічно, що моральні зразки та правові засади взаємовідносин лікаря та пацієнта є віддзеркаленням від загальної етичної парадигми сучасного мультикультурного суспільства, основним постулатом і відправною точкою якої є людина як толерантний суб'єкт солідарної взаємодії, за яким суспільство визнає автономію вільного вибору.

Правовий напрям євроінтеграційного розвитку України включає в себе, серед іншого, впровадження міжнародних правових стандартів у сфері забезпечення прав пацієнтів, в тому числі шляхом приведення вітчизняного законодавства у відповідність із положеннями міжнародних договорів за участю України та приєднання до європейських правових угод з цих питань. Так, на порядку денному стоїть питання про ратифікацію підписаної Україною Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини від 4 квітня 1997 р. (Далі – Конвенція Ов'єдо). Актуальність даної події підтверджено постановою Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань на тему «Про реформу охорони здоров'я в Україні» від 21 квітня 2016 року № 1338-УІІ [1], якою у п. 3.8

Кабінету Міністрів України надано рекомендацію стосовно підготовки пропозицій щодо ратифікації даної європейської угоди. У зв'язку із необхідністю виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань щодо ратифікації Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини, підписаної Україною 22 березня 2002 року, п. 63.Основної частини Постанови Верховної Ради України «Про План законопроектної роботи Верховної Ради України на 2020 рік» від 16.06.2020 № 689-IX [2] передбачено прийняття проекту Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (Конвенція про права людини та біомедицину)».

Ратифікація міжнародних договорів України здійснюється відповідно до закону України «Про міжнародні договори України» № 1906-IV від 29 червня 2004 р. [3] та проходить декілька обов'язкових етапів, визначених у ст. 9. Зокрема, згідно з п. 7, якщо на ратифікацію подається міжнародний договір, виконання якого потребує прийняття нових або внесення змін до чинних законів України, проекти таких законів подаються на розгляд Верховної Ради України разом з проектом закону про ратифікацію і приймаються одночасно. Враховуючи наведене, актуальним науково-практичним напрямком є аналітично-порівняльна робота із принципами та нормами Конвенції, яка включає в себе: аналіз нормативного змісту тексту угоди; дослідження європейського досвіду застосування її положень; проведення доктринальних та нормативних кореляцій із вітчизняним законодавством та практичним досвідом. Загальним позитивним наслідком такої дослідницької роботи стали нові правові положення, доктринальні та нормативні пропозиції, які будуть покладені в основу напрацювань проектів нормативних актів, необхідних для проходження процедури ратифікації Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини.

Крім того, окремим аспектом актуалізації досліджень правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги стали *сучасні загрози людській гідності* та фундаментальним правам, які виникли на тлі застосування досягнень науки у медицині та біології, та стали явними, починаючи з 90-х років минулого століття. Вони пов'язані із подвійним характером окремих наукових досліджень, спрямованих на людину, та існуванням поряд із позитивним

впливом на організм та лікування хвороб, також і небезпечних як безпосередніх, так і віддалених наслідків. Перш за все, йдеться про такі фактори: наявність прихованих несприятливих наслідків для життя та здоров'я людини, пов'язаних із новітніми технічними розробками; досягнення в клінічних технологіях продовження життя; комерціалізація медицини та фармацевтики. З цього часу у європейському співтоваристві було арикульовано нагальну потребу у напрацюванні адекватних ефективних механізмів для правового реагування на ці виклики.

Принципова новизна сучасного етапу розвитку медицини та наук медико-біологічного напрямку полягає в тому, що в результаті прогресу біологічних та медичних технологій медичні працівники та вчені отримали практичну можливість істотно впливати на хід природного розвитку людини та перебіг хвороби, безпосередньо маніпулювати процесами запліднення, народження, вмирання, які традиційно вважалися природними та такими, що не терплять штучного втручання. Медичний прогрес тепер надає можливість лікувати багато раніше невиліковних або смертельних захворювань, то ж величезну кількість раніше безнадійних хворих сьогодні можна вилікувати і повернути до повноцінного життя. Проте можливості терапії критичних станів не безмежні. Результатом дій лікаря, який прагне зберегти життя хворого, є розвиток нового, багато в чому невідомого, стану, коли у людини з працюючим серцем виникають незворотні ураження головного мозку. Також у результаті досягнень в медичній науці життя деяких пацієнтів, які постраждали від невиліковної або смертельної хвороби або перебувають у небезпеці, тепер можна підтримувати штучним шляхом. Іноді пацієнт бажає такого лікування, бо цей тимчасовий захід може потенційно привести до відновлення здоров'я. В інших випадках таке лікування може бути небажаним, оскільки воно здатне тільки продовжити процес вмирання, а не відновити здоров'я та якість життя. Відтак, якість життя вмираючих часто ігнорується, так само, як їхня самотність, страждання їхні та їх сімей та опікунів.

Очевидно, що існує тенденція до використання надмірної технічної терапії навіть в тих випадках, коли болісний процес вмирання тим самим продовжується у нелюдський спосіб. Численні дослідження підтвердили критичні наслідки медичної допомоги вмираючим. Зокрема, вона була визнана іноді такою, що невідповідно

затягується та є занадто обтяжливою, як фізично, емоційно так й фінансово. Зокрема, внаслідок агресивного медичного втручання деякі пацієнти на все життя залишаються фізично обмеженими в будинках для людей похилого віку; стають повністю «медично залежними», тобто такими, що виживають лише за допомогою використання живильних трубок; значна кількість осіб перебувають у коматозному та стійких вегетативних станах без надії на одужання. Крім того, пацієнти, які отримують агресивні методи лікування часто помирають від цих методів лікування, а не від основного захворювання.

Тенденції до поліпшення медичних техніки та технологій потенційно призводять до більш технічного, але менш гуманного поводження із пацієнтами. В той час як справжні інтереси хворого та найкраще медичне обслуговування не завжди збігаються із ревним застосуванням найсучасніших методів продовження життя. Адже можливостей медицини не безмежні. За даними Всесвітньої організації охорони здоров'я (далі – ВООЗ), серед факторів, від яких залежить здоров'я людини, доля медицини як такої становить всього 10%. Попри всі свої досягнення вона не завжди може дати гарантії одужання пацієнта чи лікування без ускладнень, тобто медицина може надавати допомогу, але не може гарантувати здоров'я. Певна частина можливих несприятливих наслідків лікування становить зону ризику медичного обслуговування подібно до повсякденних ризиків, з якими сучасна людина стикається повсюдно. Водночас не слід забувати про те, що, хоч у правовому розумінні ризики, пов'язані з лікуванням, поділяють лікар і пацієнт, у розумінні фізичному весь їх тягар лягає виключно на пацієнта.

В результаті дії вказаних та інших соціальних, медичних та етико-правових факторів останнім часом в європейському співтоваристві було ариткульовано нагальну потребу у напрацюванні адекватних ефективних механізмів для правового реагування на ці виклики. Як відповідь на існуючі загрози відбулися кардинальні зміни у доктринальних підходах до правового регулювання надання медичної допомоги: за декілька десятиліть *патерналістичний підхід змінився принципом автономії*, який згодом було закріплено у вигляді юридичних правил. Спочатку це відбулося на міжнародно-правовому рівні, а потім поступово і у національному праві країн Західної Європи та Північної Америки.

Також згодом зазнали суттєвих перетворень і суспільні очікування стосовно лікарів. Друга половина ХХ ст. стала часом зміни етичних акцентів у медичній практиці – у бік визнання цінності психологічного й фізичного комфорту пацієнта, а також до поваги права хворого на нездійснення лікарської допомоги. Сучасний етап ознаменувався остаточним усвідомленням того, що медична діяльність передбачає застосування стандартних медичних технологій до окремих пацієнтів, які не є ідентичними як за своїми фізіологічними даними, так й за своєю культурою, світоглядними та ціннісними переконаннями, що потягло за собою етичне та юридичне визнання вагомості приватної думки пацієнтів у сфері прийняття важливих рішень, пов'язаних з лікуванням.

Таким чином, за традиційною патерналістською концепцією відносин медичної сфери пацієнт фактично перетворювався на пасивного отримувача благ, на об'єкта медичних маніпуляцій. Проте за сучасною договірною концепцією медична сторона відносин має право застосовувати свої можливості залежно від особистого вибору пацієнта, який приймає власні усвідомлені і відповідальні рішення, хоча й на основі професійних висновків і порад лікаря. Незважаючи на те, що пацієнт у більшості випадків не має спеціальної освіти та необхідних знань, саме він є хазяїном власного тіла, і тільки він має право вирішувати, що є для нього добром або злом, орієнтуючись на власні уявлення і логіку здорового глузду. Наприклад, в багатьох країнах сьогодні людина має безумовне право відмовитися від деяких серйозних і раніше незаперечних медичних процедур, незважаючи на те, що думки пацієнтів можуть розглядатися лікарями як такі, що суперечать інтересам їх власного здоров'я.

Інший бік проблеми стосується *особливостей сучасного алгоритму прийняття клінічного рішення*, який є поліфакторним та не обмежується механічним застосуванням стандартів у сфері охорони здоров'я, заснованих на певному досвіді технологій доказової медицини. Актуальним проявом такого постійно діючого чинника, як перманентна недосконалість медико-технологічних стандартів, що рельєфно проявив себе у нових обставинах світової пандемії коронавірусної хвороби (COVID-19), є критичне відставання належно обґрунтованих та оформлених клінічних відповідей на раптово виникаючі загрози та

превалювання експериментального лікування і застосування лікарських засобів із імовірною ефективністю. Новітній досвід епідемічної небезпеки наочно продемонстрував формування нових тенденцій, які, видозмінюючи класичні медичні та етико-правові моделі, побудовані на чітких покрокових алгоритмах та імперативних вимогах, очікують свого наукового осмислення.

Названі та інші об'єктивні процеси знайшли своє віддзеркалення у правовому регулюванні відносин у сфері надання медичної допомоги. Адже ця сфера є вкрай чутливою до наявних технологічних, етичних та власне правових змін, оскільки безпосередньо торкається найінтимніших та найуразливіших речей, які взагалі має сучасна людина – тіло, розум, почуття, переконання, здібності, бажання тощо. Отже, напряду стосується *фізичної та моральної автономії та недоторканності людини, які є найвищими цінностями*, їх не можна жодним чином урівняти із майновими благами та цінностями. Тому і особливою є роль права у регулюванні цієї сфери: дуже великою є ціна помилки. Насамперед через формалізовані правові норми та правила здійснюється вплив на дані відносини, і цей вплив може бути у підсумку або правильний або помилковий, відповідний або неадекватний. Саме в цій сфері потрібно дуже обережно різати, і постійно пам'ятати, що то є нарізи на живому, адже немає нічого ціннішого за життя, здоров'я, гідність, цілісність, духовність людини.

Зважаючи на вказане, не викликає сумнівів актуальність застосування приватного права для регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги, адже саме диспозитивні та уповноважувальні засоби правового впливу на учасників приватних відносин є найбільш придатними для врахування приватного інтересу, який є дуже важливим у цій сфері. Сьогодні можна впевнено стверджувати про наявність нової реальності, однією з характеристик якої є *справжній зсув парадигми правового регулювання суспільних відносин у сфері надання медичної допомоги у бік посилення приватноправових засад*. Наведене означає наявність актуального суспільного замовлення: на засадах концепції людиноцентризму ретельно зважити у доктрині та прописати у правових правилах баланс публічного та приватного інтересів, межі приватності та обов'язкові імперативні засади, які мають бути враховані та забезпечені на рівні норми закону.

Поряд із зазначеними практичними чинниками актуалізації обраної проблеми слід вказати на такий значний фактор, як *розвиток сучасної вітчизняної науки приватного права*, в якій відбуваються насправді знакові процеси, пов'язані із значними досягненнями у сфері методології, теорії приватного права. Нові здобутки знайшли свого втілення у низці свіжих фундаментальних праць, в яких сформовано принципово важливі наукові положення щодо: концепту приватного права, сучасного етапу розвитку приватного права в Україні; діалектики приватноправового та публічно-правового методів впливу на сучасні суспільні відносини; джерел приватноправового регулювання; посилення засад диспозитивності у регулюванні тих відносин, які традиційно належали до сфери імперативного впливу держави; спеціальної функції правочину та договору в якості регуляторів приватних відносин, в тому числі із немайновим змістом; особливостей прояву методу приватного права в окремих сферах суспільних відносин: зобов'язальних, договірних, житлових, медичних, спадкових. Саме на такому міцному теоретико-методологічному фундаменті автор ґрунтується у проведенні ініціативного дослідження.

Зокрема, приватноправові відносини були об'єктом теоретичних досліджень науковців, які висловили низку важливих евристичних ідей та наукових положень. Так методологічну основу для авторських пошуків склали доктринальні здобутки, отримані у працях вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі теорії приватного та цивільного права С. Алексєєва, Борисової, І. Венедиктової, М. Галянтича, А. Довгерта, О. Дзери, Ю. Заїки, О. Іоффе, О. Кота, О. Кохановської, О. Крупчана, Н. Кузнєцової, Р. Майданика, В. Махінчука, І. Пахмана, О. Первомайського, М. Пленюк, Й. Покровського, В. Примака, П. Рабіновича, С. Сібільова, І. Спасібо-Фатєєвої, М. Стефанчука, Н. Федорченко, Є. Харитонова, О. Харитонової, В. Цюри. Загальні та спеціальні аспекти особистих немайнових відносин були предметом досліджень Н. Давидової, К. Демиденко, Л. Красицької, М. Малєїної, З. Ромовської, Р. Стефанчука, С. Сліпченка, О. Синегубова, Л. Федюк, С. Шимон, М. Щирби, О. Явор. Сформульовані авторами методологічні позиції та наукові висновки стали відправним пунктом для аналізу автором місця і ролі особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги в системі цивільних відносин, а також

особливостей регулювання відносин цієї особливої сфери засобами приватного права.

Питання договірному регулюванню цивільно-правових відносин знайшли висвітлення у роботах Ю. Алексашиної, С. Бервено, В. Бобрика, Р. Гейнц, І. Діковської, М. Брагінського, В. А. Васильєвої, В. В. Васильєвої, В. Вітрянського, А. Гриняка, А. Зеліско, В. Луця, Р. Мельниченка, Л. Мигалок, С. Погрібного, Л. Сіщук, В. Яроцького. Наукові положення, сформульовані вченими стосовно суті та ролі договору як джерела регулювання цивільних правовідносин, покладено у ґрунт дослідження автором приватноправового регулювання договірних відносин у сфері надання медичної допомоги.

Окремі аспекти правовідносин у сфері охорони здоров'я та надання медичної допомоги досліджували: С. Антонов, М. Брюховецька, А. Віленський, Т. Водоп'ян, Т. Волинець, З. Гладун, Р. Гревцова, А. Дворніченко, І. Демченко, О. Кашинцева, В. Пашков, О. Прасов, Я. Радиш, О. Рогова, В. Савченко, А. Савицька, М. Самофал, З. Скалецька, О. Солдатенко, С. Стеценко, О. Юдин. Ф.,

Спеціального ґрунтового аналізу цивільно-правові відносини у сфері надання медичної допомоги знайшли у працях та захищених докторських дисертаціях: С. Булеци «Цивільні правовідносини, що виникають у сфері здійснення медичної діяльності теоретичні та практичні проблеми» (2016 р.), А. Герц «Договірні зобов'язання у сфері надання медичних послуг (2017 р.)», І. Сенюти «Цивільні правовідносини у сфері надання медичної допомоги: питання теорії та практики» (2018 р. Окремі вузькі питання досліджувалися здобувачами кандидатського ступеня: В. Біленком, О. Криловою, О. Мостовенко, С. Михайловим, Х. Терешко, отримані наукові результати яких було взято до уваги.

Також проведення дослідження передбачало використання спеціальних знань щодо: історії розвитку та особливостей прийняття клінічного рішення, сутності сучасних технологій доказової медицини, медичної деонтології. На базі експертних суджень окремих фахівців – К. Воробйова, Х. Вульфа, Jacinta O. A. Tan, David P. H. Jones, Jocelyn Hattab, Mike Shaw, Caroline Wellbery, Rebecca Mc Ateer, J. Bellhouse, A. Holland, I. Clare, M. Gunn – сформувалася авторська позиція стосовно оцінки

сучасних тенденцій, що виявляють себе у медичній галузі, та їхнього впливу на приватноправове регулювання досліджуваних відносин.

Як видно, приватні відносини у сфері надання медичної допомоги здебільшого привертають увагу дослідників у контексті саме цивільно-правового регулювання, яке здійснюється засобами, як приватноправового, так і публічно-правового впливу. Саме цим аспектами присвячено основні публікації з даного наукового напрямку. В той самий час окремо приватноправовий зріз проблеми не знайшов свого поглибленого дослідження у вітчизняній правовій думці, що негативно відображається на практиці правового регулювання особистих немайнових та, зокрема, договірних відносин у сфері надання медичної допомоги.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами.

Окремі теоретичні та практичні аспекти теми дисертації досліджувалися у межах виконання плану науково-дослідної роботи відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства Науково-дослідного інституту приватного права і підприємства імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України за темами: «Уніфікація приватного права Європи та тенденції розвитку цивільного законодавства України у контексті євроінтеграції» (номер державної реєстрації 0108 U000492); «Правове забезпечення регіональних інтеграційних стратегій України в контексті модернізаційної політики держави» (номер державної реєстрації 0113U001118); «Інституційно-правове забезпечення майнових інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах регіональної нестабільності» (номер державної реєстрації 0117U002141).

У зв'язку з наведеним не викликає сумнівів актуальність та необхідність спеціального дослідження проблематики приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги та формування на основі його здобутків наукової концепції, доктринальних висновків та практичних рекомендацій. Саме тому **об'єктом** ініціативного дисертаційного дослідження обрано *особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги*, а **предметом** – об'єктивні закономірності та спеціальні особливості *приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання*

медичної допомоги у сучасних умовах. Відповідно до об'єкта та предмета дослідження сформульовано мету та основні завдання дисертації.

Метою дисертаційної праці є комплексне, ґрунтовне дослідження *теоретико-методологічних та практичних аспектів правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення їх учасників*. Виконання запланованої дослідницької програми передбачає переосмислення та осучаснення сталих доктринальних підходів, отримання нових наукових положень, що дозволить сформувати новий рівень наукового пізнання – концепцію *особистої автономії у сфері надання медичної допомоги з виокремленням нових закономірностей та взаємозв'язків* в об'єкті дослідження, розробити практичні пропозиції, що можуть бути втілені у норми національного права для вдосконалення механізму правового регулювання досліджуваних відносин

Досягнення визначеної мети та верифікація попередніх гіпотез зумовили необхідність вирішення таких **завдань**:

Визначити вплив концепту приватного права західної традиції як методологічної та світоглядної основи на приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги;

Встановити особливості, сучасні тенденції та об'єктивні закономірності розвитку приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на сучасному етапі, в тому числі з урахуванням прогнозованого збільшення епідемічних небезпек, які виникатимуть дедалі частіше та охоплюватимуть дедалі більшу частину населення;

Надати характеристику, визначити суттєві ознаки та критерій ієрархії сучасних джерел приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги;

Обґрунтувати об'єктивну тенденцію зростання ролі правочину та договору у правовому регулюванні особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, з'ясувати особливості сучасних правочинів з правомірним відступленням від положень актів цивільного законодавства;

Розкрити правову природу особистого немайнового права фізичної особи на

інформовану добровільну згоду на медичне втручання, визначити цивільно-правові засади та особливості надання медичної допомоги повнолітнім дієздатним особам без процедури отримання згоди;

Обґрунтувати правові умови та межі приватної автономії лікаря щодо формування клінічного рішення, відмови від надання медичної допомоги;

Дослідити особливості приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги неповнолітнім фізичним особам щодо: врахування думки дитини, представництва неповнолітніх, надання медичної допомоги у невідкладному випадку;

Встановити особливості приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги повнолітнім фізичним особам з вадами волі та волевиявлення, в тому числі недієздатним;

Обґрунтувати можливість та актуальність застосування у сфері надання медичної допомоги зобов'язань із немайновим змістом;

Виявити умови правомірності та межі диспозитивності договірної регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги;

Визначити шляхи імплементації у вітчизняне цивільне законодавство ст. 6 та ст. 9 Конвенції про права людини щодо біомедицини із урахуванням ст. 12 Конвенції про права осіб з інвалідністю щодо: самостійної реалізації правоздатності недієздатними особами, правомірності попередніх розпоряджень пацієнта.

Методи, які використовувалися при проведенні дослідження, напряду обумовили можливість отримання нових наукових положень та визначили високий рівень доведення наукових висновків.

Діалектичний метод забезпечує методологічний підхід, за яким предмет розглядається не в статичному завершеному, однобічному вигляді, а як такий, що перебуває у процесі становлення, розвитку та перманентної пов'язаності із іншими процесами та явищами як однопорядкової правової реальності, так і більш широкого соціального контексту, які справляють істотний вплив на особливості розвитку, форми та змісту предмету, що досліджується. Зокрема, застосування діалектичного методу до аналізу приватноправового регулювання інформованої згоди фізичної особи на медичне втручання сприяло всебічному дослідженню права пацієнта на

інформовану добровільну згоду як в аспекті його становлення та розвитку, так і в аспекті повноти охоплення юридично важливих елементів.

Метод абстрагування дозволив цілеспрямовано виокремити явище, що досліджується, з реального соціального контексту із заздальгідь визначеною науковою метою: проаналізувати дане явище у чистому вигляді, дослідити його окремі складові, глибше пізнати внутрішню структуру та закономірності. При аналізі приватноправового регулювання особистих немайнових відносин з надання медичної допомоги у роботі застосовуватиметься відомий у науці підхід абстрагування, або «методологічної відособленості», або «принцип методологічної індиферентності». При дослідженні особливостей приватноправового регулювання особистих немайнових відносин при наданні медичної допомоги автор, наскільки це можливо та доцільно, відволікається від імперативних елементів та зосереджує увагу на аспектах приватноправового регулювання, тримаючи у полі зору основну мету роботи – розроблення концепції особистої автономії людини у сфері надання медичної допомоги на засадах західної традиції приватного права; напрацювання ключових доктринальних положень.

Завдяки застосуванню *дедуктивного методу* шляхом складних умовиводів діалектичної логіки вдалося аргументувати віднесення приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги без процедури отримання згоди від повнолітнього дієздатного пацієнта до сфери дії норм інституту цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення. Із застосуванням в тому числі і дедуктивного методу було встановлено, що мірою вияву лікарської дискреції є право лікаря на відмову від ведення пацієнта з міркувань совісті, яке ґрунтується на фундаментальному праві людини на свободу релігії, совісті та думки, а також із обов'язком держави поважати це право.

Застосовуючи *метод сходження від абстрактного до коректного* сформовано загальну структуру як самого дослідження, так і тексту дисертаційної праці, яка адекватно відтворює логіку наукового осмислення проблеми та втілює апробовану часом методологію руху від абстрактного до конкретного. Відповідно до обраного підходу спочатку висвітлено доктринальні аспекти проблеми приватноправового регулювання правовідносин медичної сфери, зокрема, значення

концепту приватного права західної традиції, фундаментальних прав та гідності людини, взаємодію приватних та публічних засад та особливостей приватноправового регулювання особистих немайнових відносин в сфері надання медичної допомоги. В наступних розділах за допомогою інструментарію, що розроблено та втілено, логічно аналізуються правові питання більш конкретного та практичного рівня приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги за цивільним законодавством України: інформованої згоди фізичної особи на медичне втручання; межі автономії лікаря у приватноправових відносинах у сфері надання медичної допомоги; особливості приватноправового регулювання відносин при наданні медичної допомоги неповнолітнім особам та повнолітнім фізичним особам із вадами волі та волевиявлення; договірне регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

У роботі застосовано *мультидисциплінарний підхід*, який надав змогу відокремити та поглиблено проаналізувати різні виміри функціонування об'єкта з тим, щоб синтезувати це знання в ракурсі бажаного вектору – вдосконалення механізму правового регулювання об'єкта з урахуванням досліджених аспектів. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги було досліджено з урахуванням характерних особливостей та провідних правових та етичних цінностей доби (гідність, автономія, свобода), які становлять не тільки загальний нормативний фон для правової регламентації особистих немайнових відносин медичної сфери, але й потребують конкретного врахування при формування юридичних засобів впливу на поведінку їх учасників.

Із мультидисциплінарним тісно пов'язаний *системно-структурний підхід*, який враховує об'єктивну складність правових явищ як соціальних об'єктів та їхню інтегрованість у цілісну суспільну матерію. Паралельне застосування мультидисциплінарного підходу та системно-структурного методу надало змогу дослідити та змодельовати предмет – приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги – у форматі, максимально наближеному до середовища його природного існування із урахуванням усіх істотних зв'язків як у середині об'єкту, так і ззовні.

За допомогою *формально-логічного методу* вдалося удосконалити визначення деяких понять та категорій, які мають істотне значення для формування сучасного українського концепту приватного права. Зокрема, конкретизовано визначення та основні ознаки понять «джерела приватноправового регулювання», «приватна дискреція лікаря» для цілей удосконалення понятійного апарату та механізму приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

Використовуючи *порівняльний метод*, було проведено аналітично-порівняльна робота із принципами та нормами Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (Оведо, 1997), яка включає в себе: аналіз нормативного змісту тексту угоди; дослідження європейського досвіду застосування її положень; проведення доктринальних та нормативних кореляцій із вітчизняним законодавством та практичним досвідом. Результатом цієї роботи стало розроблення правових положень, які будуть покладені в основу напрацювань проектів нормативних актів, необхідних для проходження процедури ратифікації Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини.

Завдяки застосовуванню *контент-аналізу* було виявлено приватноправовий зміст у правових актах та медико-технологічних документах зі стандартизації медичної допомоги. За допомогою *методу прогнозування* висунуто для подальшого аналізу та підтвердження основні гіпотези дослідження, які є науковими припущеннями високого рівня достовірності, що ґрунтується на творчій авторській інтуїції, в основі якої – глибоке знання предмету та розуміння перспектив його розвитку.

Джерельною базою дослідження є доктринальні напрацювання вітчизняних та зарубіжних вчених; Рішення Європейського суду з прав людини; міжнародно-правові стандарти, закріплені у міжнародні та європейських правових акти з прав людини, зокрема, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року, Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини» від 4 квітня 1997, відповідні Рішення Європейського Суду з прав людини, Рекомендації та Резолюції керівних органів

Ради Європи, законодавство та інші нормативні акти України, що регулюють правовідносини з приводу медичного втручання; рішення національних судів.

Наукова новизна отриманих результатів полягає у тому, що дисертація є комплексним ґрунтовним дослідженням теоретико-методологічних та практичних аспектів правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення їх учасників. У підсумку розроблено нову концепцію та виокремлено нові закономірності та взаємозв'язки в об'єкті дослідження, сформульовано нові доктринальні положення та нормативні пропозиції.

Отримані наукові результати конкретизовані у таких теоретичних положеннях, висновках та пропозиціях, які виносяться на захист:

Вперше:

1) на засадах людиноцентристського ціннісноорієнтованого підходу *розроблено* концепцію особистої автономії у сфері надання медичної допомоги, яка репрезентує сучасну інтегровану модель регулювання досліджуваних відносин за допомогою засобів приватного права та визначає стратегічні цілі оновлення цивільного законодавства України у цій частині. Основними складовими даної концепції є: теоретико-методологічні засади сучасного розуміння особистої автономії фізичної особи у сфері надання медичної допомоги; систематика та критерій ієрархії джерел приватноправового регулювання; сучасні тенденції прояву автономії волі пацієнта через абсолютні дії та через обов'язкові до виконання правочини, які породжують зобов'язання; особливості правового статусу лікаря як професійного учасника відносин та як фізичної особи; сучасні цивільно-правові засоби забезпечення особистої автономії фізичних осіб, які мають вади волі та волевиявлення; актуалізація застосування зобов'язань із немайновим змістом; особливості застосування індивідуального та договірної регулювання досліджуваних відносин.

На основі розробленої концепції та в контексті практичного завдання з підготовки України до ратифікації Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини від 04.04.1997 р. *сформульовано* доктринальні та стратегічні цілі оновлення цивільного законодавства, запропоновано нові засоби

цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги;

2) *виявлено наявність системної об'єктивної закономірності розширення сфери застосування методів приватного права у регулюванні особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на сучасному етапі розвитку українського громадянського суспільства, яка виявляє себе у таких аспектах: розширення кола учасників (неповнолітніх, повнолітніх недієздатних осіб, довіреної особи пацієнта), джерел (засад цивільного законодавства, правочинів, договорів з немайновим змістом) та відносин, на які поширюються принципи диспозитивності та вільного волевиявлення; розширення меж приватного розсуду лікаря (щодо відмови від надання медичної допомоги з міркувань совісті); розширення договірної свободи учасників приватноправових відносин; розширення сфери застосування односторонніх правочинів та договорів з немайновим змістом;*

3) *обґрунтовано доктринальне положення, що автономія волі пацієнта здійснюється як через абсолютні дії, так і через обов'язкові до виконання односторонні правочини, які породжують зобов'язання. Враховуючи норми-принципи ст. 28 та 29 Конституції України та тлумачення Європейським судом з прав людини меж свободи пацієнта погодитись чи відмовитись від конкретного методу лікування у контексті принципів самовизначення та особистої автономії, сформульовано висновок, що право повнолітньої дієздатної фізичної особи на згоду при наданні медичної допомоги є абсолютним, воно не може бути обмеженим за жодних міркувань, якщо його реалізація не загрожує правам інших осіб, або публічному порядку;*

4) *обґрунтовано, що особисте немайнове право повнолітньої дієздатної фізичної особи на інформацію про стан її здоров'я належить до абсолютних, і тому не може бути обмежено медичними працівниками, як це передбачено законодавством. Виходячи з принципу особистої автономії, повнолітній дієздатний пацієнт може заявити про своє бажання не отримувати медичну інформацію про себе або уповноважити довірену особу, якій ця інформація повинна надаватися в обсязі, визначеному пацієнтом;*

5) *встановлено*, що на засадах концепту приватного права західної традиції виокремлюються три правових режими відмови повнолітньої дієздатної фізичної особи від надання медичної допомоги на підставі критерію юридичного значення вільного волевиявлення пацієнта. Правове регулювання відносин, які виникають при відмові пацієнта, регулюються по-різному залежно від того, що 1) відмова надається повнолітнім дієздатним пацієнтом на основі добровільного та інформованого волевиявлення на актуальне медичне втручання, 2) відмова надається в умовах невідкладного стану пацієнта, 3) відмову заздалегідь зафіксовано у правових документах з попереднього волевиявлення;

б) *обґрунтовано* можливість та актуальність застосування у сфері надання медичної допомоги зобов'язань із немайновим змістом. Зокрема, приватноправові відносини у сфері надання невідкладної медичної допомоги запропоновано врегулювати без процедури отримання згоди за допомогою норм інституту цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення. Повний склад юридичних підстав, за наявності яких вступають в силу норми цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення, складається з трьох обов'язкових елементів: а) стан пацієнта є невідкладним; б) згода на медичне втручання не може бути надана пацієнтом або його представниками; в) відсутні чинні документи з попередніх розпоряджень пацієнта. За відсутності хоча б одного з перелічених юридичних фактів дії медичних працівників з надання медичної допомоги є неправомірними. За такого юридичного складу згода презюмується та отримується відразу, як це тільки стає можливим.

7) *запропоновано* нову правову модель, яка ґрунтується на визнанні у правовій доктрині та законодавстві самостійності та автономності фізичних осіб, визнаних недієздатними, у процесуальних відносинах та особистих немайнових відносинах у сфері надання медичної допомоги. Складовими даної моделі *обґрунтовані* такі правила:

– право на інформовану згоду або відмову у сфері надання медичної допомоги має бути визнаним за недієздатними фізичними особами, які за своїм функціональним станом можуть сформулювати та висловити власну думку;

– у випадку встановлення (за визначеними у законі процедурами) нездатності фізичної особи приймати усвідомлені рішення у сфері охорони здоров'я, такі рішення мають прийматися замісними особами, які обрані не довільно, а відповідно до прописаних законодавчих процедур, в тому числі на договірній основі;

– права представників (опікуна, піклувальника, довіреної особи) на отримання інформації, вибір лікаря та лікувального закладу, надання згоди (або відмови) на медичне втручання мають вторинне значення та виникають тільки з моменту встановлення нездатності самої недієздатної фізичної особи пацієнта;

– замісна особа зобов'язана діяти не свавільно, але керуватися при прийнятті рішень, в першу чергу, всією доступною інформацією про ймовірні побажання пацієнта, в тому числі юридичними документами про попередні розпорядження;

8) *обґрунтовано*, що лікар у процесі виконання своїх професійних обов'язків здійснює особисті немайнові права. З одного боку, лікар як працівник закладу охорони здоров'я є представником юридичної особи надавача медичної допомоги (або суб'єктом господарювання), з іншого, лікар є фізичною особою, яка має суб'єктивні цивільні права, у тому числі, особисті немайнові права на повагу до гідності, на індивідуальність, релігійні переконання. Особистим немайновим правом фізичної особи лікаря є право на відмову від ведення пацієнта з міркувань совісті, яке впливає з фундаментального права людини на свободу релігії, совісті та думки, а також з обов'язку держави поважати це право;

9) *встановлено* тенденцію розширення меж індивідуального та договірної регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, зокрема, через можливість укладання непередбачених законодавством правочинів, а також таких, що укладаються із відступленням від положень актів цивільного законодавства, та *обґрунтовано* необхідність введення у доктрину цивільного права та цивільне законодавство інституту попередніх розпоряджень пацієнта;

10) *запропоновано* законодавчо закріпити правомочності фізичної особи на вибір методів медичного втручання на майбутнє шляхом вчинення одностороннього правочину або договору. *Визначено*, що попередні розпорядження (завчасні медичні директиви) пацієнта – будь-які юридично визнані правочини (письмові або усні, односторонні або багатосторонні), в яких виражається волевиявлення щодо

майбутнього медичного втручання, складені на випадок нездатності фізичної особи приймати усвідомлені рішення або повідомляти про них. *Виокремлено* два види актуальних юридичних правочинів, які потребують свого врегулювання на рівні цивільно-правових засобів: 1) волевиявлення щодо медичного втручання (медичні директиви); 2) довіреність з питань охорони здоров'я. Перші складаються у формі особистої заяви-розпорядження пацієнта стосовно лікування, догляду, процедур рятування чи продовження життя на випадок неможливості повідомити про свій вибір. Другий – це довіреність, що ґрунтується на договорі, якою призначається особа, уповноважена приймати медичні рішення замість пацієнта на визначених ним умовах;

11) *запропоновано* цивільно-правовий механізм добровільного представництва пацієнта у сфері надання медичної допомоги; *надано* цивільно-правову характеристику договору про представництво пацієнта: за своєю правовою природою договір про представництво пацієнта є різновидом договорів про добровільне представництво та характеризується як консесуальний двосторонній фидуціарний умовний правочин. *Визначено* особливості договору про представництво пацієнта: 1) представник діє від власного імені, але в інтересах особи, яку представляє; 2) представник своїми діями продовжує юридичні та фактичні спроможності довірителя, отже, уповноважується на здійснення дій фактичного та юридичного характеру в межах конкретних вказівок та загальної лінії побажань довірителя; 3) представник набуває повноважень з моменту клінічної та юридичної констатації нездатності довірителя до волевиявлення, які відповідно завершуються із відновленням такої здатності.

Удосконалено:

12) *наукову позицію* про можливість визнання договору і одностороннього правочину джерелом права, визначено, що правочин в якості джерела приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги виконує три нормотворчі функції: 1) конкретизує норми цивільного законодавства стосовно суб'єктивних цивільних прав; 2) усуває прогалини цивільно-правового регулювання; 3) регулює відносини з відступленням від положень актів цивільного законодавства;

13) *нормативні правила*, якими регулюються приватноправові відносини у сфері надання медичної допомоги неповнолітнім стосовно вимоги врахування думки дитини: надання медичної допомоги малолітній особі здійснюється за згодою її законних представників та з урахуванням думки самої дитини відповідно до рівня її зрілості, починаючи з семи років; надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її інформованою згодою; фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право на інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я;

14) *нормативні правила*, якими регулюються приватноправові відносини при наданні невідкладної або екстреної медичної допомоги неповнолітнім. *Запропоновано*: 1) в клінічних ситуаціях, які, на думку лікуючого лікаря, є ургентними, та в разі відсутності батьків або опікунів дитини, надати право представляти дитину особам, які є близькими родичами та членами сім'ї, у такій послідовності: вітчиму, мачуха, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, а також інші особи, які спільно проживають або пов'язані спільним побутом; 2) у випадку відмови батьків або інших законних представників дитини від медичної допомоги у невідкладному випадку передбачити обов'язок для надавача медичної допомоги негайно, протягом 2-х годин з моменту констатації невідкладного стану, звернутися до суду для захисту інтересів такої особи;

15) *правову позицію* про розширення меж професійної дискреції лікаря щодо формування клінічних рекомендацій на фоні новітніх викликів світового значення, пов'язаних із поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19. *Обґрунтовано*, що в умовах надзвичайної потреби та браку часу і ресурсів, за яких очікувано превалюватиме гіпотетичне лікування та застосування лікарських засобів із недоведеною ефективністю, посилюється роль приватної дискреції лікаря, який потребуватиме не тільки традиційних спеціалізованих компетенцій, а й таких нових якостей, як феноменальна професійна інтуїція, здатність до прийняття нестандартних ризикованих рішень в умовах браку визначеності;

16) *аргументацію* правової позиції, що пацієнт ніколи не може вважатися об'єктом для застосування медичних технологій, а завжди є суб'єктом. Враховуючи

досвід застосування протоколу «Надання медичної допомоги для лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)», *запропоновано*, що диспозитивні норми повинні мати пріоритет у таких ситуаціях вибору пацієнтом лікаря та методів лікування: 1) з високими ризиками для здоров'я, 2) в яких присутні декілька аналогічних ефективних варіантів, 3) орієнтованих на цінності, в яких етичні виміри для пацієнта превалюють над усіма іншими;

17) діючи в Україні *правову модель* інституту недієздатності фізичної особи на засадах міжнародно-правових стандартів, зокрема: уточнено основні критерії визнання фізичної особи недієздатною; запропоновано додаткове введення процесуальних гарантій дотримання прав людини при розгляді питань про визнання фізичної особи недієздатною; обґрунтовано необхідність впровадження диференціації режимів обмеження дієздатності та закріплення обов'язкових спеціальних заходів, спрямованих на підтримку та розвиток дієздатності недієздатної особи;

18) *правову модель* регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги недієздатним особам, яка поряд із імперативними нормами, має включати приватноправовий елемент, що реалізується у законодавстві через диспозитивні норми стосовно врахування думки недієздатної особи при наданні медичної допомоги як психіатричного, так і соматичного профілю.

Набуло подальшого розвитку:

19) *наукова позиція* щодо ієрархії джерел приватного права: беручи до уваги критерій найбільшого втілення суті та особливостей приватноправової норми в якості регулятора відносин у сфері надання медичної допомоги, у випадку конкуренції між правовими нормами, що регулюють одні й ті самі відносини, первинний (найзначніший) рівень джерел приватноправового регулювання даного виду відносин починається з правових принципів, оскільки в них безпосередньо втілено засадничі цінності європейської цивілізації, що стосуються приватного права, прав людини, правового становища приватних осіб у відносинах медичної сфери тощо. Другий рівень джерел приватноправового регулювання складається з правомірних цивільно-правових правочинів (відповідно до ст. 6 ЦК України), оскільки саме у правочинах у найбільш адекватний спосіб реалізуються легітимні

суб'єктивні інтереси приватних осіб та прийнятні для них легітимні способи їх досягнення. Третій рівень складатимуть приватноправові норми позитивного права, які у випадку їх дотримання (не порушення) утворюють нормативний каркас, в межах якого пріоритетного значення набуватиме дискреція суб'єктів приватноправових відносин медичної сфери;

20) *наукова позиція* щодо можливого уникнення застосування окремих категорій «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» в якості обмежувачів приватноправової ініціативи учасників договірних цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги. З метою мінімізації багатозначності тлумачення вказаних позанормативних регуляторів запропоновано визнати за необхідне: якомога детальніше прописати правила та норми, якими встановлюються обмеження та заборони щодо диспозитивності та вільного волевиявлення суб'єктів приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги, особливо ті, які висувуються з міркувань охорони публічного порядку та моральної неприйнятності; в разі наявності визнаних інститутами Ради Європи правових стандартів щодо регулювання приватних відносин у сфері надання медичної допомоги, надавати їм пріоритетності в аспекті тлумачення моральних засад, які покладено у ґрунт даного виду відносин;

21) *науковий підхід* щодо класифікації односторонніх правочинів на односторонньо-уповноважуючі та односторонньо-зобов'язуючі в контексті з'ясування особливостей регулятивного впливу односторонніх правочинів на поведінку учасників особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги: – односторонньо-уповноважуючі правочини пов'язані із можливістю для суб'єкта приватноправових відносин розпоряджатися своїм суб'єктивним правом, зокрема, передавати належні йому повноваження іншим особам (право отримувати медичну інформацію та знайомитися із медичними документами); – одностороннє зв'язування зобов'язанням однією приватною особою іншої можливе лише в контексті існування у першої особливого повноваження, яке ґрунтується або на нормі права, або на правовідношенні, в якому вже перебувають дані дві особи та яке дає право здійснювати односторонню зобов'язуючу волю. Такі правочини відносяться до допоміжних та, як правило, набувають статусу юридичних фактів, які є підставами

для виникнення або припинення певних зобов'язань у механізмі правового регулювання договірних відносин;

22) *положення* міжнародних правових стандартів щодо поваги до прав на свободу, недоторканність та гідність психіатричних хворих та осіб із інтелектуальними формами інвалідності. Обґрунтовано, що концепція «розумного пристосування», яка закріплена у ст. 12 Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю та корелює із нормами ст. 6 та 9 Конвенції про права людини щодо біомедицини, має застосовуватися також у сфері надання медичної допомоги особі із інвалідністю та недієздатним фізичним особам;

23) *положення* міжнародно-правових стандартів стосовно дотримання прав осіб при наданні паліативної та хоспісної допомоги, зокрема, запропоновано, що фундаментальні права паліативних пацієнтів на гідність, недоторканність, самовизначення можуть юридично закріплюватися у нормах законодавства як суб'єктивні цивільні права: на отримання повної медичної інформації; на вибір методів медичного втручання та догляду; на складання та врахування документів з попередніх розпоряджень.

Практичне значення отриманих результатів полягає в тому, що здобутки дисертаційного дослідження становлять внесок у теорію приватного права західної традиції та містять окремі напрацювання та авторські розробки нових положень як доктринального, так і практичного значення, спрямовані на вдосконалення механізму правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги методом приватного права. Результати даного дослідження можна використовувати в науково-дослідницькій діяльності при подальшому дослідженні приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги; у практичній діяльності суддів для підвищення правової обізнаності у вирішенні спорів, які стосуються вільного волевиявлення пацієнтів та визначення юридичної відповідальності медичних працівників при порушенні прав пацієнтів. Також доведені положення можуть бути використані для практичної реалізації положень та стандартів, передбачених міжнародними договорами за участю України у вітчизняному законодавстві для створення ефективних процедурних механізмів

дотримання прав людини на практиці. Зважаючи на те, що на порядку денному стоїть питання про ратифікацію підписаної Україною Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини від 4 квітня 1997 р., отримані результати є внеском у розроблення правових положень, які будуть покладені в основу напрацювань проектів нормативних актів, необхідних для проходження процедури ратифікації Конвенції. Отримані результати впроваджено в авторському проекті закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги», який надіслано до Верховної Ради України.

Дисертація є самостійною науковою працею, в якій відображені результати власних досліджень та авторські пропозиції. Викладені в дисертації наукові положення, рекомендації та висновки, що виносяться на захист, отримані самостійно.

Апробація матеріалів дисертації. Підсумки розроблення проблеми, що стала предметом дослідження та її окремих аспектів, було оприлюднено у форматі наукових доповідей на засіданнях вченої ради Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України: «Приватноправові засоби охорони гідності особи пацієнта» (2010 рік); «Приватноправові засади права на медичну допомогу» (2013 рік); «Джерела приватноправового регулювання відносин з приводу медичного втручання» (24 жовтня 2018 р.); «Договірне регулювання приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги» (27 березня 2019 р.); «Ратифікація Україною Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини від 4 квітня 1997 р.: завдання для цивілістичної науки» (29 січня 2020 р.) та на Науково-практичних конференціях: Науково-практична конференція «Загальні тенденції та особливості реалізації, охорони та захисту приватних прав в Україні та світі» (м. Київ, 12 листопада 2008 р.); IX Всеукраїнська науково-практична конференція «Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні» (м. Острог, 30–31 травня 2008 р.); Третій всеукраїнський круглий стіл «Антропологія права: філософський та юридичний виміри» (м. Львів, 23–24 листопада 2008 р.); II Міжнародна науково-практична конференція «Методологія

приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку» (м. Київ, 22–23 травня 2009 р.); Четвертий всеукраїнський круглий стіл «Антропологія права: філософський та юридичний виміри» (м. Львів, 28–29 листопада 2009 р.); Четвертий національний конгрес з біоетики (м. Київ, 20–23 вересня 2010 р.); Другий всеукраїнський конгрес з медичного і фармацевтичного права, біоетики та соціальної політики з міжнародною участю (м. Київ, 14–15 квітня 2011 р.); Міжнародний (третій всеукраїнський конгрес з медичного і фармацевтичного права, біоетики та соціальної політики (м. Київ, 19–21 квітня 2012 р.); «Захист прав медичних і фармацевтичних працівників як запорука захищеності прав пацієнтів» (м. Київ, 26–27 квітня 2013 р.); Другі правові читання «Актуальні проблеми медичного права» (м. Вінниця, 10–11 квітня 2014 р.); Міжнародна науково-практична конференція «Методологія приватного права (теоретичний дискурс та практика застосування)» (м. Київ, 10 червня 2016 р.); VII міжнародний цивілістичний форум «Принципи і тенденції застосування приватного права ЄС і пострадянських країн» (м. Київ, 11–12 травня 2017 р.); Міжнародна науково-практична конференція «Методологія цивільного (приватного) права України в умовах європеїзації. Матвєєвські цивілістичні читання (м. Київ, 27 жовтня 2017 р.); VIII Міжнародний цивілістичний форум «Розвиток сучасного приватного права в країнах Європи» (м. Київ, 19–20 квітня 2018 р.); «Розвиток медичного права України в контексті євроінтеграційних та глобалізаційних процесів» (м. Київ, 12 грудня 2018 р.); IX Міжнародний цивілістичний форум «Гармонізація приватноправового законодавства України із законодавством ЄС» (м. Харків, 11–12 квітня 2019 р.); Міжнародний круглий стіл «Права дитини в «лоні» Конвенції ООН: міжнародні стандарти та національні гарантії у медичній та юридичній практиках», присвячений 30-річчю з Дня прийняття Конвенції ООН про права дитини» (м. Київ, 22 листопада 2019 р.); Науково-практичний круглий стіл «Приватноправові принципи регулювання суспільних відносин: досвід України та ЄС» в рамках XIV Всеукраїнського фестивалю науки (м. Київ, 15 травня 2020 р.).

Структура та обсяг дисертації. Дисертація складається зі вступу, 5 розділів, що охоплюють 16 підрозділів, висновків, списку використаних джерел та семи додатків. Загальний обсяг дисертації становить 515 сторінок, обсяг основного змісту

431 сторінку. Список використаних джерел складається з 406 найменувань та міститься на 39 сторінках. Додатки та анотації містяться на 44 сторінках.

Терміни «медичне втручання» та «медична допомога» вживаються у роботі, як і у Конвенції про права людини та біомедицину, як синоніми та означають втручання в організм людини з метою підтримки та покращання здоров'я шляхом встановлення діагнозу, профілактики, лікування, реабілітації.

РОЗДІЛ 1
МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ
ДОСЛІДЖЕННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН
У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

1.1. Концепт приватного права західної традиції як методологічна основа для дослідження та правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги

Помітною ознакою сучасних правових досліджень з проблематики регулювання відносин з надання медичної допомоги є зосередження уваги на формальному аспекті нормативної конструкції, тим часом, як специфічна соціальна природа відносин, що регулюються, часто залишається поза зоною належної уваги. Здається, саме з цієї причини виникають неконструктивні колізії, прогалини та невідповідності у позитивно-правовому регулюванні особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги. Ця природна обмеженість суто юридичного та медичного поглядів може бути успішно подоланою через розгляд більш широкого методологічного та теоретико-правового контекстів, що зумовило необхідність виокремлення спеціального розділу, присвяченого аналізу методологічних засад приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги в умовах сьогодення.

Складний механізм правового регулювання завжди міцно ґрунтується на методології, оскільки неможливо вирішити важливі проблемні завдання, не визначивши спочатку вихідні засадничі передумови творчої наукової діяльності, спрямованої на дослідження проблем правового регулювання та здобуття нового знання про предмет, що досліджується. Адже саме методологія є тим критерієм, який надає можливість встановити прийнятність та доцільність або неприйнятність та недоцільність пропозицій щодо вирішення окремих проблемних аспектів у правовому регулюванні. В інакшому випадку, без належного обґрунтування методології відсутні надійні орієнтири щодо достовірності отриманого знання та його застосовності до розв'язання як теоретичних, так й практичних завдань.

Методологія буквально означає вчення про методи, способи і стратегії дослідження предмету. У філософській гносеології методологія розглядається у двох аспектах: як практична, яка орієнтується на вирішення практичних проблем, та як теоретична, яка прагне до пізнання ідеальної моделі предмета. Загалом у цих двох обличчях методологія у науці переслідує мету точніше вказувати шлях до пізнання і конструювання ідеальної моделі явища, що досліджується. То ж як така методологія покликана надати та реалізувати набір та алгоритм (послідовність застосування) прийомів та способів досягнення нового знання. Перехід від ідеальної моделі до вирішення нагальних практичних питань відбуватиметься тим простіше, чим ретельніше було підібрано адекватну методологію, за якою проведено дослідження.

Феномен методології належить до тих наукових об'єктів, дискусії з визначення яких є практично невичерпними та теоретично вічними. То ж, уникаючи остаточних формулювань, відштовхнемося від існуючого у правознавстві розуміння методології дослідження як складної системи елементів, яка утворюється, з одного боку, з власне наукових методів, які є нічим іншим, як апробованими у науці та надійними шляхами пізнання об'єкта, з іншого – з світоглядного компоненту, тобто вихідних та базових для дослідника ідей, постулатів, принципів. І. Спасибо-Фатєєва підтверджує таке розуміння сучасної методології наукового дослідження цивільно-правових відносин: «виходячи з розуміння методології як вчення про методи, слід також взяти до уваги, що вона складається з двох основних компонентів – теоретико-світоглядних концепцій та системи методів пізнання різного рівня» [4, с. 124]. Ці два види елементів методології у своїй сукупності покликані реалізувати дві важливі соціальні вимоги-очікування з боку спільноти до наукової форми пізнання об'єктивної правової реальності. По-перше, вказувати надійний алгоритм отримання наукового знання та на цих засадах вирішення актуальних теоретичних та прикладних завдань. По-друге, слугувати аксіоматичною концептуальною базою дослідження – тим ґрунтом, яким міцно зчіплюються вчений, суспільство та наука, чим у підсумку забезпечується як приріст знання, так й єдність, спадкоємність, послідовність наукових пошуків та доведеність окремих наукових суджень.

Методологія правового дослідження виконує своє важливе завдання через базовий набір постулатів, на засадах яких вирішуються актуальні проблеми

правового регулювання. Тому найважливішу частиною методології правового дослідження складає теоретико-світоглядний рівень, який, утворюючи своєрідний «методологічний імператив дослідження» [5, с. 13] певного спрямування, орієнтує дослідника на пошук надійних засад правового регулювання, які є об'єктивними, то ж існують поза межами позитивного писаного права, і як такі слугують для останнього в якості базових тверджень для подальшого аналізу. Цей базовий рівень методології включає вихідні концептуальні позиції, які спрямовують пошук дослідника у вірному напрямі та шляхом визначених логічних операцій реалізують кінцеву мету дослідження – забезпечення теоретичної обґрунтованості та валідності результатів та висновків.

Викладення методологічних засад дослідження проблем приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги включає розгляд концептуально важливих питань, які безпосередньо впливають на формування ідеальної моделі відповідного правового явища, а також на практику правового регулювання суспільних відносин, які досліджуються. Основні концептуальні елементи методології представленого дослідження включають обраний автором набір доведених у науці доктринальних підходів та постулатів, які мають безпосередній вплив на особливості приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги.

Так в даному розділі передбачається викладення методологічно важливого (засадничого) концепту приватного права західної традиції як доктринальної основи для дослідження та правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги, та основних аспектів щодо співвідношення приватних і публічних засад та особливостей приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

Передусім концепт приватного права в його сучасному вигляді є колективним продуктом наукової діяльності вчених не одного покоління, яких об'єднує спільне бачення вихідних передумов – аксіом, принципів, методів, що консенсуально використовуються для напрацювання фундаментальних концентрованих суджень, за допомогою яких науковою мовою відображаються сутність певного правового явища, а також зміст і спрямованість правового регулювання. Методологічну основу

для авторських розробок склали доктринальні здобутки, отримані вченими, які розвивають напрям концепту приватного права західної традиції. Вихідні ідеї щодо витоків, сутності, переваг та сфер впливу приватного права у сучасному громадянському суспільстві взято в якості відправних аксіоматичних суджень, які не потребують свого доведення у межах обраної автором проблеми для дослідження.

Аналізуючи витoki та історичну зумовленість приватного права, в першу чергу, слід взяти до уваги, що фундаментом, на якому виникає та будується система приватного права, є очевидні факти соціального буття людини у суспільстві, адже людині, властиве прагнення до відособленості та самостійності. Саме природа людини обумовлює потребу відокремлення відносно других або третіх осіб, що саме і складає основу для уособлення приватного інтересу, який покладено у ґрунт приватного права. Отже, як слушно стверджує С. Пахман, «на походження приватного права навряд чи можна дивитися як на явище випадкове. Воно викликано потребами самого життя та є необхідним наслідком розмежування сфери загальних інтересів від сфери приватних, індивідуальних інтересів» [6, с. 16].

Як зазначає Є. Харитонов, приватне право «своїм походженням і характеристикою завдячує Європейській цивілізації» [7, с. 110]. У цивілізаційному контексті «приватне право можна розуміти як елемент громадянського суспільства, органічно властивий йому, що слугує регулятором внутрішніх відносин у ньому і засобом забезпечення інтересів його членів стосовно одне одного. Крім того, воно (приватне право) є методологічною основою діяльності правової держави у галузі забезпечення прав людини (членів громадянського суспільства) та створення умов для функціонування громадянського суспільства» [7, с. 97]. За словами Н. Кузнецової та А. Довгерта, «приватне право є «правовим гумусом» громадянського суспільства, оскільки у своїй основі воно найбільшою мірою відповідає ідеям природного права» [8, с. 51]. Феномени природного права, приватного права, громадянського суспільства та прав людини, які пройшли еволюцію до сучасного розуміння у Новий та Новітній час, є властивими саме західній цивілізації.

Приватне право як одна зі складових сучасного європейського правопорядку відрізняється характерними системними ознаками: набором цінностей, принципів та

джерел. В умовах заявленого напряму європеїзації українського приватного права перший глибинний рівень методології приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги складають фундаментальні ідеї та принципи, на яких базується концепт сучасного приватного права західного типу [9, с. 17–22]. Як зазначає з цього приводу Р. Майданик, «ідеологію українського права визначають загальносоціальні та правові цінності ліберального суспільства, які становлять методологію нормотворення і правозастосування». У філософії та теорії права західноєвропейської традиції переважної уваги приділяється обґрунтуванню саме суті природи людини та праву як допоміжного елемента, що сприяє досягненню першорядної мети – реалізації автономії та свободи людини (безумовно у межах існуючого публічного правопорядку). В цьому ж доктринальному контексті: «українське приватне право мають визначати такі основоположні цінності як свобода, демократія, гідність, повага до прав людини та основоположних свобод, верховенство права, співрозмірне (пропорційне) обмеження прав і свобод людини для досягнення публічних цілей, захист фундаментальних прав людини тощо» [10, с. 24].

Визнання прав та гідності людини основою праворозуміння є ознакою західноєвропейської традиції права. В свою чергу, визнання певним суспільством цих прав як основи означає його ідентифікацію як європейського, що визнає і сприймає європейські цінності. Роль цінностей у сучасній доктрині приватного права ЄС є настільки вагомою, що у ст. 2 У Лісабонському договорі (Договір про реформування ЄС, який було підписано 13 грудня 2007 р. у Португалії) [11] спеціально закріплені основні цінності, на яких ґрунтується Союз: гідність; свобода; демократія; рівність; правова держава; дотримання прав людини, включаючи права осіб, що належать до меншостей. Використання посилання на цінності у тексті угоди покликано підкреслити ту основну думку, що європейська інтеграція та створюване в її межах право мають відповідати певним зразкам моральності, і в жодному разі не суперечити їм. Наслідком недотримання державою-членом цінностей Євросоюзу може бути застосування до неї санкції (ст. 7). Держави, що бажають вступити до ЄС, мають поважати цінності Союзу і взяти на себе зобов'язання запроваджувати їх у життя (ст. 49).

Ціннісні поняття є за своєю метою та значенням моральними орієнтирами для суспільних практик. Взяті самі по собі ціннісні поняття індиферентні у правовому смислі, тобто залежні від обраної системи моральних координат. Гідність, честь, достоїнство, приватне життя, цілісність, свобода, недоторканність, моральні засади суспільства тощо – це такі поняття, які самі по собі не містять нормативності, тобто правил належної поведінки. Але інтерпретовані в певному культурному контексті, вони набувають визначеного семантичного смислового навантаження, слугують орієнтиром для правового регулювання та тягнуть за собою необхідність формування та застосування відповідного набору правових засобів. Ціннісні поняття конкретизуються спочатку через принципи правового регулювання, в яких набувають правової визначеності, а в подальшому позитивуються у правових нормах. Зокрема, для того, щоб з'ясувати, чого вимагає така абсолютна цінність, як гідність людини у контексті правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги, потрібно звернутися до певного соціокультурного та морального контексту, в даному випадку нас цікавить західноєвропейський [12, с. 30–39].

Сучасна західноєвропейська філософсько-правова традиція нормативного тлумачення цінностей та обґрунтування їх регулятивного значення походить від І. Канта. Виключна роль у сучасній науково-правовій концепції гідності людини належить його етичній парадигмі, яка містить цілісну картину феномену та його розуміння у контексті практичних завдань правового регулювання. Філософ логічно підходить до визначення категорії «достоїнство» – як основного спонукувального мотиву волі, оскільки її причиною є не користь, а самоцінність людини. Отже, достоїнство людини є цінністю як такою, тобто абсолютною, що безмежно вище за будь-яку відносну цінність та не припускає ніякого еквіваленту. «Єдиним адекватним виразом оцінки, яку розумна істота може надати достоїнству, є повага» [13, с. 277–278].

Коментуючи Канта, О. Грищук, зазначає: «Людина, котра розглядається як особа, є суб'єктом практичного морального розуму і є понад будь-яку ціну. З цього пункту бачення людина не може розглядатись як засіб для цілей інших людей, навіть власних цілей, а лише як ціль у собі з погляду на те, що має гідність —

внутрішню абсолютну цінність. Абсолютною цінністю може бути лише хтось, хто є істотою розумною і як ціль сама в собі здатен до самовизначення і самовідповідальності» [14, с. 90]. С. Максимов у своєму монографічному дослідженні серед правових цінностей, завдяки яким уможлиблюється право, називає, в першу чергу, цінність людської особистості, саме задля захисту якої існує право. Адже предметом правового визнання є певна властивість особистості – моральна автономія як «здатність здійснювати вибір в умовах самообмеження і самоконтролю» [15, с. 276] .

Поняття гідності людини інтерпретується у сучасному західноєвропейському правовому концепті за допомогою таких значень, як особистість, самоцінність, недоторканість, фізична та психічна цілісність, свобода вибору, які в сукупності утворюють парадигму моральної автономії особи як фундаментальної соціальної та правової цінності. Протягом новітньої доби поступово було реалізовано вимогу «надати універсального характеру ідеї гідності людини» [16, с. С.12] та створити відповідні регулятивні механізми, завдяки яким цінність людської гідності поступово зазнала правової інтерпретації та легітимації на рівні позитивно-правових нормативних актів національних правових систем .

Посилання на гідність як основу сучасного соціального і правового порядку та інституту прав людини міститься в основних програмних міжнародних, європейських та вітчизняних документах – Статуті ООН, Загальній Декларації прав людини (ООН, 1948 р.), Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (ООН, 1966), Хартії фундаментальних прав Європейського Союзу (2000 р.), Конституції України (1996 р.) та Цивільному кодексі України (2004 р.).

Загальні основи сучасного правового розуміння феномену гідності людини викладено в основоположних міжнародних та європейських документах. Визнання потреби у спільних діях для забезпечення гарантій і захисту прав та гідності людини на міжнародному рівні стало головною рушійною силою формування Організації Об'єднаних Націй (1945 р.) та прийняття нового епохального документа всесвітнього значення – Загальної Декларації прав людини [17]. Декларація стала універсальним документом міжнародного права, в якому ООН заклала основи стандартів міжнародної справедливості, прав людини, верховенства права та

демократії. Концепцію прав людини як підґрунтя новітнього правопорядку стисло викладено у таких положеннях: 1) всі людські істоти мають певні невід'ємні права на тій підставі, що вони є людьми, а не тому, що вони є членами суспільства; 2) ці права розуміються як природні, тобто такі, що походять від самої людської природи; 3) ці права належать особі (а не суспільній групі) незалежно від статі, раси, етнічного походження, соціального стану, роду занять, громадянства тощо; 4) ці права мають бути рівною мірою доступними для кожної особи за допомогою права, і в них нікому не може бути відмовлено; 5) основою легітимності кожної державної влади визнається саме її здатність гарантувати ці права всім членам суспільства.

Отже, Загальна декларація прав людини закріпила вихідне положення, що стало візиткою сучасного концепту приватного права: усі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах. За таким розумінням життя і гідність людини є природними феноменами та як такі не потребують дозволу на існування, будучи первинними щодо соціокультурних та правових особливостей суспільства. Отже, цінність життя та гідності людини є абсолютною та передує позитивно-правовим нормам та інститутам. У Преамбулі Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [18, с. 39–40], що було прийнято ООН у 1966 р., також підкреслюється причинно-наслідковий зв'язок фундаментальних прав із визнанням гідності: «ці права випливають з властивої людській особі гідності». Цю формулу ще раз було підтверджено у Конвенції ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поведінки і покарання [19].

У такий спосіб, ціннісні основи сучасного концепту приватного права зафіксовано у низці провідних документів ООН у таких положеннях: гідність – це самоцінність людської особи; гідність властива всім членам людської сім'ї, оскільки всі вони наділені розумом і совістю; визнання гідності є фундаментом рівних та невід'ємних прав і основою автономії та свободи людини .

У європейському середовищі урядами країн – засновниць Ради Європи з 1949 року було закріплено первинні правила новоутвореної європейської спільноти та підтверджено відданість духовним і моральним цінностям, які становлять істинне джерело свободи особи та які визнаються тими принципами, що становлять підвалини

сучасного громадянського суспільства. В проекті Договору про запровадження Конституції для Європи серед цінностей, на яких засновано Європейський Союз, на першому місці знаходиться цінність шани людської гідності. Цим документом вперше в історії охоплено та внесено до офіційного правового документа всю сукупність природних прав, зокрема: прав на особисту свободу, рівність, на свободу від дискримінації; право на життя, свободу і безпеку особи; право на свободу від рабства; свободу від нелюдських покарань і тортур; право на недоторканність приватного життя; право на свободу совісті, на свободу вираження поглядів і переконань тощо.

У Лісабонському договорі [11] відчутно підсилено ідеологічну привабливість Європейського Союзу, зокрема, через зміцнення моральної складової шляхом включення нової правової категорії «цінності Союзу» (ст. 2). Зasadничі принципи стосовно правової охорони людської гідності містяться у Хартії фундаментальних прав Європейського Союзу 2000 року [20]: у ст.і 1 проголошено, що «людська гідність є непорушною. Вона повинна поважатися та захищатися». Поряд із гідністю у документі особливу увагу приділено охороні та захисту цілісності і фізичної та психічної недоторканності людини в контексті правових умов надання медичної допомоги. Право людини на фізичну і психічну цілісність закріплене у ст. 3 Хартії: «Кожен має право на повагу до своєї фізичної та духовної недоторканності. Стосовно сфери біології та медицини предметом особливого шанування є: вільна й свідомо згода зацікавленої особи згідно з процедурами, закладеними в законі; заборона евгенічних практик; заборона використовувати тіло людини та його частини як джерело фінансової винагороди; заборона репродуктивного клонування людини».

Важливим інструментом у розвиткові ідеї гідності людини у її зв'язку із юридичними гарантіями прав людини стала конвенційна спадщина Ради Європи, що складається з низки договорів, в яких втілено спільні для всіх членів ідеали та принципи, загальні положення щодо сутності та гарантій прав людини: Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.) та відповідні протоколи до неї, Європейська соціальна хартія (1961 р.), Європейська Конвенція про запобігання катуванню чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (1987р.).

Значним кроком формування європейської концепції прав та гідності людини стало укладання Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рим, 04.11. 1950 р.) (далі – Європейська конвенція) [21], яка закріпила низку фундаментальних прав людини, в тому числі юридичне право на гідність шляхом абсолютної заборони поводження або покарання, що принижує гідність (ст. 3). Заборона катувань за сучасним міжнародним законодавством є абсолютною, отже, не може бути обмеженою навіть в умовах надзвичайного або воєнного стану. Ця вимога безпосередньо стосується медичної сфери, адже лікування та догляд, що не враховують індивідуальний вибір, можуть вважатися поводженням, що принижує гідність людини, а в окремих випадках прирівнюватися до катувань.

З приводу правового тлумачення змісту поняття «гідність людини» Європейський суд з прав людини зазначив, що «сама суть Європейської конвенції полягає у повазі до гідності й свободи людини, а поняття самовизначення та особистої автономії є важливими принципами, що лежать в основі тлумачення гарантій їх дотримання... при наданні медичної допомоги». Тому «примусове медичне втручання без згоди повнолітнього дієздатного пацієнта є втручанням в його право на особисту недоторканність і посяганням на права, гарантовані статтею 8 Європейської конвенції» [22].

В результаті описаного історичного поступу поняття людської гідності, без перебільшень, стало провідним гуманістичним концептом, «архімедовою точкою опори» [23, с. 35] сучасного громадянського суспільства, що віддзеркалює історичний факт піднесення людської особистості на вищий щабель соціальної цінності та визнання нового особистісного статусу людини як активного творця свого життєвого шляху та суб'єкта соціального процесу. Інститут фундаментальних прав людини, що складається у модернову історичну добу, відбудовувався саме як форма правової об'єктивації нового особистісного статусу людини, осереддям якого стало поняття людської гідності. Ідея людської гідності є провідною ще й в тому сенсі, що вона становить засаду всіх сфер суспільного життя сучасного громадянського суспільства та має вираження в кожному з сучасних фундаментальних прав людини.

Зрештою цінність гідності людини стала ключовою у сучасному європейському концепті приватного права. Оскільки гідність людини безпосередньо

реалізується у моральному виборі, адже людина гідна того, щоб керувати собою; а також гідна (варта) ставлення до себе як до суб'єкту морального вибору, то право на гідність (повагу до гідності) сформувалося як юридично забезпечена можливість людини розпоряджатися своїми фізичними, моральними, духовними здібностями. Віддзеркаленням, продовженням цього епохального процесу стало утвердження поваги до гідності людини у правовідносинах з приводу медичного втручання [24, с. 60–61]. Особливим аспектом поваги до гідності людини стало юридично закріплене право людини приймати важливі особисті рішення, виходячи з особистих світоглядних та ціннісних переконань, у приватноправових відносинах з приводу медичного втручання [25, с. 105–106].

Таким чином, у проекції на сферу надання медичної допомоги абсолютні цінності гідність, цілісність, недоторканність інтерпретуються через поняття свободи, самовизначення та автономії, та передбачають правову можливість для людини самостійно користуватися і розпоряджатися своїм тілом, окремими органами, частинами тіла та дозволяти або обмежувати доступ до них. Правова охорона гідності пацієнта у сфері надання медичної допомоги ґрунтується на принципі інформованої свідомої згоди. Цей принцип вводиться у правову площину за допомогою системи спеціальних правових засобів, що юридично забезпечують самовизначення та моральну автономію пацієнта у приватноправових відносинах сфери надання медичної допомоги [26, с. 108–110].

На фоні вказаних процесів загального піднесення статусу людини та її прав в Україні відчутно посилюється акцент на суспільну потребу у позитивно-правовій регламентації та охороні фундаментальних прав людини, серед яких особисті права посіли належне їм виключне місце. Поступово й в Україні закладалися підвалини для практичного втілення основних ідей та принципів європейського приватного права [12, с. 23–27]. Перебіг цих процесів пов'язано, головним чином, із розвитком новітнього конституційного процесу, в рамках якого легалізувалися ідеї, принципи та норми стосовно прав і свобод людини, що послідовно відображено в: Декларації про державний суверенітет України (16.07.1990 р.), Конституційному договорі (08.06.1995 р.), Конституції України (28.06. 1996 р.). В основу цих актів також покладено цінність людини, її прав та гідності та держаних гарантій реалізації.

У Конституції України 1996 р. [27], подібно до Загальної Декларації прав людини 1948 р., а також Європейської конвенції, втілено доктрину природного права і засновану на ній концепцію природних прав людини. Дух нової Конституції суттєво вплинув на кодифікацію цивільного законодавства, зокрема, на пріоритетність та послідовну позитивну регламентацію немайнових прав особистості. Конституція України закріплює загальні засади національного правового порядку та регулювання суспільних відносин, в тому числі у приватноправовій сфері. Тому наявність окремих прав в конституційному списку підкреслює їх важливість та пріоритетність для суспільства та ніяк не заперечує підпорядкування тих чи інших суспільних відносин та прав предмету приватноправового регулювання.

У ст. 28 Конституції України проголошено право кожного на повагу до гідності. Право на повагу до гідності та заборона катувань безпосередньо пов'язуються Конституцією України із реалізацією правила згоди на медичне втручання. До того ж, право на гідність та заборона катувань належать до переліку абсолютних прав, що не можуть бути обмеженими навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 64 Конституції України). Такий статус, безумовно, накладає особливі відбитки на здійснення фундаментальних прав людини на гідність та заборону нелюдського поводження в специфічних умовах надання медичної допомоги.

У Цивільному кодексі України 2004 р. [28] (далі – ЦК України) знайшли своє підтвердження основні конституційні положення щодо прав людини на гідність, приватність, фізичну та психічну цілісність та недоторканність. У ст. 270 надано невичерпний перелік особистих немайнових прав фізичної особи, які регулюються, охороняються та захищаються цивільним законодавством України. Серед цих прав, зокрема, такі: право на життя, право на охорону здоров'я, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, право на свободу та особисту недоторканність, право на недоторканність особистого і сімейного життя, право на повагу до гідності та честі тощо. Також згідно з конструкцією ст. 289 ЦК України до змісту особистого немайнового права на особисту недоторканність входить положення, що «фізична особа не може бути піддана катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поводженню чи покаранню».

Таким чином, у правовому порядку сучасної України, яка прагне стати сучасною європейською країною, природні права людини визнаються абсолютними цінностями, що передують позитивно-правовим нормам та інститутам, то ж не потребують дозволу на існування, будучи первинними щодо особливостей соціокультурного середовища. Рівність людей стосовно гідності та основних прав передбачає універсальність вимог, що реалізуються через правові принципи та норми. Враховуючи наявні сьогодні культурне розмаїття та національний плюралізм, можуть використовуватись різні позитивно-правові засоби для досягнення універсальної мети, однак міркування плюралізму, зокрема національно-культурної ідентичності, не повинні використовуватись для виправдання паплюження людської гідності.

У відповідності із духом та логікою цих положень сучасна правова доктрина регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги ґрунтується на пріоритеті прав, гідності та автономії учасників даних приватних відносин. Кожна фізичні особа визнається автономною особистістю, яка є власником своєї тілесності та духовності та автором свого життєвого шляху та як така має право на охорону прав та автономії, в тому числі у медичній сфері. Фактично йдеться про утвердження сучасного правового стандарту шанування гідності людини в умовах втручання у сферу здоров'я. Ним є система нормативних положень, в якій визначено «необхідний та достатній мінімум загальнолюдських вимог до правового і соціального статусу людини» як учасника відносин медичної сфери, «що є базовими і обов'язковими для її гідного існування» [16, с. 12]. Ці вимоги мають реалізовуватись через позитивно-правові механізми окремих країн, що взяли на себе відповідний обов'язок, незалежно від конкретних особливостей правового та соціокультурного устрою [26, с. 108–110].

Реалізація сучасних правових підходів у регулюванні відносин медичної сфери, що зафіксовані у міжнародно-правових та вітчизняних документах доктринального значення, здійснюється через формування системи правових засобів, адекватних природі предмета регулювання. Перетворившись на норми права, цінності та принципи стають ефективним соціальним регулятором. Тому актуальне завдання науки приватного права полягає в тому, щоби забезпечити адекватний сучасним соціокультурним викликам стан правового регулювання. Результатом

такої роботи очікувано стане юридичний механізм, що забезпечить перехід від декларативного проголошення прав та гідність найвищою соціальною цінністю до реального здійснення права на повагу до гідності при наданні медичної допомоги у життєдіяльності кожної особи. Внаслідок чого, зокрема, права та гідність людини в сфері надання медичної допомоги набуватимуть правової регламентації за допомогою спеціальних засобів цивільного права [29, с. 48–56].

В результаті розвитку медичних технологій, а також із ускладненням суспільних відносин та зростанням значення індивідуального інтересу у медичній сфері діяльності значно інтенсифікуються правовідносини у сфері надання медичної допомоги, які до того ж помітно переорієнтуються на реалізацію приватного інтересу окремої особи. Це зумовлює актуальний інтерес до завдання визначення сутності та взаємодії приватноправового та публічно-правового методів впливу на суспільні відносини в сфері надання медичної допомоги [12, с. 39–58].

Як було зазначено, західноєвропейська парадигма правового регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери відрізняється самими вихідними установками стосовно мети даних відносин, ролі і значення автономії вибору окремої людини, обґрунтування особливостей взаємозв'язків публічно-правових та приватноправових засад, примату та ступеня їх підлеглості. Зокрема, західна правова традиція значну увагу приділяє самій людині як центральному елементу та мети як суспільного устрою, так і правового регулювання окремих його сфер. У цьому контексті найуважнішого ставлення заслуговує такий дороговказ класиків науки цивільного права Н. Кузнецової та О. Кохановської: «Орієнтація на європейський вектор розвитку вимагає від цивілістів України не тільки усвідомлення нових підходів до визначення проблематики наукових досліджень, а й формування нового цивілістичного мислення, сприйняття категорій та конструкцій сучасного європейського приватного права, яке впродовж більш ніж двох десятиліть формується в Європі і входить в європейську правосвідомість через призму принципу верховенства права, пріоритету прав і свобод людини, засад добросовісності та справедливості» [30, с. 53]. Саме тому і для України прийшов актуальний час, як доречно вказує О. Посикалюк, для того, щоб «закцентувати увагу на питанні співвідношення підходу щодо регламентації і охорони особистих

немайнових прав із загальноєвропейським підходом щодо захисту прав людини в контексті зближення цивільно-правового та конвенційного їх розуміння» [31, с. 4].

1.2. Приватні та публічні засади у правовому регулюванні особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги

Під час надання медичної допомоги та здійснення медичного втручання виникають як публічно-правові, так і приватноправові відносини. У зв'язку з цим потрібно дати відповідь на важливе питання: який тип правового регулювання найбільш відповідає суті та правовій природі особистих немайнових відносин, що виникають при наданні медичної допомоги. Основна вихідна установка дослідження полягає в тому, що частка приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги є значною, а приватноправовий метод дедалі більше займає провідні позиції у регулюванні відносин медичної сфери.

Приватноправовий метод регулювання характеризується особливим способом впливу норм на суспільні відносини та поведінку учасників. Ці особливості полягають в юридичній рівності сторін, майновій незалежності та особливій значущості їх вільного волевиявлення. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» приватноправові відносини – це відносини, що ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи». То ж «у приватноправовій сфері правосуб'єктність учасників цивільних відносин є однаковою і ґрунтується на засадах юридичної рівності, свободи їхньої волі та ініціативності при встановленні правовідносин, а потім – реалізації ними відповідних суб'єктивних прав і обов'язків» [32, с. 8].

Зміст юридичної рівності та майнової незалежності полягає в тому, що кожна з сторін визнається правом самостійним та незалежним від іншого учасником відносин, який має правові та фактичні можливості за власною волею розпоряджатися власним майном та особистими здібностями. Це положення в жодному разі не означає фактичної рівності сторін (яка практично завжди відсутня), як й рівності у змісті їх конкретних прав і обов'язків. Юридична рівність передбачає тільки відсутність

заздальгідь установленої влади одних учасників цивільно-правових відносин стосовно інших, що виключає юридичну можливість примусу. Юридична рівність як фундаментальна засада приватноправового регулювання означає таке становище учасників суспільних відносин, за яким воля одного не залежить від волі іншого, а значущість їхніх оцінок щодо предмету волевиявлення визнається рівною, чим забезпечується самостійність прийняття рішень кожним суб'єктом.

Юридична рівність та майнова незалежність учасників є підґрунтям для ініціативного характеру приватних правовідносин, які будуються на власний розсуд, отже, шляхом вільного волевиявлення. Тому особливою умовою функціонування приватноправової сфери є автономія волі учасників правовідносин. Адже лише за умови визнання та створення соціальних і нормативних підстав формування та безперешкодної дії автономної волі суб'єктів уможлиблюється вільне прийняття ними усвідомлених рішень щодо участі, умов та форм такої участі у взаємокорисних відносинах. Юридична рівність сторін та виключна значущість їхньої правової незалежності та вільного волевиявлення знаходять свій вияв у диспозитивності приватноправового регулювання. Метод диспозитивності, який є найхарактернішою ознакою приватноправового регулювання, означає, що суб'єкти на власний розсуд: а) користуються належними їм правами, б) в межах існуючого правового порядку врегульовують правовідносини з іншими суб'єктами, а також в) набувають, припиняють, змінюють свої права та обов'язки у межах, встановлених законом.

Характеризуючи приватне право в його західноєвропейській традиції, Є. Харитонов виокремлює у якості його визначальних рис те, що воно: «1) ґрунтується на визнанні людини (особи) самостійною цінністю: людина визнається не засобом, а метою права; 2) покликане регулювати відносини між приватними особами (тобто такими, що не перебувають у відносинах влади-підпорядкування одна щодо одної і не є фігурантами держави) забезпечуючи «суверенітет» кожної; 3) ставить на чільне місце приватний інтерес: акцентує увагу на економічній свободі, вільному самовираженні та рівності товаровиробників, захисті прав власників (у томі числі, від сваволі держави); 4) виходить з можливості вільного волевиявлення приватних суб'єктів при реалізації їхніх прав; 5) ґрунтуючись на засадах юридичної рівності учасників цивільних відносин, забезпечує ініціативність сторін при встановленні

цивільних відносин та вільне волевиявлення суб'єктів при реалізації їхніх прав; 6) припускає широке використання договірної форми регулювання цивільних відносин; 7) містить норми, які «звернені» до суб'єктивного права і забезпечують його захист; 8) характеризується переважанням диспозитивних норм, які спрямовані на максимальне врахування вільного розсуду сторін; 9) визначає судовий позов як основний порядок захисту прав та інтересів суб'єктів відносин» [33, с. 11]. Із урахуванням цих рис приватне право розуміється як сукупність ідей та засад, юридичної доктрини, правил і норм, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів приватних осіб, які не знаходяться у відносинах влади – підпорядкування один стосовно одного, і тому рівноправно і вільно встановлюють собі права і обов'язки у тих відносинах, які виникають з їх ініціативи.

Для адекватного розуміння діалектики публічних та приватних засад у правовому регулюванні необхідно взяти до уваги вихідний факт дволикості права як управлінського феномену. З одного боку, право як форма соціального об'єднання людей проголошує таку організацію життя спільноти, в якій би поважалися гідність та інтереси окремої особистості, створювалися необхідні засади для розвитку цієї особистості; з іншого – право налаштовано на забезпечення порядку та мирного співробітництва сукупності осіб. Таким чином, в ідеалі, яким він бачиться як ціль правового устрою, «ідея права є синтезом особистої свободи і суспільного порядку. Вона не допускає ані перетворення особистості в засіб для суспільних цілей, ані, навпаки, перетворення суспільства у засіб для благополуччя особистості; вона каже: кожному – своє» [34, с. 305].

Виходячи з цього, загальною соціальною передумовою поділу права на приватне і публічне є об'єктивно існуючий факт неминучого та нездоланного поділу соціальних відносин за значущим критерієм – на ті, які відбуваються між юридично рівними суб'єктами соціальної взаємодії, та ті, які ґрунтуються на засадах публічної підлеглості. Звідси «сфера публічного права – це, передусім, питання субординації і підпорядкування однієї особи іншій, питання компетенції державних органів і посадових осіб, з одного боку, а з іншого – пасивної, як правило, правосуб'єктності підпорядкованих і підвладних осіб, їх обов'язків та відповідальності, що впливають із владних актів державних органів і посадових осіб. У приватноправовій сфері

правосуб'єктність учасників відносин є однаковою і ґрунтується на засадах юридичної рівності, свободи їхньої волі та ініціативності при встановленні правовідносин, а потім – реалізації ними відповідних суб'єктивних прав і обов'язків» [32, с. 8].

У філософсько-правовому дискурсі, що відбувається в сучасній правовій науці, пропонуються та знаходять свою аргументацію різні підходи щодо розуміння природи та діалектики публічних та приватних засад правового регулювання залежно від обраного автором критерію [35, с. 47–50]. Такими критеріями, частіше за все, називають категорії інтересу, мети, методу. Є. Харитонов вважає найбільш поширеним критерієм розмежування приватного та публічного права, який був використаний свого часу Ульпіаном і став нам відомим завдяки Дигестам Юстиніана, є встановлення у першому та другому випадках «питомої ваги» інтересів людини (приватної особи) і держави [32, с.7]. Цю позицію підтримують багато дослідників, зокрема, О. Дзера пише, що «головним завданням у вирішенні проблеми публічного і приватного права має бути виявлення найважливіших юридичних ознак, що слугують підставою для їх розмежування. В юридичній науці в основу цього розмежування закладається категорія інтересу. Вважається, якщо йдеться про державний інтерес, правове становище держави, її органів, про регулювання відносин, що мають суспільний інтерес, то це сфера публічного права, але коли йдеться про інтерес окремих приватних осіб, майнові відносини між ними, їх правове становище у зв'язку з цим, то це сфера приватного права» [36, с. 12].

Теорія «цілей» фактично є підтвердженням та продовженням критерію інтересу, оскільки окремі інтереси розпадаються на такі, що переслідують або індивідуальні, або суспільно значущі цілі. Цю позицію свого часу виклав Єлінек [37]. Також значного поширення має точка зору, за якою публічне і приватне право розподіляються за критерієм застосування «імперативного та диспозитивного методів правового регулювання, як найпростіших і, разом з тим, головних прийомів юридичного впливу, що визначають головне у правовому статусі суб'єктів, у їх вихідних юридичних позиціях» [32, с. 11].

Методологічно продуктивною представляється позиція, за якою базовою ознакою для визначення сфери застосування норм публічного або приватного права є

природа та спосіб побудови відносин, що регулюються. Адже який би критерій не було покладено в основу поділу норм на публічні та приватні, все ж метою і сенсом такого розподілу є об'єктивна потреба у регулюванні двох дихотомічних видів правовідносин, які виокремлюються за типом правового зв'язку між суб'єктами соціальної взаємодії – субординації або координації. Так, приватні відносини побудовані на началах координації суб'єктів, які вільно та на власний розсуд здійснюють акти взаємодії, будучи юридично рівноправними один відносно одного. Навпаки, публічне право регулює відносини, пов'язані із публічним інтересом та побудовані на засадах влади та підкорення. Тому основою методу публічного права є «прийом юридичної централізації» [38, с. 84–85].

Свого часу Б. Черепакін притримувався такої позиції, коли вказував на те, що приватноправове відношення побудоване на засадах координації суб'єктів приватного права, є системою децентралізованого регулювання життєвих стосунків. А публічно-правове відношення побудоване на засадах субординації суб'єктів публічного права та являє собою систему централізованого регулювання життєвих стосунків [39, с. 120]. Щодо визначення специфіки публічного права, то однією з його визначальних рис О. Харитонова називає імперативний метод регулювання відповідних відносин, складовими частинами якого є: жорстка окресленість поведінки суб'єктів, застосування так званого «позитивного зобов'язування», застосування заборони дій як методу формування поведінки громадян і організацій, використання таких стимулів як примус і переконання [40, с. 7].

Об'єктивні засади для існування певного методу правового впливу на суспільні відносини з метою адекватного врегулювання криються у природі даного типу відносин, їхніх визначених юридичних властивостях та у потребі суспільства до правової визначеності та намаганні сконструювати актуальні на визначений період часу ідеальні моделі правових явищ. Тобто ці об'єктивно існуючі особливості певного виду відносин, відбиті скрізь призму суспільно значущого правового досвіду спільноти, викликають до життя й потрібні методи (шляхи, прийоми) правового регулювання у потрібному напрямі. Тому метод правового регулювання є похідним від соціального змісту (навантаження) відносин, що регулюються [9, с. 23–33]. В контексті підтвердження даної тези М. Сібільов підкреслює, що поділ

права на приватне та публічне є об'єктивним, межі між даними сферами є гнучкими та визначаються межами втручання держави (публічної влади) у справи приватної особи [41, с. 165]. О. Крупчан теж підтримує цю позицію: «поділ між приватним та публічним правом є гнучким та історично обумовленим. Він залежить і від суспільно-політичного державного устрою, і від характеру панівних у державі суспільних відносин, і від ступеня усвідомлення суспільством самоцінності окремої людини» [43, с. 48].

Наведені положення демонструють об'єктивну зумовленість поділу права на приватне і публічне. Це, серед іншого, означає, що віднесення тих чи інших відносин до сфери регулювання методу приватного або публічного права обумовлено, в першу чергу, об'єктивним, сформованим під впливом чинників економічного та соціокультурного характеру, правопорядком, яким дані відносини віддані або на вільний розсуд приватних осіб, або на регламентацію з боку публічної влади. Історично діалектика двох видів правового впливу на суб'єктів суспільних відносин своєрідно проявлялася в умовах існування різних правових порядків, зазнаючи істотні коливання у бік звуження або розширення сфер застосування приватноправового та публічно-правового методів регулювання. Зокрема, свобода волевиявлення та диспозитивність у виборі форм та способів ініціативної діяльності приватних суб'єктів часто зазнавали обмежень (і доволі суттєвих) з міркувань забезпечення публічного порядку або реалізації інтересу публічних суб'єктів. У різних правопорядках та в історично різні часи приватноправова сфера так чи інакше підлягала обмеженням, які коливалися від майже абсолютного придушення приватної сфери до занадто ліберального її розширення. Однак крайнощі, як відомо, існували здебільшого як перехідні соціально-правові стани або протягом короткого проміжку часу.

Так само лінія демаркації між приватним і публічним правом ніколи не була сталою: «вона є історично та географічно обумовленою» [44, с. 66]. Це означає, що історично та географічно змінювалися межі дії приватноправової та публічно-правової складових, зокрема, деякі відносини з часом із приватноправових перетворювалися на публічно-правові, деякі – навпаки. Суспільство в особі уповноважених органів державного управління може за наявності обґрунтованої

потреби ініціювати віднесення певних правовідносин до сфери дії імперативного впливу. Адже ця стіна, що розділяє сфери впливу на суспільні відносини у бажаному напрямі, є доволі рухливою та у цілком законний спосіб може та повинна цілеспрямовано зсуватися у той чи інший бік на більш або менш тривалий період під тиском об'єктивних обставин, що потребують змін у пріоритетах щодо визначення балансу інтересів. Саме такі необхідні зміни ініційовано та закріплено у низці новітніх нормативно-правових актів в Україні на вимогу часу у зв'язку із виключними обставинами загрози смертельної епідемії гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2. Наразі держава вдалася до відповідних змін, якими в Україні правовідносини, пов'язані із медичним втручанням у зв'язку із хворобою (або підозрою на хворобу) COVID-19, віднесені до режимів обов'язкових або примусових заходів медичного втручання та регулюються не на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення, а імперативними нормами.

Щодо основних істотних рис приватноправового методу, які характеризують його правову природу та сутність, то тут є певне розходження у поглядах відомих представників цивільного права. Так, О. С. Іоффе вирізняє як основну рису цивільно-правового методу юридичну рівність учасників правовідносин [45, с. 12–13]. В той час як С. С. Алексєєв [46, с. 252–330], О. А. Красавчиков [47], В. Ф. Яковлев [48] наполягають, що такий критерій виокремлення методу є комплексним тому існує низка рис, які у сукупності характеризують своєрідність приватноправового методу. Все ж є більш слушною позиція, що основна суть приватноправового методу виявляє себе через низку ознак, які у сукупності складають цілісну картину даного методу, напрямки та межі його регуляторного впливу. Такими основними сутнісними ознаками методу приватного права є дозвільний характер та правова автономія учасників приватноправових відносин. Як слушно зазначає М. Сібільов, «правовий режим сфери приватного права являє собою цілісну систему регулятивного впливу, яка створює загально дозвільний тип регулювання майнових та особистих немайнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, забезпечує можливість самовизначення і власних активних дій, спрямованих на

виникнення та здійснення суб'єктивних прав і обов'язків у межах, встановлених договором чи законом, з метою досягнення певних приватних цілей та інтересів» [49, с. 34]. Отже, для цієї галузі характерна юридична децентралізація. Визначальними тут є приватна ініціатива, приватне самовизначення, правовий інститут приватної власності. Тому тут діють принципи свободи особистості, недоторканності власності, свободи договорів. «Отже, правова ініціатива суб'єктів являє собою одну із ознак дозволу і розвиває головну рису цивільно-правового методу. Якщо розглядати питання конкретно, то правова ініціатива полягає в тому, що суб'єкти цивільного права набувають і здійснюють свої права власними діями і за своєю ініціативою, по своїй волі» [50, с. 123].

Об'єктивною та визнаною є сучасна тенденція, згідно з якою роль і питома вага приватноправових засобів регулювання суспільних відносин в Україні поступово збільшуються, і це відбувається на фоні дії соціальних чинників загального та правового значення: ускладнення та диференціація суспільних відносин, збільшення ролі приватного інтересу, розширення кола суб'єктів та учасників цивільних відносин, розширення змісту їхніх прав та законних інтересів, вплив науково-технічних чинників на усі сфери сучасного суспільства. Зазначені та інші процеси впливають на діалектику приватноправових та публічно-правових засад у правовому регулюванні відносин медичної сфери, обумовлюють підвищену увагу та інтерес до проблем застосування методу приватноправового регулювання до особистих немайнових відносин медичної сфери. Хоча нещодавно на території України основним способом регулювання цих відносин був адміністративний метод, який за природою не пристосований до врахування приватного інтересу, вільного вибору та диспозитивності.

За часів адміністративно-командної системи управління суспільством на території України основним способом регулювання відносин медичної сфери був адміністративний метод, який за природою не був пристосований до врахування приватного інтересу, вільного вибору та диспозитивності. Сьогодні в Україні існує інший соціально-правовий порядок, змінилися суспільні та правові пріоритети, у зв'язку з чим приватноправові засади посіли належне їм місце у правовому регулюванні суспільних відносин. На практиці це означає усунення зневажання

приватним інтересом та реальне повернення права до проблем забезпечення приватного інтересу в усіх сферах суспільної діяльності та, зокрема, зсув всієї системи правового регулювання у бік визнання цінності приватноправової сфери та врівноваження приватноправової та публічно-правової складових.

В контексті наукової дискусії з приводу співвідношення та діалектики приватного та публічного права Є. Харитонов цілком доречно акцентує увагу на надзвичайно важливій тезі: «поділ права на приватне і публічне є науковою абстракцією, яка дозволяє у найбільш загальних рисах характеризувати два головних напрями правового регулювання суспільних відносин. Саме тому аналіз категорії приватного права, як правило, супроводжується характеристикою і права публічного, котре визначають як сукупність правових інституцій, правил та норм, що є основою функціонування певним чином структурованої владно-організаційної системи, за допомогою якої шляхом використання імперативного методу досягається мета забезпечення публічного правопорядку і, в кінцевому підсумку, – реалізації та захисту прав людини» [32, с. 9].

Між публічним та приватним правом немає різкої лінії розмежування, та без публічного права немає та не може бути права приватного. У публічному праві інтереси держави та інших публічних осіб, хоча й переважають, всі вони так чи інакше слугують реалізації загального суспільного інтересу, отже, є істотною умовою забезпечення як «загального блага» всіх членів суспільства, так і, в кінцевому рахунку, найбільш повного задоволення інтересів та здійснення приватних прав окремих осіб. Так само правильним є й зворотне: без приватного права не можна забезпечити публічний інтерес. Норми приватного права, орієнтуючись на приватний інтерес, тим самим реалізують інтереси всього суспільства, адже головною цінністю та метою сучасного цивілізованого суспільства, то ж осереддям його правопорядку, є людина та її благо. А це, врешті-решт, означає, що приватноправове регулювання в своєму повсякденному функціонуванні не може не здійснювати вищу фундаментальну мету публічного права.

О. Юлдашев погоджується, що підвалинами приватного права є публічні інтереси, адже, «турбуючись про всіх, держава турбується водночас і про себе. У такому разі індивід та його приватні права є засобом для досягнення цінностей,

корисних для всієї спільноти» [51, с. 31]. Обмірковуючи зазначену проблему, П. Рабінович слушно пропонує звернути увагу на її вихідний методологічний аспект: «якщо право приватне і публічне справді є явищами у певному сенсі протилежними, то вони, як і будь-які «протилежності», у своєму співіснуванні не можуть не утворювати й певну цілісність, в основі їхньої взаємної системності лежить така загальна фундаментальна властивість, як власне їхня соціальність». Серед іншого, ця вихідна єдність протилежностей публічного та приватного права проявляється, вважає автор, в тому, що «більшість цих інтересів, які, здавалося б, є суто індивідуальними («приватними»), є водночас і соціальними як за історичними передумовами їхнього формування, так і за засобами, інструментарієм їх задоволення. Сам процес реалізації (та й, до речі, захисту) «приватних» інтересів зачіпає, так чи інакше, й інтереси або потреби інших учасників суспільного життя, а, отже, є, зазвичай, процесом соціальним – «публічним» [52, с. 8].

Наведене не означає підтримку автором позиції, що має місце сьогодні в методології науки, про змішування або злиття у сучасних умовах приватноправових та публічно-правових засад правового регулювання та нівелювання суттєвих ознак якісної відмінності їхньої правової природи. Адже посилення процесів взаємопроникнення та взаємозалежності в діалектиці взаємодії приватних та публічних засад в праві не означає нівелювання та заперечення їхньої якісної специфіки. Фактично таке нівелювання становило б початок правового хаосу, тому залишається незмінним фундаментальний принцип поділу права на приватне і публічне, основним критерієм якого є метод впливу правових норм на відносини, що регулюються. Саме цей поділ відповідає як загальним засадам устрою сучасного правового цивілізованого суспільства, так і меті правового регулювання, якою є якнайкраща реалізація приватного інтересу в нерозривному контексті із підтримкою солідарного громадянського суспільства, побудованого на засадах дискурсу, мультикультуралізму і толерантності.

Таким чином, найпоширенішою серед фахівців є позиція, що публічне і приватне право є двома фундаментальними підрозділами всієї системи сучасного права, тоді як ці підрозділи ще поділяються на окремі галузі та підгалузі. У зв'язку з цим заслуговує на увагу окреме дискусійне на сьогодні питання про доцільність

виокремлення «медичного права» як окремої галузі права та, відповідно, про віднесення цієї галузі до приватного або публічного права. Однією з динамічних особливостей сучасних соціальних систем, які безпосередньо також впливають на процеси системи права, є активне формування специфічних соціальних сфер комплексного характеру, які опосередковують нові «шари соціальності» та для легітимації свого статусу настійно «вимагають» певного правового оформлення. Так виникають нові галузі права – екологічне, земельне, космічне, підприємницьке. Хоча в сучасному юридичному дискурсі ще немає однозначної оцінки такої динаміки (деякі науковці заперечують самостійне значення даних галузей, інші визнають їхній спеціальний статус, називаючи їх комплексними, вторинними галузями або підгалузями системи права), все ж за фактом на сьогодні вони існують.

З цього приводу відомий правник сучасності С. С. Алексєєв зазначав, що нові галузі права в сучасних умовах ще не достатньо виявили свою специфічну юридичну природу, не набули достатнього правового досвіду, тому їх варто кваліфікувати як правові комплекси елементів, які складаються з різних галузей права. Ще однією вагомою причиною для цієї точки зору є той факт, що на даний момент специфічні (навіть нові) правовідносини, які спонукують до життя ці нові сфери, галузі правового регулювання, в своїх базових основах відтворюють ті правові засади, які є характерними для інших, перш за все базових (публічного та приватного) підрозділів системи правового регулювання [53, с. 598–601].

О. Дзера звертає увагу на інший казуальний зв'язок при виникненні окремих галузей права: «наявність у відповідній категорії об'єктивно існуючих відносин спільних ознак дає підстави для формування галузі права. На цей процес можуть впливати і суб'єктивні фактори, наприклад, ступінь розвитку науки, адже представники того чи іншого наукового напрямку прагнуть обґрунтувати існування певної сукупності правових норм, що є предметом їх досліджень, у формі самостійної галузі права. Так, «провідною» галуззю права визнається в юридичній літературі земельне право. Самостійною галуззю права визнається представниками сімейно-правової науки сімейне право. Нині спостерігається тенденція до обґрунтування визнання галуззю права підприємницького права, хоча частина юристів вважає цю позицію передчасною» [36, с. 8].

В даному контексті логічно постає питання про підстави виокремлення медичного права в окрему галузь права. З цього питання точаться гострі дискусії та природно існують дві переважні позиції щодо позитивної та негативної відповіді на запитання, чи є медичне право окремою галуззю права. Сьогодні вже лунають пропозиції щодо легітимації фармацевтичного права. Авторська позиція полягає в тому, що хоча правовідносини медичної сфери є певною мірою специфічними, все ж ця специфічність не виходить за ту межу, яка б передбачала застосування спеціальної форми правового регулювання. Існуючі потреби у правовому регулюванні відносин медичної сфери цілком задовольняються існуючими галузями права. Наприклад, правовідносини, що складаються у сфері фармацевтичного виробництва та ринковому обігу лікарських засобів, здебільшого вписуються в предмет господарського права, в частині соціального забезпечення засобами медичного призначення — нормами права соціального забезпечення. Договірні правовідносини, особисті немайнові відносини в сфері надання медичних послуг, зокрема, правовідносини з надання згоди на медичне втручання, належать до предмета цивільного права, соціальні гарантії надання медичної допомоги – до предмета конституційного права, владно-розпорядчі відносини в сфері правового регулювання системи охорони здоров'я населення – до предмета адміністративно-правового регулювання. Звичайно, правовідносини, що виникають у сфері надання медичної допомоги, мають свою специфічність, яка знаходить свій вияв в деяких особливостях правового регулювання, проте ця специфічність не переходить меж існуючих галузей права, тож в цілому задовільно обслуговується ними.

Сказане можна вважати аргументацією тези, що існуюча на даний момент особливість відносин медичної сфери не тягне за собою обов'язкової необхідності виокремлення особливої галузі права – медичного (або біомедичного) права та фармацевтичного права [12, с. 51–52]. Тим більше, що запропонована уявна галузь права не відповідає вимозі бути основою на спільних предметі та методі правового регулювання, які в своїй єдності утворюють специфічний юридичний режим правового регулювання правовідносин, характерний для певної галузі права.

Отже, приватне право становить нерозривну єдність із своєю протилежністю – правом публічним, які у реальному практичному вимірі застосовуються завжди

разом та одночасно, у різних галузях права, але завжди в унікальному поєднанні, властивому тій чи іншій галузі права, та у різних пропорціях. Реальні відносини підлягають правовому регулюванню на засадах переважно приватного або переважно публічного права. В свою чергу, позитивне право розділяється на галузі, які не можна цілком відносити до публічного або приватного права, оскільки на практиці живе функціонування реального права, навіть на рівні усталеної галузі здійснюється у діалектичному поєднанні як приватних, так і публічних засад, які переважають в тій чи іншій пропорції залежно від її віднесення до приватного або публічного права.

Всі основні ознаки та елементи приватноправового методу регулювання суспільних відносин знаходять свій вираз у цивільному праві, яке найбільш яскраво відображає в своїх правилах приватноправове регулювання із властивими для нього засадами юридичної рівності, самостійності учасників відносин, що регулюються, недоторканності приватної власності, свободи договорів, заборони свавільного втручання публічної влади у приватні справи, незалежного судового захисту порушених прав та інтересів. Втім, як слушно зазначає Є. Харитонов, «хибним було б ототожнювати приватне право з правом цивільним, а відтак вживати як синоніми. Натомість має йтися про те, що у цивільному праві, головним чином (але не тільки), проявляються засади, правила та норми приватного права, а у праві адміністративному – засади та норми публічного права» [32, с. 10].

То ж цивільне право як галузь національного права містить як елементи приватноправові (переважно), так й публічні, що врегульовані імперативним методом. Метод цивільного права не дорівнює приватноправовому методу, адже «цивільно-правовий метод може містити і елементи обов'язкового (імперативного) припису», тому «включає в себе як правонаділяючий елемент, так і елемент імперативний». Отже, маємо логічний висновок: «метод цивільно-правового регулювання – це складна система (сукупність) юридичних засобів впливу на учасників цивільних відносин, що характеризується, передусім, визнанням юридичної рівності сторін та забезпечення диспозитивності поведінки останніх, але припускає у випадках, встановлених законом, можливість застосування імперативних приписів щодо поведінки учасників цивільних відносин» [32, с. 12]. Цивільне право не є

виключно полем дії приватноправового методу, оскільки в ньому органічно сполучаються засади як приватного, так і публічного регулювання. Втім не можна заперечувати фундаментальну якість цивільного права бути за своєю суттю правом приватним, місією якого є утвердження та юридичне забезпечення правового статусу приватних осіб. Адже хоча цивільно-правовому методу регулювання властиві й риси імперативності, основна галузева спрямованість цивільно-правового регулювання фокусується у меті правового забезпечення правосуб'єктності приватних осіб. Тому можна стверджувати, що усе «тіло» цивільного права тримається на деяких основоположних правових положеннях, які впливають на весь конструкт цивільно-правової системи та втілюються у цивільне законодавство.

За визначеннями, які надає Є. Харитонов, «Приватне право – це сукупність концепцій, ідей, принципів і норм, що визначають на засадах диспозитивності, юридичної рівності та ініціативи сторін, підстави придбання та порядок реалізації й захисту прав та обов'язків окремих осіб, які не знаходяться у відносинах влади (підпорядкування стосовно одне одного) та вільно встановлюють собі права й обов'язки у відносинах, що виникають із їх ініціативи». Втім «цивільне право – це сукупність юридичної доктрини держави, а також правових норм і правил, що стосуються визначення статусу й захисту інтересів фізичних та юридичних осіб, а також соціальних утворень, що виступають як суб'єкти немайнових та майнових (цивільних) відносин, з метою задоволення матеріальних і духовних потреб приватних осіб та захисту їх інтересів» [54, с. 304, 305]. Звичайно, наведені визначення є дуже схожими. Втім необхідно «враховувати, що право приватне та право публічне є абстрактними категоріями, які не мають національної приналежності. Якщо ж йдеться про галузь права, що регулює відносини між приватними особами в певній країні, то точніше вести мову про «цивільне» право, підкреслюючи цим генезис та особливості цієї галузі національного права. При цьому важливою є та обставина, що приватне обмежується диспозитивним методом правового регулювання, тоді як у цивільно-правовому регулюванні мають місце імперативні елементи, наявність яких зумовлена необхідністю захисту публічного інтересу в цивільних відносинах, вимогами дотримання процедурних правил, можливістю застосування державного примусу тощо» [54, с. 305].

Загалом цивільне право ґрунтується на засадах приватного права та є втіленням останнього у практичній площині правового регулювання, але все ж таки не збігається з ним повністю, оскільки у цивільному праві, на відміну від права приватного, мають місце як диспозитивні, так й імперативні елементи. Отже, «метод цивільно-правового регулювання – це сукупність специфічних засобів впливу на учасників цивільних відносин, що характеризуються, передусім, юридичною рівністю сторін, а також наданням останнім можливості врегулювання цих відносин на засадах їхнього вільного розсуду за винятками, встановленими цивільним законодавством» [7, с. 133]. Зрозуміло, що «винятки» вже не будуть приватноправовим регулюванням, вони становитимуть імперативний елемент цивільно-правового регулювання.

Таким чином, метод цивільно-правового регулювання охоплює як «уповноважувальні диспозитивні, так і імперативні засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи, однак, при цьому основою засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності та розумності» [7, с. 138]. З огляду на вказане, у даному дослідженні застосовується таке розуміння цивільно-правового методу: метод цивільно-правового регулювання – це система юридичних засобів впливу на учасників цивільних відносин, яка характеризується приматом юридичної рівності та вільного волевиявлення учасників цивільних відносин та складається із взаємопов'язаних між собою приватноправових (уповноважувальних) та публічно-правових (обов'язкових) компонентів [9, с. 29].

Наведені доктринальні положення набувають важливого методологічного значення для розуміння та подолання такої перманентної ознаки правового регулювання, як неповнота в змісті права стосовно певних фактів суспільного життя та відносин, що знаходяться у полі правового регулювання. Загальне термінологічне позначення цього явища обрано у теорії права як прогалина. Проте уповноважувальна природа методу приватного (цивільного) права вносить певні корективи у традиційні уявлення про прогалину як непродуктивну неповноту правового регулювання та спеціальні механізми її подолання стосовно правовідносин між приватними особами. Дозвільний характер цивільно-правового регулювання, що ґрунтується на ініціативі учасників, невідворотно передбачає

наявність правовідносин, які не передбачено в жодній нормі, хоча й не є забороненими та відповідають загальним засадам цивільного законодавства. У зв'язку із наведеними особливостями у цивільному законодавстві не можна передбачити та надати нормативної форми для всіх різноманітних відносин, тому обов'язково виявляються прогалини як у законодавстві, так і у правозастосуванні правових норм [55, с. 62].

Є вагомими підстави вважати, що наявність прогалин у цивільному законодавстві є нормальним для цієї галузі явищем. Як зазначають Н. Кузнєцова та А. Довгерт, «сама по собі наявність прогалин у правовій регламентації цивільно-правових відносин є явищем об'єктивним, оскільки, незважаючи на постійне зростання масиву цивільного законодавства, залишається можливість виникнення таких відносин, які належать до цивільно-правових за своїми характерними ознаками, але не врегульовані конкретними правовими нормами. При виникненні необхідності усунути прогалину в праві застосовують механізм аналогії» [8, с. 53].

Наявність всього арсеналу, наданого цивільним правом, надає змогу заключити, що усі стосунки учасників цивільних відносин кожного разу врегульовані, якщо не за допомогою норм цивільного законодавства, то їхніми договорами, моральними засадами суспільства, засадами цивільного законодавства. У цивільному праві та законодавстві є достатні нормативні передумови для саморегулювання своїх відносин суб'єктами приватного права, зокрема, за допомогою угод та правочинів. Також непередбачені законодавством правовідносини, за загальним правилом, врегульовуються за аналогією закону або аналогією права. У ст. 9 ЦК України надано можливість субсидіарного застосування норм суміжного правового інституту або суміжної галузі права. Крім того, роз'яснення Пленумів вищих спеціалізованих судів є формою (джерелом права), за допомогою якої можливе подолання прогалин без внесення змін до законодавства. Тому Є. Харитонов та О. Харитонova доречно стверджують, що «має йтися не про усунення чи подолання прогалин, а про використання можливостей договору як регулятора суспільних відносин, як більш перспективного прийому, що більше відповідає демократичним засадам життя суспільства взагалі і принципам приватного права зокрема» [7, с. 153].

Дійсно, враховуючи наведені вагомі аргументи та у світлі основних доктринальних положень щодо особливостей приватного (цивільного) права, неповноти регулювання у кожному конкретному випадку ніколи немає. Але це є таким тільки в ідеальній концептуальній моделі, в умовах зрілого демократичного суспільства західного цивілізаційного типу, в якому в наявності «в робочому стані» усі необхідні соціальні та правові механізми, в тому числі відповідно розвинена правосвідомість, що ґрунтується на менталітеті західного цивілізаційного типу. До цієї моделі Україна тільки намагається наблизитися. Поки що у сучасній Україні, як суспільстві перехідного типу, в умовах відсутності або неналежної розвиненості усіх вказаних інститутів та механізмів, а, головне, в умовах відсутності правосвідомості та необхідних характеристик менталітету, притаманних культурам західного цивілізаційного типу, механізми приватноправового регулювання працюють із відомими особливостями, які вносять свої корективи у західноєвропейську класичну модель [56, с. 45 – 47].

Зокрема, такою національною особливістю є превалювання позитивізму як елемента правового мислення та правової культури. Адже не тільки пересічні громадяни, а й науковці, за часту ототожнюють право із законом, а суб'єктивні правомочності вимірюють писаними статтями ЦК України та інших законів. І якщо трапляється таким чином, що спірні правомочності приватних осіб не прописані чорним по білому у тексті нормативного акта, то вони сприймаються як не легітимні з усіма наслідками, що випливають – від ігнорування правочину або поведінки, які не підтверджені конкретними нормативними приписами, до визнання їх незаконними. Це пов'язано із позитивістськими та патерналістськими настроями та очікуваннями, які поки ще наявні в архетипі колективної свідомості українського етносу.

Така об'єктивна реалія потребує врахування. Зокрема, це означає, що окремі суб'єктивні права та правомочності мають бути конкретно прописані у позитивних правових актах, попри те, що вони не є під заборону, то ж дозволені та мають місце бути, незважаючи на відсутність спеціального правового припису. Це, зокрема, стосується права фізичних осіб на складання попередніх розпоряджень стосовно медичного втручання у майбутньому. На практиці подібна відсутність

позитивної норми для учасників окремих цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги може закрити шлях до легалізації ефективного регулювання правомірних відносин, що є неприпустимим для демократичного суспільства. Тому подолання таких прогалин на практиці потребує застосування позитивно-правового інструментарію та передбачає обов'язкове внесення змін до чинного законодавства. Похідною метою внесення необхідних правових приписів у текст закону буде донесення до публічної аудиторії інформації про правомірність такого правового регулювання.

Отже, враховуючи викладені міркування, та з огляду на існуючі практичні проблеми у приватноправовому регулюванні відносин у сфері надання медичної допомоги, є необхідність удосконалити поняття «прогалина» у цивільно-правовому регулюванні шляхом підкреслення того, що прогалиною є не сама по собі відсутність позитивного врегулювання, але йдеться про відсутність саме ефективного регулювання цивільних відносин, які прямо не передбачені цивільним законодавством, що може призвести на практиці до реальної неможливості суб'єктів реалізувати свої права та законні інтереси. Фактично наголос робиться на неможливості суб'єкта особистого немайнового права ефективно скористатися наданими цивільним правом правомочностями, що потребуватиме введення у законодавство спеціального цивільно-правового інструментарію, включаючи норми, інститути, процедури та гарантії тощо.

1.3. Особливості приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги

Розвиток приватного права та цивільного законодавства України відбувався відповідно до загальної соціальної тенденції повернення до гуманістичних цінностей, якими є правове забезпечення суверенітету особи, розширення прав учасників договірних відносин, юридичні гарантії можливості здійснювати свої права тощо. Правовий зміст цієї тенденції, за словами С. С. Алексєєва, полягає в тому, що «юридично піднесені права людини вчинили найпотужніший вплив на предмет цивільних законів – на людину, її статус та можливості – та на силу

приватноправових засад, що містяться в цивільних законах» [Переклад з рос. автора] [57, с. 17].

У новітньому законодавстві України людина та її непорушні права (перш за все, особисті та духовні) очікувано набувають першості в ієрархії суспільних пріоритетів, чим висувуються відповідні вимоги до держави щодо забезпечення цих прав реальним правовим змістом: позитивно-правовими механізмами здійснення та ефективним захистом. Відповідно до ст. 3 Основного закону України людина, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність та безпека визнаються найвищими соціальними цінностями. Проте наявність окремих прав в конституційному списку, підкреслюючи їхню важливість та пріоритетність для суспільства, ніяк не заперечує віднесення тих чи інших суспільних відносин та прав до предмета цивільно-правового регулювання. Адже Конституція України закріплює фундаментальні засади національного правового порядку та регулювання суспільних відносин, в тому числі у приватноправовій сфері. «Конституція України закладає підвалини для усіх галузей права та інших підсистем, у тому числі і для цивільного права, оскільки вона виконує функцію «соціального служіння» всьому народу держави» [58, с. 13].

Із прийняттям нової Конституції України відчутно посилюється акцент на суспільну потребу у позитивно-правовій регламентації та охороні фундаментальних прав людини, серед яких особисті немайнові права посіли належне їм виключне місце. На цій новій цивілізаційній основі створювалися концепція та нормативна частина чинного ЦК України. Саме тому Є. Харитонов цілком справедливо називає Цивільний кодекс України кодексом «громадянського суспільства, правової держави і приватного права з урахуванням сучасних європейських тенденцій і досвіду» [59, с. 20].

На цьому загальному фоні зростання ваги та правової сили сучасних гуманістичних цінностей та виключної ролі конституційних норм-принципів, які настійно вимагають юридизації свого величезного нормативного потенціалу, постає «нова проблема». Цю проблему, яка напряду пов'язана із втіленням положень Конституції у практичні юридичні механізми, О. Пунда влучно артикулює як усвідомлення «необхідності продовження зв'язків між основними правами та правами особи у певній сфері суспільних відносин». У сфері приватноправового регулювання

вказана «нова проблема» вирішується через «деталізацію та конкретизацію положень основних прав та їхнє практичне застосування у повсякденному житті людини через конструкцію суб'єктивних прав» [60, с. 49].

Правовий зв'язок між конституційними основними правами людини та суб'єктивними цивільними правами фізичної особи полягає в тому, що особисті немайнові права людини (фізичної особи) – це й є «основні права людини, що реалізуються у сфері приватного життя окремої особи завдяки створеному у цивільному та сімейному законодавстві приватноправовому режиму». В свою чергу, і основні права людини, і особисті немайнові права є «засобом правового втілення природних прав людини, в основі яких лежить її природна гідність. Їхня загальноправова спрямованість єдина, проте різняться соціальні структури, у межах яких вони діють. Для перших – це сфера великих соціальних груп: нації, народи, суспільство в цілому; для других – це окрема особа у системі своїх особистих зв'язків, пов'язаних з особистим життям» [6, с. 52].

Саме в даному загальнотеоретичному контексті усвідомлюються сучасні проблеми змісту та перспектив здійснення особистих немайнових прав людини. Адже «таємниця» практичної реалізації сучасних положень щодо основних прав людини більшою частиною «ховається» у площині цивілістичної теорії особистих немайнових прав людини. Зазначене, зрозуміло, актуалізує зростаючу увагу до вдосконалення теорії особистих немайнових прав людини на базі нового переосмислення ролі людини та її основних прав у сучасній правовій системі та відповідно правовій теорії. Ця робота, безперечно, матиме своїм результатом збагачення сучасної цивілістики новими положеннями та новими юридичними конструкціями. Саме такий зсув пріоритетів потребував адекватних змін у структурі та змістовному наповненні юридичної, зокрема цивільно-правової, складової правового регулювання та суттєво вплинув на кодифікацію цивільного законодавства, зокрема, пріоритетність та послідовну позитивну регламентацію немайнових прав особистості. Особисті немайнові права та серед них право на медичну допомогу з'являється в матерії цивільного права та в текстах Цивільних кодексів саме в контексті необхідності позитивно-правового забезпечення основних прав людини [61, с. 187–189].

Права людини називають сьогодні і найвищими соціальними цінностями, і універсальними критеріями виміру статусу людини, і епіцентром демократичності суспільства тощо. Проте для того, щоб вони не залишилися лише моральними ідеологемами, необхідні адекватні потребам часу теоретичні конструкції, як і свіжі практичні рішення. Зокрема, одним з напрямів такої роботи має стати розроблення та впровадження на основі реалізації міжнародно-правових та конституційних принципів і положень системи цивільно-правових засобів здійснення, охорони та захисту особистих немайнових прав людини. Також йдеться про дослідження окремих аспектів визначення та систематизації, а також спеціальних механізмів здійснення особистих немайнових прав пацієнта, актуалізації можливостей та переваг спеціального правового статусу пацієнта, перспектив договірного врегулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги та багато інших цікавих та актуальних проблем, деякі з яких досліджуються у даній праці.

Особливу увагу привертають на цьому тлі теоретичні питання щодо суті та сучасних закономірностей регулювання особистих немайнових відносин та прав, що забезпечують природне існування людини, від якості розроблення яких залежить ефективність правореалізації у сфері надання медичної допомоги.

С. С. Алексєєв влучно вловив провідну тенденцію переорієнтації сучасної правової системи, перспектива якої дедалі більше пов'язується із так званою «приватизацією» [62, с. 218] права, тобто зростанням значення приватноправового методу регулювання. Приватне право володіє власною методологією та спеціальним арсеналом засобів, які об'єднуються на підставі спільності предмета та методів впливу на суспільні відносини. Основним кодифікованим правовим актом України, в якому послідовно реалізовано доктрину, методологію та методику приватноправового регулювання, є Цивільний кодекс. С. П. Головатий зазначав, що новий Цивільний Кодекс України повинен стати і кодексом громадянського суспільства, і кодексом приватного життя, і своєрідною еномічною конституцією України [63].

У концепції нового цивільного законодавства як нормативної частини права незалежної України взято за основу принципово нові акценти стосовно приналежності фундаментальних цінностей життя, здоров'я, честі, гідності, в першу

чергу, до особистого інтересу та сфери особистого розпорядження особи. Саме тому відносини, в основі яких лежать ці невіддільні від особистості блага, вітчизняний законодавець цілком доречно відносить до групи особистих немайнових, які найбільш повноцінно можуть регулюватися, охоронятися та захищатися за допомогою цивільно-правового інструментарію, в основі якого лежать принцип вільного волевиявлення учасників правовідносин та метод диспозитивності правового регулювання. З цієї причини в структурі новітнього цивільного законодавства України особисті немайнові відносини посідають належне їм пріоритетне місце. За словами З. Ромовської, «така зміна пріоритетів не означає пониження ролі майнових відносин у житті окремої людини та суспільства загалом. Однак незаперечним є те, що відносини та правові норми, які сприяють фізичному та духовному формуванню людини, повинні передувати відносинам та правовим нормам, котрі формують її як власника, як підприємця чи як сторону у договорі» [64, с. 71].

У ст. 1 ЦК України встановлюється норма, згідно з якою «цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників». Як видно, український законодавець відносить особисті немайнові відносини до цивільних та однозначно виділяє їх як самостійний елемент предмета цивільно-правового регулювання, незалежний від зв'язку із майновими відносинами. Віднесення особистих немайнових відносин до юрисдикції цивільного права не завжди було очевидним [65, с. 52–54]. Так, дореволюційними авторами Д. І. Мейером та К. Д. Кавеліним постулювалася точка зору, що предметом цивільного права є тільки майнові відносини [66, с. 34; 67, с. 162]. Однак інші дослідники того часу, зокрема Й. О. Покровський, впевнено виокремлювали в структурі цивільного права так звані права особистості [68, с. 135]. Так, Гамбаров вважав, що права особи, що стосуються визнання її недоторканності та гідності, «становлять найвище та найбільш дороге цінне право з прав індивідуума, тому що вони мають своїм предметом найвищі та найбільш цінні людські блага, [...] про належність яких до цивільного права не викликає будь-якого сумніву» [69, с. 86].

На сьогодні майже не залишилося вагань з приводу того, що особисті немайнові відносини регулюються властивим цивільному праву методом, включаючи

регламентацію, охорону та захист. Важливою умовою віднесення особистих немайнових відносин до сфери цивільно-правового регулювання знані експерти називають їх приватноправовий характер. Як зазначає з цього приводу Р. Стефанчук, «така ознака як приватноправовий характер відносин є не лише необхідною та достатньою, а й первинною для включення тих чи інших відносин до предмета цивільного права» [70, с. 175]. То ж правовідносини, які виникають між суб'єктами приватного права, що діють на засадах юридичної рівності та вільного волевиявлення, мають приватноправовий характер, і це означає, що вони належать до предмета цивільно-правового регулювання.

Особисті немайнові відносини, що регулюються цивільним правом України, виникають з приводу немайнових (нематеріальних) благ та характеризуються відсутністю майнового інтересу та спрямованістю на об'єкти (блага), які невіддільні від людської особистості. Термін «немайнові відносини» застосовується до величезної кількості особистих взаємовідносин, перелік яких є завжди відкритим. Оскільки змістовна характеристика таких відносин є невичерпною, в літературі та законодавстві такі відносини об'єднуються та визначаються через спільність двох ознак: а) виключно особистий характер та б) відсутність зв'язку з економічним оборотом.

Безпосередній зв'язок особистих немайнових відносин із майновою самостійністю їх учасників є природним та вбачається в такому. Особисті немайнові відносини як елемент предмета цивільно-правового регулювання можуть складатися тільки між учасниками, які є незалежними та рівноправними як в аспекті юридичної рівності, так й майнової незалежності. Але ця незалежність має трактуватися не в сенсі її відсутності, а з точки зору відсутності її впливу на зміст особистих немайнових відносин. У протилежному випадку про рівність та незалежність сторін особистих немайнових відносин, які є юридично або економічно залежними, не може бути й мови. То ж майнова самостійність (незалежність) суб'єктів особистих немайнових відносин є дійсно необхідною умовою (засадою) для їхньої юридичної рівності та свободи у волевиявленні. Усі цивільні відносини, як майнові, так і особисті немайнові, мають спільне підґрунтя – юридичну рівність, майнову відокремленість та автономію волі учасників даних відносин.

Таким чином, доктринальна картина щодо характерних ознак особистих немайнових відносин у предметі цивільного права фокусується у такому визначенні особистих немайнових відносин, яке є авторським узагальненням існуючих у цивілістичній науці визначень та в якому органічно присутні основні родові та видові ознаки особистих немайнових відносин як виду цивільних відносин. Особисті немайнові відносини це (а) вид приватних відносин, які (б) складаються стосовно закріплення та використання особистих немайнових благ, (в) спрямовані на забезпечення приватного немайнового інтересу та (г) ґрунтуються на засадах юридичної рівності та вільного волевиявлення їх учасників, а також мають (д) абсолютний характер та (є) позбавлені майнового грошового змісту [12, с. 70–71].

Приватноправові відносини, що виникають у зв'язку з наданням медичної допомоги, віднесені ЦК України до групи особистих немайнових відносин, що регулюються нормами Глави 21. Така позиція є в цілому значною перевагою вітчизняної правової культури, а для її підтвердження існують переконливі обґрунтування. На підтвердження підставності віднесення правовідносин з надання медичної допомоги до предмета цивільно-правового регулювання першорядного значення набуває доктринальне бачення правової природи та суті даних відносин та благ, з приводу яких вони виникають.

Не є новиною, що сфера індивідуальної життєдіяльності, яка становить суто інтимну сторону життя людини та як така знаходиться поза межами правового впливу, в сучасних умовах суттєво звужується, наближаючись до мінімальної межі, то ж все в більшому обсязі набуває статусу об'єкта суспільного правового відношення, а тому, звісно, потребує правового впливу: регулювання, охорони, захисту юридичними засобами, сила яких забезпечується авторитетом державного примусу. Тому свобода в сфері особистих немайнових відносин дедалі більше регулюється суспільством, що, зокрема, проявляється «у формі юридичного визнання приналежних кожній фізичній особі невідчужуваних немайнових благ та свободи визначати свою поведінку в індивідуальній життєдіяльності на власний розсуд» [38, с. 91]. Те саме стосується й немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, які дедалі в більшому обсязі набувають форми особистих немайнових правовідносин, що потребують правового врегулювання.

Перш за все, особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги регулюються та захищаються цивільним правом тому, що в їх основі лежать нематеріальні невідчужувані блага особистості – життя, здоров'я, гідність, фізична та психічна цілісність, недоторканність [12, с. 71–72]. Вказані та однопорядкові до них блага становлять виключний інтерес особистості, і як такі регулюються, охороняються та захищаються суспільством і державою. Така точка зору попри свою очевидність не завжди мала пріоритетність. Як відомо, життя та здоров'я зовсім нещодавно у суспільстві «розвиненого соціалізму» мали переважно державний і суспільний інтерес, внаслідок чого відносини з приводу охорони здоров'я та надання медичної допомоги регулювалися виключно нормами публічного, адміністративного права. Особистісний (приватноправовий) аспект заповнювався нормами медичної етики.

Крім того, віднесення особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги до предмета цивільно-правового регулювання підтверджується правовим характером даних відносин, які складаються між юридично рівними учасниками на основі їхнього вільного волевиявлення, та ґрунтується на їхній властивості бути особистими приватними відносинами, спрямованими на реалізацію приватного немайнового інтересу. Юридична рівність учасників правовідносин з надання медичної допомоги, насамперед, передбачає встановлену законом рівноправність сторін, відсутність відносин влади і підкорення, чим забезпечується правова можливість реалізації приватного інтересу на ґрунті волевиявлення та узгодження позицій учасників.

Визначення особистих немайнових відносин у цивільному праві є доктринально застосовним і до сфери надання медичної допомоги, отже, можна говорити про приватноправовий характер даних особистих немайнових відносин, що включає їх в предмет цивільно-правового регулювання. Всі охарактеризовані ознаки особистих немайнових відносин властиві і для відносин з приводу надання медичної допомоги. Ці відносини мають: а) приватноправовий характер; б) складаються стосовно закріплення, використання, охорони та захисту особистих немайнових благ – життя, здоров'я, гідності, недоторканності, фізичної та психічної цілісності під час надання медичної допомоги; в) спрямовані на забезпечення приватного немайнового

інтересу, який полягає у збереженні, підтриманні, відновленні здоров'я, охороні та захисті гідності, недоторканності тощо; г) ґрунтуються на засадах юридичної рівності та автономії волі та волевиявлення учасників – лікарів (медичних організацій) та пацієнтів; д) мають абсолютний характер, зокрема, мають визначене у Конституції України коло підстав для обмеження; є) позбавлені економічного (майнового або грошового) змісту. Цілком доречно законодавець включив ці відносини до предмета регулювання цивільного права та, зокрема, до структури Цивільного кодексу України.

Щодо правової природи особистих немайнових прав, то це питання є доволі дискусійним у цивілістичних колах. Так, одні науковці вважають, що за своєю правовою природою ці права є правами *sui generis*, інші – що доцільно розглядати їх як складову інституту цивільної правоздатності. Як відомо, суб'єктивне цивільне право на відміну від об'єктивного права є не абстрактною можливістю, а конкретними межами і точною мірою дозволеної поведінки та юридично забезпечене кореспондуючим йому обов'язком. З огляду на цю основну ознаку суб'єктивного цивільного права окремі дослідники, які вважають, що особисті немайнові права не мають правової природи суб'єктивних цивільних прав, аргументують свою позицію тим, що особисті немайнові відносини, як і права, що їх забезпечують, або зовсім не підлягають позитивно правовому регулюванню, або регулюються дуже в обмеженому вигляді. Основна або єдина функція цивільного права в сфері регулювання особистих немайнових відносин за таким підходом полягає в тому, щоб захищати відповідні немайнові блага та цивільні права. Наприклад, С. О. Суханов, який підтримує цю позицію, пише: «Реальні форми використання вказаних нематеріальних та невідчужуваних благ здебільшого виключають їх повноцінне цивільно-правове регулювання», адже вони «насамперед захищаються цивільним правом властивими для нього засобами» [71, с. 44].

Така позиція є в цілому хибною і небезпечною [12, с. 79–80]. Хибною, оскільки, як було зазначено, цивільно-правовий метод регулювання охоплює особисті немайнові відносини нарівні з іншими цивільними правовідносинами. Зокрема, цивільне законодавство України, яке є основою в регулюванні особистих немайнових відносин та прав, містить як загальні засадничі положення (принципи)

стосовно природи та особливостей регулювання цих відносин, так й позитивні нормативні положення щодо регламентації, а саме – каталог особистих немайнових прав, норми щодо їх здійснення та обмеження, а також щодо охорони та захисту. Завдяки цим елементам створюється реальний правовий механізм повноцінного регулювання особистих немайнових прав та відносин методом цивільного права.

Правильність такого підходу підтверджується також В. І. Борисовою, яка слушно вважає, що цивільне право покликане здійснювати не лише захист особистих немайнових прав, а й регулювання. Такий регулятивний вплив цивільного права на особисті немайнові відносини вчиняється шляхом юридичного визнання наявності в особи нематеріальних благ, а також цивільних прав визначати свою поведінку в приватній сфері життєдіяльності на власний розсуд [72, с. 13]. Отже, наведене дає підстави стверджувати, що особисті немайнові відносини і права, попри наявність спеціальних ознак та очевидну особливість цивільно-правового регулювання, є самостійним предметом цивільного права та повною мірою регулюються властивим цивільному праву методом.

Такої позиції дотримується і С. Булеца: «права людини, пов'язані з медичним втручанням, безумовно, є складовою її приватного життя, а відносини з надання медичної допомоги становлять предмет цивільно-правового регулювання» [73, с. 25].

Більш того, відсутність цивільно-правового забезпечення особистих немайнових відносин у формі позитивного регулювання містить приховану соціальну небезпеку, оскільки залишає відповідні немайнові блага особи та особисті немайнові права, що проголошені навіть на рівні конституційних фундаментальних та абсолютних прав, на позиції хоча й природних, але великою мірою декларативних, отже юридично «безпорадних» прав. Тому цілком слушно, що домінуючою в українській цивілістиці є концепція, за якою особисті немайнові права є різновидами суб'єктивних цивільних прав. Саме такий підхід реалізовано в Цивільному кодексі, в якому здійснено спробу регламентації особистих немайнових прав в окремій Книзі другій, в якій наведено положення щодо поняття, видів та особливостей цивільно-правового регулювання таких прав фізичної особи.

В сучасній цивілістичній літературі усталеною є концепція, за якою особисті немайнові права поділяються на загальні та спеціальні (окремі). До загальних цивілісти відносять ті особисті немайнові права, які належать всім фізичним особам як представникам людського роду, незалежно від соціальної позиції та спеціального правового статусу. До спеціальних особистих немайнових прав – ті, якими окремі фізичні особи наділені внаслідок виконання ними специфічних суспільних функцій або внаслідок наявності в них специфічного приватного інтересу. Такий розподіл має рацію та виконує важливу соціально-правову функцію – виокремлення, з одного боку, загальних засад (універсальних нормативних принципів) цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин, з іншого – найбільш важливих базових сфер, які потребують спеціального правового впливу, з метою гармонізації публічного та спеціального приватного інтересу. Такий підхід є виправданим та навіть необхідним з огляду на подвійну сутність фізичної особи, яка виступає в двох «обличчях» одночасно: з одного боку, як носій універсального соціального статусу людини та громадянина певного суспільства, з іншого – як суб'єкт певного виду відносин, що потребують додаткового правового впливу з огляду на специфіку та особливу соціальну значущість правовідносин, що виникають між її учасниками. Хоча окремі сфери спеціального приватного інтересу підпорядковуються загальним засадам правового устрою, все ж таки для більш ефективного регулювання необхідні додаткові правові інструменти, які не конкурують із загальним засадничим рівнем, а конкретизують та доповнюють [12, с. 89–96].

В цьому питанні автор повністю солідаризується із Р. Стефанчуком, який також відстоює доцільність виокремлення окремих груп особистих немайнових прав фізичної особи, які мають правовий статус спеціальних. Ці права характеризуються, як і всі інші, основними ознаками, характерними для загальних (універсальних) особистих немайнових прав фізичної особи, але вони мають низку факультативних ознак, що визначаються залежно від різновиду даних прав [74, с. 137–138, 140]. Хоча до таких факультативних ознак спеціальних особистих немайнових прав слід підходити диференційовано, на доктринальному рівні вирізняльну здатність, що відокремлює одну групу особистих немайнових прав від іншої та, відповідно, об'єднує окремі права в одну групу, доцільно визначити через юридично важливий критерій –

функціональну спорідненість спеціальної групи прав за сферою суспільної діяльності, в якій вони «живуть».

Саме така функціональна прикріпленість окремої групи прав до певної сфери діяльності, що означає їхню ефективну «роботу» у справі забезпечення приватного інтересу у певній сфері суспільної діяльності, слугує необхідною підставою для їх об'єднання в правове угруповання. Завдяки такому угрупованню досягається суспільно корисна мета найповнішого рівня правової регламентації (регулювання, охорони та захисту) приватних прав учасників окремої сфери відносин. Пов'язана з першою друга мета, яка теж здійснюється, це те, що прозора система правового регулювання, побудована на вказаному критерії, дає можливість оцінити повноту охоплення правового забезпечення проголошених у законодавстві правомочностей суб'єктів відповідного немайнового блага та вчасно виявити та ліквідувати невідповідності та прогалини, що спотворюють ефективність благо-володіння та благовикористання суб'єктами відповідних прав.

Звісно, як зазначає Р. Стефанчук, «з огляду на можливу кількість варіантів поведінки фізичної особи, а також можливої кількості існування спеціальних правових статусів, можна дійти висновку, що і кількість окремих (спеціальних) особистих немайнових прав фізичної особи може наближатись до нескінченності» [74, с. 258]. Але насправді такого безмежного збільшення правових статусів, що потребують особливих способів правового впливу, не відбувається. Річ у тім, що підставою для законодавчого відокремлення групи спеціальних особистих немайнових прав фізичної особи є не сама по собі відокремленість сфери дії приватного інтересу, а додатковий критерій особливої вразливості приватного інтересу, що потребує особливих правових гарантій охорони та захисту такого інтересу. Така особлива уразливість (або незахищеність) приватного інтересу характерна для певних сфер суспільної діяльності або/та для окремих соціально-демографічних груп фізичних осіб.

Сфера надання медичної допомоги є на сьогодні такою відносно відокремленою суспільною сферою, яка виразно відзначається за спеціальною суспільно корисною функцією, то ж цілком доречно виокремити за цією спеціальною ознакою групу особистих немайнових прав фізичних осіб у цій сфері. Правовий статус учасників відповідних особистих немайнових відносин має низку факультативних ознак та

потребує додаткового правового впливу на ці правовідносини з метою найбільш ефективної правової охорони їхніх прав та інтересів у гармонійному поєднанні із охороною публічного порядку.

Отже, можна говорити про існування спеціального приватного інтересу фізичних осіб як учасників правовідносин медичної сфери, який за критерієм своєї уразливості потребує спеціальних способів правового впливу. Саме тому серед спеціальних особистих немайнових прав, якими закріплюється приватний інтерес із спеціальною ознакою особливої уразливості, доцільно виокремлювати групу особистих немайнових прав фізичної особи у сфері надання медичної допомоги.

Право на медичну допомогу віднесено у ЦК України до групи особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, які регулюються нормами Главі 21 ЦК України. У такий спосіб законодавець визнав, що особисті немайнові права мають усі загальні ознаки суб'єктивних цивільних прав. У свою чергу, цивільне право на медичну допомогу за своєю правовою природою належить до спеціальних цивільних прав, тому має як загальні ознаки цієї категорії прав, так й низку спеціальних. Аналізуючи структуру ст. 284 ЦК України, можна зробити висновок, що законодавець розуміє сутність права на медичну допомогу як сукупність суб'єктивних цивільних прав. Із цього напрашується висновок, що фактично право на медичну допомогу в цивільно-правовій площині виступає як сукупність суб'єктивних прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги. Таких суб'єктивних прав фізичної особи, що закріплено в тексті ст. 284, як мінімум можна нарахувати: шість для пацієнтів (право фізичної особи на надання їй медичної допомоги; право на звернення за наданням медичної допомоги, право на вибір лікаря та лікувального закладу, право на вибір методів лікування; право на згоду на медичне втручання; право на відмову від медичного втручання) і три для лікаря (право на надання рекомендацій щодо методів лікування, право надавати медичну допомогу без згоди пацієнта, право на відмову від ведення пацієнта). Ці права стосуються відповідних благ – життя, здоров'я, автономії вибору, недоторканності, приватності тощо [75, с. 68].

Щодо визначення поняття «особисте немайнове право», то фактично законодавець пішов шляхом характеристики особистого немайнового права через

низку ознак, які складають в сукупності його поняття. Найважливішими ознаками щодо характеристики особистих немайнових прав, які виділено у ст. 269 ЦК України, є такі: 1) приналежність цих прав кожній фізичній особі від народження або за законом; 2) невластивість (чужорідність) для них економічного (майнового) змісту; 3) тісний зв'язок цих прав із фізичною особою – володільцем, що тягне за собою неможливість відмовитися від особистих немайнових прав або передати їх іншій особі та унеможлиблює позбавлення цих прав особою-носія.

Дослідники особистих немайнових відносин та прав додають ще й інші ознаки, які або доповнюють вказані основні або розкривають їх. Так, З. Ромовська підкреслює ще абсолютний характер особистих немайнових прав [75, с. 8–10]. В. Л. Суховерхий акцентує увагу на властивості цих прав бути незалежними від інших – від спеціального правового статусу та наявності інших прав та обов'язків [76, с. 5]. Р. Стефанчук справедливо наполягає на включенні до поняття особистого немайнового права такої його важливої ознаки, як «цілеспрямування даної категорії прав на задоволення фізичних (біологічних), духовних, моральних, культурних, соціальних чи інших нематеріальних потреб (інтересу)» [70, с. 101]. Отже, найважливішими ознаками особистих немайнових прав, що складають їх поняття, у науці цивільного права та законодавстві виділяються такі: особистісність, невідчужуваність, відсутність економічного змісту, спрямованість на задоволення духовних (культурних, моральних тощо) потреб.

Останнім пунктом ст. 270 ЦК України передбачено положення, що перелік особистих немайнових прав, які встановлені Конституцією України, Цивільним кодексом та іншим законом, не є вичерпним. Це положення є конкретизацією загального принципу, що міститься у ст. 26 ЦК України, за яким «фізична особа має усі особисті немайнові права, встановлені Конституцією та цим кодексом. Також фізична особа може мати інші цивільні права, що не встановлені Конституцією України, цим кодексом, іншим законом, якщо вони не суперечать закону та моральним засадам суспільства».

У ст. 271 ЦК України закріплено положення: «Зміст особистого немайнового права становить можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя». Коментуючи норми ст. 271 С.

Шимон доходить висновків: «міру такої можливості – вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у конкретних сферах приватного життя – конкретизовано в інших нормах інституту особистих немайнових прав фізичних осіб, відносно яких норма ст. 271 є загальною. Отже, будь-яке особисте немайнове право фізичної особи є проявом її особистої свободи» [78, с. 202–203]. Продовжуючи логічну лінію дослідниці, зазначимо, що однією з можливих форм прояву особистої свободи є приватне (особисте) життя людини, до якого за європейською приватноправовою традицією, включено свободу поведінки та вільний вибір фізичної особи у медичній сфері.

Вказані положення містять важливі методологічні передумови для здійснення та захисту тих особистих немайнових прав, які не мають поки що позитивної регламентації. І це є цілком слушно, адже насправді «неможливо та небезпечно намагатись створити закритий та вичерпний каталог прав, оскільки це означало б невизнання динаміки розвитку індивідуальних та групових можливостей, які зростають та розширюються завдяки безмежним здібностям творчої людської природи та потенціалу суспільств» [79, с. 33]. Зокрема, такими, юридично не регламентованими у правовому полі України, є на сьогодні такі права фізичної особи в сфері надання медичної допомоги: на складання попередніх розпоряджень щодо методів лікування та догляду на випадок втрати у майбутньому здатності до волевиявлення, в тому числі – медичного заповіту про умови доживання; на призначення представника – довіреної особи пацієнта [12, с. 82].

Оскільки і диспозитивний, і імперативний методи діалектично поєднуються у цивільно-правовому регулюванні, співвідношення та розмежування приватного та публічного у правовому регулюванні особистих немайнових відносин медичної сфери є не завжди очевидним. Сьогодні механізм правового регулювання відносин медичної сфери в цілому забезпечується єдністю конституційного, адміністративного та цивільно-правового рівнів, тобто як за допомогою публічного права, так і приватного. Суб'єкти правовідносин у сфері надання медичної допомоги (пацієнти, медичні організації та медичні працівники) користуються різними ступенями свободи вибору поведінки на власний розсуд, тому доречно говорити про застосування як імперативних, так і диспозитивних методів правового регулювання

відносин з надання медичної допомоги, які застосовуються залежно від типу правового зв'язку між суб'єктами правовідносин. Зокрема, залежать від таких особливих обставин, як види медичної допомоги, підстави її здійснення, суб'єктний склад правовідносин.

Уявляється, що у вирішенні питання підставності віднесення тих або інших відносин у сфері надання медичної допомоги до предмета приватноправового або публічно-правового регулювання першорядного значення набуває доктринальне бачення правової природи та суті даних відносин та благ, з приводу яких вони виникають. Складність цієї діалектики спричинена тим, що об'єкти правовідносин медичної сфери, якими є немайнові блага (життя, здоров'я, гідність, цілісність, недоторканність), є одночасно найважливішими благами окремої людини та найвищими соціальними цінностями суспільства та держави, отже, такими, що потребують впливу як норм приватного, так і публічного характеру.

З одного боку, життя, здоров'я є особистими немайновими благами людини, а користування цими благами, зокрема, задоволення особистих потреб, пов'язаних із підтриманням та зміцненням здоров'я, належить до приватноправової сфери людини. З іншого боку, вказані блага є фундаментальними соціальними цінностями сучасного громадянського суспільства, то ж є предметом гострої зацікавленості з боку спільноти та належать до сфери публічного (державного) інтересу. Саме в такій якості дані суспільно значущі блага стають предметом публічно-правового регулювання, чим пояснюється наявність великого масиву імперативних норм, якими встановлюються обмеження фізичних осіб щодо користування та розпорядження даними благами. Наприклад, йдеться про заборону евтаназії, запровадження спеціального правового режиму для штучного переривання вагітності тощо, які можна розглядати як обмеження прав фізичних осіб на розпорядження життям та здоров'ям в публічному інтересі.

Втім існує публічний інтерес, зокрема, в сфері профілактики та лікуванні суспільно небезпечних та інфекційних хвороб, здійснення медичної допомоги згідно з визначеними соціальними стандартами (екстреної невідкладної медичної допомоги, медичного обслуговування окремих категорій населення). До сфери публічного інтересу належать також обов'язкові та примусові заходи медичного характеру, в

тому числі: обов'язкові медичні огляди, примусове лікування, медичне освідчення та судово-медична і судово-психіатрична експертиза. Учасниками таких відносин є уповноважені суб'єкти (органи, установи, посадові особи), наділені певною компетенцією, та громадяни, які мають встановлені в нормативних актах обов'язки з виконання певних дій та заходів [12, с. 48–50].

Крім того, до сфери загального публічного інтересу належить державна політика України у сфері охорони здоров'я, яка впроваджується адміністративно-правовим методом. Як зазначає С. Булеца, «публічно-правовий елемент у зазначених відносинах існує, але він присутній у контролі з боку держави за станом медичної галузі, її фінансуванню, дотриманням стандартів якості медичної допомоги, запровадженням розгалуженої системи медичних закладів тощо» [73, с. 25].

Особливості адміністративного методу регулювання сфери охорони здоров'я, на думку З. Гладуна, полягають у необхідності «встановлення загальних правил і порядку здійснення медичної діяльності, зокрема, надання медичної допомоги, відповідальності за дотримання цих правил включає вплив держави та її органів на діяльність органів і закладів охорони здоров'я». Ця діяльність базується на «легітимно визначеній стратегії суспільного розвитку, державних медичних програмах, медичних стандартах та механізмі обов'язкового їх виконання, державному контролю та адміністративно-правовому примусі» [80, с. 73–74].

Хоча об'єктами правовідносин у сфері надання медичної допомоги є і суспільно, і індивідуально значущі немайнові блага, все ж предметом правового регулювання в конкретних ситуаціях певного типу є різні за своєю природою правовідносини. Саме цей факт, що життя, здоров'я та інші немайнові блага людини є одночасно найважливішими благами окремої людини та найвищими соціальними цінностями суспільства та держави, показово ілюструє тісне переплетення правових норм як публічного, так і приватного характеру, тимчасова рівновага яких у регулюванні медичної діяльності має підкорятися міркуванням визначеної державою доцільності. Держава може за наявності обґрунтованої суспільної потреби ініціювати віднесення певних правовідносин до сфери дії імперативного впливу. Приміром, саме так можна кваліфікувати постанову Кабінету Міністрів України «Деякі питання застосування обмежувальних протиепідемічних заходів,

спрямованих на запобігання поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 25.03.2020 р. №245, якою запроваджено низу обмежувальних протиепідемічних заходів, що стосуються недобровільних режимів обстеження, госпіталізації та самоізоляції.

Вжиті обмежувальні заходи орієнтовно матимуть тимчасовий характер, тим не менш, прийняття даного зобов'язуючого нормативного акту є конкретним прикладом реалізації державою своєї важливої соціально-правової функції – визначення балансу між приватним та публічним інтересом у конкретних обставинах світової пандемії та реальної небезпеки спалаху епідемії у середині країни. Розпорядчим рішенням органу державної влади в Україні на теперішній час правовідносини, пов'язані із медичним втручанням у зв'язку із хворобою (або підозрою на хворобу) COVID-19, віднесені до режиму публічного імперативного впливу.

Методологічна проблема поділу права на публічне та приватне має слугувати вирішенню важливої практичної мети, якою є вдосконалення правового регулювання суспільних відносин адекватно природі та цілям даних відносин на найвищому досяжному на даний момент рівні. Механічне «розтаскування» норм по галузях, в тому числі в ім'я формальної чистоти галузі, не відповідає ані меті якнайкращого устрою практичної правової діяльності, ані меті теоретичної послідовності академічної науки. Саме тому при визначенні правового співвідношення та галузевої приналежності правовідносин певної природи слід виходити, в першу чергу, з практичної доцільності такої роботи, яка може бути виміряною за критеріями результату – адекватного правового регулювання та задоволення публічних та індивідуальних інтересів учасників суспільних відносин.

З огляду на цю вихідну мету – як найкраще дослідження та врегулювання на цій основі групи відносин залежно від їхньої природи – при аналізі приватноправового регулювання особистих немайнових відносин з надання медичної допомоги у роботі застосовуватиметься відомий у науці підхід абстрагування, або «методологічної відособленості», який В. Спасибо-Фатеева вслід за І. Ільїним називають «принцип методологічної індиферентності» [4, с. 125]. Сутність даного підходу-принципу полягає у тому, що при аналізі певного явища умовно

допускається «логічне відволікання» від одних сторін предмету задля більш ретельного розгляду інших. Тому при дослідженні особливостей приватноправового регулювання особистих немайнових відносин при наданні медичної допомоги автор, наскільки це можливо та доцільно, відволікається від імперативних елементів та зосереджує увагу на аспектах приватноправового регулювання, тримаючи у полі зору основну мету роботи – розроблення концепту приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах західної традиції приватного права; напрацювання ключових доктринальних положень щодо: джерел приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги; визначення та характеристики спеціальної медичної дієздатності; договірного представництва фізичних осіб у правовідносинах з надання медичної допомоги.

Висновки до Розділу I.

Складний механізм правового регулювання завжди міцно ґрунтується на методології. Без належного обґрунтування методології, відсутні будь-які надійні орієнтири щодо достовірності отриманого знання та його застосовності до розв'язання як теоретичних, так й практичних задач. Основні концептуальні елементи методології представленого дослідження включають методи наукового дослідження та методологічно важливий (засадничий) концепт приватного права західної традиції. Послідовно реалізований людиноцентристський, ціннісноорієнтований підхід є належною доктринальною основою для дослідження та правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги, зокрема, аспектів співвідношення приватних і публічних засад та спеціальних особливостей приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

Визнання прав та гідності людини основою праворозуміння є ознакою західноєвропейської традиції приватного права. Правове тлумачення абсолютних цінностей – гідність, цілісність, недоторканність людини у проекції на сферу надання медичної допомоги відбувається через поняття свободи, вільного волевиявлення та автономії. Принцип особистої автономії відбивається у сфері надання медичної

допомоги як правова можливість для приватної особи, з одного боку, на власний розсуд визначати свою поведінку в межах, наданих законом, та, по-друге, забороняти вплив та втручання інших осіб у межі власної приватності.

У сфері надання медичної допомоги виникають як публічно-правові, так й приватноправові відносини. Об'єктивні засади для існування певного методу правового впливу на суспільні відносини криються у природі даного типу відносин, їхніх суттєвих юридичних властивостях, та у потребі суспільства до правової визначеності та намаганні сконструювати актуальні для даного періоду часу ідеальні моделі правових явищ. Диспозитивний та імперативний методи діалектично поєднуються у механізмі правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, який в цілому забезпечується єдністю конституційного, адміністративного та цивільно-правового рівнів, тобто як за допомогою публічного права, так і приватного.

Суспільство в особі уповноважених органів державного управління може за наявності обґрунтованої потреби ініціювати віднесення певних правовідносин до сфери дії імперативного впливу. Адже межа, що розділяє сфери впливу на суспільні відносини у бажаному напрямі, є доволі рухливою та у цілком законний спосіб може та повинна цілеспрямовано зсуватися у той чи інший бік на більш або менш тривалий період під тиском об'єктивних обставин, що потребують змін у пріоритетах щодо визначення балансу інтересів. Саме такі необхідні зміни ініційовано та закріплено у низці новітніх нормативно-правових актів в Україні на вимогу часу у зв'язку із виключними обставинами загрози смертельної епідемії гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2.

Зважаючи на те, що цивільне право не є виключно полем дії приватноправового методу, оскільки в ньому органічно сполучаються засади як приватного, так і публічного регулювання, метод цивільно-правового регулювання охоплює як уповноважувальні (диспозитивні), так і імперативні засоби впливу на учасників цивільних відносин. Тому при дослідженні приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги автор послуговувалася відомим у науці підходом абстрагування, або «методологічної відособленості», який дозволяє, наскільки це можливо та доцільно, відволікатися від

імперативних елементів та зосереджувати увагу на аспектах приватноправового регулювання, тримаючи у полі зору основну мету роботи – розроблення концепції приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах західної традиції приватного права.

У цивільному законодавстві не можна передбачити та надати нормативної форми для всіх різноманітних відносин, тому обов'язково виявляються прогалини, як у законодавстві, так і у правозастосуванні правових норм. Втім, наявність всього арсеналу, наданого цивільним правом, дозволяє заключити, що усі стосунки учасників цивільних відносин кожного разу врегульовані, якщо не за допомогою норм цивільного законодавства, то їхніми договорами, моральними засадами суспільства, засадами цивільного законодавства. Також непередбачені законодавством правовідносини за загальним правилом врегульовуються за аналогією закону або аналогією права.

Однак, враховуючи особливості вітчизняної правової культури, існують певні позитивістські очікування, які потребують свого врахування у практиці нормотворення. Зокрема, це означає, що окремі суб'єктивні права та правомочності мають бути конкретно прописані у позитивних правових актах, попри те, що вони не є під заборонаю, то ж дозволені, незважаючи на відсутність спеціального правового припису. Цестосується права фізичних осіб на складання попередніх розпоряджень стосовно медичного втручання у майбутньому. На практиці подібна відсутність позитивної норми може закрити шлях до легалізації ефективного регулювання правомірних відносин у сфері надання медичної допомоги, що є неприпустимим для демократичного суспільства. Тому подолання таких прогалин на практиці потребує застосування позитивно-правового інструментарію та передбачає обов'язкове внесення змін у чинне законодавство.

В результаті здійснення аналізу було встановлено, що у сучасних умовах розвитку частка приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги є значною, а *приватноправовий метод дедалі більше поширюється на регулювання особистих немайнових відносин.*

РОЗДІЛ 2.

ДЖЕРЕЛА ПРИВАТНОПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

2.1. Джерела права як форми фіксації приватноправових норм: сутність, види, систематика

Питання визначення джерел правового регулювання та їх ієрархії є вельми важливим, оскільки саме джерела права, з одного боку, легітимізують, тобто вводять у правову площину певні відносини, а з іншого – акумулюють і реалізують регулюючий потенціал права щодо як найбільш ефективного впорядкування цих відносини. При цьому простежується причинно-наслідковий зв'язок вибору елементів системи та ієрархії джерел з тією парадигмою, яка панує у концепті приватного права. Так, західноєвропейська традиція пов'язана із такими тенденціями, як зростаючий вплив природно-правових засад (принципів, категорій, цінностей) на приватне право та вирішальний вплив принципу автономії волевиявлення на механізм правового регулювання та вибір джерел. В цілому «правовий режим сфери приватного права являє собою цілісну систему регулятивного впливу, яка створює загальнодозвільний тип регулювання майнових та особистих немайнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, забезпечує можливість самовизначення і власних активних дій, спрямованих на виникнення та здійснення суб'єктивних прав і обов'язків у межах, встановлених договором чи законом, з метою досягнення певних приватних цілей та інтересів» [49, с. 34]. Отже, для цієї галузі характерна юридична децентралізація, тут діють принципи вільного волевиявлення особистості, свободи договорів. Тому особливу роль у виборі джерел приватноправового регулювання відіграє приватна ініціатива, приватна дискреція.

Наукова визначеність стосовно питання про роль та значення джерел права в якості формального закріплення його приписів є методологічно важливою, адже надає змогу продуктивно рухатися на шляху дослідження загального та особливого

у правовому регулюванні відносин у сфері надання медичної допомоги. На думку Р. Майданика, питання про джерела права – це питання про те, «де міститься норма права» [81, с. 54] (де шукати норму права?), А. Дрішлюка – «якою є підстава зобов'язуючої сили чинного права, у чому полягає дієвість права і які критерії такої дієвості?» [82, с. 361–367], О. Первомайського – «у який спосіб та у якому вигляді (формі) постає перед нами право» [83, с. 176]. Отже, завдання полягає у тому, щоб визначити «роль та значення джерел права в аспекті якості формального закріплення приписів» [83, с. 179].

За поширеною сьогодні науковою позицією, джерела права розглядаються як зовнішнє юридичне вираження правових норм. На думку Р. Майданика, «Поняття «джерела цивільного права» стосується правотворчості та зачіпає походження норм цивільного права. Джерела цивільного права як такі і виробляють його норми, і виступають зовнішніми способами фіксації таких норм» [84, с. 38]. Тобто терміни «джерела права» та «форми права» є синонімами. Проте традиційне розуміння джерел права як зовнішньої форми вираження і закріплення правових норм, які приймаються або санкціонуються уповноваженими нормотворчими органами (суб'єктами) з метою правового регулювання суспільних відносин, не є на сьогодні таким беззаперечним, особливо щодо джерел приватноправового регулювання. І це стає зрозумілим у світлі нижченаведених тенденцій у сучасному розумінні джерел приватного права.

Головною тенденцією сучасного етапу розвитку вчення про джерела приватного права є розширене розуміння нормативності джерел приватноправового регулювання [12, с. 33–36]. Глибина прояву цієї новітньої тенденції надала змогу Н. Кузнецовій та А. Довгерту стверджувати про справжній «переворот у поглядах на джерела цивільного права» [8, с. 59]. Таке розширення кола джерел цивільного права України справедливо пов'язується науковцями «як з розширенням кола відносин, які регламентуються цивільним законодавством, так і зміною ідеологічного та законодавчого підходу до їх врегулювання» [85, с. 43–44]. На практиці це означає, по-перше, закріплення у формах вираження правових норм правил поведінки для невизначеного або індивідуально-визначеного кола учасників. По-друге, сама якість нормативності джерела полягає «не в повторюваності

закріплених у ньому правил і деперсоніфікованості адресатів, а саме у встановленні нового обов'язкового правила поведінки, не передбаченого і не забороненого законом» [81, с. 54]. По-третє, сучасною особливістю джерел приватного права є розширене коло суб'єктів нормотворчості, якими можуть бути як суб'єкти публічного права (Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Міністерство Охорони здоров'я України), так і суб'єкти приватного права, які шляхом вчинення односторонніх або багатосторонніх правочинів створюють нові норми права. По-четверте, на фоні загальної диспозитивної природи приватного права значно посилена тенденція до саморегулювання суб'єктів. В результаті дії цих новітніх тенденцій, якими характеризується розширене розуміння нормативності джерел приватноправового регулювання, можна вести мову про втрату законом позиції провідної ролі джерела правового регулювання. Сьогодні навряд чи ЦК України можна назвати основним джерелом приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, зокрема, з огляду на обмежену здатність норм ЦК України охопити регулюванням різноманіття існуючих відносин.

За свідченням розробників нового ЦК України, вони усвідомлювали, що «джерела цивільного права далеко не вичерпуються актами цивільного законодавства, як це було за радянських часів, коли право ототожнювали з законом». Результатом кропіткої доктринальної та нормативної праці з метою втілити новітні тенденції у цивільно-правову матерію стала нова модель джерел приватного права, яка реалізована у положеннях ЦК України. Основні постулати цієї моделі, яку послідовно відстоюють автори цього видатного законодавчого акта сучасності, є такі: «До джерел приватного права сьогодні невичерпно відносяться закони природного права (ст. 3 ЦК), цивілістичний договір (ст. 6 ЦК), звичай (ст. 7 ЦК), міжнародні договори України (ст. 10 ЦК), національна та відповідна міжнародна судові практика і прецедент (наприклад, рішення Європейського суду з прав людини)». «Сьогодні ми є свідками того, як останні джерела починають зміцнювати свої позиції в Україні. Зростання частки інших, крім актів законодавства, регуляторів цивільних відносин є об'єктивним процесом, що зумовлений наступними причинами: (і) природною нездатністю законів

«покривати» окремі життєві ситуації; (ii) багатьма вадами самих законів, як виду джерел (неминучість протиріч між приписами різних актів, нечіткість і незрозумілість окремих норм, пробільність, складні правила тлумачення, тривала процедура прийняття і внесення змін тощо); (iii) становленням і розвитком громадянського суспільства, в якому виникають недержавні центри нормотворчості. Посилення ролі кожного із так званих нетрадиційних джерел має також індивідуальні пояснення. Так, закони природного приватного права стали найголовнішим джерелом завдяки визнанню ст. 8 Конституції України принципу верховенства права, який, серед іншого, передбачає ґрунтування позитивного права на природному (позадержавному) праві. Роль міжнародного договору в регулюванні цивільних відносин в Україні стрімко зростає внаслідок здобуття Україною незалежності» [8, с. 60].

Таким чином, сучасне розуміння джерел приватноправового регулювання істотно змінюється під впливом чинників як правового, так і загальносоціального характеру, що надає усі підстави послугоуватися таким робочим визначенням поняття джерела приватного права. *Джерелом (формою) приватноправового регулювання є будь-який об'єктивований правомірний спосіб вираження правових норм – правил поведінки, які адресовані суб'єктам приватного права та регулюють їхню поведінку на засадах рівності, диспозитивності та вільного волевиявлення.* В контексті даного визначення важливими істотними ознаками джерел приватноправового регулювання є їхня об'єктивація (зовнішнє вираження); правомірність, тобто відсутність протиріч із нормами застосовного права (природного, позитивного); їх приватноправовий характер. Під дане визначення підпадають усі, як усталені, так і новітні актуальні форми вираження приватноправових норм, як то: припис закону; принцип застосовного (в тому числі, м'якого) права; норма правочину [12, с. 36–37].

Як справедливо зазначає О. Джуринський, визнання того чи іншого джерела права елементом системи права залежить від того, до якого виду правових систем тяжіє національний правопорядок. В усіх країнах романо-германського права до первинних джерел відносять нормативні акти і звичаї, але з «безсумнівною перевагою перших над другими». Іноді до первинних джерел відносять також

«загальні принципи права». До вторинних джерел романо-германського права відносять «прийняті раніше судові рішення» (судові прецеденти) і наукові праці відомих вчених-юристів [85, с. 41].

На думку Р. Майданика, систему джерел цивільного права становлять первинні і похідні джерела цивільного права. До первинних (базових) джерел належать законодавство, нормативно-правовий договір, правові звичаї, загальні правові засади (принципи) цивільного права, моральні засади суспільства. До похідних (вторинних) джерел цивільного права автором віднесено судові прецеденти (національні і міжнародні судові рішення) і джерела внутрішнього регулювання (саморегулювання) цивільних відносин їх учасниками – цивільно-правовий договір, односторонній правочин, локальний цивільно-правовий акт [86, с. 294–309]. О. Іваненко вважає, що «джерела приватного права можна поділити на традиційні, до яких відносяться принципи та загальні положення міжнародного права; законодавство, підзаконні акти, правові звичаї, та допоміжні – судова практика та судовий прецедент, локальні акти, доктрина» [87, с. 18].

Для цілей даного дослідження залежно від критерію якісної однорідності форм права застосовну більшість легітимних джерел приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги в Україні можна розділити на три якісно відмінні групи: природне право; акти позитивного права (в тому числі, чинні міжнародно-правові угоди; вітчизняне цивільне законодавство; правові акти та медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги); цивільно-правові правочини. З цього погляду моральні засади суспільства, рішення вищих судів, правова доктрина не є самостійними джерелами права, що безпосередньо містять приватноправові норми, які готові до застосування суб'єктами приватноправових відносин. Їх можна розглядати в окремих аспектах в якості чинників, меж, що впливають на формування та застосування норми права, або в якості джерел, що обґрунтовують принципи права.

Основною ознакою джерел приватного права є їхня здатність у реальному часі та просторі чинити правовий вплив на правовідносини, тобто упорядковувати (врегульовувати) їх. Втім, очевидно, що ця здатність не є однопорядковою та однаковою. У зв'язку з цим теоретична проблема визначення, критеріїв ранжування

джерел є вельми практично важливою, особливо в умовах конкуренції чинних норм [9, с. 37–39]. Взята за основу інтерпретація поняття джерела права, запропонована О. Первомайським, визначає саму регулятивну суть нормативної форми як моменту, аспекту пізнання права як об'єктивного явища, в результаті чого цей акт пізнання закріплюється у формальному вигляді у принципі, законі, договорі. Дана позиція не надає підстави стверджувати, що «закон як нормативний юридичний акт є результатом більшого пізнання права, ніж, наприклад, договір як індивідуальний юридичний акт» [83, с. 187]. Хоча, дійсно, умови договору не поширюються в якості загальнообов'язкових приписів для невизначеного кола осіб, втім для сторін угоди юридична сила її положень у визначених випадках буде навіть більшою, ніж загальнообов'язкові правила юридичного державного акта, «адже саме з договору сторони «черпатимуть» інформацію про зміст своїх прав та обов'язків, а у випадку виникнення спору суд теж звернеться до даного джерела як до правової підстави розв'язання конфлікту відповідно до права» [83, с. 188].

Якщо традиційно у теорії права для юридичних актів критерієм їх ієрархії за ознакою юридичної сили слугує суб'єкт, що їх прийняв, то, виходячи з даного взятого за основу методологічного посилю стосовно суті джерела права як способу його пізнання, з метою ранжування юридичної сили приватноправових джерел таким критерієм задовольнитися не видається розумним. Придатним та таким, що відповідає особливості впливу приватноправових джерел на суспільні відносини, що будуються на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення, очевидно, буде *інший критерій, а саме ступінь пізнання та втілення у даному джерелі права приватноправової природи та мети відносин*, тобто властивість даного джерела у вищій ступінь та у найбільш прийнятний спосіб реалізувати приватний інтерес учасників відносин [9, с. 38]. За такого погляду зафіксовані у чинній міжнародно-правовій угоді принципи матимуть перевагу перед «результатами нормотворчої діяльності офіційних суб'єктів держави. А правочин – перед позитивними нормами цивільного законодавства» [83, с. 185–186].

У контексті проблеми співвідношення між традиційними та новими джерелами цивільного права спостерігається таке специфічне нормативне явище, яке Н. Кузнєцова та А. Довгерт називають зростанням ролі «нових» для України

джерел. Розробники ЦК України це свідомо передбачали, та стосовно ієрархії системи джерел, які застосовуються у приватноправовому регулюванні суспільних відносин, роблять дуже важливі доктринальні зауваження: «Так, в ієрархії джерел права природні закони стоять вище за всі інші. У випадку будь-яких протиріч з ними застосовуються закони природного права. Кодекс встановлює пріоритет міжнародного договору по відношенню до цивільного законодавства. Відповідно до ч. 2 ст. 7 ЦК України звичай за своєю юридичною силою поступається як договору, так і нормам цивільного законодавства (на нашу думку, тільки імперативним нормам), положення договору відміняють диспозитивні норми закону тощо» [8, с. 61]. «В договірній сфері ЦК відсуває закон на друге місце, віддаючи перевагу договірному регулюванню» [88, с. 42].

Також цю важливу доктринальну позицію підтримують О. Кізлова і С. Бервено. О. Кізлова зазначає: «при колізії моделі норми позитивного права та договору пріоритет надається договору» [89, с. 31]. С. Бервено підкреслює, що «з прийняттям нового ЦК України істотно змінилася роль договору у співвідношенні зовнішнього (державного) і внутрішнього регулювання (саморегулювання) шляхом посилення засобів договірного саморегулювання. Яскравим підтвердженням цього слугують ст. 6 і ст. 7 ЦК України, якими прямо закріплюється самостійна праворегулююча роль договору і звичаю, і навіть більше того, адже сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд» [90, с. 120].

У такий спосіб, беручи до уваги критерій найбільшого втілення суті та особливостей приватноправової норми в якості регулятора відносин у сфері надання медичної допомоги, логічно заключити, що у випадку конкуренції між правовими нормами, що регулюють одні й ті самі відносини, первинний (найзначущий) рівень джерел приватноправового регулювання даного виду відносин починається з правових принципів, оскільки в них безпосередньо (в рафінованому вигляді) втілено цінності, виборені європейською цивілізацією, що стосуються приватного права, прав людини, правового становища приватних осіб у відносинах медичної сфери тощо. Наступний шар (другий рівень) джерел приватноправового регулювання складається з правомірних цивільно-правових правочинів (відповідно до ст. 6 ЦК

України), оскільки саме у правочинах у найбільш адекватний спосіб реалізовані легітимні суб'єктивні інтереси приватних осіб та прийнятні для них легітимні способи їх досягнення. Третій рівень складатимуть приватноправові норми позитивного права, які у випадку їх дотримання (не порушення) утворюють нормативний каркас, в межах якого пріоритетного значення набуватиме дискреція суб'єктів приватноправових відносин медичної сфери [9, с. 39].

2. 2. Характеристика окремих видів джерел приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги: природне право, приватноправові норми в актах позитивного права

За твердженням С. Алексєєва, «сєнс ідеї природного права в її різноманітних модифікаціях полягає у визнанні того, що поряд із правом, що твориться людьми, тобто позитивним правом, існує природне право, яке представляє більш глибокий, ґрунтовний вихідний феномен у житті людей, джерелом якого є сам природний порядок речей – у суспільстві та природі» [*перклад з рос. автора*] [91, с. 117–118]. О. Явор розкриває, що «природний характер права означає, що воно є складовою природного існування людини, а не дароване державою. Позадержавний характер походження прав людини обумовлює їх невід'ємність, оскільки за їх відсутності індивід перестає бути людиною у соціальному сенсі» [92, с. 158].

*Природне право у західноєвропейській традиції приватного права є основою визначення правового статусу приватної особи та існує у вигляді норм-принципів правового регулювання, які, в свою чергу, спираються на відповідні цінності. Принципи тісно пов'язані із відтворенням соціокультурних цінностей, які є найбільш актуальними для даної спільноти в даний період часу, тож упритул торкаються сфери правосвідомості. В них фільтруються та концентруються особливо важливі категорії, положення, що мають нормативний потенціал впливу на суспільні відносини. Принципи (від лат. *prīncipiūm* – основа, начало) є основою будь-якої завершеної системи, яка визначає особливості її організації та впливу на об'єктивну реальність. Принципи права «складають невизначений за обсягом комплекс матеріальних і процесуальних норм, які в різний час в різних правових*

традиціях фіксували найважливіші правила суспільних відносин як публічного, так і приватного характеру» [92, с. 55].

Нормативне значення принципів полягає в їхній здатності в інтегрованому вигляді відображати базовий набір ідей, об'єктивно закладених як підґрунтя правового регулювання тих чи інших суспільних відносин. Слід погодитися з В. Махінчуком, що принципи, з одного боку, виступають як рефлексії на суспільну свідомість, відображаючи відповідні настрої та тренди подальшого суспільного розвитку, а з іншого – ці самі принципи можуть слугувати і орієнтиром для розвитку, зокрема, і чинником виховання самої суспільної свідомості, каталізатором позитивно-правового поштовху для рухів у бажаному напрямку суспільної свідомості та суспільних практик [93, с. 170–171].

Хоча здебільшого принципи використовуються для цілей правильного тлумачення і застосування писаного права, вони можуть виступати також в якості джерела права, що містить в собі норму права та безпосередньо впливає на поведінку суб'єктів. На думку В. Махінчука, до принципів слід ставитися більш відповідально, адже вони є явищем «значно глибшим та складнішим, аніж це може здаватися на перший погляд. Їх не слід розглядати лише як певні декларативні гасла», «саме принципи мають стати нормами прямої дії, якою б мірою абстракції вони не володіли» [93, с. 170]. Це підкреслює та ілюструє Р. Майданик: «З огляду на сутність цивільних відносин, невичерпність джерел правового регулювання цивільних відносин... принципи цивільного права можуть застосовуватися як висхідні положення для створення і тлумачення інших джерел права, так і безпосередній регулятор цивільних відносин» [81, с. 57]. Причому у деяких європейських юрисдикціях принципи мають найбільшу регулятивну силу порівняно з іншими формами права.

В якості джерела приватноправового регулювання принципи виступають, по-перше, в якості елементів правосвідомості та правової культури приватних осіб та як такі безпосередньо формують їхню правову поведінку та втілюються у їхні вчинки та юридичні дії [9, с. 42–44]. Зокрема, принципи об'єктивуються у правочини, які вчинюються приватними особами, та унормовують поведінку суб'єктів приватних відносин.

Другий шлях дії принципів в якості джерела приватноправового регулювання відбувається, коли принципи закріплюються у нормах позитивного права відповідним суб'єктом нормотворення та у такий спосіб регулюють відносини приватних осіб. Більшість міжнародних угод містять саме норми-принципи, наприклад, основний текст Європейської конвенції складається з норм-принципів, які згодом було доповнено низкою спеціальних протоколів.

Норми-принципи природного права входять часткою до позитивного в якості засад та принципів приватного права, що регулює суспільні відносини між приватними особами. За оцінкою Є. Харитонова, О. Харитонові, фундаментальні ідеї-принципи приватного права є такими: «1) принцип автономії (це означає, що суб'єкти вільно здійснюють свої права; не допускається втручання в їх справи або ж протидія їм); 2) принцип добровільності (суб'єкт сам несе відповідальність за виконання своїх обов'язків, відповідає за ними своїм майном, грошима тощо); 3) принцип юридичної рівності (виражається у вільному волевиявленні та його оцінці, що дорівнює іншим); 4) принцип диспозитивності; 5) принцип координації; 6) принцип загального дозволу; 7) принцип правового захисту приватного інтересу тощо» [54, с. 303].

Найважливішими принципами або засадами цивільного законодавства України як частини європейського приватного права є «фундаментальні ідеї, згідно з якими здійснюється регулювання відносин, що складають предмет цивільного права. У кожній із таких засад проявляється бачення сутності даних відносин, висувуються ті чи інші вимоги до забезпечення правового становища приватної особи» [54, с. 303]. Такими фундаментальними ідеями «визначаються: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини. Це означає вимогу забезпечення свободи особистості, яку іноді іменують «суверенітетом особистості», вкладаючи в це поняття можливість індивіда визначати тип і характер поведінки, своє місце у суспільстві у системі цивільних відносин за власним розсудом»; [...] 3) свобода договорів. Вона полягає у визнанні за суб'єктом цивільного права можливості укладати договори (або утримуватися від укладення договорів) і визначати їх зміст на свій розсуд відповідно до досягнутої з контрагентом домовленості» [7, с. 158]. «Загальні принципи цивільного

законодавства впливають з природних прав особи і міжнародних правових документів про охорону життя людини» [95, с. 4].

Н. Кузнецова та А. Довгерт зазначають, що новий ЦК України концептуально «розроблявся на основі природно-правових теорій, згідно з якими закони держави не регулюють відносини, а лише здебільшого прагнуть наблизитися (збігтися) до конфігурації правовідношення, яке походить від природи». Цілком розуміючи ці важливі природно-правові та позитивно-правові кореляції, розробники ЦК України свідомо поставили за мету втілення норм природного права у матерію цивільного законодавства через засади цивільного законодавства: «Закріплення загальних засад цивільного законодавства у ЦК України свідчить, перш за все, про підтвердження законодавцем «першоджерела» цивільного законодавства, яким виступає природне право, що впливає з раціональності та розумності. Воно складається з норм та принципів, які визначають поведінку людей у суспільстві незалежно від позитивного права. Згадані принципи мають загальнообов'язковий характер і тому їх дотримання та врахування при законотворенні та розгляді конкретних правових ситуацій є обов'язковою вимогою закону. Практичне значення цього положення полягає, зокрема, в тому, що суд повинен не лише механічно аналізувати конкретний матеріал у вигляді юридичних документів, а й усвідомлювати принципи та цілі, що лежать в основі їх прийняття» [8, с. 55–56].

Ці принципи (засади) цивільно-правового регулювання у своїй сукупності: а) відтворюють модель правового регулювання, закладену в основу приватного права України; б) сприяють правильному розумінню та застосуванню норм цивільного законодавства; в) заповнюють можливі прогалини у позитивно-правовому регулюванні приватноправових відносин. Два основних принципи – неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини та свобода договору – у концентрованому вигляді вміщують чи не весь арсенал природних прав людини, які знаходять вияв у правовідносинах у сфері надання медичної допомоги та позитивно-правових засобів для їх реалізації [96, с. 45]. Частина цих прав закріплені у статтях 284–286 ЦК України. Зокрема, це права пацієнта що стосуються вибору лікаря, медичного закладу, методів лікування. «Принцип неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя

людини в цілому відображає положення ст. 32 Конституції України і дістає подальший свій розвиток у главах 20–22 ЦК, присвячених особистим немайновим правам фізичної особи» [97, с. 9–10]. Вказані загальні принципи цивільного законодавства напряду «впливають з природних прав особи і міжнародних правових документів про охорону життя людини» [95, с. 4].

Спеціальні принципи для цілей регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги було сформульовано у низці важливих міжнародно-правових актів. Базові норми-принципи стосовно охорони гідності, цілісності, фізичної та психічної недоторканності людини у відносинах з надання медичної допомоги закріплені у ст. 3 Хартії фундаментальних прав Європейського Союзу 2000 р. : «Кожен має право на повагу до своєї фізичної та духовної недоторканності. Стосовно сфери біології та медицини предметом особливого шанування є: вільна й свідома згода зацікавленої особи згідно з процедурами, закладеними в законі; заборона евгенічних практик; заборона використовувати тіло людини та його частини як джерело фінансової винагороди; заборона репродуктивного клонування людини» [20].

Наріжним серед норм-принципів, які містяться у Європейській конвенції та є основою для виявлення ЄСПЛ неправомірних посягань держави на право особи на приватність (ст. 8), є фундаментальний принцип фізичної та психічної цілісності, особистої автономії, що передбачають для людини як учасника приватних відносин медичної сфери низку можливостей визначати межі своєї фізичної недоторканності власними вольовими рішеннями [9, с. 43–44]. Важливість та пряма застосовність принципу автономії до відносин у сфері надання медичної допомоги було підтверджено ЄСПЛ, який у справі «Арская проти України» [98] зазначив: «право погоджуватись або не погоджуватись на лікування є ключовим в аспекті самовизначення та особистої автономії».

Поняття «автономія» (від грецьк. «сам собі закон») визначається в Етичному кодексі українського лікаря як визнання сталості системи цінностей, життєвих позицій та планів пацієнта, його спроможність до прийняття усвідомленого і вільного від зовнішнього впливу рішення; авторизація пацієнтом певних моральних цінностей. Принцип поваги до автономії особистості на сьогодні є обов'язковою

вимогою для визначення суб'єктивної формули здоров'я та включає в себе надання пацієнтам свободи самостійно вирішувати, як справлятися з хворобою та вмиранням. Нормативним аспектом сучасного принципу автономії особи є закріплення у європейських правових системах, в тому числі і в Україні, права фізичної особи приймати особисті медичні рішення щодо лікування та догляду.

Принцип особистої автономії при його проекції на площину цивільного права перетворюється на принцип автономії волі, який означає і на нормативному рівні, і на рівні правозастосування юридичну можливість для суб'єктів приватного права вибору правомірної поведінки. При тому, що цей принцип діє як на стадії формування цивільно-правового відношення (вибір контрагента), так і на стадії вибору варіанта поведінки при здійсненні суб'єктивного цивільного права (вибір прав та обов'язків, розпорядження своїми суб'єктивними правами, визначення моменту часу для виникнення, зміни, припинення правовідношення). Цілком доречно стверджує Р. Стефанчук, що «принцип автономії волі означає право особи здійснювати своє суб'єктивне цивільне право вільно, на власний розсуд, задля задоволення своєї мети та інтересів. Тобто ніхто, окрім самого носія суб'єктивного цивільного права, не може вирішувати питання про здійснення чи нездійснення цього права, а також моменту, коли його має бути здійснено» [99].

Особливим вираженням принципу особистої автономії є закріплений у ЦК України принцип свободи договору. Принцип свободи договору, в якому знаходить вияв особиста автономія учасників приватних відносин, характеризується трьома основними аспектами і передбачає: свободу вибору партнера за договором; свободу погодитися чи відмовитися від укладення договору; свободу визначати його зміст [100, с. 128]. Принцип свободи договорів як особливий вираз природно-правового принципу особистої автономії включає різноманітні правомірні можливості для учасників приватних відносин у сфері надання медичної допомоги вступати у договірні відносини, в тому числі щодо особистих немайнових благ та прав.

Спеціальні норми-принципи природно-правового походження, що регулюють правове становище приватної особи у відносинах з приводу медичного втручання, містяться у Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (далі – Конвенція Ов'єдо) [101], яку Україна підписала у 2002 році.

Метою цієї міжнародної угоди заявлено важливе нормативне завдання щодо надання тлумачення основних прав людини у зв'язку із використанням новітніх досягнень біології та медицини. Це означає, що усталені правові стандарти основних прав людини у Конвенції Ов'єдо знайшли своє відображення та розвиток у розрізі особливостей сфери надання медичної допомоги в умовах нових загроз людській гідності та фундаментальним правам. Тому у документі сконцентровано увагу навколо норм-принципів, які спрямовані на врегулювання відносин у сфері надання медичної допомоги саме з метою відвернення реальної загрози цілісності, гідності та правам пацієнта під час планування або безпосереднього здійснення медичного втручання. Спеціальні норми-принципи містяться у таких статтях: ст. 5 «Загальне правило»; ст. 6 «Захист осіб, які неспроможні дати згоду»; ст. 7 «Захист осіб, які страждають психічними розладами»; ст. 8 «Надзвичайна ситуація»; ст. 9 «Попередньо висловлені побажання».

У сфері надання медичної допомоги *природне право в особливий спосіб впливає на поведінку приватних осіб через регулятор – спеціальний етичні цінності та морально-етичні норми* [102, с. 233–234]. Етика, етичні цінності та моральні норми у правовому регулюванні приватноправових відносин медичної сфери відіграють подвійну роль. З одного боку, вони є джерелами регулювання даних відносин на засадах рівності, диспозитивності та вільного волевиявлення, з іншого – виступають в якості етичної межі свободи дискреції учасників відносин у сфері надання медичної допомоги. У другій своїй якості етичні норми створюють своєрідний етичний коридор тієї поведінки суб'єктів приватноправових відносин, яка є морально прийнятною. У такій своїй ролі у практиці правового регулювання етичні норми знайшли позначення у цивільному праві України як «моральні засади суспільства». Цей термін використано зі спеціальною метою визначити етичну межу приватноправового розсуду. Вплив етичних норм на поведінку приватних осіб в такій якості обмежувача спеціально розглядається у Розділі 5 «Приватноправове регулювання договірних відносин у сфері надання медичної допомоги» цієї праці.

Щодо ролі етичних норм в якості джерела правового регулювання приватних відносин, що складаються у сфері надання медичної допомоги, то слід виходити з тієї аксіоми, що етика є і завжди була важливим компонентом лікарської практики.

Цю унікальну значущість етичної складової підкреслюють дослідники проблем цивільно-правового регулювання відносин медичної сфери. Так, І. Сенюта виходить з того, що «на відміну від інших видів цивільних відносин, для відносин у сфері надання медичної допомоги роль і значення етичних (моральних) норм є значною» [103, с. 114]. С. Булеца теж дотримується думки, що «у професійній діяльності медичного працівника мораль набуває особливого значення, що зумовлено характером його взаємовідносин з усіма, кому потрібна медична допомога, а також специфікою проблем, які він покликаний вирішувати» [104, с.281].

Особливу роль етики у медичній діяльності підкреслено у Підручнику з лікарської етики: «Наука має справу з тим, що може бути оглянутим та вимірним, і компетентний лікар розпізнає ознаки захворювання і хвороби, і знає, як відновити хороше здоров'я. Але наукова медицина має свої межі, особливо у відношенні до людської індивідуальності, культури, релігії, свободи, прав і відповідальності. Мистецтво медицини включає застосування медичної науки і технології до окремих пацієнтів, родин та громад, жодне з яких не є ідентичним. Найбільша частина відмінностей серед осіб, родин та громад не є фізіологічною, і в розпізнаванні та розгляді цих відмінностей велику роль відіграють ... гуманітарні і соціальні науки, разом із етикою». «Люди приходять до лікарів за допомогою зі своїми найбільш гнітючими потребами – полегшення від болю і страждання, відновлення здоров'я і благополуччя. Вони дозволяють лікарям дивитися, торкатися і маніпулювати кожною частиною їхнього тіла, навіть найбільш сокровенним» [105, с. 19, 22]. Такий неабиякий вплив моралі на приватноправові відносини медичної сфери пояснюється особливим характером даного виду відносин, які є дотичними до абсолютних цінностей та благ, та як наслідок, є вкрай чутливими до міри добра і людяності та залежними від надто тонких та рухомих перегородок, що відділяють належне від неналежного.

Сама по собі етична (моральна) норма є досить специфічним регулятором поведінки, який є тісно пов'язаний із духовним виміром людського буття. Філософський словник пояснює, чим є мораль: «мораль – духовно-культурний механізм регуляції поведінки особистості та соціальних груп за допомогою уявлень про належне, в яких узагальнені норми, цінності, зразки поведінки, принципи

ставлення до інших індивідів та соціальних груп. Ідеальна система належного» [106, с. 397]. Наявність двох форм нормативного регулювання суспільних відносин, поряд з мораллю ще й права, обумовлено «дволикістю» сутності самої людини, яку відрізняють одночасно моральність (як здатність до морального почуття) та раціональність (як здатність до абстрактного мислення). Будучи таким за своєю природою, амбівалентним, суперечливо роздвоєним, суб'єкт суспільних відносин одночасно виступає і як особистість, і як особа. Поняття «особистість» характеризує людину з боку її духовно-психічної цілісності, як носія власної індивідуальності, суб'єкта засвоєння та продукування соціокультурного досвіду. «Особа» – людина як одиниця певної функціональної єдності, «актор», носій ролевих навантажень та властивостей. В першій субстанційній якості людина виступає суб'єктом моральної поведінки, у другій – правової. Моральна поведінка орієнтована на свідоме добровільне (також і превентивне) врахування іншого інтересу за рахунок обмеження власного. Право, навпаки, виступає зовнішнім регулятором (примусовим обмежувачем) приватних домагань у випадку конфлікту чи конкуренції інтересів. Право відстоює «мою» користь, мораль орієнтує на «твою».

Отже за своїм походженням, право є продуктом угоди та розподілу влади, в ньому знаходять адекватне відображення тимчасові рівновага та консенсус різноманітних суспільних воель та егоїстичних інтересів, саме тому правове регулювання відбувається через формальну впорядкованість за допомогою юридичних норм, авторитет яких підтримується силою держави. На противагу цьому мораль стосується внутрішніх спонук людини, моральна поведінка ґрунтується на сумлінні, добровільному особистому волевиявленні і як така не може бути предметом зовнішнього примусу – людина має сама вільно і свідомо підкорятися вимогам моральності.

Наведене надає змогу краще пояснити специфіку впливу етичних цінностей та норм моралі на поведінку суб'єктів приватноправових відносин медичної сфери в якості джерела права, адже цей процес не є лінійним [9, с. 45–46]. Медична діяльність (як практика лікування однією людиною – лікарем, іншої – пацієнта [107, с. 81]) є формою людських взаємовідносин, які об'єктивно набувають, по-перше, соціально-етичної форми, оскільки здійснюються як акти людської взаємодії, по-

друге, – правової, оскільки здійснюються як акти юридично унормованої (формалізованої) взаємодії. Тому правове регулювання відносин медичної сфери весь час відбувається із урахуванням характерних особливостей та провідних правових та етичних цінностей доби, які становлять загальний нормативний фон для правової регламентації будь-якої діяльності. Етика напрацьовує загальні правила, стандарти моральної поведінки, які потім впроваджуються у правові норми, легітимізуючи у такий спосіб етичні норми. Цілком слушно підкреслює цю думку О. Рогова: «Необхідно визнати, що більшість правових норм медичного права (як в Україні, так і в інших країнах світу) мають чітку спорідненість з етичними нормами, не тільки не суперечать таким рекомендаційним правилам поведінки, а й забезпечують їх більш високим (у порівнянні з нормами моралі та етики) ступенем захисту [108, с. 30].

Хоча сучасна етика як загальнолюдський феномен плюралістична, у дослідженні взято за основу парадигму західноєвропейської традиції приватного права, що відповідно впливає на вибір етичних орієнтирів, які слугують основою стандартів моральної поведінки при здійсненні медичної діяльності правового регулювання приватноправових відносин, що виникають у цій сфері. Не зважаючи на очевидні коливання в етичних цінностях, пріоритетах та нормах залежно від країни, медична етика західноєвропейської традиції формувалася під великим впливом декількох основоположних етичних цінностей, на яких послідовно формувалася низка фундаментальних моральних ідей та принципів. Серед таких фундаментальних етичних цінностей, що залишаються моральними стовпами у сучасному плюралістичному і багатокультурному світі, є гідність людини, права людини, автономія людини, щодо яких існує принципова узгодженість, яку досягнуто у сучасному етичному дискурсі. Їхнє тлумачення щодо ролі та значення у практиці приватноправових відносин суб'єктів сфери охорони здоров'я, лікаря та пацієнта є наразі актуальним. Як стверджується у Підручнику з лікарської етики, «основні цінності медицини: цінності співчуття, компетентність і автономія разом з повагою до основних прав людини, слугують основою лікарської етики» [105, с. 23].

Важливість такого підходу ув'язування системи охорони здоров'я та медичної допомоги із правами людини та такими вже згаданими фундаментальними цінностями як гідність людини, автономія вибору, індивідуальність та цілісність

особистості, продемонструвала робота конференції міністрів з охорони здоров'я із Європейських країн «Здоров'я, гідність і права людини» (Осло, 13 червня 2003 р.). На конференції було наголошено на значенні фундаментального принципу пріоритету прав людини та необхідності інтеграції правозахисного виміру в політику в сфері охорони здоров'я, особливо в сучасних умовах, що представляють загрозу для дотримання прав, гідності та основних свобод людини. Підсумкова Декларація конференції артикулювала загальний вектор сучасної регулятивної політики, який спрямований на розроблення структурного та правового механізму, що забезпечує дотримання етичних норм та поважне ставлення до прав та гідності людини у сфері охорони здоров'я [109].

Вказані особливості істотним чином впливають на правове регулювання приватноправових відносин медичної сфери. Як влучно підмітив Є. Харитонов, природні права людини сьогодні становлять «найважливіший елемент її загального статусу незалежно від того, чи визнані вони об'єктивним правом, чи ні. Іншими словами, вони є об'єктивними в силу своєї природності, невідчужуваності від людини, і вважаються такими, що надані Богом» [32, с. 8]. С. Погрібняк серед стрижневих етичних цінностей відмічає такі, як «визнання гідності і незалежності особистості»; максимізація свободи вибору людини, яка може поширюватися так далеко, наскільки це не завдає шкоди іншим; визнання інших загальнолюдських моральних стандартів, а саме: правдивості і додержання обіцянок, чесності і відвертості, доброзичливості і надійності, вірності і вдячності, неупередженості і справедливості, добросовісності і прагнення до співробітництва тощо» [23]. Правовий статус людини у сфері надання медичної допомоги розглядається сьогодні саме в даному контексті ідеологічних засад сучасного громадянського суспільства та в безпосередньому зв'язку із фундаментальними соціальними цінностями та правовими пріоритетами сьогодення, серед яких найважливішими є фундаментальні природні права людини – на свободу, гідність, приватність, фізичну та психічну цілісність.

Це означає, що за сучасним розумінням, людина гідна того, щоб керувати собою; а також гідна (варта) ставлення до себе як до суб'єкта морального вибору. При такому підході право на гідність, включаючи аспекти приватності та недоторканності, має абсолютний характер та означає юридично забезпечену

можливість розпоряджатися своїми фізичними, моральними, духовними здібностями в межах існуючого публічного правопорядку, зокрема, такі правомочності суб'єкта як можливість вільно здійснювати вчинки відповідно до своїх усвідомлених інтересів, самотійно на власний розсуд користуватися і розпоряджатися своїм життям, тілом, здоров'ям, а також вимагати, щоб інші суб'єкти утрималися від порушення цих прав [110]. В цивільно-правовому аспекті право на гідність цілком доречно розглядається Р. Стефанчуком як «особисте немайнове право фізичної особи на власну цінність як біопсихосоціальної істоти, на визнання цієї цінності, на вимогу ставлення до себе як до вищої соціальної цінності, а також на захист від поводження та покарання, що принижує людську гідність» [111, с. 89]. Окремим аспектом права на повагу до гідності є можливість приймати важливі особисті рішення в особливих умовах надання медичної допомоги та здійснення медичного втручання. Йдеться про право на вибір форм, способів і процедур медичної допомоги відповідно до власних уподобань, світоглядних та ціннісних переконань.

В сучасному цивільному законодавстві України втілено європейську етичну доктрину природного права і засновану на ній концепцію природних прав та гідності людини. Так, у ст. 3 Конституції України підтверджено, що «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю», у ст. 21 Основного закону закріплено: «Усі люди є вільними та рівними у своїй гідності і правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними». У Конституції України людина та її непорушні права (перш за все особисті та духовні) набувають першості в ієрархії суспільних пріоритетів, чим висуваються відповідні вимоги до держави щодо забезпечення цих прав реальним правовим змістом: позитивно-правовими механізмами здійснення та ефективним захистом.

Конституційним, тож таким, що має вищий ступінь державної охорони, є право людини на повагу до гідності. У ст. 28 «Кожен має право на повагу до його гідності» проголошено, що в межах юрисдикції Конституції України «ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню». У зміст цього права входить також положення п. 2 вказаної статті, де імперативно гарантовано: «Жодна людини без її вільної згоди

не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідям». Отже, право на згоду на медичне втручання входить до змісту конституційного права людини на повагу до її гідності [12, с. 23–25]. Фактично ці положення відтворюють відповідні норми ст. 7 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [18], де проголошено фундаментальне право на гідність та його міжнародно-правове тлумачення: «Нікого не може бути піддано катуванню, чи жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність поводженню чи покаранню. Зокрема, жодну особу не може бути без її вільної згоди піддано медичним чи науковим дослідям». У коментарі до ст. 28 Конституції України зауважено, що контекст норми права на гідність передбачає, що «для застосування методів діагностики, профілактики та лікування необхідна згода інформованого пацієнта». [112, с. 199]

До конституційних в Україні також належить фундаментальне право людини на особисте життя, яке закріплене у ст. 32: «Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя». Ця норма відтворює відповідне положення п.1 ст. 8 Європейської конвенції, за яким «кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції». Стосовно тлумачення цього пункту існує загальний європейський консенсус, за яким не може бути жодного втручання у приватність (у тому числі у тілесну цілісність) особи без її згоди. Із цього права на особисте (приватне) життя випливає принцип особистої автономії пацієнта, який означає, що неприпустимо маніпулювати тілом та волею людини у відносинах з приводу медичного втручання. Ясно виражена воля пацієнта має переважати, навіть якщо це означає відмову від лікування, адже ніхто не може бути примушений пройти лікування проти його волі. Це, зокрема, випливає із положень, сформульованих у рішенні ЄСПЛ у справі «Бендерський проти України» [113], в якому шкода, завдана лікарями фізичній цілісності особи, безперечно має своїм наслідком втручання у право на повагу до приватного життя людини: «59. Суд наводить свою усталену практику, відповідно до якої фізична цілісність особи безперечно впливає з поняття «особистого життя» в сенсі п. 1 ст. 8 [...] Отже, будь-яке завдання шкоди лікарями, навіть найменше, фізичній цілісності особи тягне за собою втручання у право на повагу до приватного життя». Враховуючи наведене, особливе правило європейського приватного права стосовно того, що нікого не

може бути піддано медичному втручанню без його згоди, є також частиною конституційного правового порядку надання медичної допомоги в Україні.

Етичні норми, найбільш актуальні та затребувані у певному соціокультурному середовищі, з часом набувають своєї юридичної легітимації у нормах національного права [9, с. 45–46]. Майже усі етичні положення приватного права європейської традиції знайшли відображення та інтерпретацію в нормах цивільного законодавства України та стали джерелами регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги. Як влучно підмітила О. Рогова, «Ми звикли до таких відомих інститутів медичного права, як лікарська таємниця, інформована згода пацієнта на медичне втручання, і сьогодні вже не ідентифікуємо їх як етичні норми. Хоча ціннісні пріоритети, покладені в основу таких «стовпів» будь-якого медичного втручання (автономія пацієнта, повага до його приватного життя, добровільність, поінформованість), за своїм походженням споріднені з етичними нормами» [108, с. 31].

Інший шлях впливу етичних норм відбувається через спеціальні етичні нормативні акти – кодекси, регламенти, директиви різної сили правової обов'язковості. Так на всесвітньому рівні Всесвітня медична асоціація сформулювала низку етичних заяв, що конкретизують морально обов'язкову поведінку для лікарів, не залежно від географії їхньої діяльності. на сьогодні у багатьох країнах лікарські товариства відповідальні за розвиток і дотримання прийнятих етичних стандартів професійної діяльності. Глобальні або національні етичні директиви, напрацьовані медичними та лікарськими товариствами, мають таку особливість, що вони «загальні за своєю природою; та не повинні стосуватися кожного випадку, з яким лікарі можуть стикатися у своїй лікарській практиці. У більшості ситуацій лікарі мають вирішувати для себе, як діяти правильно, але у прийнятті рішень корисно знати, що б інші лікарі зробили в подібних ситуаціях. Лікарські кодекси етики і заяви проводжуваної політики відображають загальну згоду щодо шляху, як лікарі мають діяти, і вони мають їм слідувати, допоки не буде поважних причин діяти інакше» [105, с. 26, 27].

Етичні кодекси відіграють важливу роль формування та підтримання етичного мислення у лікарів та інших осіб, що беруть участь у наданні медичної допомоги, а

також надають моральні орієнтири та інструменти для прийняттого вирішення етичних дилем. Тому етичні нормативні документи не є переліком того, що правильним, а що помилковим, а мають на меті спрямувати сумління лікарів для прийняття прийнятним та врівноважених етичних рішень. Ця їхня важлива функція тим більше затребувана, чим далі рухається прогрес у медичній науці та технологіях, адже піднімаються нові етичні питання у регулюванні приватноправових відносин, на які поки ще не дає відповіді як традиційна медична етика, так і немає відповідних правових механізмів. Наприклад, сучасні медичні технології у сферах допоміжної репродукції, генетики, медичної інформатики і життєпродовжувальних медичних засобів мають як великий потенціал для користі хворих, так і небезпеки та ризику залежно від того, як вони здійснюються на практиці та які етичні норми застосовуються.

Міжнародний кодекс медичної етики від 01.10.1949р. [114], який є частиною бази законодавства України, сьогодні є загальновідомим зведенням етичних приписів, які лежать в основі будь-якого медичного втручання. Всесвітній етичний авторитет даного кодексу, який є його найбільшою перевагою, разом з цим перетворюється на його головний недолік – абстрактність норм, які викладені стисло та надають тільки певні орієнтири щодо: загальних обов'язків лікаря відносно хворих, колег та видів неетичної поведінки.

Унікальним етико-правовим документом, яким регулюються приватноправові відносини у сфері надання медичної допомоги, є Етичний кодекс лікаря України [115]. На відміну від Міжнародного кодексу медичної етики український етичний кодекс містить не тільки абстрактні декларативні гасла морального характеру. В ньому систематизовані моральні засади лікарської діяльності, які викладені у формі конкретних етичних норм, що призначені для застосування у професійній діяльності лікарів і науковців, сфера професійної діяльності яких охоплює пренатальне та постнатальне життя та здоров'я людини, її народження та смерть.

Щодо правового впливу етичних правил, які об'єднані в Етичному кодексі лікаря України, то цілком очевидно, що неюридична природа даного документу здебільшого обумовлює рекомендаційний та факультативний характер його норм. Це цілком вірно відмічає І. Сенюта: «незважаючи на те, що Кодекс на сьогодні є

єдиним в Україні документом, затвердженим професійним громадським об'єднанням, все ж вважаємо, що порушення його норм не може бути підставою для будь-якого виду юридичної відповідальності медичного працівника» [103, с. 113]. Їй вторить О. Рогова: «як би високо ми не оцінювали потенціал цього документа, на відміну від кодексів, які є систематизованими актами законодавства України та регулюють правовідносини у різних сферах суспільного життя, Етичний кодекс лікаря України поки що залишається гармонійною декларацією української медичної спільноти, застосування (або нехтування) якої не породжує само по собі ніяких юридично значущих наслідків» [108, с. 31].

Все ж дана оцінка не може нівелювати величезне нормативне значення етичних кодексів в якості джерела приватноправового регулювання особистих немайнових відносин. Як слушно зазначила І. Сенюта, «етичні норми доповнюють, а, іноді, навіть випереджають нормативне регулювання» [103, с. 111] цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги. Це твердження стовідсотково стосується того значення, якого набувають етичні норми, сформульовані в Етичному кодексі лікаря України. Адже його правила, і заповнюють прогалини позитивно правового регулювання, і встановлюють вищі зразки моральної поведінки, які з часом стають нормами цивільного законодавства. Серед загальних етичних настанов, які виконують роль джерела правового регулювання відносин при наданні медичної допомоги на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення, у документі зазначено правила: 2.2. Лікар виконує свої обов'язки з повагою до життя, гідності і особистості кожного пацієнта на основі морально-етичних принципів суспільства, виходячи з Клятви лікаря України та цього Кодексу; 3.2. У ситуаціях надання допомоги хворому, за обставин які не передбачені законодавством, нормативними актами і посадовими інструкціями, лікар зобов'язаний враховувати, насамперед, інтереси хворого, принципи лікарської етики і моралі.

Окремі правила Етичного кодексу лікаря України надають більш розширене та більш відповідне до існуючих міжнародних стандартів тлумачення тих норм, які містяться у законодавстві. Наприклад, щодо права лікаря відмовитися від надання пацієнту медичної допомоги. В диспозиції ст. 34 Закону України «Основи

законодавства України про охорону здоров'я» для лікаря передбачено право відмовитися від подальшого ведення пацієнта, якщо останній не виконує медичних приписів або правил внутрішнього розпорядку закладу охорони здоров'я за умови, що це не загрожуватиме життю хворого і здоров'ю населення.

Згідно п 3. 4. Етичного кодексу лікаря України дане право лікаря поширюється на більш широке коло випадків: коли лікар «впевнений, що між ним і пацієнтом відсутня необхідна взаємна довіра, коли відчуває себе недостатньо компетентним або не має у своєму розпорядженні необхідних для проведення лікування можливостей та в інших випадках, якщо це не суперечить Клятві лікаря України». Серед таких інших випадків у сучасних європейських правових стандартах визнається право лікаря, за дотриманням певних умов, відмовитися від здійснення визначених медичних втручань з міркувань совісті. Формалізація даного права лікаря за допомогою цивільно-правового інструментарію в Україні сьогодні на часі.

Дискусійне правило ст. 284 ЦК України, за яким у невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи, медична допомога надається без згоди фізичної особи або її батьків (усиновлювачів), опікуна, піклувальника, фактично сприймається медичною спільнотою як настанова не брати до уваги думку пацієнта, який знаходиться у невідкладному стані. Проте таке формулювання є невірним та виправлено у 2012 році у ст. 43 Основ: Згода пацієнта чи його законного представника на медичне втручання не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю пацієнта за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи його законних представників. Проте в Етичному кодексі лікаря України з самого початку дане правило розтлумачено за допомогою простої та ясної диспозиції: проведення лікувально-діагностичних заходів без згоди пацієнта дозволено тільки у випадках загрози його життю та здоров'ю у разі нездатності його адекватно оцінювати ситуацію.

Також стосовно такого новітнього джерела приватноправового регулювання відносин при наданні медичної допомоги, як односторонній та двосторонній правочин, правила Етичного кодексу випереджають наявне позитивно-правове регулювання та надають актуальні нормативні орієнтири, які потрібно взяти до

уваги при формуванні відповідного законодавства в Україні. П. 3. 6. Етичного кодексу лікаря України передбачено етичне правило, за яким лікар зобов'язаний зберігати лікарську таємницю навіть після смерті пацієнта, як і факт звернення за медичною допомогою, за відсутності іншого розпорядження хворого. За правилом п. 3. 7. пацієнт має право на вичерпну інформацію про стан свого здоров'я, але він може від неї відмовитися або визначити особу, якій можна повідомляти про стан його здоров'я. В даних пунктах йдеться про письмові попередні розпорядження пацієнта на майбутнє та інститут довіреної особи пацієнта, які тільки входять у правове поле України та ще не знайшли на даний момент свого адекватного нормативного врегулювання у цивільному праві.

Акти позитивного права України в якості джерела приватноправового регулювання відносин з у сфері надання медичної допомоги складаються з таких елементів: чинні міжнародно-правові угоди; вітчизняне цивільне законодавство; правові акти та медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги. Відповідно до ст. 9 Конституції України та ст. 10 ЦК України чинні міжнародні договори, які регулюють цивільні відносини, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного цивільного законодавства України. То ж цивільне законодавство включає в себе: чинні міжнародні договори України, Конституцію України, Цивільний Кодекс України та інші закони України, Укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, накази і акти міністерств та відомств, зокрема, Міністерства охорони здоров'я України, зареєстрованих Міністерством юстиції України.

Основний текст Європейської конвенції, яка є частиною законодавства України, складається з норм-принципів, які згодом було доповнено низкою спеціальних протоколів. На теперішній час норми угоди застосовуються суб'єктами, виходячи з сучасного тлумачення змісту базових норм-принципів у сфері захисту прав людини, в тому числі ЄСПЛ. Зокрема, з приводу тлумачення норми ст. 8 в контексті правових умов здійснення медичного втручання ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово підкреслював, що лікування, яке проводиться без згоди психічно компетентного дорослого, свідчитиме про втручання у фізичну цілісність особи у спосіб, який порушуватиме право, передбачене ст. 8 Європейської конвенції.

В Конституції України 1996 р., подібно до Європейської конвенції, втілено доктрину природного права і засновану на ній концепцію природних прав людини. Цивільний кодекс України містить низку норм, які закріплюють особисті немайнові права фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги. Частина цих прав закріплені у ст. 284–286 ЦК України, зокрема це – права на вибір лікаря, медичного закладу, методів лікування відповідно до рекомендацій лікаря. Вказані норми є за своєю природою нормами-принципами, адже не дивлячись на те, що вони стосуються суб'єктивних цивільних прав, все ж сформульовані у найбільш узагальнений спосіб, то ж потребують розроблення відповідного механізму реалізації та інтерпретації правомочностей в інших спеціальних нормативних актах.

Правові умови надання медичної допомоги та здійснення медичного втручання, в тому числі норми, якими регулюються приватноправові відносини у сфері надання медичної допомоги та суб'єктивні цивільні права учасників цих відносин, закріплено у спеціальних законах України: «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992 р. № 2801-XII (далі – Основи) [116]; «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 17.05 2018 р. № 2427-УІІ [117].

Постанови Кабінету Міністрів України, накази Міністерства охорони здоров'я України є також джерелами приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги, в яких конкретизуються норми та механізми реалізації прав, закріплених на рівні законів. Наприклад, у Постанові Кабінету Міністрів України «Деякі питання реалізації Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині»» від 27 грудня 2018 р. № 1211 [118] затверджено Порядок надання письмової згоди живого донора на вилучення у нього анатомічних матеріалів та письмової відмови від раніше наданої такої згоди, письмової згоди або незгоди чи відкликання наданої раніше згоди на вилучення анатомічних матеріалів з тіла особи для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів після визначення її стану як незворотня смерть, а також подання письмової заяви про призначення, зміну чи відкликання повноважного представника та Порядок отримання письмової згоди на вилучення з тіла померлої особи анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів.

Наказом Міністерства охорони здоров'я «Про затвердження Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу» від 19 березня 2018 р. № 503 [119] розроблено важливі норми, якими регламентується процедура здійснення вибору лікаря пацієнтом.

2.3. Приватноправові норми у правових актах та медико-технологічних документах зі стандартизації медичної допомоги

Чинним законодавством України регулюється система стандартів організації та надання медичної допомоги населенню. Хоча нормативно-правова база з даного предмета знаходиться у стадії активного формування та багато в чому не узгоджена, спробуємо витягнути правовий зміст з даної групи нормативних актів та з'ясувати наявність або відсутність в цьому сегменті приватноправових норм.

У ст. 14-1 Основ викладено систему стандартів у сфері охорони здоров'я. Зокрема, визначено, що галузевими стандартами у сфері охорони здоров'я є:

- стандарт медичної допомоги (медичний стандарт) – сукупність норм, правил і нормативів, а також показники (індикатори) якості надання медичної допомоги відповідного виду, які розробляються з урахуванням сучасного рівня розвитку медичної науки і практики;

- клінічний протокол – уніфікований документ, який визначає вимоги до діагностичних, лікувальних, профілактичних і реабілітаційних методів надання медичної допомоги та їх послідовність;

- таблиць матеріально-технічного оснащення – документ, що визначає мінімальний перелік обладнання, устаткування та засобів, необхідних для оснащення конкретного типу закладу охорони здоров'я;

- лікарський формуляр – перелік зареєстрованих в Україні лікарських засобів, що включає ліки з доведеною ефективністю.

Додержання стандартів медичної допомоги (медичних стандартів), клінічних протоколів, таблиць матеріально-технічного оснащення є обов'язковим для всіх суб'єктів надання медичної допомоги в Україні.

У наказі МОЗ «Про створення та впровадження медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги в системі Міністерства охорони здоров'я України» від 28.09.2012 р. № 751[120] застосовано узагальнену назву – медичні стандарти медичної допомоги на засадах доказової медицини. Клінічна настанова – документ, що містить систематизовані положення стосовно медичної та медико-соціальної допомоги, розроблені з використанням методології доказової медицини на основі підтвердження їх надійності та доведеності, і має на меті надання допомоги лікарю і пацієнту у прийнятті раціонального рішення в різних клінічних ситуаціях. Клінічний протокол та клінічна настанова за своєю суттю є документами, що містять вимоги та рекомендації до методів надання медичної допомоги. Цим наказом МОЗ скасовано подальшу розробку локальних клінічних протоколів. Замість них заклади охорони здоров'я на основі протоколів розробляють «клінічний маршрут пацієнта». Відтепер нові клінічні протоколи медичної допомоги розробляються та затверджуються з метою пришвидшеного впровадження принципів доказової медицини в сучасну медичну практику та врахування світового досвіду у сфері охорони здоров'я.

28 квітня 2017 року набув чинності наказ МОЗ України «Про внесення змін до наказу Міністерства охорони здоров'я України від 28 вересня 2012 року № 751» [121] від 29.12. 2016 року № 1422, яким українським лікарям дозволено використовувати у своїй роботі міжнародні клінічні протоколи. Наразі наказом МОЗ України від 26.09.2018 р. № 1752 [122] внесено зміни до додатка 4 «Методики розробки та впровадження медичних стандартів надання медичної допомоги на засадах доказової медицини», затвердженої МОЗ України від 28 вересня 2012 р. № 751.

Основу нових клінічних протоколів складатимуть клінічні настанови, що базуються на принципах доказової медицини та розроблені за існуючими методиками національними та/чи фаховими медичними асоціаціями країн – членів Європейського Союзу (членство визначається станом на 1 січня 2017 р.), Сполучених Штатів Америки, Канади та Австралійського Союзу. Настанови мають бути викладені англійською та/чи українською мовою. МОЗ України обиратиме клінічні настанови (згідно з Переліком джерел), які зможуть відразу

впроваджуватися в лікарську практику в Україні як клінічні протоколи без проходження тривалої (мінімум 34-тижневої) процедури адаптації.

Клінічні настанови для їх подальшого затвердження як нових клінічних протоколів обираються МОЗ України серед настанов, розміщених у джерелах, перелік яких наведено у додатку 4 до Методики розробки та впровадження медичних стандартів медичної допомоги на засадах доказової медицини. Остаточний текст адаптованої клінічної настанови обов'язково включає текст версії клінічної настанови для пацієнтів, який розробляється у формі, що є доступною, зрозумілою і зручною для самостійного використання пацієнтами, викладений простою немедичною мовою і пояснює загальні аспекти медичної допомоги і попередження захворювань та/або станів.

Новий клінічний протокол медичної допомоги є обов'язковим для застосування у випадку відсутності уніфікованого клінічного протоколу медичної допомоги при такому самому захворюванні за умови, що такий клінічний протокол перекладено українською мовою та затверджено МОЗ України. Затверджені МОЗ України уніфіковані клінічні протоколи не втрачають своєї чинності. Нові клінічні протоколи обов'язкові до виконання у тому разі, якщо є затверджений МОЗ України переклад протоколу з того захворювання, для якого немає розробленого уніфікованого клінічного протоколу.

У випадку, якщо новий клінічний протокол викладено лише англійською мовою, його вибір, переклад, застосування здійснюються відповідно до наказів закладів охорони здоров'я. Нові клінічні протоколи, у разі їхнього перекладу закладом охорони здоров'я, затверджуються відповідним наказом закладу до використання у цьому окремому закладі та не потребують затвердження в департаменті охорони здоров'я. При виборі нового клінічного протоколу лікар має застосовувати для надання медичної допомоги всі необхідні для лікування пацієнта вимоги та рекомендації, що викладені у протоколі.

У випадку одночасної наявності уніфікованого клінічного протоколу та нового клінічного протоколу медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні передбачено такий алгоритм дій: новий клінічний протокол може бути застосований за рішенням лікаря за наявності попередньої інформованої згоди пацієнта на його

застосування (наданої за формою, наведеною у додатку 9 до Методики) та попереднього роз'яснення лікарем відмінностей між уніфікованим клінічним протоколом та новим клінічним протоколом; застосування нового клінічного протоколу медичної допомоги виключає необхідність застосування уніфікованого клінічного протоколу медичної допомоги.

У випадку одночасної наявності кількох нових клінічних протоколів медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні вибір одного з наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування щодо конкретного пацієнта здійснюється лікарем (лікарями). Про вибір одного з кількох наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування лікар повідомляє пацієнта; таке повідомлення надається в усній формі.

У разі якщо повне дотримання нового клінічного протоколу не є можливим через неможливість використання відповідних лікарських засобів або через відсутність необхідного обладнання/технологій, лікар повинен повідомити пацієнта про інші медичні установи, де медична допомога може бути надана у повній відповідності до нового клінічного протоколу (за наявності такої інформації). У разі, якщо пацієнт хоче продовжувати лікування у вибраному закладі, лікар може вибрати для надання медичної допомоги інший аналогічний лікарський засіб або обладнання/технології, які є доступними та можливими для використання (за попередньою інформованою згодою пацієнта). При цьому лікар письмово повідомляє структурний підрозділ з питань охорони здоров'я місцевої державної адміністрації про неможливість повного дотримання нового клінічного протоколу під час лікування певного захворювання та обрану альтернативу.

Для лікування різних пацієнтів лікар може використовувати різні протоколи, адже кожна людина є унікальною, у тому числі можливі особливості перебігу одного й того самого захворювання у різних пацієнтів. Лікар вибирає до застосування клінічний протокол, виходячи з клінічної необхідності. При цьому обсяг необхідної медичної допомоги не повинен залежати від можливостей закладу. Для цього прописується маршрут пацієнта. Якщо заклад не володіє засобами і методиками, він повинен направити пацієнта в інший заклад або ж повідомити пацієнта про програму МОЗ України «Лікування громадян України за кордоном».

Наказ передбачає, що замість локальних клінічних протоколів розробляються клінічні маршрути пацієнта, які містять алгоритм руху пацієнта по підрозділах закладу охорони здоров'я, пунктах контактів із лікарями та іншим медичним персоналом у процесі надання медичної допомоги. Клінічний маршрут пацієнта розробляється у довільній формі з урахуванням особливостей відповідного закладу. Окремі медичні установи можуть самостійно здійснювати переклад нових клінічних протоколів з метою розробки клінічного маршруту пацієнта. Такі переклади не потребують затвердження МОЗ України. Вибір клінічного протоколу залишається за лікарем, за умови наявності тексту протоколу, перекладеного українською мовою, та інформованої згоди пацієнта.

Аналіз вказаних нормативно-правових актів, якими регламентовано медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги в Україні, на предмет виявлення приватноправових та публічно-правових норм свідчить про таке. Переважна більшість норм мають яскраво виражений імперативний характер, що цілком виправдано основною метою сфери надання медичної допомоги – забезпечення якості, доступності та ефективності на основі принципів наступництва та безперервності надання, упорядкування та виключення дублювання медичних втручань та процедур, застосування медичних технологій та лікарських засобів з науково доведеною ефективністю. Втім певну частку складають приватноправові норми, які ґрунтуються на принципах вільного волевиявлення приватних осіб та диспозитивності у виборі ними власної поведінки [123, с. 95]. Вільне волевиявлення пацієнта як прояв його автономії вибору передбачено у таких випадках:

1. У випадку одночасної наявності уніфікованого клінічного протоколу та нового клінічного протоколу медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні передбачено, що новий клінічний протокол може бути застосований за рішенням лікаря за наявності попередньої інформованої згоди пацієнта на його застосування та попереднього роз'яснення лікарем відмінностей між уніфікованим клінічним протоколом та новим клінічним протоколом.

2. У випадку одночасної наявності кількох нових клінічних протоколів медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні вибір одного з наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування щодо конкретного

пацієнта здійснюється лікарем (лікарями). Про вибір одного з кількох наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування лікар повідомляє пацієнта; таке повідомлення надається в усній формі. В даних двох випадках, з огляду на те, що у пацієнтів України є право на вибір методів лікування відповідно до рекомендацій лікаря, було б доцільно передбачити, що лікар обирає протокол для застосування разом з пацієнтом. Виглядає так, що саме це малося на увазі, адже у наказі МОЗ міститься така вимога: «Остаточний текст адаптованої клінічної настанови обов'язково включає текст версії клінічної настанови для пацієнтів, який розробляється у формі, що є доступною, зрозумілою і зручною для самостійного використання пацієнтами, викладений простою немедичною мовою і пояснює загальні аспекти медичної допомоги і попередження захворювань та/або станів».

3. У разі якщо повне дотримання нового клінічного протоколу не є можливим через неможливість використання відповідних лікарських засобів або через відсутність необхідного обладнання/технологій, лікар повинен повідомити пацієнта про інші медичні установи, де медична допомога може бути надана у повній відповідності до нового клінічного протоколу (за наявності такої інформації). Якщо пацієнт хоче продовжувати лікування у вибраному закладі, лікар може вибрати для надання медичної допомоги інший аналогічний лікарський засіб або обладнання/технології, які є доступними та можливими для використання (за попередньою інформованою згодою пацієнта). При цьому лікар письмово повідомляє структурний підрозділ з питань охорони здоров'я місцевої державної адміністрації про неможливість повного дотримання нового клінічного протоколу під час лікування певного захворювання та обрану альтернативу.

Природно що більша частка норм цього сегменту мають імперативний характер. Адже медичні стандарти значною мірою містять техніко-юридичні норми – «правила, які ґрунтуються на принципах доказової медицини, що закріплюють методи, методики, прийоми і способи, у тому числі використання медичними працівниками медичної техніки і виробів медичного призначення при наданні медичної допомоги пацієнтові» [124, с. 117]. «Техніко-юридичні норми мають яскраво виражений публічний характер і стосуються невизначеного кола осіб» [124, с. 116–117].

Виходячи з напрацювань теорії права, «технічні норми – це норми, які регулюють відношення типу суб'єкт – об'єкт, наприклад, «людина – машина», «людина – виробництво», «людина – природа», «людина – знаряддя праці». Соціального значення технічні правила набувають у тому випадку, коли вони перетворюються на загальні правила (норми) поведінки людей і останні починають узгоджувати свої вчинки з технічними вимогами» [125, с. 43–44]. «Правового характеру технічні норми набувають у випадках, коли держава через відповідні уповноважені органи формулює зміст техніко-правових норм, дотримання яких визнається юридично обов'язковим, або коли держава не формулює зміст таких норм, а посилається на них та встановлює відповідальність за порушення їхнього змісту» [125, с. 46].

Отже, медичні стандарти як різновид техніко-юридичних норм прямо пов'язані із об'єктивними, незалежними від волі суб'єкта, закономірностями, наприклад, такими, як: стадійність патологічного процесу, біологічні властивості збудників хвороб, хімічні реакції в результаті впливу ліків на організм людини тощо, в яких майже не залишається місця для вільного волевиявлення та дискреції.

Але, з іншого боку, медичне втручання відбувається в особливу систему – організм людини, яка є моральним і розумним суб'єктом та має гідність. З огляду на це, пацієнт ніколи не може вважатися об'єктом медичного втручання, а завжди є суб'єктом. То ж етичний компонент обов'язково має бути включений до регулювання відносини з приводу медичного втручання за допомогою медичних техніко-юридичних норм.

Основним елементом медико-технологічних документів є клінічна настанова як ядро медичної складової, що містить керівні принципи, рекомендації та інші клінічні інструменти, напрацьовані в межах методології доказової медицини, для прийняття кращих клінічних рішень. Оскільки клінічні настанови взято з європейських та американських джерел, а Україна проголосила курс на європеїзацію, в тому числі на впровадження європейських правових стандартів та підходів, то саме з огляду на ці дві обставини є практичний сенс дослідити питання щодо суті та правових ознак даних клінічних настанов, їхньої заявленої ролі у прийнятті клінічних рішень та правове регулювання цих питань у європейській

юрисдикції. Тобто це питання про наявність приватноправового контенту у клінічних настановах як первинних (рафінованих) медичних документах, що містять рекомендації та алгоритми надання медичної допомоги та слугують основою для медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги – клінічних протоколів надання медичної допомоги.

Визначення поняття «клінічна настанова» надане у наказі МОЗ «Про створення та впровадження медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги в системі Міністерства охорони здоров'я України» від 28.09.2012 р. № 751, це – документ, що містить систематизовані положення стосовно медичної та медико-соціальної допомоги, розроблені з використанням методології доказової медицини на основі підтвердження їх надійності та доведеності, і має на меті надання допомоги лікарю і пацієнту в прийнятті раціонального рішення в різних клінічних ситуація. Як видно, імперативність судження значно пом'якшено, по-перше, тим, що метою клінічної настанови названо надання допомоги у прийнятті клінічного рішення (не вибору методу лікування), а допомога ця надається як лікарю, так і, зрештою, пацієнту.

Методологія доказової медицини становить саму суть будь-яких клінічних інструментів сучасного процесу прийняття медичних рішень [123, с. 96; 9, с. 105–108]. Тому для адекватного розуміння природи відносин по застосуванню технологій доказової медицини необхідно послуговуватися мультидисциплінарними та системно-структурними методами дослідження правових об'єктів. Мультидисциплінарний підхід надасть змогу відокремити та поглиблено проаналізувати соціальний та правовий виміри функціонування сучасних технологій доказової медицини з тим, щоб синтезувати це знання в ракурсі бажаного вектора – вдосконалення правового регулювання об'єкта з урахуванням досліджених аспектів. Системно-структурний підхід, який враховує об'єктивну складність правових явищ як соціальних об'єктів та їхню інтегрованість у цілісну суспільну матерію, вимагає врахування багатьох чинників, в тому числі позаправового характеру, зокрема, необхідність дослідження суспільних відносин, що складаються у процесі формування та застосування сучасного феномену доказової медицини, який включений до соціального, етичного, медичного та правового контекстів.

За свідченням відомого українського лікаря, професора, вченого К. П. Воробйова, у технологічно розвинених демократичних країнах «технології ДМ визнані та прийняті як наріжний принцип побудови національних моделей медицини» [126, с. 11], їхнє значення вважається переважним у створенні ефективних стратегій поліпшення якості надання медичної допомоги. Входження України до міжнародного медичного інформаційного простору, послідовне вивчення та накопиченого досвіду сучасних технологій доказової медицини розпочалося відносно нещодавно, а цілеспрямоване його застосування – практично із початком медичної реформи.

Історія поступу наукових методів у медицині не була простою. Як констатує відомий лікар та історик медицини Х. Р. Вульф, «упригол до ХІХ століття, лікування, за деякими виключеннями, було неефективним або шкідливим». На початку ХІХ століття багато лікарів втратили віру у старі теорії та методи лікування. Песимістичні настрої, що поширювалися у середовищі медиків тієї доби, у найкращий спосіб відображає цитата зі статті того часу: «Медицина продовжує залишатися тим, чим була століття тому – набором не пов'язаних між собою тез» [127, с. 13].

Вже у новітній час становище медицини як науки та впорядкованої практики істотно змінилося. Застосування кількісних та якісних методів збору та оцінки клінічної інформації докорінно вплинуло на процеси прийняття клінічних рішень та якість надання медичної допомоги. Термін «доказова медицина» існує в медичній літературі приблизно із 1992 року і спочатку основним компонентом дефініції даного поняття була «якість доказів», на яких ґрунтується ефективність пропонованих клінічних рішень. Так, за визначенням К. П. Воробйова, «ДМ – це спосіб медичної практики, який ґрунтується на певних теоретичних принципах оцінки та використання якісної клінічної інформації», цілеспрямоване застосування при лікуванні найкращих клінічних практик [126, с. 14]. Зрештою, цей початковий підхід було розширено шляхом включення до дефініції не тільки якості доказів, а й двох ключових гравців, які застосовують наявні докази, а саме – лікаря та пацієнта.

Так, учасники конференції «Орієнтири доказової медицини», яка відбулася у Сицилії у 2003 році прийняли «Декларацію з питань доказової медичної практики»,

в якій спільно підтвердили, що доказова медицина, або науково обґрунтована практика, «вимагає вибору найбільш придатного, тобто оптимального з усіх можливих рішень при наданні медичної допомоги на базі сучасної, найбільш суттєвої та достовірної, наукової інформації. Таке рішення має прийматися пацієнтом на основі наданої йому лікарем інформації [128]. Американський професор Джей Сібек, підсумовуючи сучасні клінічні та етичні підходи, надає таке узагальнене визначення: «доказова медицина – це інтеграція найкращих доступних доказів із клінічною експертизою та індивідуальними значеннями, перевагами та унікальними обставинами пацієнта» [129, р. 343–344].

Нині нові медичні технології на засадах доказової медицини загальноновизнані в якості найбільш раціонального наукового принципу прийняття клінічних рішень. Як пояснює К. П. Воробйов, слово «технологія» відносно терміна «доказова медицина» є не випадковим, але свідомо використано із метою підкреслити властивість бути похідною ознакою від сучасної індустріальної доби, коли конвеєр став основою найбільш ефективного виробництва [126, с. 14]. То ж поняття «технології доказової медицини» є своєрідною проекцією досягнень індустріального способу виробництва на сферу медичної діяльності. Ним відображено намагання здійснити технологічну уніфікацію лікувального процесу, чим яскраво підтверджено як деякі переваги, так і недоліки застосовного підходу до сфери надання медичної допомоги.

На рівні медичного товариства основною предметною сферою технологій доказової медицини є стратегії лікування, які, частіше за все, позначають як клінічні рекомендації. Якщо такі рекомендації схвалені узгоджувальними комісіями фахівців та затверджені визначеним державним органом, то вони набувають статус стандартів терапії. Тобто стандарти лікування та клінічні рекомендації є основними об'єктами доказової медицини.

Якщо переходити у площину вибору конкретного клінічного рішення (даний етап на юридичну мову цивільного законодавства України перекладається як «вибір методу лікування відповідно до рекомендацій лікаря»), то алгоритм даного етапу залежить, передусім, від типу наявних у суспільстві та сфері надання медичної допомоги етичних традицій взаємовідносин в системі «лікар – пацієнт». Як відомо,

європейська традиція приватного права та етики відносин у медичній сфері побудовані на цінностях автономії, гідності, вільного вибору приватної особи, які є протилежними патерналізму. Тому алгоритм прийняття клінічного рішення та вибору методу лікування є нелінійним, навпаки – поліфакторним, надскладним, та жодним чином не обмежується механічним застосуванням наявних клінічних рекомендацій або настанов, заснованих на певному досвіді технологій доказової медицини [9, с. 105–107].

Суть даного підходу можна проілюструвати на прикладі «Оновлених рекомендацій American Heart Association по Серцево-легенево Реанімації при серцево-судинних захворюваннях від 2015 р»^{*}. Характерно, що у змісті документу відразу після вступу виокремлено спеціальний розділ «Етичні питання», в якому з перших слів постулюється важлива аксіома, що розвиток практики реанімації неможливий без врахування та періодичного перегляду етичних питань. Адже приймати важливі клінічні рішення про цілі надання допомоги та обмеження втручань необхідно з огляду на супутні етичні дилеми та у світлі нових даних про застосовність окремих тестів та досліджень, пов'язаних із реанімацією.

Найважливіші етичні питання стосуються дилеми, коли слід починати та закінчувати серцево-легеневу реанімацію. Їх вирішення залежить від умов проведення маніпуляцій, зокрема, популяції (правосуб'єктності) пацієнтів. Все більшого поширення набуває розуміння того, що хоча діти та підлітки не можуть приймати юридично правомочних рішень, все ж до них необхідно доносити інформацію, наскільки це можливо, із використанням відповідної мови та враховуючи рівень розвитку пацієнта. Крім того, стала більш доступною та поширеною форма POLST (розпорядження про штучне підтримання життя), яка є новим законним методом виявлення осіб, які мають конкретні обмеження медичних втручань у кінці життя [130].

Якщо схематично представити логіку прийняття клінічного рішення та вибору методу лікування, то вона фактично є такою собі «чорною шухлядою», де на вході маємо клінічну ситуацію, а на виході – вибір методу лікування. Всередині

^{*} Для довідки: American Heart Association знаходиться у Переліку джерел клінічних настанов у додатку 4 до Методики розробки та впровадження медичних стандартів медичної допомоги на засадах доказової медицини, які рекомендовано у Наказі МОЗ № 751 для їх подальшого затвердження як нових клінічних протоколів.

відбувається ланцюг операцій, не завжди послідовний та контрольований, але загалом критичні точки даного алгоритму піддаються формалізації та опису на засадах сучасних уявлень про модель прийняття клінічного рішення в медичній практиці [9, с. 108]. Вихідна клінічна ситуація, яка є унікальним відображенням певного відомого та описаного у науці патологічного стану в організмі конкретного пацієнта, осмислюється лікарем з урахуванням низки чинників. Їх можна розділити на три групи. До першої групи відносяться інформаційно-інтелектуальні чинники, які включають: технології доказової медицини, формалізовані у клінічних протоколах та настановах; поточні рекомендації фахівців, нові експериментальні дані, що не включені до жодних нормативних документів; клінічне мислення лікаря, що складається з його знань, індивідуального клінічного досвіду, лікарської інтуїції. Друга група чинників, до яких відносяться фінансові, технічні медичні ресурси, внутрішні корпоративні особливості (традиції впливу на процеси прийняття клінічних рішень), справляє обмежувальну та корегувальну дію на процес та результат прийняття клінічного рішення відповідно до клінічних настанов або рекомендацій на засадах доказової медицини. Зрештою, третя за списком, але не остання за пріоритетом група містить чинники, пов'язані з етичними міркуваннями та вибором пацієнта.

Загалом ця модель, яка описана К. П. Воробйовим та названа ним «Етика та компетентність» [126, с. 17–18], характеризується пріоритетом вибору пацієнта при повному його інформуванні. Лікар, що приймає клінічне рішення за алгоритмом даної моделі, повною мірою володіє технологіями доказової медицини, але розуміє їхню обмеженість та налаштований, перш за все, на надання медичної допомоги конкретному пацієнту, тому враховує весь комплекс проблем, які супроводжують пацієнта, а не тільки клінічну ситуацію. Натомість у цій моделі існують більш високі ризики конфлікту зі страховою компанією та медичною спільнотою, тому лікар повинен бути готовим захищати свої клінічні рішення, правильність яких не є очевидною для всіх.

Роль лікаря у прийнятті клінічного рішення є ключовою з позиції доказової медицини ще і з тієї причини, що характер та розуміння причинно-наслідкової залежності лікування та видужання не є лінійним [9, с. 109 – 111]. Наприклад, з

позиції здорового глузду (ненаукового мислення), твердження, що подія А викликала подію Б означає, що подія А за даних обставин спричинила подію Б. Втім з позиції доказової медицини (теорії послідовної причинності) дане твердження означає, що подія Б слідує за подією А у деяких послідовних спостереженнях. То ж з цієї позиції довести наявність причинного зв'язку між подіями можна, якщо є статистично значуща кореляція між частотою подій А и Б [127, с.18]. Тому на практиці твердження про те, що в наявності є достатньо переконливі підстави вважати те чи інше втручання ефективним, зазвичай означає лише те, що частка тих хворих, які отримували дане лікування і одужали, є більшою, ніж та частка хворих, які одужали, не отримуючи даного лікування, при тому, що ця різниця має перевищувати певну граничну величину. Наведене жодним чином не применшує величезного значення сучасної доказової медицини, побудованої на засадах методології рандомізованих клінічних досліджень, та ролі мета-аналізів. Тим часом, потрібно усвідомлювати, що доказова медицина репрезентує крайній варіант всебічно та послідовно розробленого емпіричного напрямку в науці. Це означає, що будь-який отриманий результат завжди можна беззастережно поширити лише на ту групу хворих, які брали участь в експерименті [127, с.18].

Актуальним проявом такого постійно діючого чинника, як перманентна недосконалість технологій лікування, який рельєфно проявив себе в актуальних обставинах світової пандемії коронавірусної хвороби (COVID-19), є критичне відставання належно обґрунтованих та оформлених клінічних відповідей на раптово виникаючі загрози та превалювання експериментального лікування та застосування лікарських засобів. Так Законом України «Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закуповуються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я» від 17.03.2020 р. № 531-IX [131] внесено зміни до ч. 2 ст. 44 Основ, якими дозволено до застосування незареєстровані лікарські засоби, які можуть використовуватися в інтересах вилікування особи лише після отримання її письмової згоди та надання такій особі інформації про цілі, методи, побічні ефекти, можливий ризик та очікувані результати.

На обмежений проміжок часу (до 01.07.2020) Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 30.03.2020 № 539-IX [132] додано частини 4 та 5 у ст. 44 Основ, якими дозволено в інтересах лікування особи, хворої на коронавірусну хворобу (COVID-19), підтверджену за результатами лабораторного тестування, згідно з протоколом надання медичної допомоги, затвердженим МОЗ України, за умови отримання інформованої згоди на медичне втручання відповідно до цього Закону застосування: незареєстрованих лікарських засобів, що рекомендовані офіційним органом Сполучених Штатів Америки, країн–членів Європейського Союзу, Великобританії, Швейцарської Конфедерації, Японії, Австралії, Канади, Китайської Народної Республіки, Держави Ізраїль для лікування коронавірусної хвороби (COVID-19) у відповідній країні; зареєстрованих лікарських засобів за показаннями, не зазначеними в інструкції для медичного застосування, за умови наявності доведеної ефективності щодо лікування коронавірусної хвороби (COVID-19) та/або якщо такі лікарські засоби рекомендовані офіційним органом Сполучених Штатів Америки, країн–членів Європейського Союзу, Великобританії, Швейцарської Конфедерації, Японії, Австралії, Канади, Китайської Народної Республіки, Держави Ізраїль для лікування коронавірусної хвороби (COVID-19) у відповідній країні.

Крім переліченого, ефективність методу лікування обумовлена багатьма чинниками, серед яких є й такі, що не залежать від суб'єкта надання медичної допомоги, але щодо яких лікар має бути обізнаний та які повинен враховувати. Зазвичай, у хід лікування втручаються неконтрольовані процеси, які можуть призвести до небажаних негативних реакцій або відсутності позитивних, до непередбачених ускладнень, пов'язаних з індивідуальними особливостями пацієнта, як то: незвична анатомічна будова або вроджені аномалії будови того або іншого органу; атиповий перебіг захворювання; індивідуальні алергічні і токсичні реакції на діагностичні маніпуляції і введення лікарських засобів; раптові зміни показників артеріального тиску (шок, колапс) в результаті індивідуальної психологічної або емоційної реакції на медичні втручання тощо.

Окремим фактором, який значно послаблює імперативні позиції клінічних

інструментів доказової медицини, є нелінійний поступ знань у сфері пояснення механізмів хвороб та винаходження методів впливу на патологічні стани засобами медичних технологій. У редакційній статті під назвою «Коли медицина змінює себе: що допоможе запобігти помилок» [133] журналу *American Family Physician* доктори медицини Медичного центру Джорджтаунського університету *Caroline Wellberg* та *Rebecca Mc Ateer* продемонстрували окремі факти такого суперечливого характеру прогресу у сфері медичних знань, зокрема, кардинальні зміни у підходах до лікування поширених хвороб, зумовлених новими даними щодо клінічної епідеміології та впливу лікарських засобів. Перегляд випробуваних часом підходів вражає своїми несподіваними віражами. Так, в одному випадку поради підручника 20-річної давнини щодо застосування гормональної терапії для попередження та пом'якшення довгострокових побічних наслідків вікового стану було майже повністю нівельовано виявленими реалізованими ризиками несприятливих наслідків для здоров'я. В іншому випадку, зниження завдяки медикаментозній терапії артеріального тиску у віддаленій перспективі збільшувало показники смертності пацієнтів, які отримували певний лікарській засіб.

Дописувачі роблять свої висновки стосовно того, що клінічні рекомендації є вкрай уразливими для скасування внаслідок низки об'єктивних чинників, що спричиняють недосконалість медичних технологій на кожному конкретному етапі прогресу науки. Йдеться, зокрема, про такі приховані ризики будь-яких клінічних настанов, як невиявлена віддалена шкода та застосування результатів досліджень для нестандартних популяцій пацієнтів. Отже, як наслідок, вчені доходять висновку, що має значення клінічний досвід, але ще одним «неоцінним інструментом» є спільне з пацієнтом прийняття рішень. То ж співробітництво із пацієнтом, розумне використання доказів та запобігання необґрунтованого впливу – це ті кроки, які допоможуть уникнути пасток, які весь час розставляє мінлива медична практика.

Виходячи з даних міркувань, базовою інформаційною основою прийняття клінічного рішення в ідеалізованому, абстрактному випадку є наявні сучасні технології доказової медицини. Всі інші чинники модулюють рішення навколо ядра, яким є легітимні клінічні настанови та рекомендації. При цьому основним етичним принципом та єдиним правовим шляхом остаточного вибору методу лікування

залишається інформований вибір пацієнта. То ж цілком вірно, що технології ДМ мають займати провідне місце у процесі прийняття клінічного рішення, адже якісні клінічні рекомендації стають певним зразком при лікуванні відповідного захворювання. Проте необхідно пам'ятати, що «культурний та психічно здоровий пацієнт не хоче бути учасником запрограмованого процесу лікування, він бажає брати участь в ньому не тільки своїми перевагами, але й у пошуку найбільш оптимальних, застосовних тільки для нього клінічних рішень» [126, с. 18] Цей сучасний правовий алгоритм підтверджено у «Декларації з питань доказової медичної практики» (Сицилія, 2003 р.): «Клінічне рішення повинно прийматися пацієнтом, виходячи з інформації, яка надається йому лікарем на засадах експліцитних та не явно виражених (імпліцитних) знань, якими він володіє, з урахуванням наявних ресурсів» [128].

Таким чином, складний процес прийняття рішення щодо вибору методів лікування включає клінічний, етичний та юридичний компоненти. У правовому вимірі дана модель містить часткове регулювання відносин на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення як лікаря, так і пацієнта, що надає можливість кваліфікувати даний сегмент відносин як приватноправових [9, с. 111].

Результати проведеного аналізу щодо сутності сучасних технологій доказової медицини, їхньої ролі у прийнятті клінічних рішень, а також існування сучасних етичних моделей прийняття клінічного рішення, дають змогу зробити висновок, що з часом дедалі помітніше проявлятиметься тенденція щодо посилення приватноправового елементу: імперативність вимог дедалі більше слабшатиме та поступатиметься місцем диспозитивності регулювання та ініціативності учасників відносин. Цей висновок наразі підтверджується новітніми подіями, пов'язаними із пандемією світового значення, та знаходить свій вияв у вітчизняних нормативно-правових актах, прийнятих в якості державного реагування на виклики, пов'язані із загрозою поширення гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2.

Так наказом МОЗ України від 02.04.2020 № 762 затверджено протокол «Надання медичної допомоги для лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)» [134]. Текстовий аналіз документу, який вже через кілька тижнів після прийняття

зазнав змін та доповнень, надає змогу стверджувати, що лікування нового та невивченого захворювання значною мірою є експериментальним та віддане на розсуд лікаря з урахуванням наданих у протоколі рекомендацій. Рекомендаційний характер протоколу підкреслює наявність низки застережень щодо застосування рекомендованих лікарських засобів: «тільки в умовах клінічного дослідження», «станом на 31.03.2020 наявні публікації щодо відсутності переваг ефективності застосування зазначеного лікарського засобу, порівняно із підтримуючою терапією», «призначення лікарських засобів здійснюється з урахуванням індивідуального перебігу захворювання, супутньої патології та наявності протипоказань та за умови отримання інформованої згоди», які істотним чином послаблюють імперативну силу запропонованого клінічного алгоритму.

Протокол «Надання медичної допомоги для лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)» є наочною ілюстрацією загальної тенденції щодо посилення приватноправових засад у регулюванні відносин, пов'язаних із застосуванням медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги. Ця тенденція є невідворотним наслідком дії потужних новітніх чинників, які справляють істотний вплив на процес прийняття клінічних рішень та вибору методів лікування, значно видозмінюючи класичні медичні та етико-правові моделі, побудовані на чітких прокрокових алгоритмах та імперативних вимогах. Серед цих чинників – істотне прогнозоване збільшення епідемічних небезпек, які виникатимуть дедалі частіше та охоплюватимуть дедалі більшу частину населення світу, долаючи усі географічні, політичні, етнічні, культурні бар'єри. В умовах надзвичайної потреби, яка вимагатиме надшвидкого реагування, та критичного браку часу і ресурсів на належне розроблення адекватних клінічних відповідей очікувано превалюватиме експериментальне лікування та застосування лікарських засобів із недоведеною ефективністю.

З огляду на наведене очевидно, що в етико-правовій моделі регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, в тому числі щодо застосування медико-технологічних документів, об'єктивно відбуватиметься зсув парадигми правового регулювання у бік посилення приватноправового елемента. Тому зростання нормативної ваги засад диспозитивності у регулюванні

відносин із застосування медико-технологічних документів є об'єктивним процесом, що прямо пов'язаний із особливостями сучасного соціального контексту, в умовах якого здійснюється медична діяльність.

2.4. Цивільно-правові правочини як джерело приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги

Договірне та індивідуальне регулювання приватноправових відносин є дещо новим та незвичним явищем у вітчизняній сфері охорони здоров'я. Це пов'язано з тим, що правовідносини, що виникають у процесі лікування, регулювалися в основному нормами медичної етики та адміністративного права. Втім нова парадигма цивільно-правового регулювання суспільних відносин, яка формується на наших очах з часу обговорення та прийняття нового Цивільного кодексу, ґрунтується на розумінні і баченні нових суспільних пріоритетів. Зокрема, цілком слушно описує саму суть нової соціально-правової ситуації С. Погрібний: «система соціальних зв'язків у громадянському суспільстві і, як наслідок, система договірних цивільних відносин стали набагато складнішими, різноманітнішими, з'явилася інваріантність інтересів і поведінки. За таких умов державне регулювання договірних цивільних відносин стало об'єктивно неспроможним залишатися єдиним видом правового регулювання. З'явилася об'єктивна необхідність доповнення зовнішнього впливу на цю систему внутрішніми регуляторами, тобто встановлення саморегулювання договірних цивільних відносин» [135, с. 30].

Інший бік нової соціальної ситуації, яка позначається на особливостях приватноправового регулювання суспільних відносин, підкреслює О. Кривов'яз: «в умовах сучасного науково-технічного прогресу та глобалізації низка нових прав невпинно розширює свій перелік і не завжди отримує законодавчого закріплення, а, як наслідок, і не забезпечується відповідним механізмом його здійснення та охорони, тому саме правочин виходить на передній план як джерело, яке забезпечило б повноцінне регулювання суспільних відносин, пов'язаних з тими чи іншими правами» [136, с. 71]. Це твердження стовідсотково відображає наявну нову реальність у сфері охорони здоров'я та надання медичної допомоги. Адже сучасні

науково-технічні та соціальні виклики вельми відчутно позначилися на особливих відносинах, що складаються при наданні медичної допомоги. Принципова новизна сучасної медичної ситуації полягає в тому, що в результаті прогресу біологічних та медичних технологій лікарі, медичні працівники та вчені отримали практичну можливість істотно впливати на хід природного розвитку людини та перебіг хвороби, безпосередньо маніпулювати процесами запліднення, народження, вмирання, які традиційно вважалися природними та такими, що не терплять штучного втручання. Завдяки удосконаленню методів реанімації в багатьох випадках стає можливим відкласти момент смерті. «Проте, – зазначають фахівці, – можливості терапії критичних станів не безмежні. Реаніматолог, маючи в своєму розпорядженні можливість забезпечити підтримку загальної гемодинаміки і газообміну, часто не в силах запобігти розвитку незворотних змін. Результатом дій лікаря, який прагне зберегти життя хворого, є розвиток нового, невідомого і неможливого в дореанімаційну еру стану, коли у людини з працюючим серцем виникають незворотні ураження головного мозку» [137, с. 164].

Також в результаті досягнень в медичній науці життя деяких пацієнтів, які постраждали від невиліковної або смертельної хвороби або перебувають у небезпеці, тепер можна підтримувати штучним шляхом. Іноді пацієнт бажає такого лікування, бо цей тимчасовий захід може потенційно привести до відновлення здоров'я. В інших випадках таке лікування може бути небажаним, оскільки воно здатне тільки продовжити процес вмирання, а не відновити здоров'я та якість життя. Поки пацієнт є психічно та розумово компетентним, з ним можуть бути проведені консультації з приводу можливого лікування. Проте, коли пацієнт втратив здатність до спілкування, ситуація є зовсім інакшою як з клінічної, так і з етико-правової точки зору.

Водночас для суб'єктивного благополуччя сучасної людини як особистості дедалі більшого, навіть вирішального, значення набувають особисті цінності і переконання. Зокрема, дехто може категорично відмовлятися від поліпшення здоров'я або підтримки життя неморальними, з його точки зору, способами (за допомогою гемотрансфузії, антибіотиків, терапії з використанням ембріональних чи фетальних матеріалів тощо). І такий вибір сучасне суспільство не може ігнорувати як «забобони»,

адже моральні переконання можуть набувати для окремої людини пріоритет перед загальноприйнятими стандартами соціального благополуччя. Враховуючи розмаїття існуючих сьогодні ціннісних орієнтацій, моральних, духовних, етнічних, конфесіональних та світоглядних переваг, у мультикультурному середовищі сучасного українського суспільства існує наявне розмаїття в індивідуальних пріоритетах суб'єктів приватних відносин щодо специфіки ставлення до благополуччя, життя, хвороб, старості, смерті, тощо. В контексті наведених новітніх процесів цілком доречно виглядає позиція, яка відстоює зростаючу вагу правочину у приватноправовому регулюванні відносин у сфері надання медичної допомоги.

На особливу роль правочину в якості джерела вітчизняного цивільного права вказує є Р. Майданик: нормативність умов правочину полягає не в повторюваності закріплених у ньому правил і не в деперсоніфікованості їх адресатів, а саме у встановленні правила, незалежно від того, на одноразове чи багаторазове використання визначеним чи невизначеним колом суб'єктів воно розраховане. «А положення частин 2 і 3 ст. 6 ЦК України фактично передбачають можливість визнання договору і *одностороннього правочину джерелом цивільного права* трьома випадками: 1) наявність прогалин у праві щодо відносин, не врегульованих актами цивільного законодавства, якими передбачено відповідний договір; 2) можливість відступлення від положень актів цивільного законодавства, якщо неможливість такого відступлення прямо не вказана в цих актах; 3) у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства не впливає зі змісту або суті відносин між сторонами» [86, с. 304].

Правочин у сучасній доктрині приватного права України має яскраво виражену індивідуалізовану нормативність, яка відрізняється від загальнообов'язкової, і в силу цієї нової якості правочин виступає як джерело приватноправового регулювання. У такій своїй новій якості правочин стає специфічною формою приватного права, в якій «не просто відтворюються, копіюються норми права, встановлені чи санкціоновані державою, а й створюються нові» [81, с. 59]. Статтею 6 ЦК України нормотворча функція визнана за усіма законними правочинами, які стають на місце нормативно-правового акту, створюючи правило поведінки, що визначатиме правову модель належної поведінки

та джерело регулювання приватноправових відносин.

Провідну роль правочину та договору у регулюванні приватноправових відносин визнають Н. Кузнєцова, В. А. Васильєва, А. Гриняк, І. Венедиктова, В. Луць, Р. Шишка. Так, Н. Кузнєцова вказує на ту важливу особливість цивільно-правового договору, що він «безпосередньо регулює поведінку сторін, визначає права і обов'язки учасників утворюваного ним правовідношення» [138, с. 14]. В. В. Васильєва зазначає, що цивільно-правовий договір «визначає зміст та обсяг договірного зобов'язання, виступаючи своєрідною «лінзою», через яку проходять закріплені в законі вказівки законодавця щодо врегулювання тих чи інших відносин, «заломлюються» під тим кутом, який є прийнятним для обох сторін. Таким чином, для сторін, що уклали договір, останній виступає *джерелом індивідуальних правил поведінки* для сторін» [139, с. 39]. Отже, договір «є джерелом індивідуальних правил поведінки для сторін, своєрідною програмою дій учасників» [140, с. 49].

І. Венедиктова підкреслює, що «положення договору є мононормами, які поширюються на визначених осіб і становлять збіг їхніх інтересів у здійсненні певних дій, переходу певних благ» [141, с. 78]. А. Гриняк зауважує, що «договір виступає тією унікальною соціально-правовою конструкцією приватного права, яка обумовлює його специфіку і одночасно надає його сторонам якнайширшу свободу дій, надає можливість самим виступати своєрідними «законодавцями» для себе, але в визначених правом межах» [142, с. 123]. Також О. Кривов'яз підкреслює, що «доцільно було б розуміти правочин як специфічну форму приватного права, в якій не просто дублюються норми права, створені чи санкціоновані державою, а й створюються нові. Правочин необхідно розглядати як акт індивідуального правового регулювання, який конкретизує закріплені за допомогою норм різних галузей права прав і обов'язків осіб» [136, с. 71]. На думку В. Іванова: «цілком очевидно, що договір виступає одним із основних і таким, що найчастіше зустрічається втіленням права, а теорію договору необхідно досліджувати як складову частину теорії правового акта» [143, с. 7, 16].

Унікальне значення договору полягає у тому, що нормативність його положень поширюється не тільки на учасників договірних відносин, а й на третіх осіб, органи державної влади та судові інстанції. Так Р. Майданик спеціально

підкреслює, що правочини і договори «є законом для всіх осіб до меж дії імперативних норм права» [81, с. 59]. Договори, на думку Р. Шишки, є «мононормами права» [144, с. 177]. О. Кізлова додає, що вони «регулюють відносини між сторонами цього договору та є обов'язковими для застосування судами при вирішенні спорів» [89, с. 31]. Л. Сіщук теж підтримує, що «договір в приватному праві виступає формою права. Його положення є обов'язковими не тільки для сторін договору, а й для судових органів при вирішенні спору та для інших державних органів» [145, с. 63]. Це означає, що *договір є джерелом прав та обов'язків не тільки для учасників договірних відносин, а й для інших фізичних та юридичних осіб* – для родичів фізичної особи учасника договору, для медичних закладів. Зокрема, норми договорів щодо договірного представництва пацієнта, які стосуються призначення представника, якому довірено отримання медичної інформації або прийняття медичних рішень, є законом як для родичів пацієнта, так і для закладів надання медичної допомоги [9, с. 49].

Ініціативне – індивідуальне та договірне – регулювання особистих немайнових відносин є органічною складовою приватноправового регулювання відносин, що складаються у сфері надання медичної допомоги. Така можливість для суб'єктів приватного права походить від особливостей природи приватноправового методу регулювання, який упорядковує відносини між юридично рівними суб'єктами на засадах диспозитивності та їхнього вільного волевиявлення. Аспектом такої правової диспозитивності є надана правом можливість для суб'єктів особистих немайнових відносин медичної сфери на власний розсуд розпоряджатися своїми суб'єктивними правами, в тому числі за допомогою індивідуального або договірного регулювання.

Щодо регулятивного впливу односторонніх правочинів та договорів на поведінку учасників особистих немайнових відносин, то їхня специфіка у сфері надання медичної допомоги є очевидною. С. Алексєєв [146, с. 2] пропонував поділяти односторонні правочини на односторонньо-уповноважуючі та односторонньо-зобов'язуючі. Дана класифікація є актуальною і дотепер та слугує ключем для з'ясування особливостей односторонніх правочинів у регулюванні особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги [9, с. 49–55].

Так, односторонньо-уповноважуючі правочини пов'язані із можливістю для суб'єкта приватноправових відносин розпоряджатися своїм суб'єктивним правом, зокрема, передавати належні йому повноваження іншим особам. Можливість розпоряджатися своїми суб'єктивними правами є реальним вираженням на практиці засад диспозитивності та автономії приватної особи, що ґрунтуються на юридичній рівності та самостійності учасників приватноправових відносин. Така можливість визнана і за приватними суб'єктами відносин сфери надання медичної допомоги, які мають законну можливість вчиняти правомірні односторонні правочини, пов'язані із переданням своїх окремих повноважень іншим особам. Наприклад, уповноважувати третіх осіб для отримання медичної інформації щодо себе або для надання згоди на медичне втручання у визначених випадках.

Складніше із другим видом односторонніх правочинів – односторонньо-зобов'язуючими. Адже юридична рівність та самостійність приватних осіб виключають пряму можливість для одного суб'єкта накладати в односторонньому порядку зобов'язання на іншого, як це відбувається, приміром, у адміністративно-правовому відношенні. Саме ця специфіка правового впливу методу приватного права на учасників відносин передбачає значну обмеженість застосування односторонньо-зобов'язуючих правочинів. Одностороннє зв'язування зобов'язанням однією приватною особою іншої можливе лише в контексті існування у першої особливого повноваження, яке ґрунтується або на нормі права, або на правовідношенні, в якому вже перебувають дані дві особи, та яке дає право здійснювати односторонню зобов'язуючу волю. Одностороннім зобов'язуючим правочином фізичної особи, який ґрунтується на нормі права – п. 2 ст. 284 ЦК України – є підписання Декларації про вибір лікаря.

Також односторонні зобов'язуючі правочини може здійснювати фізична особа, яка перебуває у договірних відносин з іншою особою. Такі правочини відносяться до допоміжних та, як правило, набувають статусу юридичних фактів, які є підставами для виникнення певних зобов'язань у механізмі правового регулювання договірних відносин. Прикладом такого односторонньо-зобов'язуючого правочину у договірних відносинах з добровільного представництва фізичної особи, що опосередковують здійснення особистих немайнових прав у сфері

надання медичної допомоги, є видача довіреності на визначені фактичні та юридичні дії – отримання медичної інформації, вибір лікувального закладу, надання згоди на медичне втручання тощо.

Правочин виконує важливі функції у приватноправовому регулюванні відносин медичної сфери. Так, у правочині в якості джерела права: конкретизуються норми цивільного законодавства стосовно індивідуальних обставин (потреб, інтересів) суб'єкта (суб'єктів); регулюються відносини, які не знайшли свого відображення у цивільному законодавстві; регулюються відносини з відступленням від положень актів цивільного законодавства. При цьому межею приватного розсуду суб'єктів правочину є імперативні норми права.

Ці важливі положення про правочин та договір як джерела приватного права є також застосовними і до приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги. І вони є тим ціннішими, що особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги дуже фрагментарно та лише по загальних позиціях врегульовано чинним цивільним законодавством. Будучи актом індивідуального правового регулювання, правочин сьогодні стає важливим регулятором приватноправових відносин, які виникають у зв'язку із плануванням та здійсненням медичного втручання. В якості джерела приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги правочин виконує три нормотворчі функції: 1) конкретизує норми цивільного законодавства стосовно суб'єктивних цивільних прав; 2) усуває прогалини цивільно-правового регулювання; 3) регулює відносини з відступленням від положень актів цивільного законодавства. То ж можна говорити про існування трьох видів правочинів, які регулюють відносини в залежності від результату їхнього співставлення із існуючим нормативними зразками [9, с. 51].

Правочини першої групи конкретизують закріплені у цивільному законодавстві норми, якими регулюються особисті немайнові права та відносини, що виникають у зв'язку із наданням медичної допомоги. Згідно зі статтями 284–290 ЦК України фізична особа має низку суб'єктивних цивільних прав, які стосуються планування та здійснення медичного втручання. Це – право на вибір лікаря (та медичного закладу), право на вибір методів лікування відповідно до рекомендацій

лікаря, право на відмову від лікування, право на інформацію про стан здоров'я, право на донорство органів та інших анатомічних матеріалів. З огляду на ці права фізична особа може вчиняти односторонні правочини, що регулюють відносини, які виникають під час здійснення цих прав, та створюють обов'язки для інших осіб – лікаря, медичного закладу, третіх осіб (ст. 202 ЦК України).

Це, передусім, такі правочини: правочини пацієнта, в яких фіксується його інформована добровільна згода на медичне втручання або відмова від запропонованого лікарем лікування; заява про відмову від раніше наданої згоди на медичне втручання; заява-згода на вилучення анатомічних матеріалів у живого донора (інформована згода донора на прижиттєве донорство) для цілей трансплантації; згода пацієнта–реципієнта на імплантацію органів або інших анатомічних матеріалів; заява про відмову від раніше наданої згоди на вилучення анатомічних матеріалів у живого донора (інформованої згоди донора на прижиттєве донорство) тощо.

Закріплення права фізичної особи на вибір лікаря та закладу надання медичної допомоги у ЦК України стало насправді видатним досягненням цивільного законодавства, але фактично до початку комплексної медичної реформи у 2016 році це право було скоріше нормою-принципом, ніж суб'єктивним правом пацієнта. Проте Законом України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 р. № 2168-УІІ [147] було запроваджено порядок отримання медичних послуг та лікарських засобів за програмою медичних гарантій, зокрема, порядок реалізації пацієнтом права на вибір лікаря шляхом подання надавачу медичних послуг декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу.

Наказом МОЗ № 503 від 19 березня 2018 року було затверджено Порядок вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу. Порядком передбачено, що пацієнт (його законний представник) має право подати Декларацію самостійно через електронну систему охорони здоров'я або шляхом звернення до надавача первинної медичної допомоги. На підставі документів та інформації, наданих пацієнтом (його законним представником), уповноважена особа медичного закладу зобов'язана

заповнити Декларацію в електронній формі, роздрукувати її та надати пацієнту (його законному представнику). Пацієнт (його законний представник) підписує два примірники Декларації та надає їх уповноваженій особі. На двох примірниках уповноважена особа надавача первинної медичної допомоги проставляє відмітку з датою отримання такої Декларації та повертає один примірник пацієнту (його законному представнику). Інший примірник Декларації залишається у надавача первинної медичної допомоги. Уповноважена особа надсилає Декларацію у встановленому законодавством порядку до електронної системи охорони здоров'я.

За своєю правовою природою Декларацію про вибір лікаря можна вважати одностороннім правочином, який, за словами І. Сенюти, «створює обов'язки не лише для особи, яка його вчинила, тобто фізичної особи, а й для інших осіб, зокрема для надавача медичних послуг, Національної служби здоров'я України» [148, с. 68]. Оскільки закріплене право пацієнта на вибір лікаря кореспондує з обов'язком лікаря (професійним та юридичним) надавати медичну допомогу усім пацієнтам, які до нього звернулися, зустрічної згоди лікаря не потрібно. Обмеження передбачено тільки для спеціалізації лікаря та граничної межі у 2000 пацієнтів на одного лікаря. То ж правовідносини виникають з одностороннього правочину, вчиненого фізичною особою – підписання передбаченої процедури Декларації про вибір лікаря.

Згодом І. Сенюта переглянула свою позицію щодо правової характеристики Декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та стверджує, що вона не є одностороннім правочином, оскільки форма документу зазнавала нормативних змін і не може з огляду на чинне законодавство розглядатись як односторонній правочин. Декларація про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу, на її думку, на тепер має таке юридичне значення: а) засвідчує реалізацію права на вільний вибір лікаря; б) є юридичним фактом, що підтверджує виникнення у фізичної особи статусу третьої особи, згідно з договором про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій; в) є елементом юридичного складу, що породжує виникнення правовідносин у сфері надання медичної допомоги.

Попри те, що стосовно правової природи Декларації про вибір лікаря існують різні позиції, поки що обґрунтованою автор вважає ту, що декларація є

одностороннім правочином з огляду на такі аргументи. Ст. 202 ЦК України визначено, що правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Постановою Кабінету міністрів «Про договори про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій» від 25 квітня 2018 р. № 410 [149] у Типовій формі договору п. 14 передбачено, що пацієнт *набуває прав* на отримання медичних послуг, пов'язаних з первинною медичною допомогою, згідно з договором з моменту подання надавачеві в установленому законодавством порядку декларації. Тобто набуття прав пацієнтом напряду пов'язано із вчиненням ним декларації у передбачений спосіб.

Правочини, що входять до другої групи, мають важливу нормативну функцію усунення прогалин у цивільно-правовому регулюванні [9, с. 52–55]. За цивільним законодавством України фізична особа пацієнт має певну автономію щодо вибору методів лікування згідно з рекомендаціями лікаря. Хоча лікар є професіоналом у медичній сфері, все ж хазяїном тіла є пацієнт, тому саме за його вибором або погодженням має відбуватися медичне втручання. Тому ст. 284 ЦК України та ст. 43 Основ фізичній особі–пацієнту надано право на відмову від медичного втручання. У світлі сучасних етичних вимог поваги до автономії, гідності та індивідуальності пацієнта особливого значення набувають юридично оформлені розпорядження фізичної особи про обсяги (межі) медичної допомоги, які є сучасним правовим інструментом прийняття рішень щодо медичного втручання або посмертного донорства.

Закріплені законодавчо правомочності пацієнта на відмову від певних видів медичного втручання реалізуються ним шляхом вчинення низки односторонніх правочинів, які мають спільну назву «Розпорядження про обсяги медичного втручання». Серед таких правочинів у європейській доктрині приватного права та у практиці регулювання приватних відносин, що виникають при виборі методів лікування, відомі Запити (протоколи) уникнення лікування, які набувають таких поширених форм, як : Протокол без реанімації (Do Not Resuscitate - DNR); Тільки паліативне лікування в повному обсязі (Full Comfort Care Only - FCCO); Не проводити інкубацію (Do Not Intubate - DNI); Не проводити дефібриляцію (Do Not Defibrillate - DND); Do Not Leave Home (DNLH) – не залишати вдома; Do Not

Transfer (DNT) – не перевозити; No Intravenous Lines (NIL) – не встановлювати венозні катетери; Жодної крові (No Blood - NB); Не встановлювати зонд для годування (No Feeding Tube - NFT); No Vital Signs (NVS) – не перевіряти життєві показники.

«Протокол без реанімації», відомий у Західній Європі та Північній Америці як Запит Do Not Resuscitate (DNR), з самого початку мав дві цілі – підтримати і забезпечити автономію пацієнта, а також попередити ті втручання, які не принесуть користі та мають значний фінансовий тягар». «Оскільки зупинка серця є фінальною подією усіх термінальних захворювань, в кінцевому рахунку абсолютно кожна людина є кандидатом на цю процедуру... і тому... накази DNR (DNR – Do Not Resuscitate, не реанімувати) були розроблені з метою вберегти пацієнтів від агресивних спроб їх оживити, коли смерть є передбачуваною та неминучою» [150, с. 15].

Такі нові правочини пацієнтів набули актуальності внаслідок поширення новітніх медичних технологій, спрямованих на пролонгацію або штучне підтримання процесів життєдіяльності, та не завжди сприятливі клінічні результати реанімаційних заходів. Коли у середині минулого століття для рятування пацієнтів із зупинкою серця вперше було застосовано закриту серцево-легеневу реанімацію (СЛР), ці заходи відразу ж показали неочікувану ефективність. У 1961 році в одній тільки лікарні Джона Хопкінса було успішно проведено 118 заходів з СЛР у пацієнтів із зупинкою кровообігу. «Згідно з їх даними, серцеву діяльність вдалось відновити у 79% випадків, проте лише 60% пацієнтів із числа врятованих повернулись до того стану діяльності ЦНС та серця, яка була до зупинки кровообігу. В наступні роки, аж до 1963, рутинне застосування СЛР всім пацієнтам лікарні, які її потребували, призвело до нових проблем у тих із них, кому вдалось пережити зупинку кровообігу. Подовжене страждання і пролонгований процес вмирання у багатьох випадках були наслідком успішної серцевої ресусцітації, особливо у термінально хворих пацієнтів» [150, с. 14]. Втім до 1976 року не існувало жодного правового документа, який би регламентував право пацієнта на запит щодо відмови від реанімації.

Перший юридичний акт «Акт про Самовизначення Пацієнта» (Конгрес США),

яким було запроваджено право кожної дорослої особи на недоторканність приватного життя, а також право не лікуватись проти його/її власної волі набрав чинності з грудня 1991 року. Це право також включало можливість відмовитися від штучної підтримки життя, в тому числі за допомогою зондів для годування, а також право на формування власних завчасних розпоряджень.

В Україні у 2016 р. у Харківському національному медичному університеті під грифом Міністерства охорони здоров'я України було видано навчальний посібник «Принципи надання паліативної допомоги дітям», який рекомендовано для студентів вищих медичних закладів освіти, медичних сестер, лікарів-інтернів, лікарів. Посібник містить розділ «Проекти правил, положень, нормативів та стандартів надання паліативної допомоги дітям», які фактично прирівнюються до проектів вітчизняної нормативної бази – національних стандартів надання паліативної допомоги. У документі передбачено, що «діти, які досягли 14 років, та їх батьки або законні представники з метою запобігання страждань наприкінці життя мають право відмовитись від проведення серцево-легеневої реанімації та інших заходів підтримки життєдіяльності шляхом підписання батьками або законними представниками дітей до 14 років «Протоколу без реанімації», який визначається як «документ, що діє в більшості країн світу і надає право дитині, батькам, законним представникам дитини запобігти її стражданням наприкінці життя шляхом відмови від проведення серцево-легеневої реанімації та інших заходів підтримки життєдіяльності. Протокол переглядається щотижнево в стаціонарі та щомісяця при амбулаторному забезпеченні надання паліативної допомоги» [151, с. 60, 62].

У додатках пропонується примірний варіант юридичного документа Протоколу «Не реанімувати», який містить класичні для такого правочину розділи для заповнення: «Серцево-легенева реанімація», «Медичне втручання», «Антибіотики», «Штучне годування та гідратація. Фактично маємо наш вітчизняний зразок правочину.

Наказом МОЗ «Про затвердження та впровадження медико-технологічних документів зі стандартизації екстреної медичної допомоги» від 05.06.2019 № 1269 [152] затверджено новий клінічний протокол «Екстрена медична допомога:

догоспітальний етап», яким введено у правову систему попередні розпорядження пацієнта, зокрема, правочини «Не реанімувати». Попередні розпорядження визначаються у протоколі як «документ, що описує дозволені для проведення процедури при зазначених медичних станах, включно усіх або лише частково з наведених: що робити при зупинці серця, чи дозволене штучне живлення, бажання бути донором або ні, діаліз, а також інші параметри». Пункт 4.4 даного протоколу містить вимогу до надавачів екстреної медичної допомоги визнати та підтримувати різноманітні способи, якими пацієнти можуть висловити свої побажання щодо серцево-легеневої реанімації або прийняття рішень про закінчення життя. Зокрема, передбачено такі правові та клінічні дії медичного персоналу:

1. За наявності дійсного документу щодо заборони реанімації і ознак життя (пульс та дихання), рятувальники мають надати стандартну допомогу згідно з дійсними протоколами відповідно стану пацієнта: а) якщо у пацієнта наявний лікарський або медичний наказ про підтримку життя, то в ньому може бути зазначено правила надання допомоги у даній ситуації; б) директиви потрібно виконувати якомога точніше та за потреби ви можете зв'язатися з медичним керівництвом.

2. Пацієнт має отримати допомогу в повному обсязі за виключенням процедур, вказаних у документах про заборону проведення певних втручань, визначених як заборонених.

Даний медико-технологічний документ певною мірою дисонує з усією нормативною системою регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги в Україні. Зокрема, суперечить ст. 52 Основ, за якою «медичні працівники зобов'язані надавати медичну допомогу у повному обсязі пацієнту, який знаходиться в невідкладному стані. Активні заходи щодо підтримання життя пацієнта припиняються у разі, якщо стан людини визначається як незворотна смерть».

Тому для цілей оновлення та уніфікації цивільного законодавства України з метою легітимізації інституту попередніх розпоряджень фізичної особи щодо медичного втручання на майбутнє необхідно внести змін у діюче законодавство. Абзац 1 ст. 52 Основ потрібно викласти у такій редакції: **«Медичні працівники**

зобов'язані надавати медичну допомогу пацієнту, який знаходиться в невідкладному стані, на підставах та в обсязі, визначених законодавством, на основі клінічних протоколів і стандартів надання невідкладної та екстреної медичної допомоги, які затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері охорони здоров'я, та з урахуванням попередніх розпоряджень пацієнта. Дозволені активні заходи щодо підтримання життя пацієнта припиняються у разі, якщо стан людини визначається як незворотна смерть». До ст. 3 Основ додати абзац такого змісту: **«Попередні розпорядження пацієнта – документ, що описує дозволені повнолітньою фізичною особою медичні втручання та процедури при зазначених медичних станах, складені на випадок нездатності пацієнтом приймати усвідомлені рішення або повідомляти про них. Положення ст. 284 ЦК України «5. У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи, медична допомога надається без згоди фізичної особи або її батьків (усиновлювачів), опікуна, піклувальника» замінити на таке: «5. У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю повнолітньої дієздатної фізичної особи, медична допомога надається без процедури отримання згоди за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди від самої особи або уповноважених нею осіб та за відсутності документів з попередніх розпоряджень». Положення ст. 43 Основ «Згода пацієнта чи його законного представника на медичне втручання не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю пацієнта за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи його законних представників» хамінити на таке: «Згода повнолітнього дієздатного пацієнта не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи уповноваженої ним особи та за відсутності документів з попередніх розпоряджень пацієнта».**

Правочини третьої групи покликані врегулювати особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги з правомірним відступленням від існуючого нормативного регулювання. Суб'єкти правочину можуть відступити від

положень актів цивільного законодавства, якщо неможливість такого відступлення прямо не вказана в цих актах. До правочинів цієї групи належать усі форми волевиявлення фізичної особи щодо майбутнього втручання, які об'єднані загальною назвою «попередні розпорядження пацієнта» та є складовими сучасного європейського приватноправового інституту попереднього волевиявлення щодо лікування та огляду.

Волевиявлення щодо майбутнього втручання (living will) визначається Всесвітньою організацією охорони здоров'я як «механізм, за допомогою якого компетентна людина висловлює свої побажання стосовно обставин, в яких вона більше не в стані приймати раціональні та обґрунтовані рішення щодо власного лікування» [153]. Такі попередні директиви містять вказівки щодо видів медичної допомоги та лікування, які людина хотіла/не хотіла б отримати, поки вона жива, а також щодо використання її тіла та органів, як тільки вона помре, і способу поховання. Ці односторонні правочини покликані дати можливість висловити свої уподобання щодо надання певного лікування або утримання від нього, а також, щоб уникнути плутанини в разі, якщо вони стають нездатними приймати рішення в майбутньому [154, с. 171–172].

Правовий зміст таких правочинів, в першу чергу, визначається правилом ст. 9 Конвенції Ов'єдо: «Якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше». Наразі в Раді Європи на порядку денному стоїть розроблення спільних європейських юридичних стандартів (навіть планується включити їх до додаткового протоколу до Конвенції про права людини та біомедицину), зокрема, відносно вирішення двох важливих питань стосовно статусу документів попередніх медичних розпоряджень. Перше: якими є мінімальні законні вимоги для легітимації попередніх розпоряджень фізичної особи щодо медичного втручання на майбутнє. Сюди можуть включатися вимоги щодо правоздатності, дієздатності, свободи вибору людини в момент складання документа; критерії некомпетентності особи на час виконання даних правочинів; обов'язкові передумови щодо відсутності судових анулювань (відклику); необхідності попередньої консультації з медичним працівником тощо. Друге питання стосується того важливого аспекту, що

має бути законною підставою для чинності (або анулювання) попередніх медичних розпоряджень. Йдеться про з'ясування того, що означає в юридичних термінах вираз «враховувати», який вжито у тексті ст. 9 Конвенції Ов'єдо. Відповіді на ці важливі запитання включають необхідність юридичного вирішення того, які саме підстави дають законне право на невиконання переваг пацієнтів. Серед причин, що дають лікарям право не брати до уваги заздалегідь складені директиви, деякими місцевими законами країн, які легітимізували попередні директиви пацієнта, вказані такі: воля пацієнта протизаконна; документ було складено за багато років до часу його виконання; було досягнуто значних успіхів у галузі медичних наук, які мають відношення саме до предмета попередніх вказівок; існують інші вагомі причини, з яких можна зробити висновок, що пацієнт дотримувався б іншої точки зору, якби він мав адекватне розуміння поточних умов.

Україна визнала актуальною для себе проблему впровадження нового інституту 25 січня 2012 року, коли представник країни Сергій Соболев взяв участь у голосуванні з питання підтримки доповіді ПАРЄ 12804 «Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients» (Doc. 12804) та підтримав як сам текст доповіді, так і важливість впровадження у національне законодавство висловлених рекомендацій.

Для України правовий механізм завчасного волевиявлення особи став несподівано актуальним у світлі прийняття нового Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині». Даним законом суттєво змінюється модель інституту донорства анатомічних матеріалів людини та вводиться низка нових видів правочинів в Україні, що передбачає необхідність значного опрацювання наявної нормативної бази на предмет розроблення нових видів документів. Це такі види односторонніх правочинів: Волевиявлення особи про надання згоди або незгоди на посмертне донорство; Волевиявлення особи про призначення нею повноважного представника, який прийматиме рішення від особи про посмертне донорство. Також законом передбачено ведення низки реєстрів, що входять до Єдиної державної інформаційної системи трансплантації, чого в Україні дотепер не робилося. Такі позитивні нововведення демонструють актуалізацію законодавцем нових видів правочинів та підтверджують необхідність подальших

теоретичних та практичних напрацювань задля вдосконалення цивільно-правових інструментів забезпечення суб'єктивних прав фізичних осіб у цій делікатній сфері. Зокрема йдеться про вирішення таких питань, що стосуються чіткого визначення ролі прижиттєвого волевиявлення померлої особи щодо можливості вилучення органів та тканин, визначення варіантів письмового оформлення. На цьому, зокрема, наголошує С. Стеценко: «Потребує розроблення процедура оформлення такого акта: необхідно визначити умови правомірності, форми, наявність свідків, значення документального підтвердження» [155, с. 142].

З початком реформування законодавства та системи охорони здоров'я знайшов свою актуалізацію в українській правовій системі *інститут довіреної особи пацієнта та повноважного представника пацієнта*. Наказом МОЗ «Про затвердження Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу» від 19 березня 2018 р. № 503 у коло суб'єктів правовідносин з надання медичної допомоги введено довірену особу пацієнта. У зв'язку із реформуванням інституту донорства органів та анатомічних матеріалів людині та на фоні комплексного вдосконалення нормативно-правової бази у цій сфері у законодавство введено новий правовий інститут повноважного представника фізичної особи. Цей новий суб'єкт правовідносин з надання медичної допомоги отримав правове визначення та ретельне обґрунтування у Законі України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині».

Висновки до Розділу 2.

Питання визначення джерел правового регулювання та їх ієрархії є вельми важливим, оскільки саме джерела права, з одного боку, легітимізують певні відносини, а з іншого, акумулюють і реалізують регулюючий потенціал права щодо як найбільш ефективного впорядкування цих відносини. При цьому простежується причинно-наслідковий зв'язок вибору елементів системи та ієрархії джерел з тією парадигмою, яка панує у концепті приватного права.

Сучасне розуміння джерел приватноправового регулювання істотно змінюється під впливом чинників як правового, так й соціокультурного характеру,

що надає усі підстави надати таке робоче визначення поняття джерела приватного права. *Джерелом (формою) приватноправового регулювання є будь-який об'єктивований правомірний спосіб вираження правових норм – правил поведінки, які адресовані суб'єктам приватного права та регулюють їхню поведінку на засадах рівності, диспозитивності та вільного волевиявлення.* В контексті даного визначення важливими істотними ознаками джерел приватноправового регулювання є їхня правова об'єктивація; правомірність; приватноправовий характер.

Головною тенденцією сучасного етапу розвитку вчення про джерела приватного права є *розширене розуміння нормативності джерел приватноправового регулювання, пов'язується з наступними тенденціями: з розширенням кола відносин, які регламентуються цивільним законодавством, розширенням кола суб'єктів нормотворчості, якими стають самі учасники договірних цивільних відносин.*

Залежно від критерію якісної однорідності форм права застосовну більшість легітимних джерел приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги можна розділити *на три групи: природне право; акти позитивного права (в тому числі, чинні міжнародно-правові угоди; вітчизняне цивільне законодавство; правові акти та медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги); цивільно-правові правочини.* Проте здатність приватноправової норми чинити правовий вплив на певні відносини, тобто упорядковувати (врегульовувати) їх не є однопорядковою та однаковою.

Якщо виходити з методологічного постулату стосовно джерела права як способу його пізнання, таким критерієм, що має потрібну здатність розрізняти юридичну силу впливу приватноправових норм на суспільні відносини, що будуються на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення, запропоновано взяти *ступінь пізнання та втілення у даному джерелі права приватноправової природи та мети відносин, тобто властивість правової форми у вищій ступінь та у найбільш прийнятний спосіб реалізувати приватний інтерес учасників відносин.* Беручи до уваги запропонований критерій у випадку конкуренції між правовими нормами, що регулюють одні й ті самі відносини, первинний (найзначущий) рівень джерел приватноправового регулювання відносин з приводу медичного втручання

починається з принципів, оскільки в них безпосередньо втілено цінності, виборені європейською цивілізацією, що стосуються приватного права, прав людини, правового становища приватних осіб тощо. Другий шар джерел приватноправового регулювання складається з правомірних цивільно-правових правочинів, оскільки саме у правочинах у найбільш адекватний спосіб втілені легітимні суб'єктивні інтереси приватних осіб та прийнятні для них легітимні способи їх досягнення. Третій рівень – це приватноправові норми позитивного права.

Природне право у західноєвропейській традиції приватного права є основою визначення правового статусу приватної особи та існує у вигляді норм-принципів правового регулювання, які, в свою чергу спираються на відповідні цінності, та впроваджує їх у діюче право. Значення принципів полягає в їхній здатності в інтегрованому вигляді відображати базовий набір ідей, об'єктивно закладених як підґрунтя правового регулювання суспільних відносин. Принципи виступають в якості джерела приватноправового регулювання, по-перше, в якості елементів правосвідомості та правової культури приватних осіб та як такі безпосередньо формують їхню правову поведінку та втілюються у їхні вчинки та юридичні дії. Другий шлях дії принципів – коли принципи втілюються у норми права відповідним суб'єктом нормотворення та у такий спосіб регулюють відносини приватних осіб.

Спеціальні норми-принципи для цілей регулювання відносин з приводу медичного втручання було сформульовано у низці важливих міжнародно-правових актів. Найважливішими серед норм-принципів є фундаментальні принципи фізичної та психічної цілісності; особистої автономії, які передбачають для людини як учасника приватних відносин медичної сфери низку можливостей визначати межі своєї фізичної недоторканності власними вольовими рішеннями.

Природне право в особливий спосіб впливає на поведінку приватних осіб у сфері надання медичної допомоги через спеціальний регулятор – *етичні цінності та морально-етичні норми*. По-перше, етика напрацьовує загальні правила, стандарти моральної поведінки, які потім впроваджуються у правові норми, легітимізуючи у такий спосіб етичні норми. Другий шлях впливу етичних норм – відбувається через спеціальні етичні нормативні акти – кодекси, регламенти, директиви різної сили правової обов'язковості. Етичні кодекси відіграють важливу

роль формування та підтримання етичного мислення у лікарів, надають орієнтири та інструменти для прийнятного вирішення етичних дилем.

Акти позитивного права України в якості джерела приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги складаються з таких елементів: чинні міжнародно-правові угоди; вітчизняне цивільне законодавство; правові акти та медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги. Правові акти та медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги є новітнім джерелом приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги. Переважна більшість норм, якими регламентовано медико-технологічні документи зі стандартизації медичної допомоги в Україні, мають яскраво виражений імперативний характер, що цілком виправдано основною метою сфери надання медичної допомоги – забезпечення якості, доступності та ефективності на основі принципів наступництва та безперервності надання, упорядкування та виключення дублювання медичних втручань та процедур, застосування медичних технологій та лікарських засобів з науково доведеною ефективністю.

Втім, певну частку складають приватноправові норми, які ґрунтуються на принципах вільного волевиявлення приватних осіб та диспозитивності у виборі ними власної поведінки. За законодавством України передбачено, що у випадку одночасної наявності уніфікованого клінічного протоколу та нового клінічного протоколу медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні новий клінічний протокол може бути застосований за рішенням лікаря за наявності попередньої інформованої згоди пацієнта на його застосування та попереднього роз'яснення лікарем відмінностей між уніфікованим клінічним протоколом та новим клінічним протоколом. У випадку одночасної наявності кількох нових клінічних протоколів медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні вибір одного з наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування щодо конкретного пацієнта здійснюється лікарем (лікарями). Про вибір одного з кількох наявних нових клінічних протоколів медичної допомоги для застосування лікар повідомляє пацієнта; таке повідомлення надається в усній формі.

Медичні стандарти як різновид техніко-юридичних норм напряму пов'язані із

об'єктивними, незалежними від волі суб'єкта, закономірностями, наприклад, такими, як – стадійність патологічного процесу, біологічні властивості збудників хвороб, хімічні реакції в результаті впливу ліків на організм людини тощо, в яких майже не залишається місця для вільного волевиявлення та дискреції. Але, з іншого боку, медичне втручання відбувається в особливу систему – організм людини, яка є моральною і розумною істотою та має гідність. З огляду на це, пацієнт ніколи не може вважатися об'єктом медичного втручання, а завжди є суб'єктом, то ж етичний компонент обов'язково є включеним у регулювання відносини з приводу медичного втручання за допомогою медичних техніко-юридичних норм. Враховуючи наведене, запропоновано *розширити межі вільного волевиявлення пацієнта* як прояв його автономії вибору у випадку одночасної наявності уніфікованого клінічного протоколу та нового клінічного протоколу медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні та у випадку одночасної наявності кількох нових клінічних протоколів медичної допомоги при одному й тому самому захворюванні. Також необхідно законодавчо закріпити *пріоритет приватноправових норм* у таких ситуаціях прийняття клінічних рішень: 1) з високими ризиками для здоров'я, 2) в яких присутні декілька аналогічних ефективних варіантів, 3) орієнтованих на цінності, в яких етичні виміри для пацієнта превалюють над усіма іншими.

Актуальним проявом такого постійно діючого чинника, як перманентна недосконалість технологій лікування, який рельєфно проявив себе в актуальних обставинах світової пандемії коронавірусної хвороби (COVID-19), є критичне відставання належно обґрунтованих та оформлених клінічних відповідей на раптово виникаючі загрози та превалювання експериментального лікування та застосування лікарських засобів із імовірною ефективністю. Тому з позиції доказової медицини роль лікарської дискреції у прийнятті клінічного рішення є значною.

У мультикультурному середовищі сучасного українського суспільстві існує наявне розмаїття в індивідуальних пріоритетах суб'єктів приватних відносин щодо специфіки ставлення до благополуччя, життя, хвороб, старості, смерті, тощо. В контексті наведених новітніх процесів цілком доречно виглядає позиція, яку відстоює автор щодо *зростаючої ваги правочину* у приватноправовому регулюванні відносин у сфері надання медичної допомоги. *Правочин* у сучасній доктрині

приватного права України має яскраво виражену *індивідуалізовану нормативність*, яка відрізняється від загальнообов'язкової, і в силу цієї нової якості правочин виступає як джерело приватноправового регулювання. Положеннями ст. 6 ЦК України нормотворча функція визнана за усіма законними правочинами, які стають на місце нормативно-правового акту, створюючи норму права, яка визначатиме правову модель належної поведінки та джерело регулювання приватноправових відносин.

Односторонньо-уповноважуючі правочини пов'язані із можливістю для суб'єкта приватноправових відносин розпоряджатися своїм суб'єктивним правом, зокрема, передавати належні йому повноваження іншим особам. Наприклад, уповноважувати третіх осіб для отримання медичної інформації щодо себе, або для надання згоди на медичне втручання у визначених випадках. *Односторонньо-зобов'язуючі правочини* може здійснювати фізична особа, яка перебуває у договірних відносин з іншою особою. Такі правочини відносяться до допоміжних та, як правило, набувають статусу юридичних фактів, які є підставами для виникнення певних зобов'язань у механізмі правового регулювання договірних відносин. Прикладом такого односторонньо-зобов'язуючого правочину у договірних відносинах з добровільного представництва фізичної особи, що опосередковують здійснення особистих немайнових прав у сфері надання медичної допомоги, є видача довіреності на визначені фактичні та юридичні дії – отримання медичної інформації, вибір лікувального закладу, надання згоди на медичне втручання тощо.

У правочині в якості джерела права: *конкретизуються норми цивільного законодавства стосовно індивідуальних інтересів суб'єкта; регулюються відносини, які не знайшли свого відображення у цивільному законодавстві; регулюються відносини з відступленням від положень актів цивільного законодавства*. Закріплені законодавчо правомочності пацієнта на відмову від певних видів медичного втручання реалізуються ним шляхом вчинення низки односторонніх правочинів, яким мають спільну назву «Розпорядження про обсяги медичного втручання». Серед таких правочинів у європейській доктрині приватного права та у практиці регулювання приватних відносин, що виникають при виборі методів лікування, відомі Запити (протоколи) уникнення лікування.

Для усунення прогалини п. 3. ст. 285 ЦК України щодо можливості пацієнта призначити довірену особу пацієнта, якій лікарі повинні надати інформацію про стан здоров'я пацієнта і також надати можливість ознайомлення з окремими медичними документами, може бути застосоване індивідуальне нормативне регулювання через складання відповідних правочинів. До правочинів, які регулюють особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги з правомірним відступленням від існуючого нормативного регулювання, відносяться: волевиявлення фізичної особи щодо майбутнього втручання; договір про представництво пацієнта на підставі довіреності. Усі вони об'єднані загальною назвою «попередні розпорядження пацієнта» та є складовими сучасного європейського приватноправового інституту попереднього волевиявлення щодо лікування та огляду. Для цілей оновлення та уніфікації цивільного законодавства України з метою легітимізація інституту попередніх розпоряджень фізичної особи запропоновано низку змін у ст. 284 ЦК України, ст. 3. 43, 52 Основ.

РОЗДІЛ 3.

ПРИВАТНОПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

3.1. Автономія волевиявлення пацієнта за цивільним законодавством України

Важлива особливість особистих немайнових відносин, що виникають у сфері надання медичної допомоги, полягає у тому, що вони фактично є відносинами з приводу вторгнення в делікатну, майже інтимну, сферу тілесного психосоматичного буття людини. Адже під час медичного втручання зачіпаються не лише окремі органи і системи людини, а й організм в цілому, її життя, етичні норми та, що особливо важливо, – духовні цінності. Способом компенсації вихідної нерівності у відносинах лікар – пацієнт та адекватною формою правової захищеності пацієнта, який довіряє лікарю свої здоров'я, життя та гідність, в загальних умовах агресивності новітніх медичних технологій став принцип свідомої інформованої згоди на медичне втручання. Саме тому право на інформовану згоду на медичне втручання є на сьогодні одним з найважливіших прав людини та суб'єктивним цивільним правом фізичної особи. В його основі – визнання за людиною її фундаментальних прав на свободу, гідність, недоторканність, фізичну та психічну цілісність, автономію людської особистості.

Сутність права на згоду полягає в тому, що будь-яке медичне втручання в організм людини можливе лише за умови отримання інформованої добровільної згоди на дане втручання. Як визначає С. Михайлов, інформована згода пацієнта на медичне втручання – це «добровільне та усвідомлене, компетентне прийняття пацієнтом запропонованого способу діагностики, профілактики, лікування або іншої медичної процедури, засноване на отриманні ним достатньо повної, об'єктивної та всебічної інформації з приводу подальшого медичного втручання, можливих ризиків та небезпеки, існуючих альтернативних методів та негативних наслідків відмови від такого втручання» [156, с. 5]. Правове поняття «згода» передбачає, що така згода має бути як свідомою, так й інформованою. В протилежному випадку дії медичного

працівника можна розцінити як насилля над особою та вчинення тілесних ушкоджень.

Право пацієнта на участь у прийнятті рішень про медичне втручання існує порівняно нещодавно – близько ста років. Фактично правова доктрина інформованої згоди поступово формувалася у минулому столітті внаслідок прийняття важливих судових рішень, якими визнавалися права пацієнтів на безпосередню участь у прийнятті медичних рішень [157]. Вперше у письмових джерелах, які дійшли до нашого часу, поняття «згода пацієнта» в якості стандарту професійної діяльності медичного працівника з'являється у британському судочинстві. У 1767 р. відбулося прецедентне рішення у справі, пов'язаній з ортопедичною операцією, в якій відповідачем виступав лікар. У цій справі суддя постановив, що отримання згоди від пацієнта має бути звичаєм для лікарів [158, с. 9].

У сучасну добу принцип обов'язкового отримання інформованої згоди на будь-яке медичне втручання було чітко закріплено у 1914 році, коли суддя Касаційного суду м. Нью-Йорка (США) Кардозо виклав його у такий спосіб: «Кожен, хто досяг повноліття та перебуває у здоровому глузді, вправі вирішувати, що саме буде зроблено з його тілом, та хірург, який оперує пацієнта без його згоди, чинить насильство» [159]. На сьогодні правило згоди має принципове та доктринальне значення в системі правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги методом приватного права на засадах вільного волевиявлення, диспозитивності та рівності.

Поняття «інформована згода» як елемент системи прав людини формується у ході роботи воєнного трибуналу США в Німеччині в 1947 р., який поряд із вироком по справі «медиків» підготував документ під назвою «Нюрнберзький кодекс» [160]. Документ став першим міжнародним Зводом правил про проведення експериментів на людях, де вперше використовується поняття «добровільна згода» на медичне втручання. Десять принципів, що було викладено у Нюрнберзькому кодексі, стали основою для подальших міжнародних та національних законодавчих стандартів прав пацієнтів у сфері вибору лікування. Серед них, зокрема, такі:

- Абсолютно необхідною умовою проведення експерименту на людині є добровільна згода останньої. Це означає, що особа, що

залучається до експерименту в якості випробуваного, повинна мати законне право давати таку згоду; мати можливість здійснювати вільний вибір і не зазнавати на собі впливу будь-яких елементів насильства, обману, шахрайства, хитрості або інших прихованих форм тиску або примусу; володіти знаннями, достатніми для того, щоб зрозуміти суть експерименту й прийняти усвідомлене рішення. Останнє означає, що до ухвалення стверджувального рішення про можливість своєї участі в тому або іншому експерименті випробуваний має бути поінформованим про характер, тривалість і мету даного експерименту; про методи й способи його проведення; про всі передбачувані незручності й небезпеки, пов'язані із проведенням експерименту, і, нарешті, про можливі наслідки для фізичного або психічного здоров'я випробуваного, які можуть виникнути в результаті його участі в експерименті.

- При проведенні експерименту необхідно уникати всіх зайвих фізичних і психічних страждань і ушкоджень.
- У ході проведення експерименту випробуваний повинен мати можливість зупинити його, якщо він вважає, що його фізичний або психічний стан унеможливує продовження експерименту.

Вважається, що у правову базу країн світу поняття інформованої згоди (від англ. Informed consent) увійшло в 1957 р. після судового процесу за позовом Мартіна Сальго проти Стенфордського університету (США). Під час проведення лікувальної процедури у пацієнта виникло ускладнення, в результаті якого він залишився паралізованим інвалідом. Сальго стверджував, що якби він був попереджений про можливість такого ускладнення, то відмовився від такого методу. У 50-ті, 60-ті роки ХХ ст. відпрацьовується практика визнання обов'язку лікаря повідомляти пацієнту про ризики та альтернативні методи лікування, перш ніж він надасть згоду на медичне втручання. У 70-ті роки був введений «орієнтований на пацієнта» критерій, згідно з яким інформація має бути наданою пацієнтові у доступній формі та включати: характеристику мети лікування, можливих ризиків та існуючих альтернатив. У судовій практиці США інформована згода дотепер є правовим критерієм того, чи здійснювалася лікарем турбота про пацієнта та якою мірою.

Перший у світі документ про права пацієнтів з'явився в 1971 р. в США. Він був прийнятий Американською лікарняною асоціацією та дістав назву «Біль про права пацієнтів». Прийняттю Біля передували бурхливі події в медичному світі цієї країни та суспільстві в цілому. Адже 60-ті роки ХХ ст. – це роки зародження антирасистських, екологічних, феміністських рухів. В цьому глобальному правозахисному потоці природно виник рух, що охопив найбільшу соціальну групу – пацієнтів. Інститут прав пацієнтів виявився віддзеркаленням низки скандалів в медицині, що призвели до радикальних змін в підходах до професійної етики лікарів. Йдеться про грубі порушення медичної етики у клінічних дослідженнях, зокрема, у випробуваннях нових лікарських засобів. Ці скандали мали великі соціальні наслідки, зокрема, затвердили в американській медицині правило інформованої згоди за будь-яких медичних втручань [161].

На ґрунті згаданих процесів було започатковано принципово новий етичний підхід у клінічній та експериментальній медицині. Цей підхід дістав назву «принцип інформованої згоди», який розкладається на два положення: кожен пацієнт має право знати про стан свого здоров'я; медична допомога має здійснюватись тільки на основі добровільної згоди. В 1981 році незалежна професійна організація лікарів світу Всесвітня медична асоціація прийняла «Лісабонську декларацію про права пацієнтів» [162] – мінімальний міжнародний стандарт прав пацієнтів, згідно з яким пацієнт, зокрема, має право на: вільний вибір лікаря; отримання адекватної та повної інформації про стан свого здоров'я.

Основи європейської концепції прав пацієнтів було закладено в 1994 році, коли європейська консультативна нарада Всесвітньої організації охорони здоров'я (далі – ВООЗ) з прав пацієнтів прийняла документ «Декларація про політику в сфері забезпечення прав пацієнтів в Європі» [163], в якому викладено основні принципи, спрямовані на підтримку та здійснення прав пацієнтів європейських держав – членів ВООЗ. Передумовою для розроблення та запровадження таких стандартів стали, як зазначено у Преамбулі, зростаючі тенденції до універсалізації принципів і підходів у сфері прав пацієнтів незалежно від відмінностей у структурах систем охорони здоров'я різних країн. Саме ці процеси уможливили впровадження спільних європейських правових стандартів стосовно здійснення та охорони прав і гідності

пацієнтів. Метою прийняття Декларації стало завдання напрацювання єдиної європейської концепції в сфері відносин «пацієнт – медицина». В якості засадничих індивідуальних прав пацієнтів в документі закріплюються права на: повагу до власної особистості (п. 1.1); самовизначення (п. 1.2); збереження фізичної й психічної цілісності (п. 1.3); невтручання у приватне життя, кон-фіденційність та релігійні переконання і моральні цінності (п. 1.5).

До основ концепції прав пацієнта в Європі віднесено засадничі положення про згоду пацієнта щодо методів лікування, яке розкривається через такі складові: інформована усвідомлена згода є попередньою умовою будь-якого медичного втручання (п. 3.1); пацієнт має право відмовитись від медичного втручання чи призупинити його проведення, наслідки відмови необхідно роз'яснити пацієнту (п. 3.2); згода пацієнта є обов'язковою в усіх випадках консервації та використання будь-яких компонентів людського тіла, припускається, що згоду отримано в усіх випадках, коли компоненти тіла використовуються для цілей діагностики, лікування або догляду за пацієнтом (п. 3.8); обов'язковою є усвідомлена інформована згода пацієнта на його участь в процесі клінічного навчання (п. 3.9); усвідомлена інформована згода пацієнта є необхідною умовою його участі в науковому дослідженні, всі протоколи мають бути піддані відповідній етичній експертизі, подібні дослідження не можуть проводитися за участю осіб, нездатних висловити свою волю, за винятком випадків, коли отримано згоду законного представника та дослідження проводиться в інтересах пацієнта, у виняткових випадках недієздатні пацієнти можуть залучатися до обсерваційних досліджень, що не передбачають безпосередньої користі для покращання їх здоров'я, за умови, що вони активно не заперечують проти участі у дослідженні, загроза для їх здоров'я є мінімальною, дослідження має важливе значення та немає інших можливостей для його проведення (п. 3.10); кожному пацієнту має бути надана інформація про його права (п. 6.5).

По суті, «Декларація про політику в сфері забезпечення прав пацієнтів в Європі» виконала важливу місію – сформулювала сучасний перелік визнаних європейською спільнотою основних прав пацієнта як суб'єкта правовідносин з приводу медичного втручання, здійснення яких потребувало юридичного визнання та запровадження за допомогою позитивних правових механізмів конкретних країн.

Значним подальшим кроком на шляху формування та запровадження європейських правових стандартів прав пацієнтів стало ініціювання та підписання Конвенції Ов'єдо. Прийняття документа стало свідченням визнання юридичного статусу пацієнта як суб'єкта права на вибір методів лікування в європейській юрисдикції, відповідно, права пацієнта набули статусу юридичного обов'язку для держав стосовно їх забезпечення та захисту. Передумовами прийняття цієї видатної угоди стали наявні сучасні загрози гідності та правам людини у зв'язку із неналежним використанням досягнень біології та медицини і усвідомлення необхідності вжити відповідних заходів для охорони гідності та основних прав і свобод фізичних осіб як учасників правовідносин у сфері медицини.

Юридичним фундаментом, що забезпечує основу правомірності відносин з приводу медичного втручання, було визнано загальне правило згоди, що закріплено у ст. 5 Конвенції Ов'єдо: «Будь-яке втручання у сферу здоров'я може здійснюватись тільки після добровільної та свідомої згоди на нього відповідної особи. Такій особі заздалегідь надається відповідна інформація про мету, характер втручання, а також про його наслідки та ризики. Відповідна особа у будь-який час може безперешкодно відкликати свою згоду». (Спеціальні правила діють відносно двох видів медичних втручань, окремо врегульованих у ст. 16 та ст. 17: у разі проведення наукових досліджень та видалення частини тіла з метою трансплантації). Ці положення становлять золотий стандарт правового статусу особи під час медичного втручання.

Укладання Конвенції Ов'єдо стало знаковим етапом з тієї причини, що вперше у тексті міжнародної угоди правило згоди на медичне втручання набуло сили правової норми. Від підписантів очікується, що вони мають забезпечити реальні юридичні механізми для реалізації даного принципу як у нормах національного законодавства, так і у практиці правозастосування. Правило згоди як право пацієнта погодитися на медичне втручання або відмовитися від окремого методу або взагалі від усякого лікування стало юридичною гарантією автономії особи в умовах медичного втручання в європейській традиції приватного права. Терміни «медичне втручання» та «медична допомога» вживаються у Конвенції Ов'єдо як синоніми та означають втручання в організм людини з метою підтримки та покращання здоров'я шляхом встановлення діагнозу, профілактики, лікування, реабілітації. Під медичним

втручанням слід розуміти весь арсенал засобів практичної та науково-дослідної медицини, який справляє на людину медичний вплив (профілактика, діагностика, лікування, реабілітація, донорство, репродукція, наукове дослідження).

Таким чином, основне правило європейського приватного права у сфері надання медичної допомоги полягає в тому, що нікого не може бути піддано медичному втручанням без його згоди. На практиці це положення слід розуміти так, що людина як пацієнт має безумовне право на вибір методів лікування та відмову від втручання, що викликає порушення цілісності її тіла та духовності її особистості, хворі мають бути тими, хто приймає остаточні рішення, які стосуються них самих, а зроблений ними вибір має поважатися та враховуватися медичними працівниками.

Згода пацієнта має такі суттєві ознаки, як добровільність та інформованість. Як пояснюється в п. 34 Пояснювальної доповіді до Конвенції про права людини та біомедицину [164], «людина повинна мати можливість добровільно давати згоду на втручання, пов'язане з її організмом, або відмовитися від такого втручання. Це правило підкреслює самостійність пацієнта в його відносинах з професійними медичними працівниками та змушує утримуватися від патерналістського підходу, за яким бажання пацієнта можуть ігноруватися». Отже, принцип добровільності, який має стосуватися всіх медичних процедур за винятком обставин, спеціально вказаних у нормах законодавства, означає відсутність будь-яких форм прямого на непрямого тиску на процес та результат прийняття рішень. Добровільність згоди означає також правову можливість для пацієнта відмовитися від медичного втручання або у будь-який момент відкликати згоду. (За винятком певних обставин, зокрема, в клінічних умовах вже початого медичного втручання та неможливості його призупинення без важких наслідків для життя та здоров'я пацієнта та в інших випадках, передбачених спеціальними нормами).

Стосовно права на інформацію у ст. 10 Конвенції Ов'єдо зазначено: «Кожна особа має право на повагу до її особистого життя стосовно інформації про її здоров'я. Кожна особа має право на ознайомлення із будь-якою зібраною про її здоров'я інформацією. Однак бажання осіб не отримувати такої інформації має також поважатися. У виняткових випадках в інтересах пацієнтів здійснення викладених у п. 2 прав може обмежуватися законом». Найбільш важливі аспекти

інформації, наданої відповідальним медичним працівником перед отриманням згоди на медичне втручання, як вказано у п. 35 Пояснювальної доповіді до Конвенції Ов'єдо, стосуються стану здоров'я; мети, характеру та наслідків проведення лікувальних заходів; прогнозу можливого розвитку захворювання; наявності побічних ефектів для життя і здоров'я. До більш докладної інформації, на яку має право пацієнт перед прийняттям рішення щодо надання згоди на медичне втручання в організм, належить медична інформація про: переваги, недоліки окремих методів, їх потенційну небезпеку (в тому числі відомості про токсичність і побічні дії); характер ризиків, можливі ускладнення, ймовірність їх матеріалізації, зокрема, ймовірність раптової матеріалізації; існуючі альтернативи та аналоги методів, що пропонуються.

Інформація, що надана пацієнту, має бути повною, адекватною, адаптованою та містити вказівки щодо способів надання та відкликання згоди. Право на інформованість також включає в себе право на повагу до побажань пацієнта не бути інформованим.

Згода на медичне втручання (згідно з п. 37 Пояснювальної доповіді до Конвенції Ов'єдо) може бути прямою або непрямую, наданою усно чи письмово залежно від характеру втручання, а також від особливостей правової культури та правової системи країни. Вважається, що пряма згода є необов'язковою стосовно багатьох лікарських дій, оскільки відповідна особа, відносно якої вони здійснюються, є достатньо інформованою та своєю поведінкою (підтримкою, відсутністю опору) недвозначно виявляє згоду. Однак для складних інвазійних процедур, в тому числі для досліджень, оперативних втручань, особливо видалення частин тіла, в законодавстві можуть бути передбачені спеціальні процедури надання згоди на конкретне втручання, в тому числі письмової та з використанням стандартизованих процедур, бланків та формулювань.

У цивільному праві України (як у доктрині, так і нормативній частині) першою умовою правомірності надання медичної допомоги та проведення будь-якого медичного втручання є добровільна інформована згода особи, організм якої є об'єктом втручання. Принцип інформованої згоди знайшов вираження в Основному законі – ст. 28 Конституції України. Правова автономія фізичної особи під час

надання медичної допомоги в Україні ґрунтується на таких законодавчо визначених складових, як право на вибір лікувального закладу, лікаря та методів лікування. Так, відповідно до ст. 284 ЦК України «фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій. Повнолітня дієздатна фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій і може керувати ними, має право відмовитися від лікування». Також у тексті Основ знайшли конкретизації основні особисті немайнові права людини у сфері надання медичної допомоги. У ст. 6 міститься загальний принцип, що кожен має право на кваліфіковану медичну допомогу, включаючи вільний вибір лікаря, вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій і закладу охорони здоров'я. У ст. 38 передбачено, що кожний пацієнт, який досяг чотирнадцяти років і який звернувся за наданням йому медичної допомоги, має право на вільний вибір лікаря, якщо останній може запропонувати свої послуги, та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій. А у ст. 43 закріплено, що згода інформованого пацієнта необхідна для застосування методів діагностики, профілактики та лікування. Пацієнт, який набув повної цивільної дієздатності і усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними, має право відмовитися від лікування.

Отже, право погодитися на медичне втручання або відмовитися від окремих методів лікування є законно підтвердженим правом фізичної особи в Україні. Цивільне законодавство України не передбачає обов'язковості письмового оформлення згоди на медичне втручання. Однак воно містить кілька імперативних правил про необхідність письмової згоди відносно низки правочинів, які вчиняються щодо окремих заходів медичного характеру. Зокрема, у ст. 44 Основ встановлено обов'язковість письмової форми згоди на застосування нових методів профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарських засобів, які знаходяться на розгляді в установленому порядку, але ще не допущені до застосування, та можуть використовуватися в інтересахвилікування особи. Згідно зі ст. 48 застосування штучного запліднення та імплантації ембріона здійснюється за умови наявності письмової згоди подружжя, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці. За нормою ст. 123 Сімейного кодексу України (далі – СК України) [165] у

разі народження дружиною дитини, зачатої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, її чоловік записується батьком дитини за умови, що застосування таких технологій відбулося за його письмовою згодою.

Поняття та обсяг медичної інформації, необхідної для забезпечення поінформованості пацієнта при виборі виду медичного втручання, вперше було визначено Рішенням Конституційного Суду України від 30.10.1997 № 5-зп [166]: «Медична інформація, тобто свідчення про стан здоров'я людини, історію її хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, в тому числі і про наявність ризику для життя і здоров'я, за своїм правовим режимом належить до конфіденційної, тобто інформації з обмеженим доступом. Лікар зобов'язаний на вимогу пацієнта, членів його сім'ї або законних представників надати їм таку інформацію повністю і в доступній формі». Отже, до медичної інформації, що обов'язково надається пацієнту для ознайомлення, належить діагноз, перебіг та прогноз захворювання, план, мета, орієнтовна тривалість запропонованого лікування, можливі ризики та ускладнення, імовірність їхньої матеріалізації у конкретного пацієнта, наявність небезпеки для життя і здоров'я у разі відмови від запропонованого втручання. У 2007 році вказані вимоги щодо медичної інформації для пацієнта було включено у ст. 39 Основ: «Медичний працівник зобов'язаний надати пацієнтові в доступній формі інформацію про стан його здоров'я, мету проведення запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі наявність ризику для життя і здоров'я».

Щодо документального оформлення згоди на втручання у сферу здоров'я, то на сьогодні «вибір способів юридичного закріплення інформованої згоди пацієнта на медичне втручання, як зазначає Р. Гревцова, значною мірою визначається формою власності та специфікою лікувального закладу, здійснюваних ним видів медичної практики та характером передбачуваного втручання. До найбільш поширених способів фіксації згоди на медичне втручання належать: укладання лікувальним закладом та пацієнтом договору про надання медичної допомоги (послуг); підписання пацієнтом інформованої згоди на медичне втручання у вигляді документа, що є додатком до історії хвороби чи медичної картки амбулаторного

хворого; фіксування інформованої згоди пацієнта шляхом його підпису під відповідним записом в історії хвороби чи медичній картці» [167, с. 13]. І. Сенюта пропонує і згоду, і відмову оформляти у письмовій формі через закріплення їх у додатку до історії хвороби [168, с. 7].

Наказом МОЗ України «Про затвердження форм первинної облікової документації та інструкцій щодо їх заповнення, що використовуються у закладах охорони здоров'я незалежно від форми власності та підпорядкування» від 14.02.2012 р. № 110 [169], було надано відповідь на запитання, якою має бути затверджена компетентним органом форма інформованої добровільної згоди пацієнта. Наказом затверджено письмову форму первинної облікової документації № 003-6/о «Інформована добровільна згода пацієнта на проведення діагностики, лікування та на проведення операції та знеболення». Істотними недоліками затвердженого зразка стали традиційні для документів такого типу вади – загальний характер форми та недостатня конкретизація змістовної інформації. Це, по суті, означає, що форма, яка призначена для всіх ситуацій, насправді не може бути повноцінно застосовною для жодної. То ж з часом Наказом МОЗ України «Про внесення змін до деяких наказів Міністерства охорони здоров'я України» № 549 від 08.08.2014 р. [170] форму було доопрацьовано та доповнено частиною «Інформована добровільна згода на операцію та знеболення». Зокрема, формою передбачено заповнення пацієнтом відомостей та пояснень, які надано пацієнту про: характер виявленого захворювання, яке потребує лікування шляхом здійснення оперативного втручання; про наявність/відсутність супутніх захворювань, які можуть впливати на перебіг операції та післяопераційного періоду; про можливі варіанти хірургічного лікування.

Формально за законодавством пацієнт в усіх без винятку випадках надання йому будь-якого виду медичної допомоги має надавати інформовану добровільну згоду. Як слушно зазначає З. Гладун, «правова підстава лікування захворювання у пацієнта (якщо воно згідно із законом не є обов'язковим або примусовим) полягає у наданні ним добровільної згоди на це лікування [...]». Вимога отримання поінформованої згоди пацієнта стосується як лікувальних заходів, так і діагностичних маніпуляцій. Взяття крові з судин пальця, і тим більше, з кубітальної

вени для проведення аналізу, діагностична чи лікувальна пункція, біопсія, езофагогастродуоденоскопія, рентгенологічний огляд – застосування цих методів потребує обов'язкової згоди пацієнта» [171, с. 10–11].

Процес волевиявлення пацієнта щодо надання інформованої згоди на медичне втручання або відмови передбачає наявність трьох обов'язкових етапів: 1) надання інформації лікарем та отримання інформації пацієнтом; 2) її аналіз та прийняття рішення; 3) підписання відповідних документів [12, с. 136–137]. Розглянемо всі три етапи окремо.

1) Інформація, яку лікар надає пацієнту, має бути: істотною щодо конкретного втручання; доступною для розуміння пацієнтом; за обсягом відповідати вимогам законодавства. Істотною вважається інформація, що має бути відома лікарю та може мати важливе значення для прийняття рішення з точки зору пересічної людини зі здоровим глуздом. Така інформація не має бути широковідомою, інакше необхідно було б зазначати всю теорію та практику щодо кожного питання. Наприклад, вважається, що лікарі не зобов'язані вказувати загальновідомі ризики, пов'язані з конкретним видом втручання [158, с. 25]. Стосовно інформації, яку лікар має надавати пацієнту, для того, щоб забезпечити прийняття інформованого усвідомленого рішення, то її характер, обсяг, глибина пов'язані із кількома чинниками об'єктивного та суб'єктивного гатунку. Якість і кількість інформації, що надається пацієнту та фіксується у документах, має співвідноситися з характером і складністю втручання, що пропонується, з поінформованістю та компетентністю пацієнта.

2) Аналіз інформації та прийняття рішення пацієнтом є внутрішніми волевими процесами, що відбуваються у свідомості пацієнта, проте їхні результати мають бути обговорені в особистій розмові лікаря з пацієнтом та відображені у підсумкових документах. Це робиться за допомогою речень, які починаються словами «Мені зрозуміло...», «Мені роз'яснено...», «Я усвідомлюю...», ми дійшли висновку, а також переліку запитань пацієнта та відповідей на них. Саме так частково зроблено у новій формі «Інформована добровільна згода на операцію та знеболення», в якій передбачено заповнення відповідних розділів за результатом інформування лікаря пацієнтом, спільне обговорення та прийняття рішення: «У процесі обговорення з

лікуючим лікарем ми дійшли висновку, що найбільш оптимальним методом хірургічного втручання може бути операція в обсязі: _____, виконання якої планується під знеболенням (необхідне відзначити): інфільтраційною регіонарною анестезією, внутрішньовенною анестезією, загальною анестезією з міорелаксацією та штучною вентиляцією легень, регіонарною (спинномозковою/епідуральною) анестезією, комбінованою анестезією (загальною + регіональною). Я усвідомлюю, що операція та знеболення – це складні медичні втручання, під час виконання яких можуть виникнути непередбачувані обставини, внаслідок яких може бути змінено хід операції та знеболення, на що я надаю згоду. У виняткових випадках кінцевий клінічний діагноз та обсяг необхідних медичних послуг можуть бути визначені під час операції. Крім того, я розумію, що під час операції може виникнути потреба в переливанні крові, на що я (даю/не даю) згоду».

3) Оформлення підсумкових документів є завершальним етапом процесу отримання інформованої добровільної згоди пацієнта на медичне втручання. Деякі фахівці вважають, що єдиної форми не може бути як такої, оскільки клінічні ситуації дуже відрізняються, а процес взаємодії лікаря і пацієнта неможливо вмістити у загальні рамки. Тому індивідуальний підхід до пацієнта обумовлює потребу у нестандартних підходах до складання таких документів. Отже запропонована форма інформованої згоди може бути прийнятною тільки за умов її доопрацювання, зокрема, обов'язкового додавання до неї інших документів, в яких міститиметься змістовна інформація щодо конкретного пацієнта та, відповідно, конкретних клінічних умов медичного втручання.

Але, незважаючи на унікальність кожної клінічної ситуації, стандарт у юридичному оформленні загалом можливий, так само як існують стандарти та протоколи лікування, незважаючи на індивідуальність кожного пацієнта. Інша справа, що у стандартній формі можна зафіксувати лише найбільш загальні та обов'язкові з точки зору закону пункти. При застосуванні на практиці ця форма потребує не механічного заповнення, а опрацювання та наповнення конкретним змістом, що відображає особливості конкретної клінічної ситуації. У такий спосіб, загальна форма матиме рекомендований характер та допомагатиме визначати саме ті відомості, що мають міститися у підсумкових документах.

В окремих сферах медичної діяльності існують свої стандарти спеціальної медичної інформації, яка є істотною для певного виду медичного втручання і тому є обов'язковою складовою процесу інформування пацієнта перед прийняттям ним усвідомленого зваженого рішення. Окремі спеціалізовані медичні заклади використовують Додатки до договорів про надання медичних послуг у вигляді «Інформації для пацієнта» та «Протоколу інформування» [172, с. 18], які додають змістовної конкретики та юридичної сили інформованій добровільній згоді пацієнта. Вони можуть складатися у довільній формі та відображати специфічну медичну інформацію з урахуванням особливостей як пацієнта, так і характеру медичного втручання, а також хід розмови лікаря з пацієнтом з фіксуванням її ключових моментів.

Простежується прямий зв'язок між характером і складністю медичного втручання та змістом та обсягом документа «Інформація для пацієнта», тому в кожному виді медичного втручання існує свою специфіка щодо необхідної інформації, яку потрібен отримати пацієнт при прийнятті рішення про надання згоди.

Таким чином, процес інформування пацієнта та документальне закріплення його результатів та досягнутих домовленостей між виконавцем та пацієнтом займає центральне місце у плануванні медичного втручання та надання пацієнтом добровільної інформованої згоди на весь комплекс заходів з надання медичної допомоги. Тому кількість листків у документі «Інформація для пацієнта» зайвою не буває. Можна спрогнозувати, що значення інформованої згоди пацієнта з часом дедалі більше зростатиме, як й складність та кількість юридичних документів, якими закріплюються правовідносини на різних етапах інформування пацієнта, прийняття усвідомлених рішень щодо методів лікування, укладання відповідних правочинів та угод. При цьому сама форма бланків та зміст документів, які пропонуються на підпис пацієнту у процесі отримання /надання інформованої добровільної згоди на медичне втручання, мають факультативне значення, а пацієнт має право вносити в них власноручні поправки в необмеженій кількості.

Окремим аспектом здійснення особистої автономії є правова можливість для пацієнта відмовитися від медичного втручання. На підставі аналізу відповідної

доктринальної та нормативної бази, можна стверджувати, що у концепті приватного права західної традиції розрізняються *три правових режими відмови від медичного втручання повнолітнього дієздатного пацієнта на підставі критерію юридичного значення вільного волевиявлення пацієнта* [9, с. 126–128]. Правове регулювання відносин, що виникають під час такого прояву автономії волевиявлення пацієнта, як його відмова від лікування, регулюються законодавством по-різному залежно від того, що: 1) відмова надається повнолітнім дієздатним пацієнтом на основі добровільного та інформованого волевиявлення на актуальне медичне втручання, 2) відмова надається в умовах невідкладного стану пацієнта, 3) відмову заздалегідь зафіксовано у правових документах з попереднього волевиявлення. То ж йдеться про існування суттєвих відмінностей, які визначено законодавцем для застосування різних правових ситуацій: *актуальної відмови, відмови в умовах невідкладного стану та завчасної відмови*. У цивільному законодавстві України присутні перші два правові режими. Проаналізуємо їх.

Першу правову ситуацію, в якій повнолітній дієздатний пацієнт відмовляється від запропонованого медичного втручання, український законодавець розв'язує у такий спосіб. Пацієнт, який набув повної цивільної дієздатності і усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними, має право відмовитися від медичної допомоги (ст. 284 ЦК України, ст. 43 Основ). Згода пацієнта на медичне втручання не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю пацієнта за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи його законних представників (ст. 43).

Процедурний порядок дій медичного персоналу у разі відмови пацієнта на основі наданої йому інформації, в тому числі про небезпеки в разі відмови, прописаний у згаданій ст. 43: «Якщо відсутність згоди може призвести до тяжких для пацієнта наслідків, лікар зобов'язаний йому це пояснити. Якщо і після цього пацієнт відмовляється від лікування, лікар має право взяти від нього письмове підтвердження, а при неможливості його одержання – засвідчити відмову відповідним актом у присутності свідків». Як видно, нормою ст. 43 Основ передбачено дві форми, в яких може бути зафіксовано факт відмови пацієнта від запропонованого лікування: письмове підтвердження пацієнта про факт відмови;

акт, яким засвідчується відмова пацієнта у присутності свідків. Відповідно, перший документ підписує пацієнт, а другий – лікар та свідки. За відсутності єдиних законодавчих вимог до письмового оформлення відмови від медичного втручання лікарі можуть обирати власний варіант оформлення, який, виходячи з професійного досвіду та зважаючи на особливості окремих видів втручань, є найбільш придатним при обслуговуванні конкретного пацієнта. Але до документа про відмову пацієнта від медичного втручання слід включити обов'язкові елементи, вимоги до яких встановлено законодавчими нормами [173].

На основі вказаних правових положень автором розроблено спеціальні зразки документів та запропоновано порядок юридичного оформлення відмови пацієнта від запропонованого медичного втручання. Зразки форм фіксації інформованої добровільної відмови пацієнта від запропонованого медичного втручання включають такі документи: Інформація для пацієнта щодо захворювання та запропонованого лікування (Додаток Б); Інформована добровільна відмова пацієнта від запропонованого лікування (Додаток В); Акт підтвердження відмови від медичного втручання та письмового оформлення відмови – на випадок, якщо пацієнт відмовляється задокументувати свою відмову (Додаток Г).

Документ «Інформація для пацієнта щодо захворювання та запропонованого лікування». Надання інформації для пацієнта щодо захворювання та запропонованого лікування передусє волевиявленню пацієнта. Форма цього документа може бути ідентичною як для фіксації згоди на медичне втручання, так і відмови від нього, оскільки інформація має надаватися пацієнтові незалежно від його остаточного рішення. Останнє приймається ним пізніше, вже на основі наданої та осмисленої інформації. У документі обов'язково мають бути відображені ключові моменти самого процесу інформування пацієнта та результату його волевиявлення – відмови від запропонованого методу або лікування в цілому попри надану інформацію та наведені аргументи.

Документ «Інформована добровільна відмова пацієнта від запропонованого лікування». Формальні вимоги до оформлення інформованої добровільної відмови пацієнта від запропонованого лікування є майже ідентичними з тими, що висуваються до оформлення письмової згоди на медичне втручання, оскільки як перший, так і

другий документи є актами волевиявлення пацієнта щодо запропонованої медичної допомоги. Однак існує відмінність у змістовому оформленні окремих розділів цих документів. Так, для пацієнта, що відмовляється від лікування, головний акцент необхідно зробити на потенційних небезпеках для здоров'я, збереження працездатності і, можливо, для життя, які, ймовірно, виникнуть у цього пацієнта у разі відмови від медичного втручання.

Документ «Акт про підтвердження відмови від медичного втручання та письмового оформлення відмови». складається на вимогу закону у випадку відмови пацієнта від лікування та від письмового підтвердження своєї відмови. Він оформлюється обов'язково за участю свідків, які можуть підтвердити, що пацієнт на момент відмови міг адекватно сприймати та аналізувати надану йому інформацію, відповідав на запитання та сам їх ставив. В акті про відмову пацієнта від медичного втручання необхідно відобразити факт інформування пацієнта та передати зміст наданої інформації. Важливим елементом складання акта є процес залучення свідків. Практикуючі юристи радять для засвідчення акта про відмову пацієнта від медичного втручання залучати тільки тих осіб, яким медична та особиста інформація про пацієнта відома у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків, та осіб, проти яких не заперечує пацієнт (бажано, щоб це були і родичі, і працівники закладу охорони здоров'я) [174].

Оскільки самі форми мають факультативне значення, то для пристосування стандартних форм до потреб конкретного закладу (лікаря) доцільно заздалегідь, виходячи з особливостей власної практики, скласти форму або набір форм з урахуванням специфіки втручань, що здійснюються. Такі завчасно складені документи неважко пристосувати до клінічних рішень відносно окремих пацієнтів за допомогою внесення відповідної емпірики.

Іноді відмова пацієнта від застосування до нього методу лікування не означає відмову від лікування взагалі, отже, не звільняє лікаря від обов'язку запропонувати інші, прийнятні для пацієнта, методи. В такому випадку факт відмови пацієнта від призначених медичних процедур можна зафіксувати як частину документа про інформовану добровільну згоду за допомогою окремого пункту такого змісту: «Нижче я вказую медичні втручання, від яких відмовляюся за будь-яких обставин».

Наочним прикладом документальної фіксації відмови пацієнта від одного методу лікування у самому тексті інформованої згоди є оновлена форма «Інформована добровільна згода на операцію та знеболення», затверджена Наказом МОЗ України «Про затвердження форм первинної облікової документації та інструкцій щодо їх заповнення, що використовуються у закладах охорони здоров'я незалежно від форми власності та підпорядкування» від 14.02.2012 р. № 110 (у редакції наказу № 549 від 08. 08.2014 р.) [169]. У новій формі окремим пунктом передбачено можливість пацієнта погодитися або відмовитися від переливання крові внаслідок виникнення непередбачуваних обставин: «Я усвідомлюю, що операція та знеболення – це складні медичні втручання, під час виконання яких можуть виникнути непередбачувані обставини, внаслідок яких може бути змінено хід операції та знеболення, на що я надаю згоду. У виняткових випадках кінцевий клінічний діагноз та обсяг необхідних медичних послуг можуть бути визначені під час операції. Крім того, я розумію, що під час операції може виникнути потреба в переливанні крові, на що я даю/не даю згоду».

Друга правова ситуація, коли відмова надається в умовах невідкладного стану пацієнта, має свої виразні особливості, які стосуються і переважного доктринального підходу серед фахівців та науковців до її вирішення, і норм законодавства та практики правозастосування [175, с. 176–182]. У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи, у п. 5 ст. 284 ЦК України передбачено, що медична допомога надається без згоди фізичної особи або її батьків (усиновлювачів), опікуна, піклувальника. Поняття невідкладного стану людини визначено у ч. 7 ст. 1 Закону України «Про екстрену медичну допомогу» від 05.07.2012 р. № 5081-VI [176]: це – раптове погіршення фізичного або психічного здоров'я, яке становить пряму та невідворотну загрозу життю та здоров'ю людини або оточуючих її людей і виникає внаслідок хвороби, травми, отруєння або інших внутрішніх чи зовнішніх причин. Отже, положення п. 5 ст. 284 ЦК України можна зрозуміти таким чином, що відмова від життєво необхідного лікування в Україні під заборонаю.

Чи можна тлумачити вказані положення у такий спосіб, що тільки сам факт загрози ситуації для життя є підставою для медичного втручання без згоди пацієнта

та, можливо, всупереч його позиції? Загальним місцем у вітчизняній колективній думці є позиція, яка поширена як серед практикуючих лікарів, так і юристів та науковців, що законодавство дозволяє в невідкладних випадках надавати медичну допомогу та здійснювати медичне втручання без згоди пацієнта [12, с. 140–142]. Наприклад: «навіть у випадку відмови медичні працівники повинні пам'ятати, що Клятва Гіппократа та Кодекс медичної етики зобов'язують діяти на благо пацієнта, тож якщо за суб'єктивною оцінкою лікаря відмова від проведення маніпуляції або госпіталізації загрожує життю пацієнта, вони повинні бути проведені» (*без згоди пацієнта* – Г. М.) [177].

Таку саму позицію підтримують деякі цивілісти, зокрема, коментатор ЦК України О. Кохановська, посилаючись на положення «Декларації про політику у галузі забезпечення прав пацієнта у Європі» стосовно права на відмову від медичної допомоги, вважає, що «таке положення є дискусійним за своїм змістом і передчасним для включення його до ЦК України. Його відсутність у ЦК цілком виправдана» [178, с. 472]. Цієї самої думки дотримується Р. Стефанчук: «Вільне розпорядження своїм здоров'ям має місце далеко не в усіх випадках, тому законодавець встановлює певні обмеження щодо вільної відмови від лікування. Так, у невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи, згода хворого або його законних представників на медичне втручання не потрібна» [179, с. 385].

І. Сенюта відносить норми ч. 5 ст. 284 ЦК України та ч. 2 ст. 43 Основ до публічного елемента диспозитивного регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги та, відповідно, до законодавчих обмежень щодо вільного волевиявлення пацієнта. У цьому випадку медичний працівник «повинен з'ясувати думку пацієнта і можливість надання ним згоди на медичне втручання, а лише потім провадити таке медичне втручання без згоди пацієнта чи його законних представника» [180, с. 112, 122].

У тій самій площині розмірковує В. Сакало: «законодавство України передбачає, що у виключних випадках згода на медичне втручання не є потрібною, тобто мова іде про безпосереднє обмеження цього права» [181]. Також Г. Гаро, роз'яснюючи положення законодавця зазначає: «Разом з тим, за певних умов,

законодавство передбачає виключення з цього правила та відповідне право лікаря на здійснення медичного втручання без згоди пацієнта та/або його законних представників» [182]. Зокрема, до таких випадків авторка відносить ситуації, що загрожують життю пацієнта. Про неоднозначне розуміння положень ст. 284 ЦК України, за яким будь-яке медичне втручання, спрямоване на порятунок життя, є виправданим, навіть коли на таке втручання відсутня згода пацієнта, здатного її висловити, або навіть коли існує висловлене пацієнтом інформаційно забезпечене заперечення проти втручання, пише А. Дворніченко [183, с. 34].

Про таке саме розуміння та застосування у судовій практиці законодавчих положень ст. 43 Основ та ст. 284 ЦК України свідчить категоричне твердження, що було застосоване у мотивувальній частині Рішення по цивільній справі № 581/625/18 Липоводолинського районного суду Сумської області: «У тих випадках, коли стан фізичної особи загрожує її життю або вона знепритомніла внаслідок хворобливого стану, то в таких випадках згода особи на медичні втручання не отримується і необхідна медична допомога надається у невідкладному порядку. [...]. Аналіз вищевказаного законодавства в аспекті відмови від медичного втручання свідчить про те, що будь-яка особа може відмовитися від будь-яких видів медичних втручань за її усвідомленою згодою, крім тих невідкладних випадків, де має місце реальна загроза життю особи, та коли з об'єктивних причин згоду особи на певні дії неможливо отримати. Отже, відмова від медичних втручань фізичної особи має певні законодавчі виключення, які практично гарантуються з метою збереження і захисту життя будь-якої людини від свавільних посягань третіх осіб або для усунення ризику хвороби, різкого погіршення стану здоров'я, які можуть спричинити смерть особи. Зазначене виключення є імперативним і не може бути обмежене ні в судовому, ні в адміністративному порядкух, оскільки пов'язується з реалізацією державою конституційного обов'язку охороняти та забезпечувати здоров'я її громадян та інших осіб, які перебувають на її території (ст. 3, ч. 3 ст. 49 Конституції України)» [184].

Доводячи до логічного висновку поширене у вітчизняній теорії та практики розуміння п. 5 ст. 284 ЦК України, О. Крилова слушно зазначає, що «буквальне розуміння змісту цієї норми дозволяє зробити висновок про те, що лікар наділений

правом (або навіть зобов'язаний) здійснити примусове медичне втручання» [185, с. 88].

Проте правова позиція ЄСПЛ щодо права людини на відмову від лікування, навіть у тих випадках, коли дане лікування, на думку лікарів, є життєво необхідним, є дещо іншою [9, с. 130–133]. Її сформульовано у низці доктринальних положень, які мають знайти своє відображення у доктрині приватного права України та втілені у відповідне національне законодавство. Підсумувавши декілька Постанов ЄСПЛ по «медичних справах», можна узагальнити ключові правові позиції, які застосовує суд для аналізу фактів, формулювання оцінок та висновків, по таких основних аспектах.

1. *Право на згоду на медичне втручання, складовим якого є можливість людини відмовитися від небажаного лікування, має першорядне значення для принципів самовизначення й особистої автономії, яку має захищати держава.* Відмова від методу лікування є вираженням вільної волі людини, яка у такий спосіб здійснює своє право, гарантоване Європейською конвенцією і національним законодавством, на особисту автономію в питаннях охорони здоров'я» (п. 144 Постанови ЄСПЛ у справі *Jehovahs Witnesses of Moscow v Russia* 10. 06.2010 [22]). Свобода погодитися або відмовитися від конкретного методу лікування або вибрати альтернативний метод лікування має першорядне значення для принципів самовизначення й особистої автономії (п. 136 Постанови ЄСПЛ у справі *Jehovahs Witnesses of Moscow v Russia* 10. 06.2010.).

При здійсненні медичної допомоги, навіть у тих випадках, коли відмова від конкретного методу лікування може призвести до летального результату, примусове медичне лікування без згоди дієздатного, повнолітнього пацієнта є втручанням в його права на фізичну недоторканність та посяганням на права, що гарантовані статтею 8 Європейської конвенції (п. 62 и 63 Постанови у справі *Pretty v. the United Kingdom*; Рішення Європейської комісії від 10 грудня 1984 р. у справі *Asmanne and Others v. Belgium*).

2. *Держава має утримуватися від примусових дій щодо громадян, які з власної волі відмовляються від лікування з будь-яких міркувань.* Свобода вибору й самовизначення самі по собі є фундаментальними складовими життя, що за відсутності будь-яких ознак для необхідності в забезпеченні захисту третіх осіб, як,

наприклад, шляхом примусової вакцинації в період епідемії, держава має утримуватися від втручання у свободу вибору громадян у питаннях охорони здоров'я, оскільки таке втручання може лише знецінити, а не підняти цінність життя.

Хоча держава має відомі інтереси з захисту та охорони життя своїх громадян, слід проводити різницю між інтересами держави по захисту від шкоди, що завдається третіми особами, та тими самими інтересами по захисту від шкоди, що виникає внаслідок дій самого громадянина. Тоді, коли поведінка громадянина становить загрозу для інших осіб, то тут інтереси держави очевидні, та в більшості випадків від держави очікується втручання у ситуацію. Але держава не часто має вдаватися до позитивних дій по захисту громадян від самих себе. Це узгоджується з першорядною функцією держави охороняти просування свобод та особистої автономії громадянина.

Держава має обов'язок попередження самогубства, але відмова від медичного втручання, навіть життєво необхідного, не може вважатися суїцидальним актом або показником недієздатності. (п. 85 Постанови ЄСПЛ у справі *Jehovahs Witnesses of Moscow v Russia* 10. 06.2010)

3. *Дієздатний, повнолітній пацієнт має право на усвідомлене інформоване рішення щодо згоди на медичне втручання або відмови від медичного втручання.* З принципу інформованої згоди логічно випливає висновок про те, що пацієнт має право не погодитися, тобто відмовитися від лікування. Дієздатний, повнолітній пацієнт вправі прийняти рішення, наприклад про те, чи погоджуватися на операцію, лікування або, виходячи з тієї ж логіки, на переливання крові. Це право приймати рішення в згоді зі своїми власними поглядами й цінностями, якими б ірраціональними, нерозумними і недалекоглядними вони не здавалися іншим особам. Хоча інтереси держави з охорони життя й здоров'я пацієнта, безсумнівно, правомірні й дуже значущі, пріоритет повинні мати ще більш значущі інтереси пацієнта, пов'язані з визначенням власного життєвого шляху (п. 136 Постанови ЄСПЛ у справі *Jehovahs Witnesses of Moscow v Russia* 10. 06.2010).

Зокрема, як загальний коментар, Європейський суд звертає увагу на те, що обряди і церемонії багатьох релігій заподіюють шкоду здоров'ю віруючих, як, наприклад, дотримання посту, який є особливо тривалим і суворим у Православному

християнстві, або обрізання дитини чоловічої статі, що практикувано іудеями й мусульманами (п. 144 Постанови ЄСПЛ у справі *Jehovahs Witnesses of Moscow v Russia* 10. 06.2010).

4. *Держава має захищати таке право повнолітнього дієздатного пацієнта на добровільну відмову від медичного втручання.* У 1990 році Верховний Суд Онтаріо (Канада) залишив у силі рішення нижчого суду про притягнення до відповідальності лікаря за застосування переливання крові при лікуванні пацієнтки, що перебувала у непритомному стані, та мала при собі картку, в якій було вказано, що вона відмовляється від переливання крові за будь-яких обставин. Верховний Суд вказав, зокрема, на таке: принципи самовизначення та особистої автономії примушують зробити висновок про те, що пацієнт може відмовитися від переливання крові, навіть якщо таке рішення може сприйматися як безглузде ((п. 86 Постанови ЄСПЛ у справі *Jehovahs Witnesses of Moscow v Russia* 10. 06.2010). Наприклад, право громадянина на відмову від переливання крові з релігійних міркувань та на отримання компенсації у випадку застосування гемотрансфузії всупереч бажання пацієнта було підтверджено судами інших країн (наприклад, Рішення Верховного Суду Південно-Африканської Республіки у справі *Phillips v. Klerk*) № 19676/82 (1983 р.); Рішення Верховного Суду Аргентини (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*) від 6 квітня 1993 р. у справі *Bahamondez, Marcelo v. Medida Cautelar*; Рішення № 166/1996 Конституційного Суду Іспанії від 28 жовтня 1996 р. у справі *Miguel Angel*; Рішення Верховного Суду Японії від 29 лютого 2000 р. у справі *Ms A. and her heirs v. Dr B. and Institute of Medical Science* № 1998 (O) Nos. 1081 (п. 88 Постанови ЄСПЛ у справі *Jehovahs Witnesses of Moscow v Russia* 10. 06.2010).

Як видно, правова доктрина, законодавство та практика правового регулювання приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги в Україні дещо відстають від європейської доктрини приватного права та її проєкції на право людини на інформовану добровільну згоду та відмову від медичного втручання. Існує визнане правило європейського приватного права, що є фактично правовим стандартом, застосовним до регулювання приватноправових відносин з приводу медичного втручання, за яким згода або відмова повнолітньої компетентної

фізичної особи має пріоритет перед будь-якими іншими міркуваннями. В тому числі перед міркуваннями щодо обов'язкових моральних стандартів, визнаних навіть і більшістю населення, за якими вжиття медичних заходів, що можуть надати ймовірні переваги, всупереч вільному волевиявленню хворого є «святим обов'язком» суспільства або навіть «святим обов'язком» самого пацієнта перед суспільством. Цих патерналістських схем прийняття медичних рішень в Україні потрібно позбавлятися, перш за все, на рівні нормативно-правового регулювання.

В цьому аспекті непомітним, але дуже значним кроком вперед стали зміни до ст. 43 Основ законодавства України про охорону здоров'я в редакції Закону України від 05.07.2012 р. № 5081-VI (5081-17). Всього кілька доданих слів в корені змінили не тільки формулу статті, а й концепцію законодавства відносно пацієнтів, які опинилися у ситуації невідкладного стану [186, с. 45–46]. В останній редакції ст. 43 сформульована так: «Згода пацієнта чи його законного представника на медичне втручання не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю пацієнта *за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи його законних представників*» (курсив наш – Г. М.). Фактично нова формула статті наблизила Україну до сучасного цивілізованого світу, в якому визнано пріоритет волі пацієнта, а не невідкладності ситуації. Втім ця законодавча новела в цілому залишилася непомітною як для медичної, так і правничої спільноти. Чого вартий один той факт, що змінену фабулу статті спеціального закону не було продубльовано у ЦК України, як того вимагають правила законодавчої техніки.

Третя правова ситуація, коли *відмову від певного виду медичного втручання заздалегідь зафіксовано у правових документах з попереднього волевиявлення фізичної особи*, не регулюється цивільним законодавством України. Про важливість правового механізму попередніх розпоряджень щодо майбутнього лікування свідчить той факт, що дані норми було включено до Модельних правил європейського приватного права DCFR [187]. У Розділі 8 «Медичні послуги» прописано вимогу обов'язкового врахування попередніх розпоряджень щодо медичного втручання. Так, ст. IV.C.-8:108 «Обов'язок не надавати медичні послуги без згоди» містить такі правила: Якщо пацієнт не є здатним дати згоду, виконавець зобов'язаний не приступати до надання медичних послуг без врахування, наскільки

це можливо, позиції пацієнта, стан якого не дозволяє висловити свою волю, щодо таких послуг. Особливо це стосується позиції пацієнта, яка була прямо виражена ним до того, як він опинився у стані, що не дозволяє йому висловити свою волю.

Єдиною юридичною формою волевиявлення фізичної особи щодо медичного втручання на майбутнє, яка реально діє на теперішній час у правовому полі України, хоча спеціально не передбачена жодним правовим актом, є документ, розроблений релігійною організацією Свідки Єгови для обслуговування потреб своїх членів, які відмовляються від медичних процедур з використанням крові [188, с. 128–129]. Документ «Волевиявлення щодо медичного втручання – жодної крові» є українським відповідником англomовної форми «Durable Power of Attorney for Health Care». Форма складається дієздатною фізичною особою на випадок втрати здатності приймати рішення у майбутньому. В документі, який власник завжди має при собі, призначено два медичних представники, він власноруч підписаний двома свідками і заявником та містить, серед іншого, такі вказівки:

1. «Я, _____, заповнюю цей документ, щоб викласти мої вказівки стосовно медичного втручання та призначити медичного представника на випадок, коли я буду не в стані виявити свою волю.

2. Я є Свідком Єгови і даю вказівки, щоб за жодних обставин мені не переливали цільної крові, еритроцитів, лейкоцитів, тромбоцитів чи плазми, навіть якщо медперсонал вважає це необхідним для збереження мого життя. Я відмовляюся давати свою кров для зберігання з метою подальшого її переливання.

6. Ніхто, навіть мій медичний представник, не має права нехтувати або змінювати мої вказівки, подані в цьому документі. Члени сім'ї, родичі чи друзі можуть не погоджуватися зі мною, але їхня незгода не змінює моєї рішучої позиції щодо відмови від крові та щодо інших даних мною вказівок.

7. Окрім вищезгаданого, я призначаю особу, ім'я якої подається нижче, своїм медичним представником для прийняття від мого імені рішень, пов'язаних з моїм лікуванням. Я надаю їй усі повноваження від мого імені погоджуватися на медичне втручання або відмовлятися від нього (включаючи ентеральне, парентеральне живлення та гідратацію), консультиватися з моїм лікарем, отримувати копії моїх медичних документів і вдаватися до правових дій, щоб забезпечити виконання моєї волі,

викладеної в цьому документі. Якщо мого першого призначеного представника немає або він не може чи не бажає виконувати ці обов'язки, я призначаю іншого медичного представника з такими самими повноваженнями та правами, ім'я якого вказано нижче.

9. Підтвердження свідків. Я підтверджую, що особа, котра підписала цей документ, зробила це в моїй присутності. Вона робить це при здоровому розумі, не зазнаючи тиску, обману або чийогось неправомірного впливу. Мені вже виповнилося 18 років. Я не є жодним із призначених медичних представників, що вказані у цьому документі».

З метою забезпечення юридичної та інформаційної підтримки для реалізації свого права на відмову від певних методів лікування Свідки Єгови «створили мережу Комітетів зв'язку з лікарнями (КЗЛ) у великих містах по всьому світу. Ці комітети діють у 36 містах України. Добре інформовані служителі з місцевих громад можуть співпрацювати з лікарями, адміністраторами лікарень, юристами. Вони надають підтримку лікарям і пацієнтам-Свідкам тим, що забезпечують їх медичною інформацією, організовують консультації лікарів, пояснюють спірні питання. Додаткову інформацію для лікарів пропонує Служба лікарняної довідки (СЛД), яка має 118 філій у різних країнах. СЛД постійно досліджує медичну літературу, щоб отримати інформацію про появу нових методів збереження крові і альтернатив гемотрансфузії. Така сучасна інформація з авторитетних джерел надається лікарям. Серед матеріалів, які розповсюджує СЛД, є документи з оглядами стратегій, опублікованих відомими фахівцями» [189,с. 100–101].

Чинний правовий статус даної форми підтверджено у судовій практиці України. Так, у мотивувальній частині рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 13 травня 2013 року у справі № 2610/25254/2012 [190] зазначено про такі обставини спору: розглянувши у відкритому судовому засіданні цивільну справу за позовом ОСОБА_1 до Державної установи «Інститут ортопедії та травматології Національної академії медичних наук України» судом було встановлено, що відповідно до виписки позивач перебував на стаціонарному лікуванні у відповідача. У виписці з історії хвороби позивача зазначено, що йому виконано ревізієне ендопротезування суглобів. За релігійними переконаннями позивач категорично

відмовився від переливання крові та її компонентів, про що письмово зазначив в офіційному «волевиявленні щодо медичного втручання». Хворий був попереджений про можливі ускладнення системи захисту (імунної системи) без переливання компонентів крові за необхідності, але наполягав на операції на своїх умовах. Під час видалення кісткового цементу зламалося свердло в дистальній частині стегнової кістки. У зв'язку із закінченням дії спинномозкової анестезії, крововтратою, прийнято рішення на цьому етапі частину свердла не видаляти. За релігійними переконаннями позивач категорично відмовився від переливання крові та її компонентів. В медичній картці позивача міститься волевиявлення щодо медичного втручання, оскільки позивач є Свідком Єгови, щоб за жодних обставин йому не переливали цільної крові, еритроцитів, лейкоцитів, тромбоцитів чи плазми, навіть якщо медперсонал вважає це необхідним для збереження його життя, та свідому згоду на операцію, в якій зазначено, що позивач мав бесіду з лікарем про план, переваги та небезпеку операції, яка відбудеться, і отримав відповіді на всі питання, що його цікавили, йому відома статистка ускладнень, що пов'язані з анестезією та оперативним втручанням. Лікарі були обмежені тим, що не могли переливати кров позивачу та продовжити операцію. При продовженні операції була б додаткова крововтрата та загроза для життя, продовження операції на 30–45 хв. збільшило б крововтрату. Якби можливо було переливати кров позивачу, то могли б продовжити операцію і видалити свердло. Позивача ставили до відома, що його відмова від переливання крові буде мати ризики при операції, радили йому переливання.

Даний Висновок суду є яскравою ілюстрацією того факту, що в Україні право пацієнта на інформовану згоду, зокрема, на відмову від медичного втручання за власними переконаннями, в тому числі таку, що зроблено заздалегідь, є працюючим елементом правової системи. Незважаючи на незгоду лікарів із позицією пацієнта, вони все ж таки провели складне оперативне втручання на умовах, погоджених з пацієнтом. Також з цього прикладу видно, що пацієнт був готовий понести тягар несприятливих наслідків своєї відмови від гемотрансфузії, адже основна причина ускладнення після операцій була пов'язана із анемією (ослабленням організму). Позивач був попереджений про можливі ускладнення та все ж надав згоду на своїх умовах.

Також у мотивувальній частині Рішення по цивільній справі № 581/625/18 Липоводолинського районного суду Сумської області було доведено важливу позицію доктринального (прецедентного) значення щодо можливості завчасної відмови пацієнта від майбутнього медичного втручання: «право особи на відмову від медичних втручань на день звернення за допомогою чи на майбутнє, крім наведених вище виключень, за її усвідомленою згодою підлягає безперешкодній реалізації медичними працівниками, після роз'яснення наслідків такої дії, без будь-яких додаткових умов чи обмежень» [184].

Ця позиція також поступово знаходить підтримки з боку молодих науковців в Україні. Зокрема, її обґрунтовує у своїй дисертації О. Мостовенко. Авторка цілком доречно визнає, що проблеми, які виникають при реалізації права на відмову від медичного втручання, є загальновідомими, «найбільш поширеною є ситуація, коли пацієнт відмовляється від надання медичної допомоги, але така відмова загрожує його життю та здоров'ю. За таких умов лікар стає перед своєрідним вибором між професійною необхідністю і порушенням прав пацієнта на надання медичної допомоги без його згоди. Прикладом може слугувати відома справа за участю представників релігійного вчення «Свідки Єгови» 1988 року в Канаді, де лікаря визнали винним і оштрафували за те, що він, урятувавши життя пацієнту, зробив йому переливання крові, що протирічить правилам цієї релігійної течії (усі прихильники цього вчення носять з собою спеціальну картку, на якій зазначається відмова від переливання крові)». Дослідниця робить висновок: «Слід визнати, що лікар порушив право пацієнта на вільний вибір методів лікування, тому притягнення його до відповідальності є цілком обґрунтованим, незважаючи на той, факт що він урятував йому життя» [191, с. 65–66]. Проте дана позиція у вітчизняній науці не є превалюючою.

Норми ст. 284 ЦК України стосовно здійснення медичної допомоги у невідкладних ситуаціях надають підставу очікувати, що наявна (або уявна) загроза для життя може слугувати виправданням для медичних втручань незалежно від волі пацієнта. Тобто і законодавство, і доктрина України допускають можливість відступу від правила добровільної інформованої згоди пацієнта на медичне втручання у випадку невідкладного стану пацієнта, який пов'язується, головним

чином, із прямою загрозою для його життя та здоров'я. Правова природа такого відступу пояснюється науковцями як: виключення з загального правила (Г. Гаро); законодавчі обмеження щодо вільної відмови від лікування (Р. Стефанчук, І. Сенюта, В. Сакало). При обґрунтуванні своєї позиції щодо обмеження права на згоду, В. Сакало посилається на механізм обмеження основних прав і свобод людини, викладений у Розділі II Конституції України, в якому усі підстави для обмеження зведені до двох груп: захист прав і свобод людини і громадянина; захист інтересів держави і суспільства. Обмеження права на згоду авторка пояснює так: «для лікаря на першому місці стоїть цінність людського життя та збереження здоров'я людини. А тому у виключних випадках, при наданні медичної допомоги право людини на згоду на медичне втручання може бути обмежене в реалізації з метою захисту життя та здоров'я людини» [181].

Отже виходить, що особисті немайнові права, що закріплено ЦК України, обмежуються відповідно до положень, встановлених в даному кодексі. Право на згоду на медичне втручання обмежується п. 5 ст. 284 у невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи. Право на інформацію про стан здоров'я обмежується ст. 285 ЦК України, в якій закріплено, що медичні працівники мають право дати неповну інформацію про стан здоров'я фізичної особи, обмежити можливість ознайомлення з окремими медичними документами, якщо інформація про хворобу фізичної особи може погіршити стан її здоров'я.

Дані обмеження на сьогодні є найбільш спірними з міркувань несумісності деяких аспектів їх тлумачення та практик застосування із фундаментальними засадами сучасного цивілізованого правопорядку, основоположними правами людини, що задекларовані у провідних правових документах сучасності, Конституції України, із засадами цивільного законодавства та принципами здійснення особистих немайнових суб'єктивних цивільних прав фізичної особи в Україні. Тому вважаємо таку позицію помилковою по своїй суті: і на доктринальному теоретичному рівні, і на рівні правового регулювання. Вести мову про обмеження права фізичної особи на згоду при наданні медичної допомоги та на інформацію про стан здоров'я не є коректним з огляду на чистоту правової доктрини та правової термінології.

Для обґрунтування даної тези наведемо дві лінії аргументації, які ґрунтуються на двох постулатах сучасної української правової доктрини [9, с.137–139].

Перша теза виходить з того, що *конституційні права і свободи людини громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України*. Право на інформовану згоду на медичне втручання є не тільки суб'єктивним правом фізичної особи, а й абсолютним правом людини як учасника приватних відносин у сфері надання медичної допомоги, що було підтверджено міжнародними договорами, практикою Європейського суду з прав людини (рішеннями у справі «Арская проти України», «Релігійна громада Свідки Єгови м. Москва та інші проти РФ»). Також право фізичної особи на згоду на медичне втручання в Україні можна вважати похідним від конституційних прав людини, закріплених абз. 2 ст. 28 та ст. 29 Конституції України, де гарантовані права на повагу до гідності та на особисту недоторканність. Конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України, згідно зі ст. 64 Конституції України, навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені ст. 28 та 29.

Друга теза полягає у тому, що *не можна обмежити суб'єктивне цивільне право, якого не передбачено у законодавстві*. Правило згоди не поширюється на примусові та обов'язкові заходи медичного характеру, ці відносини регулюються нормами публічного права, у суб'єктів цих правовідносин немає права на згоду. Правовідносини при наданні медичної допомоги незалежно від волі фізичної особи виходять за межі цивільно-правового регулювання, оскільки підставами для їх виникнення є імперативні норми публічного права. Так здійснення профілактичних заходів та вакцинація є одночасно правом та обов'язком громадян (ст. 10, ст. 30 Основ). Профілактичні медичні огляди окремих категорій населення, в тому числі неповнолітніх, належать до категорії обов'язкових (ст. 31 Основ). Підставами для виникнення зобов'язання з надання медичної допомоги незалежно від волі фізичної особи можуть бути рішення суду про примусову госпіталізацію (примусове годування), адміністративний акт про ізоляцію хворого. Порядок надання медичної допомоги затриманим особам регламентується наказом Міністерства внутрішніх

справ України «Про затвердження Інструкції про порядок тримання затриманих осіб в органах (підрозділах) охорони державного кордону» від 30.03.2015 р. № 352 [192].

Обов'язкові заходи медичного характеру не є обмеженням суб'єктивних прав приватних осіб, вони мають іншу правову природу та не регулюються на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення [9, с. 137–138]. Вимоги законодавства (Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 06.04.2000 № 1645-III [193], Закону України «Про протидію захворюванню на туберкульоз» від 05.07.2001 № 2586-III [194]) щодо режиму обов'язкових заходів медичного характеру (медичних оглядів, щеплень тощо) застосовуються не до фізичних осіб, а до працівників окремих професій, виробництв та організацій, діяльність яких пов'язана із виконанням певних робіт. Тобто вимога щодо обов'язковості адресована до виконавців певних функцій, а не до фізичних осіб, які у будь-яку мить можуть залишити займану посаду або певну сферу діяльності та, відповідно, відмовитися від будь-яких медичних втручань, які є обов'язковими лише для пов'язаних із переліченими видами робіт та занять суб'єктів. Отже обов'язкові заходи медичного характеру за своєю правовою природою є імперативними вимогами, встановленими державою для захисту публічного інтересу. Ними не ставиться мета обмежити особисті немайнові права фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги, а лише встановлюються спеціальні правила для виконання певних робіт та обов'язків, які пов'язуються державою із підвищеним ризиком небезпеки для суспільства або окремих осіб.

Питання правової природи обов'язкових заходів медичного характеру стало несподівано актуальним у світлі постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання застосування обмежувальних протиепідемічних заходів, спрямованих на запобігання поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 25.03.2020 р. № 245 [195]. Даним нормативним актом, який є превентивним реагуванням держави на загрозу епідемії в Україні, встановлено низку нових обмежень, які потребують своєї правової кваліфікації: обов'язкове медичне обстеження осіб, які мали контакт із хворими на гостру респіраторну хворобу COVID-19, спричинену коронавірусом SARS-Cov-2 (далі – COVID-19), або мають симптоми COVID-19, якщо такі особи відмовляються від

медичного обстеження в добровільному порядку; обов'язкова госпіталізація, карантин (самоізоляція) для хворих на COVID-19 або тих, хто має симптоми COVID-19, якщо такі особи відмовляються від госпіталізації або карантину (самоізоляції) в добровільному порядку; обов'язкова госпіталізація дітей осіб, визнаних в установленому порядку недієздатними, що проживають спільно із законними представниками, яких було госпіталізовано у зв'язку з захворюванням на COVID-19, у разі неможливості їх тимчасового влаштування в сім'ї родичів, знайомих.

Попри наявні у документі юридичні помилки та термінологічну неузгодженість, вочевидь йдеться про нові форми надання медичної допомоги на недобровільній основі, а саме – про примусові заходи медичного характеру: самоізоляцію, обсервацію, госпіталізацію. Скоріше за все, постанову буде скасовано, адже порядок примусових заходів медичного характеру має регулюватися виключно на рівні закону та із обов'язковим судовим контролем. Належний алгоритм не потрібно вигадувати, він вже відпрацьований, зокрема, ст. 11 Закону України «Про протидію захворюванню на туберкульоз» від 05.07.2001 р. № 2586-III регламентуються умови та порядок примусової госпіталізації хворих на заразні форми туберкульозу за рішенням суду; у Главі 11 розділу IV ЦПК України детально регламентовано розгляд судом справ про примусову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу у порядку окремого провадження. З точки зору правової кваліфікації усі перелічені у постанові № 245 обмежувальні протиепідемічні заходи, спрямовані на запобігання поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, є імперативними вимогами держави, яка може за своєю ініціативою, реагуючи на актуальні обставини, встановити нові баланси між індивідуальними правами фізичних осіб та більш вагомим та уразливим публічним інтересом.

З точки зору доктрини приватного права обмежувальні заходи, які вводяться Постановою кабміну № 245, не стосуються суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб. У даному випадку йдеться про здійснення державою правомірної дискреції стосовно розширення меж публічного впливу на правовідносини у сфері надання медичної допомоги за рахунок відібрання на законних підставах частини

правомочностей фізичних осіб стосовно можливостей вільного вибору: методів лікування, лікаря, закладу охорони здоров'я. Введені державою спеціальні засоби імперативного впливу є виправданими на фоні існування нових техногенних загроз, які вплинули на оцінку конкретного балансу між індивідуальними правами та інтересом захисту громадського здоров'я на спричинили зсув межі на користь останнього.

Отже, *правовідносини, що складаються під час застосування примусових та обов'язкових заходів медичного характеру, не є приватноправовими*, вони не регулюються на засадах вільного волевиявлення та диспозитивності, то ж не є предметом цивільного права та не можуть бути обмеженими у порядку, передбаченому у цивільному законодавстві. В даному випадку йдеться про те, що нормами спеціального законодавства регулюються окремі режими надання медичної допомоги, які не є приватноправовими, а не про обмеження конституційних прав і свобод людини та особистих немайнових прав фізичної особи у сфері надання медичної допомоги.

Таким чином, враховуючи норми-принципи ст. 28 та 29 Конституції України та тлумачення Європейським судом з прав людини меж свободи пацієнта погодитись чи відмовитись від конкретного методу лікування у контексті принципів самовизначення та особистої автономії, можна зробити висновок, що право повнолітньої дієздатної фізичної особи на згоду при наданні медичної допомоги є абсолютним, воно не може бути обмеженим за жодних міркувань, якщо його реалізація не загрожує правам інших осіб, або публічному порядку. Так само особисте немайнове право повнолітньої дієздатної фізичної особи на інформацію про стан її здоров'я належить до абсолютних, і тому не може бути обмежено медичними працівниками, як це передбачено законодавством. Виходячи з принципу особистої автономії, повнолітній дієздатний пацієнт може заявити про своє бажання не отримувати медичну інформацію про себе або уповноважити довірену особу, якій ця інформація повинна надаватися в обсязі, визначеному пацієнтом.

Враховуючи наведене, пропонуємо замінити існуюче формулювання положення ст. 284 ЦК України «4. Повнолітня дієздатна фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій і може керувати ними, має право відмовитися від

лікування» на таке: «4. **Повнолітня дієздатна фізична особа має право відмовитися від надання медичної допомоги.** Положення ст. 43 Основ *«пацієнт, який набув повної цивільної дієздатності і усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними, має право відмовитися від лікування»* на таке: **«повнолітній дієздатний пацієнт має право відмовитися від надання медичної допомоги».**

До ст. 39 Основ та ст. 285 ЦК України додати таке положення: **«За бажанням повнолітнього дієздатного пацієнта медична інформація в обсязі, визначеному пацієнтом, повинна надаватися уповноваженій ним особі».**

Якщо теоретично не є правильним вести мову про обмеження особистого немайнового права фізичної особи на згоду на медичне втручання, то якими можуть бути юридичні поняття та конструкти, які можна застосувати для найбільш коректного та вдалого регулювання тих випадків, за яких держава дозволяє медичне втручання без отримання згоди повнолітнього дієздатного пацієнта? Проаналізуємо три окремі правові режими надання медичної допомоги без згоди пацієнта [9, с. 138–139].

По-перше, правовий режим регулювання приватноправових відносин, які виникають під час надання медичної допомоги в ургентних випадках без отримання згоди пацієнта, можна розглядати в аспекті зобов'язань з рятування життя та здоров'я фізичної особи без доручення, як правомірні дії лікаря в умовах крайньої необхідності. В літературі неодноразово висловлювалася думка, що правовідносини з надання медичної допомоги без згоди пацієнта слід врегулювати за допомогою норм *інституту цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення*. Так, на думку М. Н. Малєїної, відносини з медичного обслуговування пацієнта незалежно від волі пацієнта виникають за наявності вказаного в законі юридичного факту – такого стану пацієнта, який, з одного боку, не дозволяє йому виразити свою волю, а, з іншого – потребує невідкладного медичного втручання [196, с. 29]. Р. Майданик зазначає, що: «медичне втручання щодо пацієнта, який перебуває у несвідомому стані, дозволяється за ініціативою лікаря за наявності загрози для життя або особливо небезпечного стану для здоров'я. [...] Обов'язок лікаря – діяти саме так обумовлено тим, що надання послуг у такій ситуації має бути кваліфіковано як дії в чужому інтересі без доручення (*negotiorium gestio*). Даний

випадок дій в чужому інтересі передбачає дотримання правил щодо надання медичних послуг в умовах медичного втручання» [197, с. 394, 395]. Цієї думки притримуються С. Булеца та О. Мостовенко. Зокрема, С. Булеца доходить висновку, що «вчинення медичних дій виконавцем медичних послуг належить до інституту вчинення дій в інтересі пацієнта без його згоди» [198, с. 13]. О. Мостовенко пише у своїй дисертації: «до підстав виникнення медичних правовідносин традиційно відносять односторонню обіцянку та дії в інтересах третьої особи без доручення» [191, с. 44].

Такі недоговірні зобов'язання можуть стосуватися вчинення медичною установою визначених дій, конкретних заходів медичного характеру: лікувальних, діагностичних процедур, медичного втручання з метою запобігти або усунути небезпеку для життя фізичної особи, за відсутності волевиявлення такої особи або її законних представників. В Україні інститут вчинення дії в інтересах іншої особи без її доручення врегульовано тільки в аспекті захисту майнового інтересу (Глава 79 ЦК України). Але ця пропозиція може бути застосовною лише у випадках, коли нічого не відомо про побажання пацієнта або його згода передбачається.

Виходячи з диспозиції ст. 43 Основ, Г. Гаро пропонує визначити сукупність умов, наявність яких дає право медичного втручання без згоди пацієнта та/або його законних представників так: «життю людини загрожує пряма та реальна, а не можлива загроза, наприклад, особа потрапила в ДТП, внаслідок чого отримала значні пошкодження та потребує негайного оперативного втручання; врятувати життя людини можливо лише шляхом відповідного медичного втручання; згода на медичне втручання не може бути надана особою або її законними представниками через об'єктивні причини (наприклад, перебування у непритомному стані, комі, відсутність законних представників на місці події, відсутність в особи контактних даних законних представників), а витрачання часу може призвести до тяжких наслідків. У разі відсутності хоча б однієї з цих умов, дії лікаря щодо медичного втручання можуть бути визнані неправомірними» [182]. Наявність даних ознак встановлюється лікарем у конкретній ситуації відповідно до визначених правових норм, правил професійної діяльності. Дії лікаря можуть бути визнані правомірними лише за наявності усієї сукупності вказаних умов.

Отже, правовідносини з надання медичної допомоги у невідкладному випадку *без процедури отримання згоди* від повнолітнього дієздатного пацієнта, доцільно врегулювати за допомогою норм *інституту цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення*. Повний склад юридичних фактів, за наявності яких вступають в силу норми цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення, складається з трьох обов'язкових елементів: а) стан пацієнта є невідкладним; б) згода на медичне втручання не може бути надана особою або її представниками; в) відсутні документи з попередніх розпоряджень пацієнта. За відсутністю хоча б одного з перелічених юридичних фактів дії медичних працівників з надання медичної допомоги є неправомірними. За наявності повного юридичного складу згода передбачається (презюмується) та отримується відразу, як це тільки стає можливим. Важливо, що в даному випадку фактично йдеться не про обмеження згоди, а про наявність особливих режимів згоди пацієнта в трьох спеціальних формах: *припущеної згоди, відкладеної згоди, попередньої згоди* [9, с. 140].

Виходячи з наведеного, правове регулювання відносин при наданні медичної допомоги у невідкладних та екстрених випадках потребує коригування. У зв'язку з чим автором запропоновано викласти п. 5 ст. 284 ЦК України у такій редакції: «5. У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю **повнолітньої дієздатної фізичної особи, медична допомога надається без процедури отримання згоди за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди від самої особи або уповноважених нею осіб та за відсутності документів з попередніх розпоряджень**». Аналогічні зміни запропоновано до абз. 2 ст. 43 Основ: «**Згода повнолітнього дієздатного пацієнта не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи уповноваженої ним особи та за відсутності документів з попередніх розпоряджень пацієнта**».

По-друге, обмеження автономії волі фізичної особи дозволено державою в окремих випадках, які можуть стосуватися захисту 1) публічного інтересу, зокрема, громадського здоров'я та 2) прав та інтересів третіх осіб – фізичних осіб, ненародженої дитини.

Особливою підставою для виникнення правовідносин з надання медичної допомоги відіграє судове рішення. В практиці деяких країн напрацьовано юридичний механізм надання медичної допомоги за відсутності або всупереч волі хворого із дозволу судів. Так, судовий механізм застосовується за специфічних обставин відмови від медичного втручання пацієнтом, що має необхідний обсяг правоздатності та дієздатності. В деяких випадках рішення суду стало підставою для виникнення правовідносин з надання медичної допомоги за відсутності або всупереч волі пацієнта або законних представників, але в інтересі хворого або з метою запобігання шкоди для його життя та здоров'я. Наприклад, у випадку з М. В. Місс госпіталь звернувся до суду за дозволом провести операцію кесарів розтин. Суддя першої інстанції (пізно ввечері) та апеляційний суд (пізно вночі) винесли рішення та дозволили проведення термінової операції кесарів розтин без згоди жінки в її інтересі та в інтересі плоду. Апеляційний суд мотивував законність рішення такими аргументами: жінка мала тимчасову втрату дієздатності внаслідок сукупності факторів – нервового шоку, страху, болю та дії ліків. Одночасно судом було дозволено застосування розумної сили до жінки з метою лікування (Re M.V. (Medical Treatment) Court of Appeal: Butler-Sloss, Saville and Ward L. JJ.; [1997] 2 F.L.R. 426).

Це нова категорія справ, яким притаманні зовсім інакші форми позовів, процедури та рішень (актів), які ще не відомі вітчизняній практиці. В Україні у зв'язку з обставинами відмови від медичної допомоги, коли така відмова може призвести до важких для хворого наслідків, не передбачено можливості для лікувального закладу звернутися до суду. В реаліях нашого життя, за умови категоричної відмови пацієнта останнього або відпускають, або примусово лікують. Обидва варіанти подій часто відбуваються із серйозними порушеннями особистих немайнових прав пацієнта і діючого законодавства.

По-третє, існують спеціальні правові режими надання згоди для окремих суб'єктів приватних відносин у сфері надання медичної допомоги. Це – суб'єкти з вадами волі та волевиявлення; суб'єкти з позбавленням (обмеженням) свободи.

Отже, спірна норма українського законодавства про надання невідкладної медичної допомоги без згоди пацієнта суперечить основам сучасного розуміння прав людини на недоторканність, цілісність, самовизначення, повагу до гідності та

виправдовує насильницькі дії та методи втручання. Інша річ, що правовий алгоритм прийняття рішень щодо медичного втручання у невідкладних ситуаціях є особливим, а в його основі лежить мета прийняття повноцінного рішення, що не суперечить волевиявленню пацієнта.

Пацієнти в клінічних умовах невідкладного медичного втручання, обтяжених втратою свідомості, є уразливими суб'єктами правовідносин з приводу надання згоди на лікування та потребують додаткових засобів для захисту своїх прав. Нездатність пацієнта до волевиявлення (тимчасова, тривала або незворотна) стосовно форм і способів медичного втручання, що можуть бути застосовані щодо нього, становить специфічну проблему медичної сфери, яка потребує правового вирішення та супроводження і в Україні. Хоча право на особисті переваги щодо лікування є складовою сучасного інституту прав людини, українське законодавство фактично не пристосоване до ситуацій, коли пацієнт не в змозі дати згоду через тимчасову або тривалу неспроможність внаслідок хвороби, немає юридичних механізмів реалізації попереднього вибору пацієнта на випадок втрати його дієздатності. Як справедливо зазначає С. Г. Стеценко, «в Україні на законодавчому рівні не визначено, хто вирішуватиме питання про проведення [медичного втручання] на користь особи у таких умовах» [199]. Слід зауважити, що за умови розроблення цивільно-правового механізму прийняття рішень в указаних клінічних та правових ситуаціях значно звужується поле для свавілля та прийняття неадекватних рішень, які суперечать волі непритомного пацієнта.

Зокрема, механізм прийняття рішень у невідкладних ситуаціях, обтяжених втратою свідомості пацієнта, пропонується у «Декларації про права пацієнта» Всесвітньої медичної асоціації (WMA): «Якщо хворий перебуває у непритомному стані або з інших причин не може висловити свою волю: 1) інформована згода має бути отримана, коли це можливо, від легально уповноваженого представника; 2) якщо легально уповноваженого представника немає, але медичне втручання ургентно необхідне, згода хворого може бути припущена, допоки вона не очевидна, на основі попереднього твердого вираження хворого або переконаності в тому, що він/вона не відмовиться надати згоду на втручання в цій ситуації»; 3) головними критеріями, які будуть використовуватись для рішень щодо лікування для

недієздатного хворого, є його побажання, якщо вони відомі, побажання можуть бути знайдені у попередніх директивах або, можливо, були доведені до призначеного замісного приймача рішення, лікаря або іншого члена медичної групи; 4) коли уподобання недієздатного хворого невідомі, рішення щодо лікування мають бути засновані на найкращому інтересі хворого. Найкращий інтерес хворого характеризується такими індикаторами: а) діагноз і прогноз захворювання; б) відомі цінності хворого; в) інформація, отримана від осіб, які мають важливе значення в житті хворого; г) аспекти культури та релігії хворого, які будуть впливати на рішення щодо лікування. Цей підхід є менш певним, ніж у випадку, якщо хворий залишив особливі інструкції з приводу лікування, але дозволить зробити висновок, який у світлі інших виборів зробив би хворий [105, с. 51].

У «Декларації про права пацієнта» Світового лікарського товариства також пропонується легалізувати та стандартизувати інститут замісного приймача рішень щодо медичного обслуговування, який є реальною альтернативою лікарського патерналізму. Закони деяких країн встановлюють відповідних замісних приймачів рішення у низхідному порядку: представник, уповноважений пацієнтом; чоловік або дружина; дорослі діти; брати і сестри (тощо). Лікарі приймають рішення за хворих лише тоді, коли призначений замісник не може бути знайдений, як це буває, наприклад, у надзвичайних ситуаціях. Принципи і процедури для інформованої згоди так само застосовуються щодо замісного суб'єкта прийняття рішення, як і до хворих, які приймають власні рішення.

Для ситуацій, коли пацієнт не має можливості висловити свої побажання з причини наявності пороків волі або волевиявлення, не повинно бути автоматизму в прийнятті патерналістських рішень з ігноруванням відомих побажань пацієнта. У сучасному цивілізованому світі існують юридичні засоби для прийняття рішень щодо вибору методів лікування людини, зокрема, за відсутності волевиявлення та невідкладності медичного втручання. Це – інститути попередніх розпоряджень пацієнта на майбутнє, представництва пацієнта за довіреністю та завчасне волевиявлення щодо методів медичного втручання на майбутнє.

Саме для таких випадків призначений інститут попереднього волевиявлення щодо лікування та догляду, який є фактично невідомим в Україні. Але така форма

волевиявлення є важливою з тієї точки зору, що в ургентних випадках, обтяжених втратою свідомості, за загальним правилом, діє принцип мовчазної згоди пацієнта. Сучасним юридичним інструментом захисту прав таких хворих є інститут завчасного планування лікування, який докладно розглядається у Розділі 5 даної праці.

У світлі сучасних європейських стандартів стосовно автономії, гідності та індивідуальності пацієнта завчасно висловлені побажання є важливим інструментом захисту прав некомпетентних пацієнтів. На даний момент єдиною європейською правовою основою з даного питання є ст. 9 Конвенції Ов'єдо. Відповідно до неї: «якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше». Ця норма має велике значення, оскільки втілює в собі перші значні зусилля, що вчиняються європейськими структурами для створення обов'язкових правових рамок, що стосуються просування попередніх документів з охорони здоров'я. Тим не менш, залишається досить невизначеною юридична сила таких документів. Положення ст. 9, згідно з яким раніше висловлені побажання «мають враховуватися (або взяті до уваги)» є особливо проблематичним. З одного боку, це положення не передбачає будь-яких чітких вказівок, якою мірою і за яких умов завчасні директиви мають бути дійсно «враховані», якою є справжня корисність розробки таких документів. З іншого – створюється враження, що в розумінні укладачів Конвенції Ов'єдо лікарі не можуть діяти довільно, тобто вони повинні мати вагомі причини не брати до уваги законні побажання пацієнта, виражені у попередніх директивах [200, с. 80–88].

Отже, основна проблема в тому, що цей основний принцип врахування завчасно висловлених медичних побажань не був чітко прописаний в самій Конвенції, в ній немає будь-якої вказівки відносно того, які причини можуть дійсно дати медичним працівникам законні підстави для того, аби не підпорядкуватись розпорядженням пацієнтів. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ов'єдо, метою якої є неофіційне тлумачення основних положень, також не усуває неоднозначності ст. 9. Але, що важливо, у п. 60–62 даного документа зацентровано увагу на тому, що засобами правового впливу необхідно «охопити ті випадки, коли дієздатні особи завчасно виражають схвалення або відмову у зв'язку із ситуаціями відносно

медичних втручань, які можна передбачити». За тлумаченням Пояснювальної доповіді, ст. 9 Конвенції Ов'єдо передбачає: якщо людина завчасно висловила свої побажання, їх слід «брати до уваги, враховувати». Але вираз «враховувати» «не означає, що потрібно обов'язково слідувати раніше висловленим побажанням».

Так, у Пояснювальній доповіді надаються два приклади, щоб проілюструвати, чому в деяких обставинах лікар, можливо, має поважні причини не слідувати побажанням пацієнта, зокрема на тій підставі, що вони не застосовуються більше в ситуації, що склалася: а) коли документи були складені задовго до втручання; б) коли у медичних технологіях було зроблено істотні зміни з тих пір, як були підписані попередні директиви, і можна розумно припустити, що в нинішніх обставинах воля пацієнта була б іншою.

Наразі в Раді Європи на порядку денному стоїть розроблення спільних європейських юридичних стандартів (навіть планується включити їх до додаткового протоколу до Конвенції Ов'єдо), зокрема, відносно вирішення двох важливих проблемних питань стосовно правового статусу документів з попередніх медичних розпоряджень. Перше стосується того, якими повинні бути мінімальні законні вимоги для легітимації попередніх розпоряджень, зокрема, вимоги щодо правоздатності, дієздатності, свободи вибору людини в момент складання документа; критерії некомпетентності особи на час виконання; обов'язкові передумови щодо відсутності судових анулювань (відклику); необхідності попередньої консультації з медичним працівником тощо. Друга не менш важлива проблема стосується вирішення правових аспектів вибору належних юридичних критеріїв для чинності попередніх медичних розпоряджень. Іншими словами, йдеться про визначення в юридичних термінах виразу «враховувати», який вжито у тексті ст. 9 Конвенції Ов'єдо. Розв'язання даних проблем, з одного боку, надасть законне право пацієнтам вчиняти відповідні законні правочини, з іншого, забезпечать кореспондуючий юридичний обов'язок для медичних працівників виконувати такі розпорядження або чіткі алгоритми та критерії для невиконання переваг пацієнтів. Серед причин, що дають лікарям право не брати до уваги заздалегідь складені директиви, можуть бути такі: воля пацієнта протизаконна; документ було написано за багато років до часу його виконання; за цей період було досягнуто значних успіхів у галузі медичних наук, які

мають відношення саме до предмета попередніх вказівок; існують інші вагомі причини, з яких можна зробити висновок, що пацієнт дотримувався б іншої точки зору, якби він мав адекватне розуміння нових (поточних) умов.

У багатьох сучасних країнах документи з попередніх розпоряджень певною мірою викликають дискусії та заперечення саме в аспекті можливої відмови пацієнта від лікування, що є необхідним для збереження життя або попередження істотної шкоди здоров'ю. Але не слід забувати, що сучасна етична парадигма взаємовідносин суб'єктів сфери надання медичної допомоги на засадах західноєвропейського концепту приватного права ґрунтується на тих положеннях, що, по-перше, центром всіх дій і відносин у медичній сфері є пацієнт та, відповідно, його головне право як людини на самовизначення – право вирішувати, що саме будуть робити з його тілом, по-друге, головним завданням медичної установи і лікарів не є вилікування за будь-яку ціну, адже лікар, перш за все, має враховувати, що вступає у правові та етичні відносини із моральним суб'єктом права, то ж зобов'язаний поважати погляди пацієнта.

Майже всі лікарі стикаються тією або іншою мірою з відмовами пацієнтів за тих або інших обставин та причин. Багато хто з них вважає відмови буденною та невід'ємною частиною своєї професійної роботи, адже пацієнти з різних міркувань відмовляються від антибіотиків, оперативних втручань, інвазивних та болісних процедур. Наприклад, деякі хворі на рак свідомо відмовляються від хіміотерапії або радикального видалення органу, інші – від штучної вентиляції легенів, не бажаючи установки інтубаційної трубки, при цьому підставами для відмови слугують різні раціональні або емоційні мотиви. В даному контексті слід розглядати намагання дедалі більшої кількості пацієнтів свідомо уникнути певного лікування з особистих переконань. Іноді такі міркування пацієнтів знаходять розуміння у медичного персоналу, інші – можуть не викликати згоди, але формально юридично між першою категорією відмов пацієнтів (погодженими з персоналом) і другою (що трактуються лікарями як помилкові з точки зору стандартів та протоколів лікування) немає суттєвої різниці. Адже згода повнолітнього дієздатного пацієнта є умовою правомірності будь-якого медичного втручання, а відмова пацієнта, якими б міркуваннями її не було обґрунтовано, є межею для надання правомірної медичної допомоги.

У світлі наведених міркувань автором подано проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги», метою прийняття якого заявлено: усунення колізій у різних законодавчих актах та узгодження існуючого нормативного регулювання прав фізичних осіб при наданні медичної допомоги на єдиних засадах європейського приватного права; регламентація прав фізичних осіб, передбачених міжнародно-правовими стандартами: права пацієнта на віжмовк від надання медичної допомоги, на врахування попередніх розпоряджень, права лікаря на відмову від надання медичної допомоги з особистих переконань. Законопроектом передбачено зміни до низки статей ЦК України, Основ щодо регулювання *прав повнолітніх дієздатних фізичних осіб на згоду та відмову при наданні медичної допомоги, на складання попередніх розпоряджень* (Додаток 5).

3.2. Правові умови та межі автономії лікаря у сфері надання медичної допомоги

Правове регулювання приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах вільного волевиявлення, диспозитивності та рівності передбачає нормативне закріплення правомірних проявів приватного розсуду з боку лікаря. У ст. 284 ЦК України передбачено, що фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій. У ст. 43 Основ закріплено, що лікар має право відмовитися від подальшого ведення пацієнта.

Правовий статус лікуючого лікаря, дільничного лікаря утворюється складним комплексом правовідносин (цивільних; адміністративних; трудових; пов'язаних із обов'язковим та добровільним медичним страхуванням), в яких лікар перебуває одночасно. Центральне місце у правовому статусі лікаря займають цивільні правовідносини між пацієнтом та медичною організацією, всередині яких відбувається взаємодія між лікарем та пацієнтом з приводу надання останньому медичної допомоги. Як переконливо доводить у своєму дисертаційному дослідженні Т. Белоколодова, вказані особливості надають змогу вести мову про спеціальний

елемент правового статусу лікуючого лікаря – наявність передбаченої законом лікарської дискреції, яка полягає у здійсненні ним комплексної діяльності з «кооперації медичних працівників навколо конкретного пацієнта, лікування якого він здійснює» [201, с. 156]. Можливість та необхідність лікарської дискреції пов'язані зі спеціальними ознаками лікарської діяльності, яка здійснюється в умовах суттєвої невизначеності (щодо індивідуальних особливостей організму пацієнта; наявних ресурсів тощо) та «передбачає необхідність творчого підходу до надання медичної допомоги» [201, с. 126).

Лікарська дискреція як елемент правового статусу лікаря може бути визначеною як *автономія та незалежність лікаря при здійсненні ним на власний розсуд певного кола повноважень, спрямованих на надання медичної допомоги пацієнту* [9, с. 113]. Особливості поєднання у діяльності лікаря як його професійних, так й трудових обов'язків, які підкорені досягненню єдиної меті – надання якісної медичної допомоги пацієнту, передбачають не тільки самостійне лікування пацієнта, а й організацію своєчасного кваліфікованого обстеження, консультування вузьких спеціалістів, скликання консилиуму. При цьому остаточне рішення щодо встановлення діагнозу, формування клінічного рішення, врахування висновків консультантів відноситься до виключної компетенції лікуючого лікаря.

Приватноправова ініціатива та автономія вибору лікаря може у законний спосіб проявлятися у суворо визначених межах, що пов'язано із особливим регламентним характером медичної діяльності, яка регулюється не тільки правовими нормами, а і спеціальними стандартами професійної діяльності. З огляду на цю важливу обставину доцільно розглянути правову можливість для автономії вибору лікаря у доктрині та нормативній частині цивільного права України у таких двох аспектах: автономія лікаря щодо формування клінічних рекомендацій, на основі яких пацієнт прийматиме рішення про вибір методів лікування; автономія лікаря щодо відмови від ведення пацієнта.

Поширеною є наукова позиція, що роль лікаря у сучасній системі доказової медицини є незначною, майже факультативною, адже у стандартах надання медичної допомоги майже усі кроки мислення та дій лікаря прописані у категоріях суворо визначеного алгоритму. Певною мірою в оману щодо реальної ролі

технологій доказової медицини та їхнього місця у клінічному рішенні лікаря вводить англomовна фраза «evidence based medicine», яка дослівно перекладається як «медицина, що заснована на фактах». Вибір терміна «технології доказової медицини» у деяких мовах, в тому числі і в українській, певною мірою змінює смисл вихідного поняття, зокрема, підкреслює, начебто бездоганність нової практики прийняття клінічних рішень, тобто їхню самодостатність та імперативність, які майже не залишають місця для приватної ініціативи лікаря.

Тому доцільно дослідити та визначити, яким є місце технологій доказової медицини у клінічному рішенні лікаря та якою мірою в межах існуючих міжнародних та національних стандартів надання медичної допомоги можлива правова автономія лікаря, тобто формування лікарем клінічного рішення на засадах вільного волевиявлення та диспозитивності [9, с. 113–118]. Як закріплено у Декларації з питань доказової медичної практики (Сицилія, 2003 р.), прийняття рішень у клінічній практиці є завершальним етапом у процесі, який включає в себе клінічне мислення, рішення проблеми та урахування специфіки ситуації, особливостей хворого. При цьому застосування науково обґрунтованих принципів має здатність та завдання знизити рівень невизначеності у процесі прийняття рішення завдяки застосуванню знань, отриманих на основі достовірної медичної інформації. Тому, як підсумовується у документі, «усі фахівці системи охорони здоров'я повинні володіти принципами доказової медицини, вміти співвідносити їх із практичною діяльністю, втілювати науково обґрунтовані принципи в систему охорони здоров'я та критично ставитися до своєї діяльності та наукової інформації [128].

Як зазначає щодо ролі доказової медицини К. Воробйов, «головним завданням ДМ є визначення ступеня придатності опублікованих даних для використання біля ліжка конкретного хворого» [126, с. 16]. Це пов'язано із низкою чинників, які тягнуть за собою вихідну обмеженість технологій доказової медицини, що передбачає творче та вибіркоче використання наукових даних при розгляді їх застосування до конкретних клінічних випадків. Клінічне рішення лікаря перекладається на юридичну мову цивільного законодавства України як «метод лікування відповідно до рекомендацій лікаря». Визнано, що під клінічним рішенням

мається на увазі «вибір лікарем діагностичних та лікувальних заходів для надання медичної допомоги конкретному пацієнту, який характеризується певними конституціональними та анамнестичними характеристиками, набором клінічних ознак захворювання, має власні переваги та обмежені можливості» [202]. В ідеальній моделі прийняття клінічного рішення уся діяльність лікаря спрямована на збір інформації та її надання пацієнту у прийнятному для нього вигляді. Безумовно, вагому частину у цьому процесі мають якісні клінічні рекомендації та нова наукова інформація, що стосується до аналогічних випадків. Ця інформація визначає вектор майбутнього клінічного рішення. Незважаючи на те, що технології доказової медицини є на теперішній час основою для організації моделей охорони здоров'я більшості розвинених країн, в тому числі і в Україні, реальна ситуація є такою, що при прийнятті клінічного рішення лікар спирається на цілу низку інших чинників.

Усі істотні чинники, які мають безпосередній вплив на той чи інший вибір лікаря рекомендованого методу лікування, або тактики ведення пацієнта можуть бути об'єднані у групи факторів. Узагальнена модель процесу формування клінічного рішення та вибору на його основі методу лікування, що запропонована К. Воробйовим [202], включає такі складові факторів: наявне знання; рівень медичного забезпечення; етичний компонент; переваги пацієнта. Усі вказані рівні самі по собі є складними системами, що поєднують інші, не менш складні елементи, та у своєрідний спосіб накладають відбиток або детермінують кожен унікальний випадок прийняття клінічного рішення.

Так елемент інформації та знань (рівень власне технологій доказової медицини), включає: експліцитне знання виражене у наявних на даний момент клінічних рекомендаціях, застосовних до даного випадку; експліцитне знання, що міститься у нових результатах клінічних досліджень, які ще не формалізовані у нормативні документи; імпліцитне знання лікаря. Інтеграція експліцитного знання з фундаментальних медичних наук, вивчення наявної інформації у сфері конкретного клінічного випадку та індивідуального клінічного досвіду фахівця – все це і не тільки формує певні суб'єктивні позиції у процесі прийняття клінічного рішення.

Щодо наявного експліцитного знання, то будь-які клінічні рекомендації на момент їх прийняття вже мають певний ступінь недосконалості, адже не можуть

врахувати ще не узагальнені дослідження. Відповідно до принципів доказової медицини клінічні рекомендації повинні мати щорічне поновлення на основі нових досліджень. Насправді це дуже складне та трудомістке завдання, яке потребує безперервної роботи та значних технічних та фінансових витрат. З цієї причини стандарти лікування не можуть претендувати на охоплення всієї сукупності клінічних ситуацій, тому лікар зобов'язаний критично оцінювати той чи інший стандарт лікування.

До того ж цей модельний алгоритм формування клінічного рішення з урахування останніх досягнень технологій доказової медицини зазнає істотного впливу з боку такого чинника, як фізіологічна система організму хворого, яка ніколи не може бути визначеною до кінця. Людський організм є надзвичайно складною системою, і наявне знання про механізми його функціонування, порушення біологічних, фізіологічних функцій та виникнення хвороб завжди залишається неповним. «Організм людини як високорозвинена система із багаторівневими механізмами регуляції володіє безліччю ступенів свободи, кожна з яких є потенційним джерелом систематичної помилки клінічних досліджень. Конституційні та генетичні особливості організму людини, важкість захворювання, стадія розвитку патологічного процесу, супутні захворювання, особливості способу життя та географія популяції – все це та багато іншого є факторами, які можуть змінити відповідь на лікувальний фактор» [203, с. 17]. Відповідно, ніколи немає визначеності стовно того, яким буде реальний ефект від раціонально обґрунтованого медичного втручання.

Х. Р. Вульф наводить наочний приклад такого невідомого впливу раціонального лікування, підтверджуючи, що лікар, який призначає те чи інше лікування, ніколи не знає із впевненістю, що відбуватиметься в організмі, коли воно не буде призначено: «до 50-х років ХХ століття хворим на дихальну недостатність, обумовлену хронічним захворюванням легенів, призначали кисневу терапію газовими сумішами із високим змістом кисню. Таке лікування вважалося раціональним, про небезпеку наркотизуючої дії діоксиду вуглецю нічого не було відомо, тому, коли хворі помирали, ніхто не розумів, що фактично до смерті призводило лікування» [127, с. 17–18].

Така перманентна недосконалість даних, отриманих у ході клінічних досліджень та втілених у клінічні рекомендації, обумовлена самою природою рандомізованих випробувань, в яких зафіксований значущий позитивний ефект певного втручання, означає лише те, що у середньому значенні одне втручання є більш ефективним, ніж інше. Втім лікарю доводиться мати справу із конкретним випадком, і він кожного разу має задаватися питанням, чи можна і якою мірою поширювати результати, отримані у клінічному дослідженні, або мета-аналізі, на даний конкретний випадок, чи припустимо рахувати даного пацієнта як «середнього». Крім того, хвороба – це не тільки порушення функцій організму, а ще й суб'єктивні відчуття пацієнта, викликані цим порушенням, а також інтерпретація ним цих хворобливих проявів. Тому лікар – не просто дослідник та фахівець, який спирається на власні спостереження, а й людина, що діє із урахуванням емпатії.

Таку позицію висловлює доктор медицини, професор Медичного центру Джорджтаунського університету Jay Siwek, який у редакційній статті «Доказова медицина: загальні помилки, бар'єри та практичні рішення» вересневого за 2018 рік номера журналу «Американський сімейний лікар» зазначає: «Доказова медицина не є догматичною «кулінарною» медициною. Замість цього вона спирається на досвід добросовісного клініциста у його співпраці із пацієнтом. Клініцист має орієнтуватися у морі інформації та вирішувати, яким чином її у найкращий спосіб застосувати до конкретного пацієнта. А пацієнт, дедалі більше інформований про усі види доказів, має право, навіть обов'язок, брати участь у спільному прийнятті рішень, особливо відносно рішень з високими ставками, рішень, орієнтованих на цінності, та рішень, в яких присутні декілька аналогічних ефективних варіантів. Іноді пацієнти свідомо заперечують проти того, що вважає кращим лікар, і замість цього обирають те, що є кращим з їх точки зору, ґрунтуючись на тому, як саме вони оцінюють конкретні вигоди та шкоду» [129, р. 343–344]. Стосовно відношення лікаря до різноманітних клінічних інструментів доказової медицини, Jay Siwek дає пораду: «адаптуйте рекомендації до пацієнта та практикуйте спільне прийняття рішень, щоб допомогти пацієнтам обрати розумні та ефективні варіанти».

Таким чином, професійна діяльність лікаря, спрямована на формування клінічного рішення, як було доведено, не є механічним пристосуванням існуючих

клінічних елементів методології доказової медицини до окремого клінічного випадку. Саме така основна ідея простежується у нечисленних нормативних документах, що стосуються впровадження та застосування методології доказової медицини. У Рекомендації Res (2001) 13 Комітету міністрів урядам держав-членів щодо розробки методології для розробки настанов з найкращої медичної практики [204] зазначено, що настанови є лише одним із інструментів підвищення якості та відповідності медичних послуг і, отже, не повинні ні служити в якості заміни для клінічної оцінки, ні замінити професійну відповідальність постачальників послуг чи переваги пацієнтів. У зв'язку з існуючою особливістю нормативних актів зі стандартизації надання медичної допомоги Комітет міністрів рекомендує урядам держав-членів: розробити послідовну і всеосяжну концепцію національної політики, яка гарантує, що настанови реалізуються у відповідній манері і що їх вплив на клінічні процеси та результати, а також правові наслідки стосовно пацієнта і тих, хто надає медичну допомогу, контролюються.

Про це, зокрема, було заявлено в Єреванській Декларації про послідовне просування принципів доказової медицини, прийнятої на міжнародній конференції «Доказова медицина у Вірменії: міфи та реальність», що відбулася 18–20 жовтня 2012 року в Єревані: «Згідно з сучасною моделлю прийняття клінічного рішення компетентність лікаря визначається не тільки знанням механізмів захворювання та клінічним досвідом, але також вмінням оцінювати та використовувати на практиці наукову інформацію, що друкується у рецензованих медичних виданнях» [205].

В п. 3.2 Етичного кодексу лікаря України для лікаря передбачено певний рівень диспозитивності приватного розсуду: «з урахуванням особливостей захворювання використовувати методи профілактики, діагностики і лікування, які вважає найбільш ефективними в кожному конкретному випадку, виходячи з інтересів хворого». Також у ситуаціях «надання допомоги хворому, за обставин, які не передбачені законодавством, нормативними актами і посадовими інструкціями, лікар зобов'язаний діяти на власний розсуд, при цьому враховувати, насамперед, інтереси хворого, принципи лікарської етики і моралі».

Таким чином, сучасні клінічні настанови (рекомендації, протоколи) – це узагальнені рекомендації щодо діагностики та лікування, узгоджені із

найсучаснішими досягненнями доказової медицини, і як такі вони змінюються та доповнюються разом зі змінами, що відбуваються на підставі нових наукових досягнень. Вказані клінічні інструменти покликані адаптувати найкращі зразки доказової медицини до потреб та переваг конкретного пацієнта, то ж їхнє основне завдання – допомогти лікарю. Втім прийняття клінічного рішення ґрунтується на клінічному судженні сумлінного та освіченого лікаря, який оцінює наукові докази та інформацію у світлі наявних ресурсів та унікальних обставин даного клінічного випадку. Тому клінічні рекомендації не замінюють ролі лікаря, але створюють своєрідний коридор, в якому відбувається клінічне мислення та обрання рекомендованого пацієнту методу лікування [9, с. 118].

Результати проведеного дослідження щодо сутності сучасних технологій доказової медицини, провідної ролі лікаря у прийнятті клінічного рішення в контексті зростання нормативної ваги приватноправового сегменту у регулюванні відносин із застосування медико-технологічних документів, надають змогу зробити висновок, що з часом дедалі помітніше проявлятиметься тенденція посилення правомірної ініціативності учасників відносин. Цей висновок наразі отримав несподіване підтвердження на фоні новітніх викликів світового значення, пов'язаних із загрозами як для індивідуального, так і громадського здоров'я, які несе поширення гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2. Наказом МОЗ України від 02.04.2020 № 762 було затверджено протокол «Надання медичної допомоги для лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)» [134]. Текстовий аналіз документу надає змогу підтвердити, що лікування нового та невивченого захворювання значною мірою віддане на розсуд лікаря з урахуванням наданих у протоколі рекомендацій. Про рамковий характер протоколу та відсутність жорстких алгоритмів свідчить рясне застосування застережень стосовно рекомендованих лікарських засобів: «тільки в умовах клінічного дослідження», «станом на 31.03.2020 наявні публікації щодо відсутності переваг ефективності застосування зазначеного лікарського засобу, порівняно із підтримуючою терапією», «на розгляд лікаря», «призначення лікарських засобів здійснюється з урахуванням індивідуального перебігу захворювання, супутньої патології та наявності протипоказань та за умови отримання інформованої згоди».

Як наочно продемонстрував досвід епідемічної небезпеки, в умовах надзвичайної потреби та браку часу і ресурсів очікувано превалюватиме експериментальне лікування та застосування лікарських засобів із недоведеною ефективністю. З огляду на це, очевидно, що в етико-правовій моделі регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, в тому числі щодо застосування медико-технологічних документів, об'єктивно відбуватиметься зсув парадигми правового регулювання у бік посилення ролі приватної дискреції лікаря, який потребуватиме у нових умовах не тільки традиційних компетенцій – фундаментальних знань, здатності до швидкого навчання, але й таких нових, як феноменальна професійна інтуїція, здатність до прийняття нестандартних ризикованих рішень в умовах браку визначеності. Саме така договірна модель регулювання особистих немайнових відносин у нових умовах здатна виконати історичну роль – втримати систему надання медичної допомоги у придатному для сучасних викликів стані.

Право лікаря на припинення правовідносин з пацієнтом може бути реалізовано ним шляхом одностороннього розірвання Декларації про вибір лікаря. Згідно з нормою ст. 34 Основ «лікар має право відмовитися від подальшого ведення пацієнта, якщо останній не виконує медичних приписів або правил внутрішнього розпорядку закладу охорони здоров'я, за умови, що це не загрожуватиме життю хворого і здоров'ю населення. Лікар не несе відповідальності за здоров'я хворого в разі відмови останнього від медичних приписів або порушення пацієнтом встановленого для нього режиму».

Аналогічно, у п. 3.4 Етичного кодексу лікаря України від 27.09.2009 р. містяться такі положення стосовно виправданої поведінки лікаря: за винятком випадків невідкладної допомоги, лікар має право відмовитися від лікування хворого, якщо впевнений, що між ним і пацієнтом відсутня необхідна взаємна довіра, коли відчуває себе недостатньо компетентним або не має у своєму розпорядженні необхідних для проведення лікування можливостей та в інших випадках, якщо це не суперечить Клятві лікаря України. У цій ситуації лікар повинен вжити всіх заходів щодо інформування про це хворого та надати йому відповідні рекомендації. Таке одностороннє волевиявлення лікаря щодо відмови від пацієнта є правомірним у

випадках невиконання пацієнтом медичних приписів або порушення правил внутрішнього розпорядку закладу охорони здоров'я, зокрема, у разі зухвалого ставлення пацієнта до особи лікаря, свідоме порушення ним норм етики відносин тощо. У такому випадку лікар може заявити про відмову від подальшого ведення пацієнта та вдатися до порядку дій, вказаному у Наказі МОЗ «Про затвердження Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу» від 19.03.2018 № 503. Зокрема, відповідно до п. 8. Розділу IV «Припинення та тимчасове призупинення дії Декларації» підставами для припинення Декларації є подання заяви лікарем, який надає первинну медико-санітарну допомогу, про відмову від подальшого ведення пацієнта у зв'язку з тим, що пацієнт не виконує медичних приписів або правил внутрішнього розпорядку надавача медичних послуг. Важливо врахувати, що припинення та призупинення дії Декларації не є підставою для ненадання безперервної та безоплатної медичної допомоги пацієнтам, які перебувають у невідкладному стані, у державних і комунальних закладах охорони здоров'я.

Така відмова є мірою вияву лікарської дискреції, тому вона вимагає дотримання визначеного алгоритму фактичних та правових дій. Лікарю необхідно документально зафіксувати факти порушення правил внутрішнього розпорядку медичного закладу або недотримання приписів лікаря, оформити акт за підписами принаймні двох осіб у якості свідків; подати заяву про відмову. Хоча форму такої заяви нормативно не визначено, її можна скласти у довільній формі та подати головному лікарю закладу разом із документами, що фіксують та підтверджують підстави для законної відмови від ведення пацієнта.

Згідно з п. 26 Постанови Кабінету Міністрів «Деякі питання електронної системи охорони здоров'я» від 25.04.2018 № 411[206] протягом трьох робочих днів уповноважені працівники медичної інформаційної систем мають перевірити заяву та внести до центральної бази даних запрошувані зміни. Після чого надавач первинної медичної допомоги повинен протягом одного місяця з дати припинення Декларації про вибір лікаря повідомити про це пацієнта (його законного представника) за допомогою бажаного способу зв'язку, зазначеного у Декларації такого пацієнта.

Право лікаря на відмову від ведення пацієнта з міркувань совісті як прояв автономії лікаря має свої особливості у європейському концепті приватного права, доктрині на нормативній частині цивільно-правового регулювання особистих немайнових відносин.

Подвійний правовий статус лікаря передбачає, що з одного боку, він є працівником закладу охорони здоров'я (або фізичною особою – підприємцем) та виконує свої трудові та професійні обов'язки, то ж є, по суті, зобов'язаною особою. З іншого боку, лікар є фізичною особою, їй належать усі права людини, суб'єктивні цивільні права, у тому числі, особисті немайнові права на повагу до гідності, на індивідуальність, релігійні переконання. Отже, можна стверджувати, що лікар у процесі виконання своїх професійних обов'язків є учасником особистих немайнових відносин, але з приводу здійснення прав пацієнта. Тому, будучи представником юридичної особи надавача медичної допомоги, яка є учасником цивільних відносин із пацієнтом (або суб'єктом господарювання), *лікар може реалізовувати свою особисту автономію шляхом здійснення своїх особистих немайнових прав.* Одним з таких особистих немайнових прав лікаря як людини та фізичної особи є *право на відмову від ведення пацієнта з міркувань совісті*, яке випливає з фундаментального права людини на свободу релігії, совісті та думки, а також з обов'язку держави поважати це право.

Проблема заперечення лікаря з міркувань совісті в рамках надання законної медичної допомоги пов'язана із ситуаціями, коли переконання лікарів стають на заваді їхньої готовності виконувати окремі види медичних втручань. Такі моральні переконання, частіше за все, пов'язані із релігією, яку вони сповідують. Здебільшого практика відмови з міркувань совісті стосується здійснення штучного переривання вагітності, репродуктивних технологій та призупинення життєзабезпечувальних процедур для невиліковних хворих. В Україні наукових досліджень з питань реального стану практики відмови медичного персоналу від надання медичної допомоги з особистих переконань та існуючих проблем правового регулювання такої практики не проводилося за відсутності гостроти ситуації. Але із розвитком релігійної свідомості та зростанням цінності індивідуалізації приватного життя така проблема обов'язково постане. Тому наразі актуальною є постановка

завдання дослідження нового для країни правового інституту, зокрема, теоретичних та прикладних засад правового регулювання відмови лікаря від здійснення абортів з особистих переконань.

Практика заперечення медичних працівників з міркувань совісті є хоча й поширеною у сучасному мультикультурному середовищі, але небезспірною. Її оцінка залежить від різноманітних правових та соціальних чинників в умовах національного культурного контексту. Зокрема, ті, хто виступає проти застосування добросовісного заперечення, стверджують, що совість медичного працівника не повинна впливати на виконання його професійних обов'язків. Якщо медичний працівник не готовий запропонувати ефективне обслуговування пацієнта, оскільки це конфліктує з його моральними переконаннями, то він не повинен працювати в медичній та суміжних сферах. Аргумент на користь врахування міркувань совісті полягає в тому, що медичні працівники мають визнані міжнародною спільнотою права людини, зокрема, право на свободу совісті та особисту автономію.

Так, міжнародними та європейськими правовими стандартами визнане право людини на свободу релігії, совісті та думки, а також обов'язок держави поважати це право. На європейському рівні ст. 9 Європейської конвенції гарантує право на свободу думки, совісті та релігії. Однак це право не є абсолютним та підлягає обмеженням, «що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, для охорони публічного порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб».

Безпосередньо право лікаря на відмову від здійснення абортів закріплено у п. 6 Декларації Всесвітньої медичної асоціації «Про медичний аборт» [207], згідно з яким в тому випадку, «коли особисті переконання не дозволяють лікарю здійснити медичний аборт, він повинен направити пацієнтку до компетентного колеги». Стурбованість міжнародних медичних організацій та органів Ради Європи викликає неврегульованість відповідної практики, а також той факт, що відмова лікарів може становити перешкоду для доступу жінок до законної медичної допомоги. У зв'язку із цим актуально постає проблема збалансованості прав та обов'язків учасників правовідносин з надання медичної допомоги, зокрема, права на свободу совісті, вимог стосовно відповідальності професії та прав пацієнтів на отримання якісної законної

медичної допомоги. В контексті розв'язання даної проблеми Парламентська асамблея Ради Європи (далі– ПАРЄ) ухвалила Резолюцію «Право на заперечення з міркувань совісті при наданні легальної медичної допомоги» № 1763 (2010) [208]. Цим документом ПАРЄ закликає держави європейської спільноти гарантувати право лікаря на відмову здійснювати аборт, викидень або евтаназію на підставі власних заперечень совісті. У тексті резолюції наголошується: «Жодна особа, лікарня або установа не повинна бути примушена, притягнута до відповідальності або дискримінована в будь-якій формі через відмову від виконання, надання допомоги у здійсненні або проведенні абортів, здійснення викидня у людини або евтаназії чи будь-якої дії, яка може призвести до смерті людського плоду або ембріона, з будь-якої причини». Разом з цим, ПАРЄ вказує на небезпеку, що нерегульоване використання заперечення з міркувань совісті може нерозмірно вплинути на права жінок у сфері надання медичної допомоги – особливо тих, які мають низькі доходи або мешкають у сільській місцевості.

ПАРЄ звертає увагу європейських держав на взяті зобов'язання щодо забезпечення доступу до легальної медичної допомоги та захисту права на здоров'я, а також разом з цим – на зобов'язання щодо забезпечення права на свободу думки, совісті і релігії медичних працівників. З огляду на це, ПАРЄ закликає держави–учасників Ради Європи впровадити чіткі правові правила, що регулюють практику заперечень з міркувань совісті з боку медичних працівників, які одночасно дозволять забезпечити захист і реалізацію прав осіб, які звертаються з метою отримати легальні медичні послуги.

У європейському правовому просторі ведеться робота з легалізації інституту заперечення з міркувань совісті. Більшість країн, що регулюють таку практику, визнають право на лікаря на відмову лише або головним чином в контексті здійснення абортів, оскільки це найбільш поширене медичне втручання, проти якого медичні працівники добросовісно заперечують.

У багатьох державах-членах було прийнято етичні кодекси або закони, що гарантують право на заперечення з міркувань совісті у медичних закладах. Національні суди деяких країн сформували відповідну практику з цього питання. Однак ще багато країн стикаються з проблемами в цій сфері в умовах відсутності

комплексного та ефективного правового регулювання, а також механізмів нагляду та реагування на скарги. Аналіз нормативних актів та судової практики окремих європейських країн, що здійснено на основі матеріалів доповіді ПАРЄ «Доступ жінок до законної медичної допомоги: проблема неврегульованого обмеження у зв'язку із посиланням на застереження з міркувань совісті» [209], надає змогу виокремити такі правила стосовно практики відмови від здійснення законного абортів [210, с. 50–51].

Заперечення з міркувань совісті застосовується до осіб, але не до організацій. Згідно з європейськими правовими стандартами право на свободу совісті і релігії є індивідуальним правом, надано особам, а не установам, тому такі заклади, як публічні лікарні, не можуть претендувати на це право. Медичні заклади як державні або комунальні структури мають обов'язок надавати законні медичні послуги на умовах доступності і публічності, керівники закладів охорони здоров'я не мають права відмовити у наданні послуг з переривання вагітності.

Право на заперечення з міркувань совісті застосовується до медичних та санітарних працівників, які безпосередньо виконують та обслуговують втручання. Сферу дії застереження з міркувань совісті щодо здійснення абортів стосується тільки участі у здійсненні втручання, тому лікарі не можуть очікувати на звільнення від надання консультацій або виконання підготовчих кроків щодо абортів, який відповідає вимогам законності. У своєму рішенні «Pichon and Sajous v. France» [211] ЄСПЛ доводить, що застосування заперечення з міркувань совісті не є необмеженим. Суд постановив, що фармацевти, які відмовлялися продавати контрацептиви, не мали права нав'язувати свої релігійні переконання іншим. Суд пояснив, що право на свободу релігії, як сфера індивідуальної свідомості, не завжди гарантує право поводитися публічно за канонами своєї віри. Суд заявив, що до тих пір, поки продаж контрацептивних засобів в аптеках є законним, заявители не мали права надавати переваги власним релігійним віруванням та нав'язувати їх іншим як виправдання своєї відмови продавати такі товари.

Право на заперечення не застосовується до виконання супутніх послуг, що надають медичні заклади, наприклад, у разі ускладнень. Медичні працівники зобов'язані завчасно інформувати пацієнтів про будь-які заперечення з міркувань совісті та направляти пацієнтів до іншого виконавця, який має достатні можливості

забезпечити якість медичної допомоги на такому самому рівні. Лікарі, які заперечують проти виконання абортів, мають правовий обов'язок негайно повідомляти про це пацієнтів.

Право на заперечення з міркувань совісті застосовується лише до виконання процедур, а не до надання інформації. Навіть якщо лікар заперечує проти надання певних процедур, він зобов'язаний надати правдиву та безсторонню інформацію про доступні та законні методи, в тому числі ризики, наслідки та альтернативи лікування для того, щоб пацієнт мав можливість зробити інформований вибір. З цією метою лікар зобов'язаний надати необхідні діагностичні послуги, зокрема, обстеження для виявлення дефектів плоду незалежно від того, чи вплинуть результати такого обстеження на рішення пацієнта. Крім того, лікар в будь-якому разі має обов'язок особисто зустрітися з пацієнтом та впевнитися, що він має достатню інформацію про параметри доступного втручання, а також у разі необхідності надати пацієнту друковані матеріали стосовно медичних втручань, проти яких лікар добросовісно заперечує.

Невиконання юридичного обов'язку щодо інформованості хворих може спричинити пагубні наслідки для пацієнтів. Так, у 2003 р. Верховний Суд Великої Британії звинуватив доктора, який внаслідок своїх релігійних переконань не попередив пацієнтку про підвищений ризик для народження дитини із синдромом Дауна та існуючі пренатальні скринінгові діагностики таких аномалій, у недбалому виконанні обов'язків. Суд зазначив, що на підхід лікаря до обов'язку про інформування пацієнтки значно вплинула його віра у католицьку доктрину. Доктор, набожний католик, навмисно запобігав обговорювати із вагітними жінками можливість використання скринінгу для виявлення аномалій плоду. Він запевняв позивачку, що її вік «злегка підвищував» ризик для аномалій плоду. Суд в кінцевому випадку дійшов висновку, що лікар, надавши таку оцінку існуючого ризику, ввів пацієнтку у серйозну оману, враховуючи свідчення експертів про те, що ризик пренатальних аномалій значно збільшується у віці, в якому перебувала позивачка. В результаті ненадання лікарем такої істотної інформації, пацієнтці не було надано можливості зробити відповідальний вибір про подальше виношування вагітності, враховуючи реальний ризик, що дитина може народитися із синдромом Дауна [209].

Право на заперечення не застосовується у випадку невідкладних ситуацій. У невідкладних випадках, лікар, до якого звернувся пацієнт, зобов'язаний надати медичну допомогу незалежно від будь-яких міркувань совісті. Наприклад, лікар має право відмовитися від ведення пацієнта лише в тих випадках, коли пацієнт має реальний доступ до іншого лікаря, який може надати бажане лікування. До того ж перший лікар відповідає за те, щоб пацієнт отримував допомогу у перехідний період. Також фахівці незалежно від їхніх моральних переконань повинні бути готові надати допомогу у разі ускладнень після абортів, які становлять загрозу для здоров'я та життя, оскільки етичним обов'язком лікаря є надання невідкладної медичної допомоги у будь-який час.

Наявність у законодавстві відповідних механізмів нагляду та оскарження відіграють істотну роль в забезпеченні гарантій законності відмови лікаря. Крім того, не можна переоцінити необхідність своєчасних апеляційних процедур, оскільки зволікання через обтяжені судові процедури у вирішенні спорів, пов'язаних із репродуктивним здоров'ям, може спричинити катастрофічні наслідки, такі як смерть або інвалідність. Наприклад, у рішенні «Tysięc v. Poland» [212] Європейський суд з прав людини стверджував, що держави мають обов'язок забезпечити доступ до послуг законної медико-санітарної допомоги та створити механізми оскарження для жінок, які позбавлені такого доступу. В даному випадку пацієнтці було відмовлено у здійсненні абортів, незважаючи на ризики для погіршення зору. В результаті пологів вона стала інвалідом. Суд дійшов висновку, що «позивачці не було надано ефективного механізму, який дозволяв би встановити, чи відповідала її ситуація умовам, за яких дозволено медичний аборт».

Українським законодавством відмова лікаря від здійснення абортів з міркувань совісті прямо не передбачена. Згідно з нормою ст. 34 Основ «лікар має право відмовитися від подальшого ведення пацієнта, якщо останній не виконує медичних приписів або правил внутрішнього розпорядку закладу охорони здоров'я, за умови, що це не загрожуватиме життю хворого і здоров'ю населення. Лікар не несе відповідальності за здоров'я хворого в разі відмови останнього від медичних приписів або порушення пацієнтом встановленого для нього режиму». Отже, відмова лікаря можлива: по-перше, у випадку невиконання пацієнтом медичних

приписів або правил внутрішнього розпорядку закладу охорони здоров'я; по-друге, відмова лікаря від подальшого ведення пацієнта не повинна загрожувати життю хворого та здоров'ю населення.

Незважаючи на відсутність прямої норми, на сьогодні у законодавстві України існують як доктринальні, так і нормативні правові підстави для відмови лікаря від здійснення законного абортів з міркувань совісті. Це такі підстави [213, с. 55–56].

1. Загальні засади цивільного законодавства: неприпустимість свавільного втручання в сферу особистого життя, свобода договору, справедливість, добросовісність, розумність (ст. 3 ЦК України).

2. Право на повагу до гідності і честі (ст. 297 ЦК України).

3. Право та індивідуальність, а також на вільний вибір форм та способів прояву своєї індивідуальності, якщо вони не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства (ст. 300 ЦК України).

4. Право на свободу совісті та релігії, що гарантовано положенням ст. 3 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23.04.1991 р. № 987-ХІІ [214]: «кожному громадянину в Україні гарантується право на свободу совісті. Це право включає свободу мати, приймати і змінювати релігію або переконання за своїм вибором і свободу одноособово чи разом з іншими сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, відправляти релігійні культи, відкрито виражати і вільно поширювати свої релігійні або атеїстичні переконання. Здійснення свободи сповідувати релігію або переконання підлягає лише тим обмеженням, які необхідні для охорони громадської безпеки та порядку, життя, здоров'я і моралі, а також прав і свобод інших громадян, встановлені законом і відповідають міжнародним зобов'язанням України».

Відмова лікаря від здійснення абортів за релігійними переконаннями в широкому контексті може підпадати під дію передбаченого законом права «відкрито виражати» свої релігійні переконання. Також право на «здійснення свободи сповідувати релігію або переконання» можна трактувати в аспекті відмови від дій, які суперечать релігійним переконанням.

5. Також у ст. 38 Основ, в якій закріплено право пацієнта на вільний вибір лікаря, міститься суттєве застереження, що враховує позицію лікаря: «кожен

пацієнт, який досяг чотирнадцяти років і який звернувся за наданням йому медичної допомоги, має право на вільний вибір лікаря, якщо останній може запропонувати свої послуги». Таке застереження може передбачати низку тлумачень стосовно того, з яких саме підстав лікар має право відмовити у наданні медичної допомоги. Хоча, перш за все, тут, очевидно, йдеться про відсутність профільних фахівців або відсутність технологічних можливостей закладу охорони здоров'я. Втім таким широким формулюванням законодавець надав можливість лікарю з деяких інших причин відмовлятися від надання медичних послуг. Зокрема, враховуючи засадничі принципи цивільного законодавства та норми ст. 297 та ст. 300 ЦК України, лікар може спробувати довести, що не має можливості запропонувати свої послуги щодо здійснення абортів, реалізуючи свої передбачені законом суб'єктивні права на свободу релігії, гідність та вільний прояв своєї індивідуальності.

6. У пункті 3 Розділу «Професіонали в галузі лікувальної справи (крім стоматології)» випуску 78 «Охорона здоров'я» Довідника кваліфікаційних характеристик професій працівників, затвердженого наказом МОЗ України від 29.03.2002 р. № 117 [215], міститься вичерпний перелік основних завдань лікаря акушера-гінеколога, до яких не належить штучне переривання вагітності.

7. У пункті 3.4 Етичного кодексу лікаря України від 27.09.2009 р. містяться такі положення стосовно виправданої поведінки лікаря: за винятком випадків невідкладної допомоги, лікар має право відмовитися від лікування хворого, якщо впевнений, що між ним і пацієнтом відсутня необхідна взаємна довіра, коли відчуває себе недостатньо компетентним або не має у своєму розпорядженні необхідних для проведення лікування можливостей та в інших випадках, якщо це не суперечить Клятві лікаря України. У цій ситуації лікар повинен вжити всіх заходів щодо інформування про це хворого та надати йому відповідні рекомендації. Крім того, немає на законодавчому рівні заборони на відмову лікаря від здійснення абортів.

Враховуючи наведені норми та принципи, що діють у вітчизняному законодавстві, відмова від здійснення абортів (за винятком невідкладних випадків) не є протиправним актом. Проте відмова лікаря від здійснення абортів з міркувань совісті вкрай рідко трапляється у вітчизняній медичній практиці. Звісно, стримуючу роль відіграють відсутність правового механізму та загроза відповідальності за ст. 139

«Ненадання допомоги хворому медичним працівником» та ст. 140 «Неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником» Кримінального кодексу України від 05.04.2001 р. №2341-III [216].

Отже, право лікаря на заперечення з міркувань совісті передбачено сучасними правовими та медичними стандартами. Зокрема, міжнародним та європейським правом визнане право людини на свободу релігії, совісті та думки, а також обов'язок держави поважати це право. Українським законодавством юридичне право лікаря на відмову від здійснення абортів з міркувань совісті прямо не передбачено. Хоча на доктринальному рівні окремі положення вітчизняної нормативної бази свідчать на користь права лікаря на відмову від здійснення абортів, все ж така практика в Україні є цілковито нерегульованою. З огляду на вказане існує потреба у розробленні як теоретичних засад, так і юридичних засобів для правового регулювання інституту заперечення з міркувань совісті в рамках надання законної медичної допомоги. Це надасть можливість ефективно гарантувати повагу до прав та інтересів як медичних працівників, так і пацієнтів, які бажають отримати якісну законну медичну допомогу.

З метою запровадження нового інституту авторським законопроектом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги» запропоновано внести такі зміни до ст. 34 Основ, після частини четвертої доповнити статтю новою частиною такого змісту: «Лікар має право відмовитися від здійснення медичного втручання (крім невідкладних ситуацій), що суперечить його переконанням, якщо він попередньо зазначив про це застереження у трудовій угоді (контракті) або у власних локальних актах».

Висновки до Розділу 3.

Правило інформованої добровільної згоди має принципове та доктринальне значення в системі правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги права на засадах вільного волевиявлення, диспозитивності та рівності. Правова автономія фізичної особи під час надання їй медичної допомоги у цивільному праві України (як у доктрині, так і нормативній

частині) ґрунтується на таких законодавчо визначених складових, як право на вибір лікувального закладу, лікаря та методів лікування, право на відмову від медичного втручання. Проте законодавство і правова доктрина України допускають можливість відступу від правила добровільної інформованої згоди пацієнта на медичне втручання у випадку невідкладного стану пацієнта. Правова природа такого відступу пояснюється науковцями як виключення з загального правила або як законодавчі обмеження щодо вільної відмови від лікування. Втім право фізичної особи на згоду на медичне втручання в Україні, є похідним від природних та конституційних прав людини та я таке підлягає обмеженням на спеціальних умовах.

Враховуючи норми-принципи ст. 28 та 29 Конституції України та тлумачення Європейським судом з прав людини меж свободи пацієнта погодитись чи відмовитись від конкретного методу лікування у контексті принципів самовизначення та особистої автономії, сформульовано висновок, що *право повнолітньої дієздатної фізичної особи на згоду при наданні медичної допомоги є абсолютним, воно не може бути обмеженим за жодних міркувань, якщо його реалізація не загрожує правам інших осіб, або публічному порядку.*

Обґрунтовано також, що *особисте немайнове право повнолітньої дієздатної фізичної особи на інформацію про стан її здоров'я належить до абсолютних*, і тому не може бути обмежено медичними працівниками, як це передбачено ст. 285 ЦК України та ст. 39 Основ. Виходячи з принципів особистої автономії, повнолітній дієздатний пацієнт може заявити про своє бажання не отримувати медичну інформацію про себе або уповноважити довірену особу, якій ця інформація повинна надаватися в обсязі, визначеному пацієнтом. На цих підставах надано пропозиції щодо відповідних змін у чинне законодавство.

Аргументовано, що приватноправові відносини при наданні медичної допомоги без процедури отримання згоди від повнолітнього дієздатного пацієнта, доцільно врегулювати за допомогою норм інституту цивільно-правового *зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення*. Повний склад юридичних *фактів*, за наявності яких вступають в силу норми цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення, складається з трьох обов'язкових елементів: стан пацієнта є невідкладним; згода на медичне втручання не може бути надана

особою або її представниками; відсутні документи з попередніх розпоряджень пацієнта. За відсутністю хоча б одного з перелічених юридичних фактів дії медичних працівників з надання медичної допомоги є неправомірними. За такого юридичного складу згода передбачається та отримується відразу, як це тільки стає можливим.

У невідкладному випадку, коли медична допомога надається на підставі повного складу інституту *зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення*, право пацієнта на згоду не обмежується, а набуває трьох спеціальних форм: *передбаченої згоди, відкладеної згоди, попередньої згоди*.

Правове регулювання приватних відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах вільного волевиявлення, диспозитивності та рівності передбачає нормативне закріплення правомірних проявів приватного розсуду з боку фізичної особи лікаря. Правовий статус лікуючого лікаря утворюється складним комплексом правовідносин (цивільних; трудових; пов'язаних із обов'язковим медичним страхуванням тощо), в яких лікар перебуває одночасно. Вказані особливості дозволяють вести мову про спеціальний елемент правового статусу лікуючого лікаря – наявність передбаченої законом лікарської дискреції, можливість та необхідність якої пов'язані із спеціальними ознаками лікарської діяльності, яка здійснюється в умовах правомірного ризику.

Лікарська дискреція як елемент правового статусу лікаря визнається як *автономія та незалежність лікаря при здійсненні ним на власний розсуд певного кола дозволених повноважень, спрямованих на надання медичної допомоги пацієнту*. Особливості поєднання у діяльності лікаря, як його професійних, так й трудових обов'язків, які підкорені досягненню єдиної меті – надання якісної медичної допомоги пацієнту – передбачають не тільки самостійне лікування пацієнта, але й організацію своєчасного кваліфікованого обстеження, консультування вузьких спеціалістів, або скликання консилиуму. При цьому остаточне рішення щодо встановлення діагнозу, формування клінічного рішення, врахування висновків консультантів відноситься до виключної компетенції лікуючого лікаря.

Приватноправова ініціатива та автономія вибору лікаря у доктрині та нормативній частині цивільного права України передбачено у таких двох аспектах:

автономія лікаря щодо формування клінічних рекомендацій, на основі яких пацієнт прийматиме рішення про вибір методів лікування; автономія лікаря щодо відмови від ведення пацієнта у визначених законодавством випадках. Право лікаря на припинення правовідносин з пацієнтом у визначених випадках закріплено нормами ст. 34 Основ. Одностороннє волевиявлення лікаря щодо відмови від пацієнта є правомірним у передбачених випадках невиконання пацієнтом медичних приписів та порушення правил та може бути реалізовано шляхом одностороннього розірвання Декларації про вибір лікаря. Така відмова є мірою вияву лікарської дискреції та вимагає дотримання визначеного алгоритму фактичних та правових дій.

На підставі проведеного аналізу зроблено висновок, що *лікар, будучи представником юридичної особи надавача медичної допомоги, яка є учасником цивільних відносин із пацієнтом, може здійснювати особисті немайнові права.* Адже подвійний правовий статус лікаря передбачає, що з одного боку, він є працівником закладу охорони здоров'я (або фізичною особою – підприємцем) та виконує свої трудові та професійні обов'язки, з іншого, лікар є фізичною особою, яка має суб'єктивні цивільні права, у тому числі, особисті немайнові права на повагу до гідності, на індивідуальність, релігійні переконання.

Ці міркування дозволили зробити висновок про необхідність визнання особистого немайнового права фізичної особи лікаря *на відмову від ведення пацієнта з міркувань совісті*, яке випливає з фундаментального права людини на свободу релігії, совісті та думки, а також з обов'язку держави поважати це право.

Право лікаря на відмову від здійснення певних медичних втручань з міркувань совісті, що є визнаним сучасними європейськими правовими стандартами, українським законодавством прямо не передбачено. Хоча на доктринальному рівні окремі положення вітчизняної нормативної бази слугують меті обґрунтування права лікаря на відмову від здійснення абортів, все ж така практика в Україні є цілковито нерегульованою. З огляду на вказане, доведено необхідність легітимізувати новий для України правовий інститут відмови лікаря від здійснення окремих видів медичних втручань з міркувань совісті та окремі надано авторські міркування, які можуть бути втілені в оновленому цивільному законодавстві. Зокрема, запропоновано додати п. 5 до ст. 34 Основ.

РОЗДІЛ 4

ПРИВАТНОПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ ФІЗИЧНИМ ОСОБАМ, ЯКІ МАЮТЬ ВАДИ ВОЛІ ТА ВОЛЕВІЯВЛЕННЯ

4.1. Особливості приватноправового регулювання особистих немайнових відносин при наданні медичної допомоги неповнолітнім фізичним особам

Неповнолітні є особливими суб'єктами правовідносин в силу того, що представляють ту категорію населення, яка не має достатньої здатності забезпечити та захистити себе самостійно без допомоги дорослих. Це саме стосується й медичної сфери, адже діти, як відомо, на сьогодні стовідсотково є пацієнтами, то ж учасниками відносин з приводу медичного втручання, а методи лікування стають дедалі більш технологічними та агресивними, а іноді й небезпечними для дитячого організму. Ці факти цілком слушно загострюють необхідність правової визначеності у питаннях правового статусу дитини під час надання їй медичної допомоги та отримання добровільної інформованої згоди на медичне втручання в її організм.

Сучасні фундаментальні права людини доктринально походять від усвідомлення та визнання міжнародною спільнотою гідності як приналежної кожній людині соціальної якості. Те саме можна сказати про права дитини: в основі розроблення сучасних концепції та системи прав дітей лежать відповідні уявлення про гідність та цінність дитини. Права дитини у сфері надання медичної допомоги та здійснення медичного втручання розглядаються сьогодні саме в руслі охорони та захисту таких фундаментальних прав людини, як права: на життя, гідність, недоторканність, приватність, охорону здоров'я тощо. Всі ці сучасні права людини, які визнаються такими, що належать будь-якій людській особі від народження та проголошені на найвищому міжнародному рівні у низці найважливіших документів з прав людини, стали фактично юридичними стандартами також для регулювання правовідносин за участю дитини в усіх аспектах її життєдіяльності. Таке концептуальне вирішення питання стосовно правосуб'єктності дитини у сфері надання медичної допомоги має важливе практичне значення, оскільки

несанкціоноване втручання в тіло дитини може за певних обставин порушувати її право на недоторканність, а в окремих випадках бути еквівалентним агресії та поведженню, що принижує гідність. Тому актуальними в контексті заявленої теми є питання: за яких юридичних умов дитина може вважатися правоздатною у сфері надання медичної допомоги, зокрема, щодо вільного волевиявлення та надання згоди або відмови на медичне втручання [217, с 137–138].

Сучасна доктрина правосуб'єктності дитини, в тому числі у медичній сфері, має своїм фундаментом поняття про те, хто є дитиною, коли конкретно починається та завершується дитинство. Хоча дані питання є ключовими у визначенні як реальних можливостей та здатностей дитини, так і її прав та обов'язків, вони є великою мірою дискусійними. Незважаючи на існуючі розходження, які ґрунтуються на етико-релігійній складовій, початок правового статусу дитини за сучасними міжнародно-правовими стандартами встановлено з народження.

Правове визначення завершення періоду дитинства є дуже важливим як з теоретичної, так й з практичної позицій, адже означає набуття повного обсягу правосуб'єктності та незалежність від батьківського контролю. У позиціях різних культур щодо тривалості періоду дитинства спостерігаються значні розходження. Незважаючи на це, укладачам Конвенції про права дитини (ООН, 1989 р.) [218]: у тексті Конвенції дитиною визнається «кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше». Позитивний регулятивний потенціал даного вікового стандарту (18 років) було успішно реалізовано в низці міжнародних договорів, які стосуються окремих аспектів життя дитини. Так, Конвенція про заборону рабства 1956 р. забороняє перевезення з метою експлуатації осіб віком до 18 років, Конвенція про мінімальний вік для прийому на роботу (1973 р.) [219] встановлює межу 18 років як мінімальний вік при прийнятті на будь-яку роботу, яка може становити небезпеку для здоров'я, безпеки або моралі особи.

Зазвичай вказівки на визначений вік мають бути співрозмірними тій меті, яка вирішується. Віковий рубіж у 18 років, що прийнятий укладачами Конвенції ООН про права дитини, відповідає загальній меті документа, якою є застосування правозахисного потенціалу до якомога більшої категорії осіб. Однак застереження

«якщо за законом, що застосовується до даної особи, вона не досягає повноліття раніше» надає можливість на рівні національного права конструктивно скоригувати за потребою вікову межу, враховуючи особливі цілі правового регулювання окремих сфер.

Втім цілком можна погодитися із дослідницею прав дитини Джеральдіною Ван Б'юрен у тому, що «показники мінімального віку неминуче носять довільний характер, оскільки вони не можуть відображати темпи розвитку кожної окремої дитини», але ця довільність може компенсуватися «завдяки застосуванню критерію динаміки розвитку здібностей дитини» [220, с. 59], які можуть використовуватися додатково для спеціального регулювання окремих правовідносин за участю дитини у внутрішніх законодавчих механізмах окремих країн. З цієї причини у Конвенції про права дитини використовується комплексний критерій, який включає, з одного боку, досягнення певного віку, з іншого – здатність виконувати певні дії чи функції. В остаточному вигляді вихідне доктринальне положення було сформульовано у ст. 12 у такий спосіб, що і держава, і сім'я зобов'язані поважати здатність дитини до розвитку, «причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю». Цей принцип подано як універсальний, отже такий, що має стосуватися всіх правовідносин за участю дитини, в тому числі сфери прийняття рішень з питань медичного обслуговування дітей.

Усі провідні міжнародні документи з прав дитини виходять з того положення, що діти народжуються із незалежним правовим статусом, але реалізація конкретних прав у легітимний спосіб здійснюється в міру того і залежно від того, як діти дорослішають і стають готовими, щоб усвідомити власні інтереси та зробити адекватний вибір. Першими найбільш важливими міжнародно-правовими актами, які підтвердили цей підхід та надали йому адекватного обґрунтування, стали: Конвенція про права дитини (ООН), Європейська конвенція про здійснення прав дітей, Конвенція про захист прав та гідності людини щодо застосування біології та медицини, вони мають концептуальне значення для приватноправової доктрини регулювання відносин медичної сфери за участю дітей [217, с 137–141].

У Конвенції про права дитини викладено загальні засади правосуб'єктності дітей, які є основою також для регулювання правових ситуацій, пов'язаних із вибором

методів медичного втручання в організм дитини. Ключові положення, які відбивають правовий статус дитини у сфері надання медичної допомоги, щодо яких було досягнуто домовленості між державами-членами, містяться в ст. 5, 8, 12, 14, 19.

Так у ст. 5 закріплено «право та обов'язок батьків управляти та керувати дитиною згідно зі здібностями дитини, що розвиваються». За ст. 8, держави-учасниці зобов'язалися «поважати право дитини на збереження індивідуальності», за ст. 14 – «на свободу думки, совісті та релігії». Також згідно із домовленістю держави-учасниці «забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що торкаються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю» (ст. 12), «вживають всіх необхідних законодавчих, адміністративних, соціальних і просвітних заходів з метою захисту дитини від усіх форм фізичного та психологічного насильства, образи чи зловживань» (ст. 19). Як видно, важливими положеннями міжнародного права з прав дитини є визнання прав дитини на розвиток, повагу до гідності, індивідуальність, свободу совісті та автономію вибору.

Європейська конвенція про здійснення прав дітей 1996 р. (набрання чинності для України з 01.04.2007 р.) [221] є європейською правовою основою стосовно забезпечення правосуб'єктності дитини. Хоча ця угода спеціально не торкається питань здійснення прав дітей у сфері надання медичної допомоги, закладені в ній принципи мають концептуальне значення для визначення європейських засад щодо правосуб'єктності дитини як пацієнта. Керівними положеннями документа, що закріплено у Преамбулі, є два принципи: дітям для підтримки їх прав та найважливіших інтересів має надаватися відповідна інформація; думкам дитини має приділятися належна увага.

У документі немає посилання на вік дитини як підставу її правосуб'єктності. Замість цього неодноразово використовуються такі критерії: а) достатній рівень розуміння (ст. 3, 4, 5, 10) та б) здатність висловити свої думки (ст. 3, 6). Так, зобов'язання держав щодо здійснення дитиною своїх прав на інформацію та висловлення думок (ст. 3) пов'язуються із такими якостями дитини як «достатній рівень розуміння» та «здатність висловити свої думки». За нормою ст. 4 дитина, яка за внутрішнім законодавством визнається такою, що має достатній рівень розуміння,

має право клопотати про призначення спеціального представника під час розгляду судовим органом справ, що стосуються її, у випадках, коли внутрішнє законодавство позбавляє суб'єктів батьківської відповідальності права представляти дитину в результаті виникнення у них конфлікту інтересів з останньою. У ст. 5 передбачено деякі можливості для надання дітям додаткових процесуальних прав у зв'язку з розглядом судовим органом справ, що стосуються дітей, зокрема, право клопотати про одержання допомоги від обраної ними особи у висловленні ними своєї думки; право призначати свого представника. Відповідно до ст. 6 Європейської конвенції про здійснення прав дітей під час розгляду справи, що стосується дитини, перед прийняттям рішення судовий орган, якщо внутрішнім законодавством дитина визнається такою, що має достатній рівень розуміння, надає можливість дитині висловлювати свої думки, приділяє належну увагу думкам, висловленим дитиною».

Згідно з європейською стратегією захисту та просуванню прав дитини, яка активно впроваджується Радою Європи з 2006 р., вирішується конкретний правозахисний напрям «Усунення всіх форм насильства щодо дітей». В рамках цієї стратегії було прийнято важливий документ – Рекомендацію Парламентської Асамблеї Ради Європи 1864 (2009) «Сприяння участі дітей у прийнятті рішень, що зачіпають їх» [222]. В Рекомендаціях надаються сучасні роз'яснення щодо тлумачення важливих положень Конвенції про права дитини. Зокрема, в контексті забезпечення умов правомірності прийняття рішень щодо лікування дитини рекомендовано застосувати такі ключові пункти, які комплексно розтлумачують вимогу ст. 12, що поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю:

1. Кожного разу при винесенні будь-якого рішення стосовно дитини її думки, бажання та почуття мають бути належним чином враховані відповідно до її віку та ступеня зрілості. При цьому вік і ступінь зрілості розглядаються через комплексний підхід, а не тільки в контексті рівня розумового розвитку. Не менш важливими є міра розвитку особистості та її здібностей, здатність протистояти різним емоціям та вміння використовувати нові можливості (п. 4).

2. Особам, відповідальним за прийняття рішень щодо дітей, слід з усією серйозністю ставитися до думок, бажань і почуттів дітей, в том числі наймолодшого

віку. Вплив, що вчиняється дитиною на процес прийняття рішень, має залежати від її віку і зрілості. Участь дітей, які можуть виразити свої думки, бажання і почуття, має бути основним фактором прийняття рішень, що зачіпають їхні інтереси (п. 5).

3. Дітей необхідно вислуховувати та дозволяти їм брати участь в обговоренні всіх питань, особливо тих, що стосуються сімейного життя, медичного обслуговування, усиновлення (п. 7).

4. Погляди дитини та її життєвий досвід мають займати центральне місце, особливо в питаннях усиновлення та медичного втручання. Саме в цих сферах необхідно ретельно ставитися до встановлення мінімального віку, з якого вимагається попередня згода дитини, та коректувати за необхідності цю межу в інтересах дитини (п. 8.1).

5. Право дитини висловити свою думку та брати участь у прийнятті рішень завжди має бути відповідним, добровільним, адаптованим до конкретної ситуації та в цілому розширювати можливості дитини (п. 8.3).

6. В цілому не повинно бути мінімального обмеження за віком для вираження дитиною своїх думок (п. 8.3).

Конвенція Ов'єдо є єдиним юридичним міжнародним актом, який конкретно регламентує правові умови надання принципу інформованої згоди щодо вибору методів медичного втручання в організм дитини. Керівним правовим положенням є правило ст. 6 Конвенції, за яким «думка неповнолітньої особи враховується як визначальний чинник, важливість якого збільшується пропорційно віку та ступеня зрілості цієї особи». Правова конкретизація даного положення міститься у Пояснювальній доповіді до Конвенції Ов'єдо, де зазначено, що думку неповнолітньої особи слід брати до уваги як чинник, який набуває дедалі більшої сили з урахуванням віку та розумової зрілості дитини. Це означає, що згода неповнолітнього має обов'язково братися до уваги, принаймні, при деяких втручаннях.

Отже, в контексті аналізу доктринальних положень міжнародно-правових актів щодо правосуб'єктності дитини в сфері прийняття рішень щодо медичного втручання в її організм істотне значення мають три положення: 1) батьки та опікуни зобов'язані керувати дитиною відповідно до особливостей її розвитку; 2) дитина, що здатна

сформулювати свої погляди, має право вільно висловлюватися з усіх питань, що її торкаються, 3) думкам, поглядам, переконанням дитини має приділятися увага пропорційно її віку та рівню соціально-психологічної зрілості [12, с 179].

Важливим джерелом правового регулювання правовідносин з надання медичної допомоги сьогодні є стандарти медичної етики. Сучасні стандарти медичної етики, що застосовуються в сфері медичного обслуговування дитини, представлені здебільшого у документах Всесвітньої медичної асоціації (далі – ВМА). Так, у «Лісабонській декларації про права пацієнта» (1981 р.) проголошено важливий принцип медичної етики та медичного права – добровільної інформованої згоди, за яким пацієнт має право після отримання повної інформації про стан свого здоров'я та запропоноване лікування погодитися на медичне втручання або відмовитися від нього. У 1995 р. ВМА прийняла розширену редакцію «Лісабонської декларації про права пацієнта», де вже відокремлено розділ «Юридично недієздатні пацієнти». В розділі міститься загальна концепція прийняття інформованого добровільного рішення щодо медичного втручання в організм дитини: «має бути отримана згода інформованого представника пацієнта на здійснення медичного втручання. Втім сам пацієнт повинен брати участь у прийнятті рішення в міру своїх можливостей».

В «Оттавській декларації прав пацієнта дитини», проект якої було опубліковано ВМА (1998 р.) [223] знайшов своє підтвердження та розвиток принцип автономії особистості дитини. Проект Оттавської декларації прав дитини-пацієнта є єдиним міжнародним документом, що спеціально призначений для викладення прав дітей-пацієнтів. Хоча Декларація не стала зобов'язуючим нормативним актом, її положення містять важливі принципи, які вже на даний момент вводяться в національне законодавство деяких країн. У Преамбулі документа наводяться дуже важливі концептуальні засади особливостей правосуб'єктності дитини у міжнародному праві. Зокрема, на початку документа проголошено, що піклування про дитину як удома, так і в лікарні «включає в себе медичні, емоційні, соціальні та фінансові аспекти, які взаємодіють разом з процесом видужання (зцілення) і які потребують особливої уваги до прав дитини як пацієнта».

Положення Оттавської декларації мають особливе значення в контексті розв'язання важливих моральних дилем сучасної педіатрії, особливо в ситуаціях,

коли потрібно приймати складні етичні рішення щодо лікування дитини. До таких важливих положень, що є складовими сучасних медичних стандартів обслуговування дітей, належать, зокрема, такі. Лікарі та медичний персонал несуть відповідальність за незнання дитиною своїх прав у сфері надання медичної допомоги (п. 4). Дитина-пацієнт та її батьки мають право на активну інформовану участь в усіх рішеннях, що стосуються охорони здоров'я дитини. Дитина, яка за визначенням лікаря є достатньо зрілою, має право висловлювати власні судження про охорону свого здоров'я (п. 9). В більшості випадків дозвіл перед початком будь-яких діагностичних або терапевтичних процедур щодо дитини має бути отримано від батьків. Втім, якщо дитина є достатньо зрілою та такою, що має розуміння, такий дозвіл може бути отримано від самої дитини (п. 10). Інформація, що стосується лікування дитини, має бути обов'язково надана (п. 15). Дитина-пацієнт, яка є достатньо зрілою та не потребує дозволу своїх батьків, має право на збереження таємниці та конфіденційне обслуговування. Втім лікар зобов'язаний обговорити з дитиною причини її вчинків та намагатися спонукати до взаємодії з батьками. Водночас у виняткових обставинах лікар має право відкрити конфіденційну інформацію батькам дитини (п. 18).

Міжнародні Інструкції щодо біомедичних дослідів на людях (Женева, 2002 р.) [224] – спільний проект ВООЗ та Ради міжнародних організацій медичних наук було розроблено внаслідок правової невизначеності питання про умови правомірності згоди дитини на медичні експерименти. У цих Інструкціях, які мають мінімальний статус у міжнародному праві, пропонуються конкретні правила щодо досліджень за участю людини. В Інструкціях рекомендується, що в ситуаціях, які стосуються дитячих хвороб, коли піддослідним стає дитина, необхідно отримати згоду одного з батьків або законного опікуна після повного роз'яснення можливих ризиків, дискомфорту або незручності, а також, якщо можливо, слід також отримати свідому згоду дитини. Також згідно з Інструкціями слід в будь-якій можливій мірі надавати дитині правдиву інформацію про будь-які можливі дискомфорт або незручності, а також обов'язково домагатися добровільної співпраці з дитиною в реальних межах її здатностей, які розвиваються та змінюються з віком. У документі передбачається, що діти старшого віку можуть бути здатними давати свідому згоду, але вважається за краще отримати також згоду того, хто опікується дитиною. Якщо дитина не може

зрозуміти пояснення, це не завжди свідчить про її нездатність, адже причина може бути в самому поясненні. Таким чином, ступінь зрілості дитини слід визначати в кожному окремому випадку.

Як видно, обов'язковою вимогою сучасної медичної етики є положення про необхідність залучати до процесу прийняття медичних рішень дитину настільки, наскільки це дозволяють її психоемоційні можливості. І це положення може бути реалізованим на практиці через визначені дії медичного персоналу у процесі комунікацій з дитиною з метою отримання інформованої згоди на медичне втручання. Алгоритм таких дій, як видно, включає такі правила: отримання інформованої згоди є необхідним етапом перед ініціюванням будь-яких діагностичних, лікувальних, реабілітаційних або дослідницьких процедур стосовно дитини; у більшості випадків згода має бути отримана від батьків або опікунів, хоча побажання компетентної дитини повинні братися до уваги; дитина, яка за висновком лікаря є достатньо зрілою, має право на власну думку про охорону свого здоров'я.

Враховуючи викладені положення щодо міжнародно-правових стандартів у сфері надання медичної допомоги неповнолітнім, а також з метою упорядкування нормативної бази України з цих питань необхідно здійснити, по-перше, оцінку відповідності чинних нормативних правових актів України міжнародно-правовим стандартам у зазначеній сфері правового регулювання, по-друге, оцінку дотримання та ефективності правових механізмів, які відповідають міжнародного-правовим стандартам, а також, по-третє, оцінку наявності прогалин та невідповідностей у національному праві та можливостей усунення цих прогалин за допомогою як аналогій права та закону, так і нормотворчості в аспекті введення у дію нових правових засобів (норм, інститутів, механізмів), покликаних забезпечити адекватне до міжнародно-правових стандартів приватноправове регулювання відповідних відносин.

За ст. 6 СК України правовий статус дитини має фізична особа до досягнення нею повноліття, малолітньою вважається дитина до досягнення нею чотирнадцяти років, неповнолітньою вважається дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років.

Цивільна правоздатність фізичної особи, як її здатність мати цивільні права та обов'язки, в тому числі право на медичну допомогу, виникає у момент її

народження (ст. 25 ЦК України). Але обсяг цивільної дієздатності, як здатності фізичної особи самостійно здійснювати свої права, згідно з доктриною цивільного законодавства України залежить від віку та психічного стану суб'єкта права. Відповідно до ЦК України фізична особа віком до 14 років (малолітня особа) наділена частковою дієздатністю та має право вчиняти тільки дрібні побутові правочини, а також здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної творчої діяльності (ст. 31). Неповна цивільна дієздатність надається фізичній особі віком від 14 до 18 років. У ст. 32 надається вичерпний перелік правочинів, які має право вчиняти фізична особа, яка наділена неповною дієздатністю. Інші правочини неповнолітня особа вчиняє за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників (п. 2 ст. 32). Право на згоду на медичне втручання до вичерпного переліку правочинів, що неповнолітня особа має вчиняти самостійно, наданого у ст. 31 та ст. 32 ЦК України, не входить.

Низкою авторів висловлюється думка, що вказаний у Цивільному кодексі перелік можливостей, які включаються до часткової дієздатності малолітньої фізичної особи, є недостатнім для її повноцінного фізичного, духовного та соціального розвитку. Так, Р. Стефанчук порушує питання про «необхідність включення до даного переліку низки особистих немайнових прав малолітнього; права власності на створену малолітнім річ; права на захист порушених прав та охоронюваних законом інтересів малолітньої фізичної особи, особливо за умови, коли таке порушення здійснене з боку його законних представників» [178, с. 76]. На думку Я. Радиша та А. Віленського, «варто передбачити реалізацію права дитини на самозахист не тільки у випадку неналежного виховання, а й у випадку порушення батьками права на належну медичну допомогу» [225, с. 12].

Окремі категорії фізичних осіб можуть набувати повної цивільної дієздатності до досягнення повноліття (віку 18 років). Вичерпний перелік підстав, за яких фізичній особі надається або може бути надана повна цивільна дієздатність із 16 років (і раніше), викладено у ст. 34 та 35 ЦК України. Таких законодавчих підстав на даний момент маємо чотири. Фізична особа, яка не досягла повноліття, набуває повної цивільної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу. При тому, що у разі розірвання шлюбу або визнання шлюбу недійсним, набута цивільна дієздатність

зберігається (ст. 34). Повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором або бажає займатися підприємницькою діяльністю. Також повна цивільна дієздатність може бути надана неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини (ст. 35).

Факт набуття повної цивільної дієздатності фізичною особою у 16 років до досягнення нею повноліття має важливе юридичне значення для правового статусу особи у правовідносинах з надання медичної допомоги. Адже повна цивільна дієздатність, надана фізичній особі, поширюється на всі цивільні права та обов'язки (ст. 35 ЦК України), а значить – на її права та обов'язки у медичній сфері.

М. Щирба висловлює спірну думку, що начебто за законодавством України емансипація неповнолітнього не позначається на його можливості особисто здійснювати права у сфері надання медичної допомоги: «Робимо висновок, що навіть при цивільній емансипації особа неповнолітнього віку як пацієнт не може самостійно реалізувати право на інформаційну згоду» [226, с. 215]. З цим висновком не можна погодитися, адже як умови емансипації, визначені у ст. 34 та 35 ЦК України, так і загальний принцип, що повна цивільна дієздатність, надана фізичній особі, поширюється на всі цивільні права та обов'язки, стосуються усіх прав, які визначені кодексом у Главі 21. Це означає, що *емансиповані неповнолітні набувають усіх прав у сфері надання медичної допомоги: на згоду на медичне втручання та відмову від медичного втручання; на вибір лікаря, лікувального закладу, методів лікування відповідно до рекомендацій лікаря, а також усіх прав та обов'язків як законні представники своїх малолітніх та неповнолітніх дітей.*

Концепцію правосуб'єктності неповнолітніх осіб у сфері надання медичної допомоги надано законодавцем у ст. 284 і 285 ЦК України та ст. 38 і 39 Основ. Згідно з положеннями цих статей малолітня особа не має права вчиняти правочини, пов'язані із її медичним обслуговуванням, зокрема, не має прав на вибір лікаря, методів лікування та відмову від надання медичної допомоги. Діти віком від 14 років мають право на звернення за наданням медичної допомоги, вибір лікаря та методів лікування відповідно до його рекомендацій, згоду на надання їм медичної допомоги. Всі неповнолітні (очевидно, крім емансипованих) за законодавством України виведені за коло осіб, що мають право на медичну інформацію щодо себе,

право на отримання інформації про стан здоров'я дитини або підопічного мають виключно дорослі, що опікуються дитиною, – батьки (усиновлювачі), опікуни, піклувальники.

Як видно, законодавством України дієздатність дитини щодо автономії вибору у сфері надання медичної допомоги прив'язується до вікового критерію. Зокрема, не передбачено правової можливості участі малолітньої дитини у виборі методів медичного втручання, також медичні працівники не можуть приймати відмови від неповнолітньої дитини. План лікування дитини, включаючи необхідні обстеження та порядок застосування методів медичного втручання щодо пацієнтів віком до 18 років, обговорюється з батьками або іншими законними представниками дитини.

Поряд з цим як у сімейному, так і цивільному законодавстві України відтворено норму міжнародного права стосовно того, що дитина має право на те, щоб бути вислуханою. Так у ст. 171 СК України міститься пряма вказівка законодавця на необхідність врахування думки дитини при вирішенні питань, що стосуються її життя. У п. 1 ст. 171 сформульовано норму-принцип, згідно з якою «дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї». У п. 2 ст. 171 роз'яснюється, що це право має застосовуватися до дитини, «яка може висловити свою думку».

СК України також конкретизовано деякі окремі сфери життя дитини, з яких вона має право бути заслуханою. У ст. 171 зазначено, що це право дитини стосується ситуацій «при вирішенні між батьками, іншими особами спору щодо її виховання, місця проживання, у тому числі при вирішенні спору про позбавлення батьківських прав, поновлення батьківських прав, а також спору щодо управління її майном». У ст. 177 містяться норми щодо управління майном дитини та серед іншого зазначено: «якщо малолітня дитина може самостійно визначити свої потреби та інтереси, батьки здійснюють управління її майном, враховуючи такі потреби та інтереси». Відповідно до ст. 224 «при призначенні дитині опікуна або піклувальника органом опіки та піклування враховуються, серед іншого, «бажання самої дитини». Також згідно зі ст. 252 «на передачу дитини у сім'ю патронатного вихователя потрібна згода дитини, якщо вона досягла такого віку, що може її висловити».

Як видно, правомочність дитини стосується тільки висловлювання думки, але не вирішального впливу на остаточне рішення. Отже, право дитини на власну думку з питань, що її стосуються, за українським законодавством не зобов'язує батьків (законних представників дитини) та посадових осіб до виконання висловлених думок та міркувань дитини, а тільки до вислуховування та врахування.

Доктринально контекст права дитини «бути заслуханою з усіх питань, що стосуються її життя» має поширюватися й на питання її медичного обслуговування та, зокрема, прийняття рішень у сфері надання медичної допомоги. Адже перелік законодавчо визначених сфер життя дитини, щодо яких вона має право бути вислуханою, не є вичерпним. Проте, в який правовий спосіб може здійснюватися на практиці вислуховування та врахування думок дитини, законодавець не роз'яснює.

Співставлення норм міжнародних правових актів, чинних для України, та вітчизняного законодавства свідчить про те, що майже усі принципи, стандарти та норми знайшли своє відображення у нормах національного законодавства України. Проте, як справедливо вказує О. В. Синегубов, «тенденція декларативності правових приписів, характерних для Конвенції ООН про права дитини, знайшла своє відображення і в діючому сімейному законодавстві» [227, с. 382]. Вказана тенденція виявляє себе через так звані «мертві» норми – такі, що фактично не виконуються через свою абстрактність та відсутність реальних механізмів правореалізації. Саме тому дані норми практично не використовуються у практиці правового регулювання відносин медичної сфери за участю неповнолітніх осіб.

Зокрема, у зв'язку із відсутністю процесуальних законодавчо закріплених механізмів щодо з'ясування та врахування думок дитини відповідно до визнаних міжнародно-правових стандартів виникає проблемне питання правової сили висловлених дітьми різного віку та різного рівня інтелектуальної та вольової зрілості думок, зокрема, правових механізмів їхнього впливу на прийняття рішень, що стосуються медичного втручання в організм дитини. Серед дослідників особистих немайнових прав дитини є певна узгодженість щодо законодавчої можливості для дитини висловити свої думки з питань, що її стосуються, які будуть взяті до уваги. К. Є. Демиденко слушно зазначає, що «визначення рівня розвитку дитини у випадках, коли необхідно зафіксувати її думку юридично, не може

бути жорстко закріплене віковими показниками. Втім, абсолютно логічно сприймати показник рівня розумового розвитку дитини у зв'язку з її адаптацією в суспільстві, зокрема, початковою загальною освітою (6-10 років), а також індивідуальними показниками розвитку окремої дитини. Пропонуємо встановити вікову межу (наприклад, 7 років), починаючи з якої висловлена дитиною думка з приводу того чи іншого питання сприймалася б як обов'язкова» [228, с. 154–155].

Л. Красицька теж зауважує, що «сімейне законодавство України не повинно містити таких оціночних понять: «потрібна згода дитини, якщо вона досягла такого віку, що може її висловити», «потрібна її згода, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити», як це, зокрема, передбачено ч. 1 ст. 218, ст. 253, ч. 2 ст. 256-3, ч. 2 ст. 256-7 СК України. Якщо законодавець передбачає необхідність отримання згоди дитини, то норма права повинна бути визначеною, необхідно чітко визначити вік дитини, з досягненням якого необхідна саме її згода» [229, с. 331]. Авторка, посилаючись на психологічні дослідження щодо особливостей психо-емоційного розвитку дитини, підсумовує та вносить пропозицію: «Без сумніву, саме вік, з якого дитину можуть зарахувати до загальноосвітнього навчального закладу, свідчить, що дитина має такий рівень фізичного та психічного розвитку, який дозволяє самостійно висловити свої погляди та власну думку з питань, що стосуються її особисто, а також з питань сім'ї. Така думка дитини має правове значення. Відповідно й дитина має бути вислухана посадовими особами під час вирішення сімейного спору. Що стосується дітей до 6 (7) років, то можливість самостійно висловлювати думку щодо здійснення та захисту сімейних прав є умовною і залежить від рівня їхнього розвитку. Тому правове значення такій думці дитини мають право надати відповідні правозастосовні органи, батьки, члени сім'ї лише за їхньою ініціативою, відповідно, за заявою батьків, інших заінтересованих осіб або за ініціативою правозастосовного органу така дитина має бути вислуханою під час вирішення сімейно-правового спору» [229, с. 332].

Ця пропозиція шановних авторів виглядає логічною в контексті значної виховної ролі права: «Наділення дитини правом щодо висловлення своєї думки, пов'язане, в першу чергу, з визнанням дитини повноцінним суб'єктом права, яка є

здатною усвідомлювати і висловлювати свої інтереси, побажання, а не тільки виступати а якості «об'єкта» чиєїсь турботи» [228, с. 154–155].

М. Щирба, посилаючись на ст. 6 Конвенції Ов'єдо, за якою думка неповнолітньої особи враховується як визначальний чинник, важливість якого збільшується пропорційно віку та ступеню зрілості цієї особи, теж вносить подібну пропозицію, «що у профільне законодавство у сфері охорони здоров'я України слід впровадити вищевказану правову конструкцію, що не тільки сприятиме уніфікації українського та міжнародного законодавства, але й дозволить оптимізувати всю правову політику. Дітей потрібно не тільки опікати, але й готувати до самостійного життя. Таким чином, неповнолітні отримують можливість висловити індивідуальну думку, захистити свої переконання та вчаться брати відповідальність за себе та своє здоров'я». До того ж цілком справедливо, що хоча думка малолітнього пацієнта враховується законними представниками та медичним персоналом, але не визначається як обов'язкова, тому не потребує юридичного оформлення у встановленій формі, втім, «наявність такої вимоги сприяє ширшому захисту законних інтересів неповнолітніх пацієнтів» [226, с. 213]. О. Крилова пропонує, що «дитина у віці 12–13 років, усвідомлюючи потребу у власному лікуванні, повинна мати можливість отримати медичну допомогу незважаючи на заперечення батьків» [185, с. 89].

Загальним місцем, на яке постійно звертають увагу науковці, є колізії в чинному цивільному законодавстві, які стосуються невизначеності стосовно приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги за участю неповнолітніх. Так правові умови надання згоди (відмови) неповнолітньою особою віком від 14 років у цивільному законодавстві України не відпрацьовані належним чином, то ж мають в собі непродуктивні протиріччя. З одного боку, законодавець надав такій особі право на згоду на медичне втручання, з іншого – позбавив права на інформацію щодо стану свого здоров'я та права на відмову від медичного втручання. Положення законодавства, яким передбачено необхідність отримання згоди від неповнолітньої дитини від 14 років, конфліктує із положенням про те, що та сама неповнолітня дитина-пацієнт не має права на отримання повної та достовірної медичної інформації: про свій стан здоров'я, методи, що пропонуються. В даному випадку

законодавцю слід було послідовно прив'язати вік неповнолітнього пацієнта до визначеного обсягу його дієздатності в контексті надання медичної допомоги та узгодити всі статті, які стосуються даного предмета. Втім досі цього не відбулося, то ж практикам доводиться працювати в реальних умовах наявної правової невизначеності.

В контексті теоретичного та практичного вирішення даної проблеми існують дві лінії аргументації: з одного боку, – доктринальна і юридична логіка національного цивільного законодавства, з іншого – методологія міжнародного права з прав дитини [230, с. 33–37].

По-перше, слід спиратися на правило п. 3 ст. 284 ЦК України, за яким «надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її згодою». Отже, пацієнт віком від 14 років за українським законодавством має суб'єктивне особисте немайнове право на згоду на медичне втручання в його організм. Правомірність згоди на медичне втручання пов'язується у доктрині та законодавстві з дотриманням відповідних вимог щодо інформованості пацієнта. То ж щоб діяти свідомо та правомірно, дитина повинна мати можливість знати, розуміти та оцінити: характер медичного втручання, ризику та серйозність процедур, потенціальні переваги та небезпеки, альтернативні варіанти, можливість відмови давати згоду та медичні наслідки, що можуть бути викликані такою відмовою. По суті, згода неповнолітнього без його інформованості є неправомірною та юридично неповноцінною, тож не може тягнути за собою юридично значущі наслідки.

До того ж в тексті ст. 284 ЦК України та ст. 38 і 39 Основ не міститься пряма заборона для дитини від 14 років бути інформованою про стан свого здоров'я та для лікаря надати таку інформацію відповідній дитині, що в разі наявності дійсно становило б колізію норм. Отже, якщо лікар пропонує методи лікування дитині від 14 років, то логічно очікувати, що цій дитині буде надано відповідну медичну інформацію щодо стану здоров'я, суті та особливостей втручання, що пропонується, та відповіді на її запитання. І надання такої інформації є діянням, що очікується від лікаря, який дотримується як загальних засад, так і формальних приписів чинного законодавства, а також вимог медичної етики та професійних стандартів в процесі медичного обслуговування неповнолітнього пацієнта.

Слушною видається пропозиція М. Самофал [231, с. 195], яка пропонує розв'язувати вказану колізію за аналогією права, зокрема, за принципом розумності, який є одним із засадничих принципів цивільного законодавства України (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України). Її пропозиція зводиться до такої думки: якщо неповнолітній пацієнт визнається згідно з законом таким, що має право давати згоду на медичне втручання, необхідно одночасно визнавати за ним право на інформацію про стан свого здоров'я. У протилежному випадку згода неповнолітнього не може бути усвідомленою та інформованою, отже, правомірною.

По-друге, вирішуючи питання щодо надання інформації дитині про стан її здоров'я (медичної інформації), слід спиратися на методологію даного питання, яку викладено у міжнародних документах з прав дитини, що є чинними для України. Перш за все, йдеться про Конвенцію про права дитини. Як відмічалось раніше, відповідно до положень ст. 12 держави-учасниці забезпечують дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що стосуються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю. У ст. 13 цієї Конвенції закріплено важливе положення щодо суті питання, що розглядається. Тут зазначено, що дитина має право вільно висловлювати свої думки, яке включає свободу шукати, одержувати і передавати інформацію та ідеї будь-якого роду, незалежно від кордонів, в усній, письмовій чи друкованій формі, у формі творів мистецтва чи за допомогою інших засобів на вибір дитини. Здійснення цього права може зазнавати деяких обмежень, проте ними можуть бути лише ті обмеження, які передбачені законом і необхідні для поваги прав і репутації інших осіб; для охорони державної безпеки, громадського порядку (*order public*); для здоров'я або моралі населення.

Виходячи з духу та логіки даних положень, можна дійти висновку, що в міжнародному праві не міститься заборона для дитини бути поінформованою щодо загального стану та окремих характеристик власного здоров'я. Логічно припустити, що якщо дитина (без обмежень за віком) має право шукати, одержувати і передавати інформацію та ідеї будь-якого роду, вона тим більше має право шукати та одержувати інформацію про себе у доступній для свого віку та рівня розуміння формі. Отже, право дитини на ознайомлення з інформацією про стан свого здоров'я та сутність

запропонованих медичних втручань в її організм може бути обмежене за певних обставин, але не заборонене. Зазвичай обмежити можна тільки те, що вже є. Хоча реалізація даного права дитини є нелегкою справою як в юридичному, так й у фактичному аспектах, все ж вихідною передумовою у вирішенні питань щодо надання інформації про стан здоров'я дитині має бути право дитини на отримання медичної інформації стосовно себе.

Додатковим аргументом стане також міркування щодо змісту норми ст. 153 СК України, що батьківські права не можуть здійснюватися всупереч інтересам дитини, а володіння інформацією про власне тіло та стан здоров'я у більшості випадків належить до інтересу дитини. Крім того, «наявність такої інформації, як слушно зазначають Я. Ф. Радиш та А. Б. Віленський, може стати додатковою гарантією забезпечення її прав у разі порушення батьками та медичними працівниками обов'язків щодо неї при медичному забезпеченні» [225, с. 12].

Спеціальний порядок щодо надання/отримання добровільної інформованої згоди в сфері медичного обслуговування неповнолітніх в Україні передбачено для тестування вірусу імунодефіциту людини (далі – ВІЛ). Порядок тестування на ВІЛ-інфекцію регулюється в Україні спеціальним Законом «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» [232] та наказом МОЗ України від 02.06.2009 р. № 382 (зі змінами від 28.11.2018 р.) «Про затвердження Тимчасових стандартів надання медичної допомоги підліткам та молоді» [233].

Положенням п. 2 ст. 6 вказаного закону передбачено, що «тестування осіб віком від 14 років і старше проводиться добровільно, за наявності усвідомленої інформованої згоди особи, отриманої після надання їй попередньої консультації щодо особливостей тестування, його результатів і можливих наслідків, з дотриманням умов щодо конфіденційності персональних даних, у тому числі даних про стан здоров'я особи». Тестування дітей віком до 14 років та осіб, визнаних у встановленому законом порядку недієздатними, проводиться на прохання їх батьків або законних представників та за наявності усвідомленої інформованої згоди самої дитини. Батьки та законні представники зазначених осіб мають право бути присутніми під час проведення такого тестування, ознайомлені з його результатами та зобов'язані

забезпечити збереження умов конфіденційності даних про ВІЛ-статус осіб, інтереси яких вони представляють.

Щодо дітей віком до 14 років, які позбавлені батьківського піклування та перебувають під опікою у дитячих чи навчальних закладах з повним державним утриманням, то їх тестування на ВІЛ-інфекцію проводиться в разі усвідомлення ними наслідків і переваг такого огляду на прохання їх законних представників та за умов наявності усвідомленої інформованої згоди таких осіб лише з метою призначення дітям лікування, догляду та підтримки у зв'язку з ВІЛ-інфекцією. Законні представники таких малолітніх осіб мають право бути ознайомлені з результатами зазначеного тестування та зобов'язані забезпечити збереження конфіденційності даних про ВІЛ-статус осіб, інтереси яких вони представляють».

Як видно, згідно з законом «Про протидію поширенню хвороб, обумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» малолітні діти (віком до 14 років) можуть проходити обстеження (тестування) на ВІЛ-інфекцію тільки за наявності добровільної інформованої згоди представників дитини. Тестування дітей від 14 років провадиться добровільно за її інформованою згодою та після попередньої консультації про особливості, результати та можливі наслідки тестування, із збереженням умов конфіденційності персональних даних, в тому числі про стан здоров'я дитини.

Даним законом здійснено спеціальне регулювання стосовно стандарту інформування пацієнта, який проходить тестування на ВІЛ-інфекцію. Відповідно до п. 2. ст. 7 «обов'язковою складовою тестування на ВІЛ є кваліфіковане післятестове консультування, під час якого особа, в якій виявлено ВІЛ, має бути поінформована про профілактичні заходи, необхідні для підтримання здоров'я ВІЛ-інфікованої особи, запобігання подальшому поширенню ВІЛ, гарантії дотримання прав і свобод людей, які живуть з ВІЛ, а також про кримінальну відповідальність за свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження та/або зараження ВІЛ». Як видно, до складу медичної інформації, зміст якої було раніше визначено у відповідному Рішенні Конституційного Суду України (справа К. Г. Устименка) [166] та у ст. 39 Основ, додано обов'язкові пункти, щодо яких у медичних працівників є обов'язок інформувати особу, в якій виявлено ВІЛ. Ця інформація має конкретно стосуватися 1)

профілактичних заходів, необхідних для підтримання здоров'я ВІЛ-інфікованої особи та запобігання подальшому поширенню ВІЛ, 2) гарантій дотримання прав і свобод людей, які живуть з ВІЛ, на території України, 3) кримінальної відповідальності за свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження ВІЛ.

У разі виявлення ВІЛ у дітей віком до 14 років уповноважений медичний працівник повідомляє про це батьків або інших законних представників. У такому разі батькам або іншим законним представникам таких ВІЛ-інфікованих осіб має бути надано відповідне консультування, спрямоване на забезпечення прийняття ними належних інформованих рішень щодо лікування, догляду та підтримки своїх підопічних та належне забезпечення їхніх законних прав та інтересів (п. 3 ст. 7). При цьому обов'язковою вимогою передбачено положення про «письмове підтвердження у довільній формі за власним підписом щодо отримання інформації про профілактичні заходи, необхідні для підтримання здоров'я ВІЛ-інфікованої особи, запобігання подальшому поширенню ВІЛ, про гарантії дотримання прав і свобод людей, які живуть з ВІЛ, а також про кримінальну відповідальність за свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження та/або зараження ВІЛ» (п. 4 ст. 7). Таке письмове підтвердження надає особа, в якій за результатами тестування виявлено ВІЛ, батьки або уповноважені представники дітей до 14 років, у яких за результатами тестування виявлено ВІЛ, уповноваженому працівнику закладу, що проводив тестування ВІЛ.

Такий самий підхід продубльовано у відомчому наказі МОЗ України «Про затвердження Тимчасових стандартів надання медичної допомоги підліткам та молоді» від 02.06.2009 р. № 382. Серед суттєвих умов правомірності тестування осіб віком від 14 років є наявність усвідомленої інформованої згоди особи, отриманої після надання їй попередньої консультації щодо особливостей тестування, його результатів і можливих наслідків, з дотриманням умов щодо конфіденційності персональних даних, у тому числі даних про стан здоров'я особи. Щодо осіб до 14 років тестування на ВІЛ-інфекцію проводиться на прохання їх батьків або законних представників та за наявності усвідомленої інформованої згоди. Фактично спеціальний узгоджений порядок тестування на ВІЛ-інфекцію в Україні, що передбачено як спеціальним Законом «Про протидію поширенню хвороб, обумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з

ВІЛ», так й відомчим наказом МОЗ України від 02.06.2009 р. № 382 включає обов'язкову складову – наявність усвідомленої інформованої згоди неповнолітнього, щодо якого проводиться тестування.

Так, у згаданому наказі МОЗ України тимчасовим стандартом «Забезпечення «дружнього підходу» передбачено індикатори – ознаки (показники), які надають можливість оцінити діяльність центрів (відділень, кабінетів) медичної допомоги підліткам та молоді, серед яких важливе місце посідають правила добровільності та інформованості згоди молоді на надання медичних послуг. Оскільки відповідно до шкали вікової градації, яку надано у наказі МОЗ України, підлітки – особи у віці 10–18 років, молодь – громадяни віком від 14 до 35 років, то правило інформованої добровільної згоди на тестування ВІЛ-інфекції безпосередньо поширюється і на неповнолітніх від 10 років.

Також спеціальний порядок надання/отримання добровільної інформованої згоди у сфері медичного обслуговування неповнолітніх в Україні передбачено для проведення штучного переривання вагітності. Відомчим наказом МОЗ України «Про затвердження клінічного протоколу «Комплексна допомога під час небажаної вагітності» [234] від 31.12.2010 № 1177 в розділі А 3.1 надано правові підстави для проведення процедури штучного переривання небажаної вагітності: штучне переривання вагітності у I триместрі (у терміні до 12 тижнів) здійснюється за поінформованим бажанням жінки, штучне переривання вагітності у пацієнтки віком до 14 років або у недієздатної особи здійснюється за заявою її законних представників, штучне переривання вагітності у пацієнтки, яка досягла 14 років, здійснюється за її згодою.

Також у Пам'ятці для пацієнтки (до штучного переривання небажаної вагітності) даним наказом надається перелік прав пацієнтки, серед яких: право «звернутись до будь-якого акредитованого закладу охорони здоров'я незалежно від форми власності та підпорядкування, обрати лікаря, який буде виконувати процедуру (операцію)»; право «обрати метод штучного переривання небажаної вагітності та право на прийняття рішення після одержання повної, достовірної та чіткої інформації щодо особливостей кожної з них».

У Наказі МОЗ України «Про затвердження Порядку надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, форм первинної

облікової документації та інструкції щодо їх заповнення» [235] від 24.05.2013 р. № 423 у розділі «Загальні положення» у п. 1. 8 зазначено, що «проведення операції (процедури) штучного переривання небажаної вагітності у вагітної жінки віком до 14 років або у недієздатної особи здійснюється за заявою її законних представників. Штучне переривання вагітності у вагітної жінки, яка досягла 14 років, здійснюється за її згодою відповідно до статті 284 Цивільного кодексу України». Це загальне правило застосовується до переривання небажаної вагітності у термін як до 12 тижнів, так і від 12 до 22 тижнів. Штучне переривання небажаної вагітності у термін від 12 до 22 тижнів здійснюється за особливим порядком відповідно до переліку підстав, за наявності яких можливе штучне переривання вагітності, строк якої становить від 12 до 22 тижнів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України «Про реалізацію статті 281 Цивільного кодексу України» від 15 лютого 2006 р. № 144.

Отже, переривання небажаної вагітності у малолітньої пацієнтки віком до 14 років проводиться без її згоди за заявою законних представників. Щодо вагітної пацієнтки віком з 14 років, то переривання небажаної вагітності здійснюється за її бажанням, отримання згоди її батьків або опікунів не передбачається. На відміну від загального та спеціального законодавства (ЦК України та Основ) нормотворець провів чітку межу правосуб'єктності неповнолітньої пацієнтки у правовідносинах з приводу переривання небажаної вагітності. До 14 років рішення приймається виключно представниками, після 14 років – виключно пацієнткою.

Проте у ЦК України представлено іншу доктринальну позицію. Так, ч. 6 ст. 281 ЦК України встановлює правило: «Штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів, може здійснюватися за бажанням жінки». М. Щирба вважає, що «зміст статті можна трактувати таким чином, що навіть неповнолітня особа має право вирішувати питання про аборт самостійно» [226, с. 214]. Втім, таке тлумачення не узгоджується з іншими нормами ЦК України щодо отримання згоди на медичне втручання від інформованого дієздатного пацієнта, яким неповнолітня особа не є. Все ж, видається, що отримання згоди на штучне переривання вагітності потрібно врегульовувати на засадах спеціального, а не загального цивільного законодавства на основі положень Наказу МОЗ України «Про затвердження Порядку надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під

час небажаної вагітності, форм первинної облікової документації та інструкції щодо їх заповнення» від 24.05.2013 р. № 423, за яким штучне переривання вагітності у вагітної жінки, яка досягла 14 років, здійснюється за її згодою.

Нормативна концепція врахування волевиявлення неповнолітніх фізичних осіб віком від 14 до 18 років при наданні деяких спеціальних видів медичної допомоги не завжди узгоджується із загальноприйнятою моделлю цивільної правосуб'єктності фізичних осіб, що є характерною для України. Спеціальне правове регулювання порядку тестування на ВІЛ-інфекцію та переривання небажаної вагітності включає обов'язкову складову – наявність усвідомленої інформованої згоди неповнолітнього від 14 років, який є суб'єктом відповідних правовідносин. Очевидно, існують вагомі підстави для включення законодавцем у правову конструкцію регулювання деяких правовідносин з надання спеціальної медичної допомоги неповнолітнім вимоги про інформовану згоду неповнолітнього на противагу від загального підходу, за яким медична інформація надається фізичній особі лише з 18 років. Такою підставою може бути специфічність тих відносин, які регулюються спеціальним законодавством. Зокрема, вони стосуються участі неповнолітніх у правовідносинах з тестування та лікування небезпечних інфекцій, а також у правовідносинах, які стосуються репродуктивного здоров'я та статевого життя підлітка-пацієнта.

Таким чином, правова конструкція інформованої добровільної згоди дитини у правовідносинах з надання їй медичної допомоги у законодавстві України складається з таких ключових положень. Інформована добровільна згода на медичну допомогу дитині у віці до 14 років повинна надаватися батьками або іншими особами, що їх замінюють, відповідно до закону. Це означає, що підпис під відповідними документами ставиться батьками та представниками. Але відповідно до вимог міжнародно-правових стандартів, які є чинними для України, думки дитини-пацієнта мають бути враховані відповідно до рівня зрілості дитини. Мінімальним законодавчим орієнтиром для України на сьогодні може бути проміжок віку 7–10 років, з яким у законодавстві пов'язана необхідність враховувати думки дитини з різних аспектів її життя. Так, за ст. 148 СК України прізвище дитини, яка досягла семи років, змінюється за її згодою. Місце проживання дитини, яка досягла десяти років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини (ст. 160). Для

усиновлення дитини потрібна її згода, якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити (ст. 218). Якщо усиновлюється дитина, яка досягла семи років, то для запису усиновлювача матір'ю, батьком потрібна згода дитини (ст. 229).

З досягненням віку 14 років неповнолітній має такі права в сфері надання медичної допомоги, що перелічені у ст. 284 ЦК України: право на звернення за наданням медичної допомоги, на вибір лікаря та методів лікування відповідно до його рекомендацій, на інформовану згоду на медичне втручання. Це має означати, що неповнолітній із 14 років має право також на медичну інформацію щодо себе. Отже, письмова згода на медичне втручання щодо пацієнта віком з 14 років має оформлюватися за підписом як представника дитини, так і самої дитини. Зрештою, з 18 років фізична особа набуває всіх цивільних прав та обов'язків, в тому числі в сфері надання медичної допомоги. Це саме стосується й неповнолітніх, які набули повної цивільної дієздатності в результаті емансипації.

Правові умови надання згоди неповнолітньою особою віком від 14 років у цивільному законодавстві України не відпрацьовані належним чином, то ж мають в собі непродуктивні протиріччя. З одного боку, законодавець надав такій особі право на згоду на медичне втручання, з іншого – позбавив права на інформацію щодо стану свого здоров'я. Слід спиратися на правила п. 3 ст. 284 ЦК України та п. 1 ст. 43 Основ, за якими надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її згодою. Правомірність згоди на медичне втручання пов'язується у доктрині та законодавстві з дотриманням відповідних вимог щодо інформованості пацієнта. Отже, згода неповнолітнього без його інформованості є неправомірною та юридично неповноцінною, тож не може тягнути за собою юридично значущі наслідки, тому у проекті запропоновано *послідовно прив'язати вік 14 років до визначеного обсягу дієздатності фізичної особи та узгодити всі статті, які стосуються даного предмета* [12, с 195–196].

Отже, з метою удосконалення вітчизняного законодавства, яким регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги неповнолітнім, на засадах ст. 12 Конвенції ООН про права дитини та ст. 6 Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (стосовно врахування

думки дитини) необхідно *закріпити такі правила*: 1) Надання медичної допомоги малолітній особі здійснюється за згодою її законних представників та з *урахуванням думки самої дитини відповідно до рівня її зрілості, починаючи з семи років*. 2) Надання медичної допомоги *фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її інформованою згодою*. 3) Фізична особа, яка досягла *чотирнадцяти років, має право на інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я*.

Метою нововведень є поетапне розширення свободи неповнолітнього пацієнта в поєднанні із розумною опікою дорослих. Завдяки таким законодавчим змінам в цілому забезпечується послідовність процесу перетворення неповнолітньої особи «із пасивного об'єкта захисту в активного самостійного члена суспільства, здатного повною мірою реалізовувати свої права та захищати законні інтереси» [236]. Запропонований порядок отримання інформованої добровільної згоди при наданні медичної допомоги дітям вписується в доктринальне обґрунтування, яке представлено в даному дослідженні, та відповідає міжнародно-правовим стандартам у сфері правового регулювання відносин з надання медичної допомоги.

Наразі авторським законопроектом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги» запропоновано п. 3 ст. 284 ЦК України викласти у такій редакції: «3. Надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її згодою». Відповідно, п. 1 ст. 285 ЦК України слід викласти у такій редакції: «1. Фізична особа, яка *досягла чотирнадцяти років*, має право на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я»; п. 1 ст. 39 Основ викласти у такій редакції: «Пацієнт, який досяг чотирнадцятирічного віку, має право на отримання достовірної і повної інформації про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються його здоров'я».

Отже в Україні як законодавство, так і більшість дослідників у питаннях регулювання цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги виходять з необхідності чіткого вікового обмеження дієздатності дитини як її здатності

самостійно здійснювати низку суб'єктивних цивільних прав у сфері надання медичної допомоги. Такий в цілому обґрунтований підхід відіграє важливу роль у встановленні юридичної визначеності правил цивільно-правового регулювання, забезпечення сталого статусу учасників цивільних відносин та певною мірою убезпечення від зловживань. Втім підхід виявляє свої суттєві недоліки та викликає додаткові питання щодо його практичного застосування у певних граничних ситуаціях. Зокрема, у вирішенні складних медико-етичних проблем прийняття рішень з питань медичних втручань щодо деяких категорій фізичних осіб, які перебувають на межі визначених у цивільних законах станах правосуб'єктності. Це стосується й ситуацій із правом неповнолітніх на автономію в сфері вибору лікування, надання/отримання інформованої згоди на медичне втручання: законодавство бачить тільки дихотомію (компетентність/некомпетентність) там, де в наявності динаміка розвитку та спектр здібностей.

З проблемою компетентності щодо прийняття рішень про медичні втручання органічно пов'язане питання *про автономний правовий статус зрілих підлітків* та похідне від нього – чи завжди слід ставити до відома членів сім'ї, що несуть правову відповідальність за дитину. Адже таке інформування батьків за певних обставин становитиме незаконне втручання в право дитини на повагу до її приватного життя. З практичної точки зору наполягання лікаря на інформуванні членів родини може дати в результаті заборону дітям звертатися за медичною консультацією. Особливо це стосується сфери репродуктивного здоров'я підлітків – контрацепції, діагностики деяких хвороб, штучного переривання вагітності. Сучасні погляди на права підлітків у сфері надання медичної допомоги багато в чому залежать від уявлень про поняття дитини та її здатностей, а також ролі інституту батьківської опіки та відповідальності, що є питаннями великою мірою дискусійними у сучасних науках як правового, так і медичного та психолого-педагогічного спрямування. У доктрині та практиці західноєвропейських країн на сьогодні вже є визнаними два ключових положення, які є вихідними для визначення балансу між відповідальністю батьків та правами дитини-підлітка в сфері надання медичної допомоги [12, с. 196–206].

По-перше, батьківські права на опіку та контроль мають інструментальну природу, оскільки вони надаються особам з батьківською відповідальністю задля

того, щоб забезпечити правові засоби для виконання своїх обов'язків по відношенню до дитини. Легальною метою батьківських прав у зв'язку із опікою над дитиною є здійснення прав дитини та охорона і захист її найкращих інтересів. По-друге, компетентність дитини-пацієнта як її здатність приймати медичні рішення є дещо іншим, ніж дієздатність у вузько юридичному сенсі. Показники віку як межі здатності приймати самостійні усвідомлені рішення мають довільний (консесуальний) характер, оскільки вони не можуть відображати темпи розвитку кожної окремої дитини. Однак ця довільність може компенсуватися шляхом застосування критерію динаміки розвитку здібностей дитини та її здатності вирішувати ті чи інші питання свого життя. Хоча діти суттєво відрізняються своєю фізичною, вольовою та емоційною незрілістю і вразливістю, але брак фізичної незалежності дитини не слід змішувати з браком незалежності вибору.

В європейській юрисдикції доктринально визнано, що компетентність неповнолітнього як його здатність приймати автономні усвідомлені рішення з питань медичного втручання є такою якістю особистості, що не завжди напряму залежить від віку пацієнта, але часто має індивідуалізований характер. У деяких державах ця проблема вирішується шляхом зниження віку зрілості у зв'язку із медичним втручанням. Інші держави впровадили спеціальний інструментарій для визначення компетентності дитини-пацієнта та створили спеціальні медичні служби, які надають можливість неповнолітнім отримувати консультацію в окремих ситуаціях, таких як зловживання наркотиками та вагітність.

Такий підхід ґрунтується на наукових дослідженнях психологічного та педагогічного спрямування. Наприклад, Jocelyn Hattab, автор статті «Права і дієздатність підлітків», дійшов висновку, що необхідно «оцінювати дієздатність кожного підлітка та відповідно до отриманих результатів реально визначати їхні права [...] в ім'я їхнього благополуччя та розвитку» [237]. Автори Jacinta O. A. Tan and David P. H. Jones у статті «Отримання згоди у дітей із психічними розладами» вважають, що «отримання згоди на лікування дитини – дуже важлива проблема, яка торкається кожного фахівця, що працює з дітьми. Важливо, щоб лікарі розуміли відмінність між правоздатністю та клінічно визначеною компетентністю. То ж необхідно зберігати баланс, з одного боку, захищаючи інтереси дітей, які повністю

недієздатні, з іншого – поважати їхню автономію, якщо вони здатні зробити свій вибір» [238]. Аналогічна думка пролунала на міжнародному форумі «Проблеми безкровної хірургії»: «Зрілі підлітки переважно здатні усвідомлювати особливості свого діагнозу, можливості та наслідки вибору, а також плюси та мінуси кожного варіанту лікування. Їх особисті погляди можуть бути стійкими та свідомими. Не дивно, що фахівці в галузі медичної етики відстоюють точку зору, що при прийнятті медичних рішень слід надавати серйозної ваги відмовам таких «зрілих неповнолітніх» від певного виду медичного втручання [239, с. 75].

Саме в цьому контексті можна зрозуміти підхід до дієздатності неповнолітніх в багатьох європейських країнах, який є диференційованим: якщо неповнолітній здатен до розумного осмислення та висловлення своїх інтересів, то його лікування має здійснюватися за його згодою. Інші країни визначають вік, в якому діти, як і дорослі, мають право погодитися на лікування або відхилити певне медичне втручання (наприклад, в Австрії і Італії це 14 років; у Данії, Фінляндії і Німеччині – 15 років; у Сполученому Королівстві – 16). Важливо зазначити, що всі ці держави надають дітям молодшим вказаного віку право надавати або не надавати згоду за результатами відповідних тестувань – у разі, якщо вони вважаються такими, що мають достатній рівень розуміння.

У Нідерландах Законом «Про медичні договори» [240] передбачено такий порядок: якщо лікар визнаватиме такого неповнолітнього здатним розуміти свої інтереси, то його лікування має здійснюватися за його згодою та згодою законних представників, в іншому випадку достатньо згоди представників (батьків або опікунів). Також закон допускає лікування неповнолітніх, які старші за 12 років, без згоди батьків у випадку, коли відмова від лікування може вірогідно спричинити істотну шкоду, а також, коли неповнолітній усвідомлено погоджується на лікування всупереч незгоді батьків. Навпаки, якщо відмова неповнолітнього не тягне за собою істотної шкоди для здоров'я, то його воля підлягає виконанню, навіть всупереч позиції представників.

За англійським правом щодо пацієнтів, які досягли вісімнадцяти років, діє презумпція дієздатності, а неповнолітнім від 16 до 18 років надано такі самі права стосовно згоди на лікування, як і дорослим: «коли неповнолітній дає згоду на лікування,

не обов'язково отримувати додатково згоду від батьків або опікуна» [241]. Спростувати дієздатність підлітка від 16 до 18 років можуть особи з батьківською відповідальністю та суд.

Діти до шістнадцяти років можуть бути визнані лікарем або судом компетентними давати згоду на медичне втручання без дозволу батьків за стандартом Gillick: «Право батьків визначати, чи буде їхня неповнолітня дитина, що досягла шістнадцятилітнього віку, отримувати лікарські препарати, припиняється тоді, коли в неї у достатній мірі будуть розвинені розуміння та інтелект, що надасть їй можливість повністю усвідомити те, що їй пропонується» (Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] AC112). Даним рішенням неповнолітньому, що не досяг шістнадцятилітнього віку, із розвиненим розумінням (компетентному за Gillick), надано право самостійно давати згоду на лікування. Стандарт є обов'язковим в Англії та Уельсі та був схвалений в Австралії, Канаді та Новій Зеландії.

Бути Gillick-компетентною для молодої людини означає, що вона спроможна зберегти інформацію, зважити наявні аргументи, висловити та обґрунтувати свої побажання; розуміє сутність, проблеми, наслідки, ризики та переваги лікування, наслідки власних рішень: згоди, відмови, альтернативних варіантів, а також наслідки для сім'ї. В рішенні, зокрема, наведено п'ять обов'язкових умов, які виправдовують призначення лікарем протизаплідних засобів дівчині до 16 років: 1) дівчина цілковито розуміє поради лікаря; 2) лікар не досяг мети схилити пацієнтку розповісти про свої потреби батькам та не вважає за можливе звернутися до батьків; 3) існує велика доля ймовірності, що пацієнтка або почне або продовжить статеве життя, використовуючи або не використовуючи протизаплідні засоби; 4) доти, доки вона не буде проконсультованою відносно протизаплідних засобів, її соматичне здоров'я підпадатиме під загрозу; 5) найкращі інтереси пацієнтки потребують, аби лікар проконсультував її відносно застосування протизаплідних засобів, лікування або і того, і іншого без згоди батьків.

Визнання статусу Gillick-компетентності при медичному обслуговуванні підлітків все ж не виключає сенсу намагатися отримати згоду також від особи із батьківською відповідальністю. Згідно з логікою Gillick-підходу лікування підлітка до 16 років без згоди батьків може бути виправданим, якщо підлітка визнано компетентним, він дає

згоду і не дозволяє проконсультуватися із батьками, в той час як стан здоров'я ймовірно погіршиться без лікування, а залучення батьків ймовірно підвищуватиме ризику для особи. Хоча мінімальної вікової межі за рішенням Gillick немає, все ж вважається, що дитина у віці до 13 років здатна давати згоду на лікування без участі батьків у виняткових випадках.

При отриманні інформованої згоди на медичне втручання у підлітків здійснюється попереднє тестування розвитку дитини, її відносин з батьками та аналіз наявності ймовірних наслідків для дитини без проведення лікування, що здійснюються, із використанням «Контрольного переліку питань при отриманні згоди дитини» (Consent checklist (adapted from Pearce, 1994) [241]. При проведенні аналізу розвитку самосвідомості та пізнавальних функцій дитини за допомогою «Контрольного переліку» рекомендовано взяти до уваги рівень розуміння дитиною: характеру захворювання, корисних та шкідливих наслідків лікування, власних потреб та власної Я-концепції, значення часу – минулого, теперішнього та майбутнього. Також важливо взяти до уваги різні аспекти психологічних та соціальних взаємовідносин дитини: з батьками, зокрема, чи є ці відносини фактором підтримки для дитини; із лікуючим лікарем – наскільки вони ґрунтуються на довірі; з іншими, значущими для дитини близькими людьми, – наскільки вони впливають на думку дитини. Щодо характеру захворювання, то тут визначними є два аспекти впливу на процес отримання згоди. По-перше, шкідливі наслідки в разі проведення та не проведення лікування, в тому числі наслідки, що загрожуватимуть здоров'ю та життю. Рівень такої шкідливості знаходиться у зворотній пропорційній зв'язку із юридичною силою згоди або відмови дитини та, по-друге, наскільки характер захворювання знижує функціональні можливості дитини в аспекті її здатності до аналізу інформації та надання згоди. Наявне зниження теж передбачає задіяння механізмів відхилення згоди або відмови дитини.

У механізмі вибору лікування щодо дитини в англійському праві діє загальний принцип, за яким необхідно вжити всіх розумних зусиль для досягнення консенсусу із дитиною, хоча цей процес і розтягнувся б у часі, звичайно, крім випадків неприпустимості зволікань у зв'язку із прямою загрозою життю або здоров'ю дитини. У звичайних обставинах іноді краще відкласти прийняття рішення дити, доки не

зміняться установки та відносини дитини. В деяких комунікативно складних випадках Британська медична асоціація пропонує звертатися до іншого лікаря, який би міг виступити в ролі незалежного судді у процесі домовленості з приводу лікування дитини. «Я впевнений, – пише Mike Shaw, – що жодного підлітка не варто лікувати проти його волі до того часу, як буде встановлено високий ступінь ймовірності суттєвої шкоди у випадку відмови. Але навіть відмінюючи відмову підлітка, часто йому можна надати обмежену можливість вибору» [241]. Mike Shaw розробив «Методичні рекомендації щодо отримання згоди на лікування дитини», які ґрунтуються на положеннях англійського законодавства та керівних принципах у цій сфері. Хоча ці рекомендації не мають обов'язкової сили, вони містять практичні напрацювання із застосуванням положень законодавства та цінного досвіду роботи персоналу в сфері медичного обслуговування дітей. Рекомендації містять такі правила: 1) як батьків, так й підлітків необхідно інформувати та залучати до прийняття рішення відносно лікування; 2) лікування необхідно здійснювати за згодою однієї особи з батьківською відповідальністю та домовленістю з некомпетентним підлітком або згодою компетентного; 3) якщо не досягнуто згоди, лікування слід відкласти до кращих умов для погодження або залучення незалежного арбітра; 4) відхилення відмови підлітка (як компетентного, так і некомпетентного) слід застосовувати тільки в тих випадках, коли: а) можливості для обговорення та змін плану лікування вичерпані, б) батьки дають згоду або отримано рішення суду, в) існує висока ймовірність того, що відмова спричинить суттєву шкоду. Але в будь-якому разі перед лікуванням підлітка всупереч його волі, слід докласти всіх розумних зусиль відносно обґрунтування, узгодження, перегляду плану лікування, консультацій з альтернативними фахівцями, в тому числі психотерапевтичного профілю тощо.

Спеціальні вказівки щодо підлітків включено до методичних Рекомендацій оцінки компетентності, які складено Британською медичною асоціацією та Спілкою юристів (1995 р.). За даними рекомендаціями при роботі з підлітками слід враховувати: здатність розуміти, що існує вибір і що кожен вибір має наслідки; готовність та здатність робити вибір, включаючи право обрати, щоб хтось інший приймав рішення відносно лікування; розуміння характеру та мети процедур;

розуміння ризиків та побічних ефектів; розуміння альтернатив та їхніх можливих ризиків; розуміння наслідків, якщо лікування не буде проведено; відсутність тиску. Визначення компетентності за вказаним механізмом проводиться індивідуально, враховуючи: а) особливості пацієнта, б) тип рішення, що необхідно прийняти, в) конкретні клінічні та інші обставини.

При визначенні необхідно керуватися контрольним переліком особливостей пацієнтів та обставин, які розроблено для вирішення клініко-правових ситуацій за участю підлітків та які слід брати до уваги. Так, підлітки частіше є компетентними та вносять вклад у прийняття рішень щодо лікування: 1) за наявності: теплих стосунків між ними та батьками, що їх підтримують; довіри та впевненості у відносинах між ними та лікарем; адекватної інформованості; 2) за відсутності: тиску; панічного стану; болю та інших тимчасових чинників, що можуть спотворити оцінку; 3) якщо розуміють: необхідність прийняти рішення; наявність наслідків у будь-яких рішеннях; характер лікування, що рекомендовано, та альтернативи; ризики та вигоди від втручання та відсутності втручання; віддалені наслідки кожного рішення; 4) якщо здатні: зберігати увагу; добре оцінювати значущість лікування саме для них; зважити можливі варіанти.

Деякі вітчизняні дослідники поділяють такі доктринальні підходи щодо диференціації ступеня автономії та компетенції підлітків. На думку психолога І. Мамайчук, «доцільність вчинків значною мірою визначається не просто віком підлітка, а рівнем його особистої зрілості» [242, с. 123]. Я. Радиш і А. Віленський повідомляють, що «північноамериканська традиція передбачає усвідомлення дітьми з 8-річного віку основних процесів, які перебігають у дитячому організмі» [225, с. 12]. Впровадження такого підходу не є простою справою, адже зачіпає не тільки правові зміни, а й передбачає руйнування застарілих деонтологічних стереотипів. З огляду на вимоги щодо врахування думки дитини-пацієнта та доступності інформації, що повідомляється пацієнтові, набувають значення спеціальні навички медичного персоналу. Цілком слушно, що «майстерність інформування пацієнта є необхідною передумовою оптимальної педіатричної практики» [225, с. 12] та показником (індикатором) якості медичної допомоги, що надається. Саме встановлення психологічного контакту з дитиною створює необхідні передумови для якісного

медичного огляду, проведення діагностичних процедур, здійснення медичних процедур та втручань, що завдають дитині дискомфорту або болю. В деонтологічній літературі наводиться приклад такої педіатричної комунікації, коли лікар, який стикнувся із завзятою відмовою 12-річного хлопця від діагностичної стеральної пункції, виграв згоду пацієнта у шахи [243, с. 166].

Проте точка зору про необхідність законодавчого зниження віку, з якого виникає право на згоду на медичне втручання, та юридичної диференціації компетентності дитини щодо прийняття медичних рішень за себе здебільшого не поділяється провідними цивілістами, які проводять дослідження у сфері правового регулювання медичної сфери. Так, С. Булеца обґрунтовує протилежне положення: на її думку, «дитина в 14 років не може приймати виважені рішення при звертанні до лікаря та обрати методи лікування». Авторка впевнена, що дитина до 16 років «не здатна приймати компетентні рішення, а особливо у сфері медицини, де навіть дорослим важко визначитися у діагнозі, маніпуляціях чи інших методах лікування». Таке правове становище неповнолітніх обґрунтовується наявністю в них «природної вікової психічної та соціальної незрілості, яка визначає недостатність правових знань і вміння ними користуватися, незрілість вольових функцій і не сформованість критичних здатностей. Незрілість вольових функцій із характерними явищами навіюваності підвищує ризик випадкових рішень, що продиктовані негайними бажаннями». Як підсумок, С. Булеца пропонує «законодавчо визнати за неповнолітніми здатність вступати в правовідносини, що виникають при наданні медичних послуг, і давати згоду з 16 років, коли людина повністю усвідомлює значення наслідків та розуміє поставлений діагноз» та «підвищити вік, при якому дитина може приймати ті чи інші рішення у сфері медицини до 16 років» [244, с. 213–216]. І. Сенюта обґрунтовує позицію, за якою тільки пацієнт з повною цивільною дієздатністю має право на вільний вибір лікаря, вибір методів лікування, отримання достовірної і повної інформації про себе [180, с. 619].

В Україні проблема визначення та диференціації дієздатності дитини, зокрема, її компетентності щодо волевиявлення, критеріїв соціальної та психічної зрілості, активно розробляється в кримінально-правових дослідженнях з метою напрацювання адекватних правових засобів кримінально-правової відповідальності дитини. Значний

інтерес в контексті поставлених нами науково-практичних завдань представляють напрацювання проблеми в контексті невідповідності фактичного та паспортного віку дитини – суб'єкта злочину, особливо в аспекті настання кримінально-правової відповідальності та звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру.

Так, Постановою Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» від 15.05.2006р. № 2 [245] з метою з'ясування стану компетентності неповнолітнього, фактичного рівня його психічної зрілості та здатності до усвідомленого та відповідального волевиявлення пропонується здійснити низку спеціальних дій експертного характеру під час проведення досудового слідства. Зокрема, п. 18 передбачено, що «під час досудового слідства та розгляду в суді справи про застосування примусових заходів виховного характеру крім обставин, зазначених у ст. 64 КПК (1001-05), необхідно повно й усебічно з'ясувати: 1) дані про особу неповнолітнього – вік (число, місяць, рік народження, які мають бути підтверджені долученими до справи копіями свідоцтва чи актового запису про народження), інші біографічні дані; вікові і психологічні особливості (темперамент, рівень загального розвитку, інтереси, ціннісні орієнтації та ін.); стан здоров'я; соціальну (суспільну) характеристику (взаємовідносини в сім'ї та колективі, ставлення до праці, навчання, участь у суспільному житті тощо). За наявності даних про розумову відсталість неповнолітнього, не пов'язану із психічним захворюванням, має бути також з'ясовано – чи здатний він повністю усвідомлювати значення своїх дій і якою мірою може керувати ними, для чого в разі потреби призначають експертизу за участю фахівців у галузі дитячої чи юнацької психології або ж експертів-психіатрів; 2) ставлення неповнолітнього до наслідків діяння, яке він учинив».

Як видно, даним стандартом передбачено з'ясування характеристик особистості підлітка, які істотним чином впливають або ймовірно можуть вплинути на індивідуалізований рівень компетентності підлітка, а саме – фактичного рівня його психічної зрілості та здатності до усвідомленого та відповідального волевиявлення. Ці характеристики, які утворюють комплексний індивідуалізований портрет особистості юного суб'єкта кримінального злочину, підлягають екстеріоризації (або

виявленню) за допомогою визначених наукових методів та прийомів за двома напрямками. З одного боку, Постановою пропонується всебічно з'ясувати об'єктивні дані про особу: соціально-демографічні характеристики, відомості про стан здоров'я, особисті психологічні особливості, соціально-комунікативні характеристики, в тому числі отримані методами психології та експертної психіатрії. З іншого боку, передбачається отримання даних про суб'єктивне ставлення неповнолітнього до діяння, яке він учинив. У сукупності складається загальна картина, яку можна назвати «компетентністю неповнолітньої особи – суб'єкта кримінального злочину». Виявлення такої компетентності є дуже важливим етапом, від якого залежить підсудність неповнолітньої особи в контексті з'ясування обставин, що виключають впровадження по кримінальній справі.

На необхідність правового розв'язання проблеми відмінності між фактичним та паспортним віком дитини у зв'язку із настанням кримінально-правової відповідальності звернула увагу О. Сапожнікова. Автор ставить питання про необхідність «передбачити окремим законом України такі заходи, що можуть застосовуватися до осіб, які не досягли віку кримінальної відповідальності або не підлягають кримінальній відповідальності внаслідок відставання у психічному або інтелектуальному розвитку, не пов'язаному із психічним розладом». О. Сапожнікова, зокрема, пропонує доповнити ст. 22 «Вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність» Кримінального кодексу України положенням такого змісту: «не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка досягла віку, передбаченого частинами першою та другою цієї статті, але внаслідок відставання у психічному або інтелектуальному розвитку, не пов'язаному з психічним розладом, під час вчинення суспільно небезпечного діяння не могла повною мірою усвідомлювати фактичний характер і суспільну небезпечність своїх дій (бездіяльності) або керувати ними» [246, с. 253, 254]. Також М. Бурдін пропонує передбачити в законі спеціальні норми, відповідно до яких «в кожному випадку проводилася б експертиза з метою підтвердження фактичного рівня розвитку неповнолітнього його хронологічному віку і встановлювався б реальний рівень його розвитку» [247, с. 43].

Наведені напрацювання законодавчого та наукового спрямування потребують вивчення та оцінки з метою використання для цілей визначення компетентності

дитини (підлітка) як суб'єкта волевиявлення щодо медичного втручання. Є вагомі підстави юридично прописати окремі аспекти правосуб'єктності дитини в сфері її прав щодо вибору методів медичного втручання. Принаймні, згода або відмова зрілого неповнолітнього має обов'язково братися до уваги при деяких втручаннях. Юридично грамотно це зробити сьогодні неможливо, не використовуючи такого комплексного поняття як «компетентність дитини-пацієнта». Адже формальні вікові обмеження правосуб'єктності, які прийнято в класичній цивілістичній доктрині, сьогодні не зовсім адекватно працюють в особливих ситуаціях прийняття медичних рішень щодо лікування «зрілих неповнолітніх» [12, с. 206].

Отже, у Конвенції ООН про права дитини викладено загальні засади правосуб'єктності дитини, які є основою також для регулювання правовідносин, пов'язаних із вибором методів медичного втручання в організм дитини. Так, держави-учасниці взяли зобов'язання забезпечити дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що торкаються дитини, причому поглядам дитини повинна приділятися належна увага згідно з її віком і зрілістю. Для усунення тенденції декларативності норм щодо врахування думки дитини підчас надання їй медичної допомоги необхідно: на рівні доктрини права розробити концептуальну модель механізму здійснення суб'єктивних цивільних прав; на рівні закону – відповідні правові норми та юридичні процедури, які гарантовано забезпечать реалізацію закладеної ідеальної моделі та на цих засадах розробити відповідні юридичні інструменти – нормативний порядок, індикатори, методики, які можуть бути конкретно застосовані у практиці прийняття рішень щодо медичного втручання в організм дитини. Вжиття вказаних кроків забезпечить перехід від переважно правозахисного підходу, характерного для вітчизняної політики у сфері дотримання прав дитини, до забезпечення реальних механізмів для здійснення прав дітей.

Особливістю правового регулювання відносин з надання медичної допомоги дітям з огляду на специфічні потреби дітей у піклуванні та забезпеченні відповідних умов для виживання та розвитку є активна участь у реалізації правосуб'єктності дитини осіб, що представляють її інтереси – батьків, інших законних представників. *Інститут представництва інтересів дитини у сфері надання медичної допомоги*

відіграє важливу роль «підтягування» незрілої дієздатності дитини до рівня дієздатності повноцінного суб'єкта правовідносин шляхом заміщення волевиявлення носія права (дитини) замісним волевиявленням визначеного законом правоздатного та дієздатного представника. У такий спосіб правовідношення набуває легітимного значення, а результати волевиявлення – необхідної правової сили. Для належного правового регулювання надання медичної допомоги дітям дуже важливо чітко правове розмежування осіб, які можуть виступати законними представниками дитини, а також підстав, черговості та сфер їхніх повноважень [12, с. 206–213].

В Основах немає визначення законних представників дитини, проте відповідь на запитання, хто є законними представниками дитини, можна знайти із узагальненого аналізу положень ЦК України та СК України, інших законів, які містять відповідні норми, що регулюють правовідносини представництва дитини. У ст. 242 ЦК України надано загальну концепцію інституту представництва за законом: «1. батьки (усиновлювачі) є законними представниками своїх малолітніх та неповнолітніх дітей. 2. опікун є законним представником малолітньої особи та фізичної особи, визнаної недієздатною». Стосовно представництва неповнолітніх у правовідносинах з надання медичної допомоги у ст. 285 зазначено: «батьки (усиновителі), опікун, піклувальник мають право на інформацію про стан здоров'я дитини». У ст. 43 Основ передбачено: «щодо пацієнта віком до 14 років (малолітнього пацієнта), медичне втручання здійснюється за згодою їх законних представників».

У СК України визначено загальні засади щодо прав та обов'язків батьків, зокрема, у зв'язку із вихованням дитини та забезпеченням її умовами для розвитку. Так, п. 2 ст. 150 передбачено, що «батьки зобов'язані піклуватися про здоров'я дитини, її фізичний, духовний та моральний розвиток». У п. 5 ст. 150 зазначено, що «передача дитини на виховання іншим особам не звільняє батьків від обов'язку батьківського піклування щодо неї». Батьки, за загальним правилом, є законними представниками своїх дітей без спеціальних на те повноважень (п. 2 ст. 154). Згідно зі ст. 157 «1. Питання виховання дитини вирішуються батьками спільно. 2. Той з батьків, хто проживає окремо від дитини, зобов'язаний брати участь у її вихованні і має право на особисте спілкування з нею. 4. Батьки мають право укласти договір щодо здійснення

батьківських прав та виконання обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини».

Як видно, у СК України закріплено як право, так і обов'язок обох батьків вирішувати питання виховання, розвитку дитини, в тому числі її медичного обслуговування. Притому, що виконання батьками своїх прав та обов'язків не залежить від того, хто фактично проживає з дитиною. Закон надає батькам право у договірній формі закріпити свої домовленості щодо розподілу та форм участі кожного з них у рішенні питань виховання та розвитку дитини. При недосягненні батьками згоди щодо цих питань передбачено можливість вирішення спору щодо участі у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо від дитини, органом опіки та піклування (ст. 158 СК України) або судом (ст. 159 СК України).

З метою охорони і захисту прав та інтересів *дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування*, в тому числі в сфері надання медичної допомоги, в Україні встановлено спеціальний порядок, яким визначено коло осіб і юридичні форми представництва, опіки та піклування щодо таких дітей. У Законі України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 р. № 2402-III [248] надається визначення категорій дітей, для яких передбачено спеціальні форми опіки та піклування. Це – діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування. Спеціальні соціально-правові умови захисту дітей таких категорій прописані у Законі України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» від 13.01.2005 р. № 2342-IV [249]. Зокрема, особливими формами влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, передбаченими в законодавстві України, є передача до: прийомної сім'ї; дитячих будинків сімейного типу; закладів для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Відповідно, для належного забезпечення правових умов захисту прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, в законі визначено коло осіб, які стають законними представниками дитини та, відповідно, уповноважені державою приймати важливі рішення у життєдіяльності дитини, в тому числі й щодо її медичного обслуговування.

Коло осіб, які є законними представниками дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, а також їхні права та обов'язки визначено у СК України. У

ст. 249 зазначено, що «опікун, піклувальник зобов'язаний виховувати дитину, піклуватися про її здоров'я, фізичний, психічний, духовний розвиток». «Опікун, піклувальник має право самостійно визначати способи виховання дитини з урахуванням думки дитини та рекомендацій органу опіки та піклування».

Глави 20, 20.1, 20.2 СК України присвячено правовому регулюванню відносно нових для України інститутів соціального захисту дітей, якими є: патронат над дітьми, прийомна сім'я, дитячий будинок сімейного типу. Оскільки відповідні положення є застосовними також до регулювання праввідносин у сфері надання медичної допомоги дитині, можна дійти висновку, що законодавець визначає представниками дитини-пацієнта таких осіб, які виконують спеціальні функції опікунів: патронатний вихователь, прийомні батьки, батьки-вихователі. Визначення цих категорій фізичних осіб та їх повноважень надано законодавцем у СК України, Законі України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», постановах Кабінету Міністрів України.

Патронатний вихователь діє на підставі договору про патронат, який укладається між органами опіки і піклування та патронатним вихователем. Патронатний вихователь зобов'язаний створити дитині умови для навчання, фізичного та духовного розвитку; захищати дитину, її права та інтереси як опікун або піклувальник без спеціальних на те повноважень (ст. 255). Прийомні батьки – подружжя або особа, яка не перебуває у шлюбі, які взяли для спільного проживання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Влаштування дитини до прийомної сім'ї оформлюється за згодою дитини службовою особою закладу, в якому вона перебуває, у присутності прийомних батьків і представника органу опіки та піклування, про що складається відповідний документ. Прийомні батьки несуть обов'язки по вихованню та розвитку дітей, є законними представниками прийомних дітей і діють без спеціальних повноважень як опікуни та піклувальники (ст. 256.2, 256.3). Батьки-вихователі дитячого будинку сімейного типу несуть обов'язки по вихованню та розвитку дітей, є законними представниками прийомних дітей і діють без спеціальних на те повноважень як опікуни та піклувальники (ст. 256.6 СК України).

Отже, представниками малолітніх та неповнолітніх пацієнтів за законодавством України є батьки (усиновлювачі), опікуни, що мають визначені представницькі повноваження та діють на основі визначених в законі підстав. Законними представниками дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, є патронатний вихователь, прийомні батьки, батьки-вихователі. Як видно, бабусі, дідусі, брати, сестри не є законними представниками неповнолітніх пацієнтів, за умови відсутності у них відповідних підтверджуючих документів.

Втім нормативне регулювання інституту представництва дитини в правовідносинах з надання медичної допомоги не позбавлено суперечностей. Так, згідно з наказом МОЗ України «Про затвердження Тимчасових стандартів надання медичної допомоги підліткам та молоді» від 02.06.2009 р. № 382 медична допомога пацієнтам у віці від 14 може надаватися із дозволу батьків (опікунів, членів сім'ї). Даним положенням розширено коло осіб, які можуть виступати як представники дитини та надавати згоду на надання їй медичної допомоги. Це розширення за канонами юридичної теорії та практики є неправомірним, оскільки, по-перше, суперечить актам вищої сили – ЦК України та СК України, законом України «Про охорону дитинства», Основами, якими визначено виключне коло осіб, які можуть бути законними представниками дитини. По-друге, поняття «член сім'ї» не має однозначної правової дефініції у законодавстві України. Враховуючи принцип пріоритетності законів, положення наказів, що суперечать їм, є недійсними та не підлягають виконанню. Але на практиці працівники медичних закладів частіше віддають пріоритетність відомчим наказам Міністерства охорони здоров'я та внутрішнім розпорядженням, оскільки їм бракує належного рівня правової культури та, відповідно, правової обізнаності у законодавчій базі, яка регулює відповідні правовідносини.

Все ж, заглиблюючись у важливі питання щодо представництва неповнолітнього, слід звернути увагу на ст. 44 Кримінального процесуального кодексу України від 13.04. 2012 р. № 4651-VI [250], в якому знаходимо перелік осіб, які можуть бути залучені як законні представники неповнолітнього або особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною: «Як законні представники можуть бути залучені батьки (усиновлювачі), а в разі їх

відсутності – опікуни чи піклувальники особи, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки і піклування, установ і організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, недієздатний чи обмежено дієздатний». Перелік осіб, які визнаються близькими родичами та членами сім'ї, міститься у п. 1 ст. 3 КПК України (далі — КПК України). Ними є: «чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, у тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі».

Хоча цитовані положення стосуються конкретно складу сторін у кримінальному провадженні та представництва неповнолітнього як підозрюваного та обвинуваченого, все ж логіка законодавця простежується в тому, що «участь в кримінальному провадженні законного представника слід розглядати як додаткову гарантію забезпечення прав і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, який не може самостійно реалізувати надані їм як учасникам кримінального провадження процесуальні права, а тому й ефективно захистити свої законні інтереси» [251]. Тією ж причиною забезпечення права і законних інтересів, очевидно, обумовлюється розширений склад осіб, які можуть виступати представниками неповнолітнього у кримінальному провадженні. Вибір і заміна законного представника неповнолітнього підозрюваного та обвинуваченого знаходиться у межах дискреційних повноважень слідчого, прокурора, слідчого судді, суду.

Чи можна вказані положення КПК України застосувати до регулювання правовідносин представництва неповнолітнього в сфері надання медичної допомоги? З першого погляду – ні. Адже ані аналогія закону, ані аналогія права в даному випадку не застосовні з огляду на різну галузеву належність правових норм, що регулюють кримінальне провадження та цивільні правовідносини з приводу медичного втручання. Все ж подібність представницьких правовідносин, що виникають з необхідності охорони та захисту прав та інтересів неповнолітнього, в обох випадках є очевидною. З цієї самої причини видається, що можна застосувати методологію та

логіку законодавця у регулюванні представництва неповнолітнього в кримінальному провадженні для розв'язання складних ситуацій із визначенням законного представника дитини в умовах надання медичної допомоги у невідкладних випадках або випадках, в яких відмова може призвести до тяжких для дитини-пацієнта наслідків. Особливо це стосується ургентних ситуацій, коли поряд з дитиною перебувають члени родини або інші родичі, які не входять до кола осіб, що можуть бути законними представниками дитини за відповідним цивільним законодавством. Адже в таких незвичайних ситуаціях немає часу для зволікань, правові та клінічні рішення часто приймають негайно на місці. Отже, враховуючи положення КПК України, вважаємо за доцільне *в клінічних ситуаціях, які, на думка лікуючого лікаря, є ургентними, та в разі відсутності батьків або опікунів дитини, надати право представляти дитину особам, які є близькими родичами та членами сім'ї, у такій послідовності: вітчим, мачуха, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, а також інші особи, які спільно проживають або пов'язані спільним побутом* [12, с. 209–210].

У разі відмови законних представників від лікування дитини виникає низка проблем процесуального характеру [12, с. 214–216]. За загальним правилом, право на відмову від медичного втручання за законодавством України має лише особа, що набула повної цивільної дієздатності (ст. 284 ЦК України, ст. 43 Основ). Згоду та відмову від медичного втручання щодо неповнолітньої дитини дають законні представники дитини (батьки або особи, що їх замінюють). Саме законні представники несуть повну відповідальність за дитину та, зокрема, за наслідки їхньої відмови від лікування.

За логікою законодавця для юридичної кваліфікації відмови від надання медичної допомоги дитині та подальшого алгоритму юридичних наслідків та дій ключове значення мають два сценарії наявної клінічної ситуації. Законодавець розрізняє а) «невідкладні випадки» та б) «випадки, за яких відмова може призвести до тяжких для пацієнта наслідків». Подивімося, які клінічні ознаки та відповідно юридичні наслідки передбачено законодавцем для цих різних у клінічному та правовому відношенні ситуацій.

У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи, медична допомога надається без згоди фізичної особи або її законних представників

(ст. 284 ЦК України). Визначення невідкладних випадків (станів) дається законодавцем у термінологічному словнику п. 7 ст. 1 Закону України «Про екстрену медичну допомогу». Невідкладними станами в медицині, наприклад, є захворювання та травми, які потребують ургентного оперативного втручання. Очікування згоди представників або зволікання з рішенням може стати чинником, що спричинить або значне погіршення, або невідворотні зміни у клінічному стані дитини. В таких невідкладних випадках цілком логічно законодавець не вимагає отримання згоди на необхідні медичні заходи, які мають на меті усунення безпосередніх і раптових загроз та небезпек для життя. Якщо загроза для життя та здоров'я відсутня, тоді діє вимога закону про необхідність отримати згоду від уповноваженої особи (представника або дитини та представника).

Випадки, за яких відмова може призвести до тяжких для пацієнта наслідків, очевидно не містять безпосередніх клінічних загроз для життя та здоров'я пацієнта, але мають потенційно небезпечні наслідки, які можуть реалізуватися з різним ступенем ймовірності в невизначеній часовій перспективі. Такі випадки називаються не невідкладними, а такими, що можуть мати важкі наслідки. Юридично їх виокремлено законодавцем у ст. 43 Основ: «Якщо відсутність згоди може призвести до тяжких для пацієнта наслідків, лікар зобов'язаний йому це пояснити. Якщо і після цього пацієнт відмовляється від лікування, лікар має право взяти від нього письмове підтвердження, а за неможливості його одержання – засвідчити відмову відповідним актом у присутності свідків. Якщо відмову дає законний представник пацієнта і вона може мати для пацієнта важкі наслідки, лікар повинен повідомити про це органи опіки та піклування». Положеннями даної статті викладено юридичний алгоритм дій лікаря та медичної установи, який логічно застосувати до випадків відмови законного представника дитини в даних клінічних ситуаціях: юридичні дії лікарів при відмові представника пацієнта ідентичні тим, що вчиняються при відмові самого пацієнта.

Лікар не може примусити пацієнта прийняти медичну допомогу, що також є вірним по відношенню до законних представників дитини пацієнта. З точки зору захисту прав та інтересі дитини лікар і медична установа мають вдатися до дій, що передбачено чинним законодавством для подібного роду випадків, зокрема, надати

відповідні роз'яснення, в тому числі про наслідки ненадання своєчасної медичної допомоги дитині, взяти відмову у письмовому вигляді, а в разі необхідності – оформити акт про відмову у присутності свідків та повідомити про факт відмови органи опіки та піклування.

Залежно від правової оцінки юридично значущих причин ситуацій, пов'язаних із відмовою законних представників дитини від її лікування, їх можна умовно розділити на дві категорії [12, с. 216–219]. Перша категорія випадків пов'язана із неналежним виконанням батьками своїх обов'язків щодо піклування про дитину. Для таких випадків у ст. 164 та ст. 170 СК України передбачено низку підстав для позбавлення батьківських прав або відібрання дитини без позбавлення батьківських прав. У п. 2 ст. 164 передбачено таку підставу, як ухилення батьків від виконання своїх обов'язків по вихованню дитини. В таких випадках судом може бути ухвалено відповідне рішення про позбавлення батьківських прав або відібрання дитини без позбавлення батьківських прав та подальше направлення дитини на лікування.

Друга категорія випадків відмови законних представників від лікування дитини пов'язана із ідеологічними, здебільшого релігійними, переконаннями батьків або осіб, що їх замінюють. Як правило, в таких випадках органам опіки та піклування і судам необхідно надати правову оцінку ситуації та зважити найкращі інтереси дитини, з одного боку, та правомочності, що випливають з права на свободу совісті і релігії, – з іншого. У більшості країн ЄС та у США, коли йдеться про рятування життя дитини, лікар та медичний заклад мають право піти проти волі батьків, заручившись підтримкою суду. У Великій Британії право судів розглядати такого роду справи закріплено в «Акті з питань дітей» (1989 р.). Даним документом передбачено обмеження батьківської влади над дитиною, яка не є абсолютною. Британська медична асоціація надрукувала спеціальний документ для лікарів – посібник, в якому роз'яснюються юридичні аспекти батьківських прав та обов'язків у сфері прийняття рішень щодо медичного втручання в організм дитини. Батьківським правам протиставляються: 1) право спільноти на рятування життя дитини та правову можливість відібрати дитину від батьків, які піддають життя дитини небезпеці, 2) право зрілої компетентної дитини на відособленість від батьківського піклування та прийняття автономних рішень щодо медичного втручання в свій організм [252].

Втручання суду передбачено у низці проблемних ситуацій, пов'язаних із необхідністю лікування за медичними показниками та відсутністю згоди відповідної уповноваженої особи або складністю її отримання. Суд може втрутитися в тих випадках, коли: 1) батьки не дають згоду на лікування захворювання або клінічного стану, що, ймовірно, матиме негативні наслідки для життя або здоров'я, 2) дитина є некомпетентною або відмовляється від лікування, або всі можливі ресурси для перемовин вичерпано. У випадках, якщо немає особи, яка несе батьківську опіку, або якщо особа із відповідними повноваженнями не дає згоду на необхідну програму дій та лікування щодо некомпетентної дитини, слід отримати спеціальне розпорядження суду або звернутися до місцевого органу влади з питань встановлення опіки. В тих ситуаціях, які є наслідком більш широкого процесу занедбаності дитини або жорстокого поводження із нею, як правило, доцільним вважається рішення про опіку, яким батьківською відповідальністю наділяється місцевий орган, та лікування провадиться за його згодою. Якщо батьки в цілому задовільно піклуються про дитину та їх відмова ґрунтується на релігійних або інших сталих переконаннях, є можливість звернутися до вищої судової інстанції з метою скористатися належним йому правом відміни рішення батьків.

Судова практика розв'язання спорів, пов'язаних із наданням ургентної допомоги дитині, є досить поширеною для країн Західної Європи та ефективною з огляду на відпрацьованість відповідного процесу та оперативність прийняття рішень. Хоча суди у більшості випадків стають на бік медичних закладів у вирішенні правових питань, пов'язаних з рятуванням життя неповнолітніх пацієнтів, виключно судова форма прийняття таких рішень надає правової ваги заходам медичного закладу та захищає права та інтереси як пацієнтів, так і медичного персоналу. Саме судовий процес та його заключне рішення є на сьогодні, як видається, єдиним легітимним способом виваженого розв'язання складних морально-правових дилем у сфері медичного обслуговування окремих категорій пацієнтів, що мають пороки волі та волевиявлення.

Хоча в Україні безпосередня можливість судового захисту інтересів дитини не передбачається, втім і не виключається. У п. 5 ст. 43 Основ зазначено, що якщо відмова батьків або представників від медичного втручання може спричинити серйозні

наслідки для здоров'я дитини, то лікар зобов'язаний повідомити про це органи опіки та піклування. В свою чергу, органи опіки та піклування або прокурор можуть звернутися до суду для подальшого захисту прав дитини. Відповідно до норм Закону України «Про охорону дитинства» та «Правил опіки та піклування» (затверджених наказом Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України «Про затвердження Правил опіки та піклування» від 26.05.99 р. № 34/166/131/88) [253], ці органи покликані захищати інтереси дитини, в тому числі від батьків, опікунів, піклувальників.

Як визначено у п. 1.7 Правил опіки та піклування, органи опіки та піклування виконують низку завдань та повноважень, серед іншого, здійснюють нагляд за діяльністю опікунів і піклувальників; розглядають спори, пов'язані з вихованням неповнолітніх дітей; розглядають скарги на дії опікунів (піклувальників); вживають заходи щодо захисту особистих та майнових прав неповнолітніх дітей і осіб, які перебувають під опікою (піклуванням); беруть участь у розгляді судами спорів, пов'язаних із захистом прав неповнолітніх дітей та осіб, які перебувають під опікою (піклуванням); провадять іншу діяльність щодо забезпечення прав та інтересів неповнолітніх дітей та повнолітніх осіб, які потребують опіки і піклування. Виходячи з наведеного, лікарі та медичні заклади можуть звертатися до органів опіки та піклування із скаргами, оформленими у письмовому вигляді. Органи опіки та піклування мають достатньо повноважень та процесуальних інструментів для захисту прав дитини. У невідкладних ситуаціях, коли лікування дитини необхідне за життєвими показниками, в Україні застосовується норми п. 2 ст. 170 СК України, де зазначено, що у виняткових випадках, при безпосередній загрозі для життя або здоров'я дитини, орган опіки та піклування або прокурор мають право постановити рішення про негайне відібрання дитини від батьків.

Проблемну ситуацію, коли один з батьків дає згоду, а інший не дає або взагалі усувається від виховання дитини та піклування про неї, М. Самофал пропонує вирішувати «за аналогією із нормою ч. 2 ст. 11 Закону України «Про психіатричну допомогу», відповідно до якої медичне втручання у таких випадках здійснюється за рішенням (згодою) органів опіки та піклування, яке може бути оскаржене до суду»

[231, с. 195]. Безумовно, рішення суду є на сьогодні важливою формою розв'язання правових спорів, які стосуються доцільності надання медичної допомоги дитині в екстреному випадку. Саме тому слід передбачити відповідні матеріальні та процесуальні норми у цивільному законодавстві України.

Зокрема, доцільно п. 5 ст 284 ЦК України доповнити реченням такого змісту: **«У випадку відмови батьків, або осіб, що їх замінюють, від надання медичної допомоги неповнолітній особі, яка перебуває у невідкладному стані, суб'єкт надання медичної допомоги зобов'язаний негайно, протягом 2-х годин з моменту констатації невідкладного стану, звернутися до суду для захисту інтересів неповнолітнього»**. П. 5 ст. 43 Основ доповнити реченням такого змісту: **«У випадку відмови батьків, або осіб, що їх замінюють, від надання медичної допомоги неповнолітньому пацієнту, який перебуває у невідкладному стані, заклад охорони здоров'я зобов'язаний негайно, протягом 2-х годин з моменту констатації невідкладного стану, звернутися до суду для захисту інтересів пацієнта»**.

Отже, за міжнародним правовими стандартами та законодавством України дитина з точки зору її правосуб'єктності щодо згоди на медичне втручання перебуває у трьох процесуальних станах, коли рішення приймаються: 1) не дитиною, а особами, що нею опікуються; 2) особами, що опікуються дитиною з урахуванням думок дитини; 3) дитиною самостійно. Різниця полягає у встановленні конкретних меж із застосуванням визначених критеріїв, які мають правове значення. Встановлення даної диференціації має на меті «забезпечити повноцінну участь дитини у цивільних правовідносинах» [231, с. 194].

Характерним недоліком нормативного регулювання правовідносин з охорони здоров'я та надання медичної допомоги дітям в Україні є відсутність ефективних механізмів реалізації прав дитини як суб'єкта правовідносин з надання медичної допомоги відповідно до каталогу прав дитини, визнаного міжнародно-правовими актами, що є чинними для України, відсутність адекватних міжнародно-правовим вимогам правових засобів реалізації правосуб'єктності дитини в цій сфері. Головним чином це стосується правового механізму інформованої участі дитини у лікувальному процесі, зокрема, врахування думки дитини щодо медичного втручання в

її організм, особливо у разі конфлікту міркувань дитини та її законних представників. В європейській юрисдикції доктринально визнано, що компетентність неповнолітнього як його здатність приймати автономні усвідомлені рішення з питань медичного втручання є такою якістю особистості, що не завжди напряму залежить від віку пацієнта, але часто має індивідуалізований характер. У деяких державах ця проблема вирішується шляхом зниження віку зрілості у зв'язку із медичним втручанням. Інші держави впровадили спеціальний інструментарій для визначення компетентності дитини-пацієнта.

Беручи до уваги положення міжнародних актів, чинних для України, Конституції України, ЦК України, СК України, які стосуються регламентації участі дитини у прийнятті рішень щодо себе, необхідно законодавчо уточнити дефініцію та надати адекватну правову регламентацію таких понять, як «добровільна інформована згода», «інформована участь у прийнятті рішень», «врахування думок дитини» в контексті надання медичної допомоги дітям. Зокрема, розробити відповідні юридичні індикатори, методики визначення, способи фіксування, які можуть бути конкретно застосовані у практиці прийняття рішень щодо медичного втручання в організм дитини. Складність такої роботи полягає ще й в тому, що такі визначення необхідно формулювати з урахуванням здатностей дитини, що розвививаються, та із вказанням на межі можливості усвідомлення дитиною сутності та наслідків рішень, що приймаються нею.

На практиці проблема врахування думки дитини, що не досягла визначеного віку, який надає необхідний обсяг дієздатності, має комплексний характер. Адже заходи медичного характеру, учасником яких може бути дитина, дуже різняться за своїм впливом на організм та можливими наслідками такого впливу, як і самі діти, щодо яких такі заходи можуть бути застосовані. Зокрема йдеться про стан їхнього здоров'я, індивідуальні особливості емоційно-психологічної стійкості, врівноваженості, інтелектуальні здатності до аналізу інформації та прийняття рішень тощо. Саме тому це завдання не можна виконати ізольовано в межах тільки правової науки, тож цілком виправданим є залучення методик та технік, напрацьованих в інших галузях юридичного знання – кримінології, юридичної деонтології та гуманітарного знання, більшою мірою – медичної етики, психології,

педагогіки, соціології, а також зарубіжного досвіду правового регулювання відповідних відносин.

4.2. Міжнародно-правові стандарти регулювання приватних відносин за участю повнолітніх осіб з вадами волі та волевиявлення

Хоча основне правило європейського приватного права в сфері правосуб'єктності пацієнтів полягає в тому, що нікого не може бути піддано медичному втручанню без його згоди, на початку XXI століття виявилось, що ціла соціальна група опинилася поза межами цих прогресивних цивілізаційних досягнень у сфері прав і свобод, що були виборені європейською спільнотою протягом останніх років. Це – фізичні особи із вадами волі та волевиявлення, які мають проблеми, пов'язані із психічними хворобами, інтелектуальною недостатністю, та внаслідок цього факту належать до найбільш уразливих суспільних груп та потребують спеціальних інституцій та інструментів охорони і захисту їх автономії. Питання забезпечення прав людей з обмеженими можливостями, зокрема, з психо-соціальними вадами, визнається у сучасній Європі одним з найбільш важливих в контексті проблематики прав людини. Особливо це стосується аспектів контролю особами з інвалідністю над власним життям та розв'язанню правової дилеми: особиста участь у прийнятті рішень або опіка. Адже суцільний контроль над фінансовими, правовими, медичними питанням життя – це повсякденна реальність для мільйона європейців із психічними захворюваннями, які знаходяться під режимами опіки.

Клінічні ситуації за участю повнолітніх пацієнтів із вадами волі та волевиявлення є найскладнішими як в етичному тлумаченні, так і застосуванні норми права. Правовідносини між медичними закладами, пацієнтами та іншими заінтересованими особами у випадку відсутності повноцінної здатності пацієнта надати згоду найменш вдало врегульовані українським законодавством і потребують ретельного доопрацювання як на доктринальному, так і власно нормативному та правозастосовчому рівнях. Причини, з яких дорослі пацієнти вважаються такими, що нездатні (тією чи іншою мірою) приймати усвідомлені

рішення, можуть бути досить різноманітними: розумова відсталість, наявність психічної хвороби, психотичний стан або стан коми, цей список не є вичерпним. Суть полягає у тому, що пацієнт внаслідок будь-якої хвороби (психічної чи соматичної) має інтелектуальні, вольові, емоційні вади, які заважають йому або прийняти власне рішення, або виявити це рішення у будь-який прийнятний спосіб.

У зв'язку з наведеним, актуальним залишається наукове завдання розроблення в оновленому цивільному законодавстві концептуальних засад та відповідного цивільно-правового інструментарію на основі міжнародно-правових стандартів, якими закладено важливі принципи регулювання приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги недієздатним особам [254]. Враховуючи міжнародно-правові зобов'язання України, необхідно здійснити оцінку відповідності вітчизняних нормативних правових актів міжнародно-правовим стандартам та намітити адекватні шляхи усунення прогалин та невідповідностей як у національній доктрині, так і законодавстві.

Основними джерелами, в яких сформульовані міжнародно-правові стандарти правового регулювання відносин за участю осіб із вадами волі та волевиявлення (проблемами психічного здоров'я, інтелектуальною недостатністю та ментальними формами інвалідності) є: Конвенція ООН про права осіб з інвалідністю (13.12.2006 р.) [255], Конвенція про захист прав людини і основних свобод (04.11.1950 р.), Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (04.04.1997р.), положення окремих рішень ЄСПЛ щодо дотримання прав осіб із проблемами психічного здоров'я у контексті ст. 3, 5, 6, 8 Європейської конвенції, внутрішнє законодавство з відповідних питань. Додатковими джерелами, які надають тлумачення або роз'яснюють окремі положення застосовних правових актів, є стратегічні документи ВООЗ, рекомендаційні документи Ради Європи. Також у практиці нормотворення та правозастосування в якості прикладів та алгоритмів можливих варіантів розв'язання практичних питань доцільно використовувати нормативні акти та напрацьовані практики окремих країн.

У Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю (далі – Конвенція ООН) запропоновано новий доктринальний підхід до правового регулювання відносин за участю осіб з інвалідністю, якій має такі складові, які стосуються також і сфери

охорони здоров'я та лікування: *нове розуміння інвалідності; принцип рівності стосовно прав та усунення дискримінації; концепція «розумного пристосування»* [256, с. 79–80]. За визначенням Конвенції ООН, інвалідність розуміється не як вада особистості, а як результат «взаємодії, яка відбувається між людьми, які мають порушення здоров'я, і відносницькими та середовищними бар'єрами, і яка заважає їхній повній та ефективній участі у житті суспільства на рівні з іншими» (Преамбула). Тобто акцент переноситься на навколишнє середовище, яке не здатне задовольнити потреби людини, враховуючи її інвалідність. Наприклад, людина із синдромом Дауна, якій надано адекватну підтримку у прочитанні повідомлення про послугу, необхідне пояснення та достатній час для обдумування, зможе зрозуміти сутність послуги, розглянути варіанти, зіставити їх зі своїми потребами та прийняти своє рішення. В той час, коли інформацію буде представлено у стандартному вигляді, тобто недоступному для даної особи, інвалідність стає перешкодою.

Даний спосіб *розуміння інвалідності* як нездатності суспільства допомогти у подоланні бар'єрів, які існують в особі при її взаємодії із середовищем, принципово відрізняється від підходу, за яким певні психічні та інтелектуальні умови пов'язуються із статусом особи. Цей підхід до інвалідності розміщує проблему у середовищі та інструментах взаємодії людини із оточенням, а не в самій людині. І це є кардинальною зміною. Адже зусилля спільноти та потенціал права спрямовуються на подолання бар'єрів, які стають на заваді людині контролювати своє життя на рівні з іншими, а не створення систем ізоляції та механізмів прийняття заміщених рішень. Цей «бар'єрний» підхід до визначення інвалідності передбачає налаштування соціальної системи на створення правових шляхів для подолання специфічних перешкод, які заважають людині з інвалідністю брати участь у житті суспільства та робити власний вибір щодо особистих питань.

За новою парадигмою фізична особа з інвалідністю, в тому числі з розладами психіки та інтелекту, має права нарівні з іншими. Концепція рівності з точки зору прав людини виходить за межі формальної рівності, яка майже завжди маркує та стигматизує інвалідність як ваду особистості, а відтак не усуває нерівність у реалізації можливостей для людей із певними обмеженнями. Рівність усіх людей у правах, незалежно від будь-яких ознак, було проголошено ще у Декларації ООН

«Про права розумово відсталих осіб» від 20.12.1971 р. [257], в якій ще тоді було визнано, що такі особи мають ті самі права, що й інші люди у тій максимальній мірі, в якій вони можуть самостійно їх реалізувати. Проте закріплення принципу рівності на рівні Конвенції ООН передбачає юридичне зобов'язання для держави не тільки (і не стільки) закріплення спеціальних прав для осіб з інвалідністю, а, насамперед, адаптацію існуючих прав до особливих потреб окремих соціальних груп. Даний процес адаптації має декілька важливих аспектів: усунення дискримінації, підтвердження презумпції правоздатності та дієздатності, виключення механізмів суцільної опіки осіб з інвалідністю.

Розуміння рівності стосовно прав у Конвенції ООН тісно пов'язано із поняттям дискримінації, яка виступає окремим аспектом недостатньої реалізації принципу рівності або наслідком нехтування цим принципом. За визначенням ст. 2, дискримінація за ознакою інвалідності включає усі форми дискримінації, у тому числі відмову у розумному пристосуванні. Дане визначення включає як прямі, так й непрямі форми дискримінації, метою або наслідком яких є применшення або заперечення прав людини. За ст. 4 та 5.3 Конвенції ООН держави мають позитивний обов'язок щодо заохочення рівності та усунення дискримінації за допомогою усіх належних заходів для забезпечення розумного пристосування.

Саме таке розуміння дискримінації зазнало підтримки та обґрунтування у деяких рішеннях ЄСПЛ. У справі *Price v. The United Kingdom* (10 July 2001) [258] суд визнав обов'язок держави враховувати потреби осіб з інвалідністю у державних установах. А у справі *Thlimmenos v. Greece* (6 April 2000) [259] суд постановив, що Європейська конвенція порушується не тільки у випадку, коли держава ставиться по-різному до осіб в аналогічних ситуаціях, але й тоді, коли держава не ставиться по-різному до осіб, що знаходяться у різних обставинах, без об'єктивного та належного обґрунтування.

Одним із запропонованих у Конвенції ООН механізмів підтримки у прийнятті власних рішень є *концепція «розумного пристосування»*. У контексті нової концепції правоздатності Конвенція пропонує відійти від акценту на вадах та обмеженнях людей із інвалідністю. Адже насправді обмеженнями того чи іншого роду володіють всі без виключення люди, то ж недоліки у сприйнятті та розуміння є

універсальними для суб'єктів прав людини. Ніхто не народжується із навичками прийняття рішень, але це те, чого всі люди навчаються, будучи включеними у соціальний контекст взаємодії. В такому розумінні поняття «підтримки у прийнятті рішень» ґрунтується на цій універсальній обставині та спрямовує зусилля на напрямку надання необхідної допомоги, що може дозволити окремим особам, які зазнають особливих труднощів, розширити межі власної автономії.

«Розумне пристосування» для цілей Конвенції про права осіб з інвалідністю означає внесення, коли це потрібно в конкретному випадку, необхідних і подібних модифікацій і коректив, що не стають недомірним чи не виправданим тягарем, для цілей забезпечення реалізації або здійснення інвалідами нарівні з іншими всіх прав людини й основоположних свобод. Обов'язок держав надавати особам з інвалідністю доступ до підтримки (ст. 12.3) у поєднанні із вимогою щодо розумного пристосування (ст. 5.3) означає, що механізми та процедури здійснення правоздатності мають бути доступними та пристосованими для осіб з обмеженими можливостями. Доступ до підтримки може здійснюватися у різних формах, серед яких – передача інформації та спілкування альтернативними способами, підтримка у плануванні медичних аспектів життя. Загальним наслідком та метою усіх застосованих до конкретних обставин способів повинна бути тенденція якомога повнішого заміщення цілковитої опіки системами підтримки, отже, врешті-решт, – повернення людині влади над своїм життям.

На національному рівні заходи підтримки мають бути вписані до загального контексту правової систем та законодавства. Водночас вони мають відповідати типам проблем, з якими стикаються особи з інвалідністю, та надавати реальні механізми підтримки, якої вони потребують, а не копіювати одну модель для всіх. Адже люди з інвалідністю та інтелектуальної недостатністю так само відрізняються за своїми рішеннями та потребами, як і всі інші. Найпростіші засоби для усунення дискримінації уже увійшли у повсякденне життя в Україні. Це – спеціальні пандуси, підйомники, висхідні доріжки замість сходів, споруджені для більшої доступності публічних закладів для осіб з інвалідністю. Значно рідше зустрічаються такі спеціальні заходи розумного пристосування, як більш гнучкий графік роботи або більш комфортна робоча зона для працівника із інвалідністю.

Концепція розумного пристосування, безумовно, відноситься й до розумного полегшення процесу отримання інформації та прийняття рішення у сферах взаємодії людини з інвалідністю із посадовими особами, зокрема медичними працівниками. У таких випадках медичні установи повинні здійснити позитивні заходи щодо пристосування процедури отримання добровільної інформованої згоди до особливостей пацієнта з вадами психічного та інтелектуального розвитку з метою забезпечення еквівалентного становища даної особи з іншими. Зокрема, медична інформація може бути надана такому пацієнту у зручному для читання форматі, або в альтернативному форматі, лікар може надати додаткові аргументи або виділити додатковий час на пояснення суті діагнозу, процедур тощо [254].

Усі положення провідних міжнародних та європейських правових документів, в яких закріплені стандарти фундаментальних прав людини, вимоги щодо поваги до прав на свободу, недоторканність та гідність осіб із інтелектуальними формами інвалідності, є застосовними також і до регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги повнолітнім особам з вадами волі та потребують концептуальної та нормативної інтерпретації і введення в оновлене цивільне законодавство України.

У Конвенції Ов'єдо спеціальне регулювання передбачено для отримання згоди від пацієнтів із вадами волі та волевиявлення, для яких існує практична проблема реалізації автономії у сфері охорони здоров'я та надання медичної допомоги. Тому для забезпечення ефективної реалізації прав цими особами необхідні додаткові правові умови, за яких вони можуть бути піддані медичному втручання. Пунктом 3. ст. 6 передбачено: 3. «Якщо відповідно до законодавства повнолітня особа внаслідок психічного захворювання, хвороби або через аналогічні причини є недієздатною давати згоду на втручання, втручання може здійснюватися тільки з дозволу її представника або органу влади, або особи, або закладу, визначеного законом». Однак особливість та складність застосування даної норми полягає у тому, що сучасні стандарти прав людини передбачають, що не можна повністю позбавляти можливості брати участь у виборі дорослих осіб, які мають вади волі або волевиявлення. Ця думка окремим реченням виражена у п. 3 ст. 6: «Відповідна особа у міру можливості бере участь у процедурі надання дозволу».

З метою запобігання застосування дискримінаційних критеріїв до таких осіб у п. 3 ст. 6 перелічені причини, за якими повнолітні пацієнти можуть вважатися не здатними дати згоду. Йдеться про: розумову відсталість, хворобу або аналогічну причину. Термін «за станом здоров'я» застосовується до таких ситуацій, як кома, надзвичайні обставини, коли пацієнт тимчасово не здатний висловити або повідомити про свою волю. Але, якщо повнолітній пацієнт, який вважається нездатним, в певний проміжок часу не страждає від зниження розумових здібностей, то він має особисто надавати згоду згідно з правилом статті 5.

Серед цих категорії пацієнтів, яких стосуються норми ст. 6 Конвенції Ов'єдо та які потребують особливих правових режимів надання згоди на медичне втручання, – недієздатні в юридичному та фактичному смислі особи, які некомпетентні приймати рішення за себе з огляду на вікову незрілість волі або наявність набутих вад. Також це особи, що мають певні обмеження, обумовлені інвалідністю, психічною хворобою, інтелектуальною недостатністю. Сюди також відносяться невиліковно хворі на термінальних стадіях захворювання, які часто супроводжуються запамороченням, марінням тощо. Стосовно кожної категорії таких осіб існують спеціальні міжнародні правові стандарти отримання добровільної інформованої згоди на медичне втручання, які містять як загальні принципи, так і окремі спеціальні норми зобов'язуючого або рекомендаційного характеру.

Враховуючи розмаїття правових систем Європи, Конвенція Ов'єдо не має на меті увести єдині для усіх суб'єктів правила, втім в ній надаються загальні принципи, які мають бути враховані у внутрішньому праві країн-учасниць. В одних державах здатність пацієнта надати згоду перевіряється в усіх випадках кожного конкретного втручання, в інших – механізм побудовано на принципі обмеження загальної дієздатності, що автоматично тягне за собою позбавлення можливості приймати особисті рішення у сфері надання медичної допомоги. Так чи інакше, у Конвенції рекомендовано позбавляти особу права на самостійні дії лише у визначених та обмежених випадках, коли це дійсно необхідно в її найкращих інтересах. Процедурні юридичні механізми, якими врегульовано характер та ступінь участі осіб, не здатних давати згоду, у прийнятті медичних рішень, мають бути

передбачені у нормах національного законодавства країн учасниць. Радою Європи надається з цих питань конкретна допомога у вигляді компетентних рекомендацій уповноважених органів, зокрема, Комітету міністрів, ПАРЄ.

У Резолюції 1642 (2009) «Доступ до прав осіб з інвалідністю (з обмеженими фізичними або розумовими здібностями) та повна і активна участь цих людей в суспільстві» [20] ПАРЄ констатує реальність того, що на практиці доступ до прав для осіб з фізичною та розумовою інвалідністю у порівнянні зі здоровими людьми не виявляється достатнім та залишається часто марним сподіванням, та спрямовує на конкретне розв'язання найбільш складних проблем, з якими найчастіше стикаються особи з інвалідністю, а також сприяє наданню рівності можливостей осіб з інвалідністю в усіх проявах повсякденного життя. Серед цих проблем особливо виділено аспекти юридичної можливості мати та реалізовувати права нарівні з іншими.

Зокрема, ПАРЄ запрошує держави-члени до того, аби переконатися в тому, що особи з інвалідністю мають юридичні можливості та використовують їх у такий самий спосіб, як і інші члени суспільства: 7.1) гарантуючи щоб ніхто не обмежував і не здійснював за них права приймати рішення, щоб заходи, які їх стосуються, були адаптованими до їх положення та щоб треті особи або певні структури змогли їм допомогти у прийнятті рішень; 7.2) вживаючи необхідних заходів для того, щоб відповідно до Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю та її Факультативного протоколу особи під опікою не побачили себе позбавленими фундаментальних прав (на власність, працевлаштування, сімейне життя, одружуватися, голосувати, створювати або приєднуватися до громадських організацій, звертатися до правосуддя, укладати заповіт) і також у разі, коли вони будуть мати у цьому потребу, отримати зовнішню допомогу для користування цими правами, за наявності адекватної допомоги, що їм буде надана не підміняючи цим прояви їхніх бажань; 7.3) передбачаючи необхідні гарантії проти зловживань стосовно осіб під опікою, зокрема, запроваджуючи механізми регулярного контролю опіки та переконуючись, що законодавство передбачає обов'язковий значущий та суттєвий контроль опіки, з яким пов'язана відповідна особа і який представлений належним чином в юридичному плані.

Також Резолюція 1642 (2009) передбачає, що держави-члени забезпечать 15.1) рівність доступу осіб з інвалідністю до послуг охорони здоров'я та поширенню консультацій особам з інвалідністю або їх представникам в процесі прийняття рішень стосовно їх лікування, включаючи вимогу, щоб уся відповідна інформація надавалася їм у зрозумілий спосіб.

Особливого значення та актуальності у світлі негативних медико-соціальних та демографічних процесів сучасності набуває забезпечення особистих немайнових прав фізичних осіб, які наближаються до кінця життя – *паліативних пацієнтів* [261]. Право людини на самовизначення стосовно лікування корениться в її гідності та індивідуальності, які за сучасними етико-правовими стандартами є невіддільними та недоторканими. Людську гідність не можна розділити або обмежити на певних етапах або за певних життєвих умов, адже хвороба, біль, страждання і слабкість як такі не позбавляють людину її гідності та прав. Людина володіє гідністю протягом усього життя, то ж право на самовизначення має бути визнане і захищене від будь-яких зовнішніх впливів. Невиліковно хворі або вмираючі особи володіють гідністю, то ж мають права, як і всі інші.

Саме тому вирішення комплексу проблем паліативних пацієнтів має, в першу чергу, керуватися поняттям людської гідності і заснованої на ньому концепції прав людини. Адже повнолітні паліативні хворі не тільки потребують уваги та допомоги, вони є суб'єктами права та володіють усіма фундаментальними правами, передбаченими у міжнародних правових документах та нормах національного законодавства. Особисті немайнові права паліативних хворих у сфері надання медичної допомоги походять від прав, закріплених у Європейській конвенції. Зокрема, це: право на життя (ст. 2), заборона катувань (ст. 3) та право на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8). Ці права однаково належать як здоровим, так й хворим, отже, кожен має право дозволити медичне втручання у свій організм, або відмовитися від такого.

У європейській традиції будь-який захід, що здійснюється проти волі пацієнта, вважається дією, що спричинила тілесне ушкодження. Проте принцип особистої автономії, як правило, не трактується в аспекті права на активні втручання від інших людей, то ж лікуючий лікар не матиме обов'язку вчинити захід, який не є медично

доцільним. Такий підхід традиційно відстоюється та рекомендується у документах Ради Європи. Оскільки Україна тільки встає на цей цивілізаційний шлях, варто врахувати напрацьовані європейською спільнотою принципи та правові конструкції, які можна застосувати в урахуванням національних особливостей у вітчизняне правове поле.

Вихідний принципом, який є наріжним та проходить червоною стрічкою через всі відповідні документи Ради Європи, є принцип особистої автономії та самовизначення паліативного хворого [262, с. 127–131]. Як визначено у ключовому документі з даного питання – Резолюції ПАРЕ «Паліативне лікування: модель для інноваційного підходу в соціальній політиці та в політиці в галузі охорони здоров'я» № 1649 (2009) [263], система паліативної допомоги повинна забезпечувати можливості для самовизначення людині, яка має серйозне захворювання, або страждає на перманентний біль, або перебуває у стані відчаю. Це означає, що автономія є обов'язковою вимогою для визначення суб'єктивної формули здоров'я та включає в себе свободу самостійно вирішувати, як справлятися з хворобою і смертю.

Так відповідно до європейських правових стандартів стосовно надання паліативної та хоспісної допомоги право на автономію та самовизначення розпадається на три аспекти та відповідно реалізується шляхом впровадження відповідних правових засобів: право на отримання повної медичної інформації; право на вибір методів лікування та догляду; право на складання та врахування документів з попередніх розпоряджень пацієнта. Ці три аспекти є складовими міжнародно-правових стандартів щодо медико-соціального обслуговування паліативних пацієнтів та послідовно викладені у документах Ради Європи починаючи з 1976 р.

Так у Резолюції 613 (1976) [264] та Рекомендації 779 (1976) [265] зі спільною назвою «Про права хворих і вмираючих» ПАРЕ констатує, що право на особисту гідність, цілісність та інформацію повинні бути чітко визначені та гарантовані кожній людині, та рекомендує, що лікарі повинні в першу чергу дізнаватися волю хворого щодо лікування, яке пропонується. Зокрема, право на самовизначення і право на вичерпну інформацію, повинні бути визнані за невиліковно хворими і

вмираючими. Їм також ніколи не повинно бути призначене лікування проти їхньої волі. Адже стимулювання технічними й фармакологічними засобами стійкої вегетації, близький кінець якої в світлі медичних знань є невідворотним та очевидним, є діями, які поціляють в саму суть людської гідності.

У Рекомендації 1418 (1999) «Захист прав людини і гідності невиліковно хворих і помираючих» [266] серед найсуттєвіших загроз, які існують на сучасному етапі для дотримання прав паліативних хворих названо «штучне продовження процесу вмирання або використання непропорційних заходів медичного характеру без згоди пацієнта». У зв'язку з цим ПАРЄ закликає уряди держав-членів встановити етичні правила поведінки з особами, які наближаються до кінця життя, та на цій основі визначити медичні та юридичні керівні принципи та норми національного законодавства у цій сфері.

Принципове значення у лікуванні та обслуговуванні паліативних хворих має вимога розглядати пацієнта як повноцінного учасника прийняття рішень з питань програм лікування його захворювання. Така повноцінна участь має ґрунтуватися на повному інформуванні про характер захворювання, відомі методи лікування, їхню ефективність, можливі ускладнення. Проте найбільш важливою особливістю процесу інформування паліативного хворого є той факт, що позитивного прогнозу щодо лікування тут немає взагалі, то ж ключовим елементом прийняття рішення має бути комунікативна складова та інформація про вплив хвороби та пропонованого лікування на прогнозовану тривалість та якість життя. Враховуючи наведене, у європейській паліативній практиці вважається за правило повідомляти правдиву медичну інформацію пацієнту, якщо він хоче її знати, або тим особам, яких він призначає.

Це, серед іншого, означає необхідність надати у внутрішньому праві належного правового регулювання та захисту від специфічних небезпек, з якими невиліковно хвора або умираюча людина може зіткнутися через проблеми в національному законодавстві, зокрема, по таких напрямках: визнання і захист права невиліковно хворої або вмираючої людини до комплексної паліативної допомоги; впровадження юридичних інструментів захисту прав невиліковно хворих або вмираючих людей на самовизначення; забезпечення юридичної сили та критеріїв

дійсності завчасних розпоряджень та медичного заповіту, складених дієздатною особою, стосовно відмови від певних медичних процедур. За умови розроблення цивільно-правового механізму прийняття рішень в указаних клінічних та правових ситуаціях значно звужується поле для свавільного прийняття рішень, які суперечать правомірній волі пацієнта [261].

Міжнародно-правові стандарти особистих немайнових прав осіб при лікуванні *психічних розладів* присвячено ст. 7 Конвенції Ов'єдо. Незгода психічнохворого пацієнта на лікування соматичних хвороб (наприклад, оперативні втручання через гострі стани) регулюється правилами ст. 6, що стосуються захисту осіб, не здатних давати згоду, або правилами ст. 8 щодо надзвичайних ситуацій. Ст. 7 містить виключення із загального правила згоди, які стосуються процедур отримання згоди на лікування пацієнтів, здатність яких до прийняття рішень про лікування суттєво послаблено психічним захворюванням.

З метою захисту прав таких осіб у Конвенції Ов'єдо надано основні принципи, які покликані обмежити випадки лікування психічних розладів без згоди, зокрема, перелічені основні умови, за яких можливо лікування без згоди пацієнта: наявність психічного розладу (встановлюється відповідними процедурами); погіршення розумових здібностей у зв'язку із даним розладом; втручання є медично доцільним для лікування саме психічного розладу; відсутність лікування може мати серйозні наслідки для здоров'я та життя самої людини (через критичний стан або схильність до самогубства) або спричинити шкоду іншим (у випадку агресивної поведінки); розроблення у національному законодавстві відповідних норм, включаючи процесуальних та дотримання встановлених законом вимог, в тому числі заходів захисту прав відповідної особи, яка піддається недобровільному лікуванню. Ці заходи включають посередництво судового органу, а також ефективні механізми нагляду, контролю та оскарження. Отже, незгодою пацієнта лікувати психічний розлад можна знехтувати тільки у випадках, передбачених законом, та за умови дотримання усіх законодавчо визначених процедур захисту гідності та прав особи, яка піддається примусовому лікуванню.

У 2013 р. Керівний комітет з біоетики Ради Європи включив до робочої програми розроблення нового додаткового протоколу до Конвенції Ов'єдо,

присвяченого питанням захисту прав та гідності осіб із психічними розладами. Такий крок було ініційовано за підсумками аналізу того, як виконуються Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № 10 (2004) «Щодо захисту прав людини та гідності осіб із психічними розладами» [267] та здійснюється захист осіб з психічними розладами. Зокрема, було виявлено наявність юридичних прогалин у законодавстві деяких країн членів Ради Європи стосовно правових норм, спрямованих на регулювання заходів захисту під час недобровільного утримання та лікування осіб із психічними розладами.

Враховуючи дані результати, а також зважаючи на важливість даної тематики для всієї сфери захисту прав людини, було прийнято рішення розробити юридично зобов'язуючий документ, в якому підвищити правовий статус низки фундаментальних принципів та сформулювати права осіб з психічними розладами, які б слугували точками відліку при розробці або перегляді національних законодавчих актів. Ця ідея створення нового додаткового протоколу отримала підтримку і в інших структурах Ради Європи, зокрема, Керівного комітету з прав людини та Європейського комітету з запобігання катувань.

Мета додаткового протоколу полягає у тому, щоб на засадах положень ст. 7 Конвенції Ов'єдо, а також ст. 5 §1(е) Конвенції про захист прав людини і основних свобод розробити юридично зобов'язуючий документ, спрямований на встановлення фундаментальних гарантій збереження прав, свобод та автономії під час недобровільного утримання та лікування осіб із психічними розладами. Наразі Протокол розробляється міждержавним Комітетом з біоетики, який доручив робочій групі підготувати попередній проект документу. У зв'язку з підготовкою 11 березня 2014 року було проведено слухання за участю неурядових організацій, які представляють різні зацікавлені групи пацієнтів та їх сімей, лікарів, асоціацій з захисту прав осіб із психічними розладами.

Хоча Конвенція Ов'єдо поки що не є для України юридично зобов'язуючим документом, але аналогічні норми щодо прав осіб із пороками волі або волевиявлення містяться у Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю, а загальні засади щодо прав людини прописані у Європейській конвенції, які є чинними для України.

Практична реалізація ст. 7 Конвенції Ов'єдо із урахуванням ст.12 Конвенції ООН у нормах національного права має відбуватися по таких трьох актуальних напрямках: 1) забезпечення самостійної реалізації правоздатності недієздатними пацієнтами; 2) забезпечення особистої присутності при розгляді справ щодо визнання особи недієздатною та особиста реалізація права на оскарження шляхом подання позовної заяви до суду; 3) запровадження функціонального підходу до визначення здатності пацієнтів з психічними розладами до прийняття рішень у приватноправових відносинах сфери охорони здоров'я та надання медичної допомоги.

Належний механізм регулювання особистих немайнових відносин при лікуванні психічнохворих пацієнтів є предметом міжнародних та європейських документів «м'якого» права, які містять керівні принципи та правові процедури для використання у нормах національного права. Резолюція ООН № 46/119 «Защита лиц с психическими заболеваниями и улучшение психиатрической помощи», прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 17 грудня 1991 року (Резолюція № 46/119) [268], вказує на припустимість будь-якої дискримінації, тобто встановлення зв'язку з психічним захворюванням осіб таких відмінностей, виключень або переваг, наслідком яких є скасування або перешкоджання у рівному користуванні всіма міжнародно-визнаними цивільними політичними, економічними, соціальними та культурними правами. Крім того, у Резолюції вказується на право особи, питання щодо недієздатності якої є предметом судового провадження, бути представленою адвокатом, а також право нарівні із своїм представником та будь-якою іншою заінтересованою особою оскаржити будь-яке рішення щодо недієздатності у суді вищої інстанції.

У Рекомендації ПАРЄ «Щодо ситуації з психічними захворюваннями» № 818 (1977) [269], Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи «Стосовно правового захисту осіб, які страждають на психічні розлади, що примусово утримуються як пацієнти» № 2 (1983) [270], «Про принципи правового захисту повнолітніх недієздатних осіб» № 4 (99) [271], «Про захист прав людини і гідності осіб з психічними розладами» Res (2004) 10 [267] також вказується, що особи з психічними розладами повинні мати можливість здійснювати всі цивільні та

політичні права, а обмеження цих прав допускається у суворій відповідності з вимогами Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і не можуть ґрунтуватись лише на факті наявності у особи психічного розладу. При цьому державам-членам Ради Європи пропонується встановити, що судові рішення про обмеження прав психічнохворої особи не може ґрунтуватись лише на медичному висновку, що такій особі, як і будь-якій іншій, має бути забезпечено право бути вислуханою та що на випадок можливого порушення у провадженні має брати участь адвокат.

В межах юрисдикційних органів та інституцій Ради Європи ведеться постійна робота з напрацювання відповідних критеріїв, процедур та гарантій, спрямованих на усунення дискримінації та сваволі щодо осіб з інвалідністю та на вдосконалення механізму участі особи у прийнятті рішень, що її стосуються, у максимально можливій мірі [272, с. 57].

Зокрема, у Рекомендаціях Комітету міністрів «Про принципи правового захисту повнолітніх недієздатних осіб» Rec (99) 4 рекомендовано урядам держав – членів Ради Європи посилити або впровадити у відповідному законодавстві декілька основних принципів. Принцип гнучкості та пропорційності правового регулювання передбачає, що правові заходи захисту повинні бути достатніми та адекватними для різних ступенів недієздатності та різних ситуацій. Вони мають відповідати індивідуальним обставинам та потребам зацікавлених осіб, а також у мінімальній мірі обмежувати дієздатність, права і свободи осіб та відповідати меті такого обмеження. Належні засоби захисту мають бути простими, недорогими та доступними у невідкладних випадках. Принцип максимального збереження дієздатності передбачає наявність законодавчих процедур щодо визнання, наскільки це можливо, різних ступенів дієздатності, а також врахування можливості зміни характеру недієздатності із плином часу. Відповідно, заходи захисту не повинні бути автоматично пов'язані із позбавленням цивільної дієздатності. Принцип пріоритету інтересів та благополуччя зацікавленої особи означає, що при призначенні заходів захисту стосовно недієздатних хворих необхідно дізнаватися про минулі та теперішні побажання, цінності, почуття відповідних осіб, а також враховувати та поважати їх, наскільки це можливо

Урядам рекомендовано у нормах національного законодавства передбачити спеціальні процедури вимірювання та оцінки індивідуальних здібностей відповідної недієздатної особи. У випадках, коли повнолітня особа, навіть за умов застосування до неї заходів захисту, фактично володіє здатністю надати інформовану згоду на конкретне втручання у сферу здоров'я, відповідне втручання може здійснюватись тільки на основі її згоди. В будь-якому разі зацікавлена особа має право бути заслуханою особисто в процесі, що зачіпає її дієздатність.

Як видно, сучасною позитивною тенденцією правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги є прогресуюче усвідомлення неправового характеру поставлення осіб, визнаних недієздатними, у повну правову залежність від волі та рішень інших. Питання щодо можливості самостійної реалізації правоздатності особами з обмеженими можливостями на рівні з іншими у поєднанні із засобами підтримки стає одним із найважливіших у галузі прав людини.

Така робота з певними досягненнями триває й в Україні. Але за станом на тепер є суттєві недоліки та прогалини у чинному законодавстві щодо самостійної реалізації правоздатності осіб із проблемами психічного здоров'я, їх участі у прийнятті особистих рішень, у тому числі у сфері надання медичної допомоги. В Україні такі особи потерпають від порушення своїх прав на двох рівнях. По-перше, це пов'язано із неврахуванням у нормах національного законодавства міжнародних правових стандартів, визнаних у договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. По-друге, йдеться про складність або іноді навіть неможливість реалізувати на практиці свої права, які передбачені положеннями чинного законодавства України.

За оцінкою фахівців з прав осіб із інвалідністю, «ми можемо констатувати, що зв'язок у національному законодавстві між дієздатністю особи та її правоздатністю призводить до фактичного виключення осіб, визнаних недієздатними, від процесу прийняття рішень, що їх стосуються, в тому числі на конституційному рівні. Тотальна залежність від опікуна та неможливість донести свою думку є основними тенденціями чинного законодавства» [273, с. 20]. У підсумку чинна система не враховує дійсні інтереси осіб із інтелектуальними та психічними порушеннями та не

захищає їхні права. Майже необмежені повноваження опікунів створюють основу для неприпустимого та необмеженого втручання у приватне життя підопічних. Тому реалізація положень та стандартів, передбачених чинними міжнародними договорами, має відбуватися як на рівні закріплення відповідних норм у вітчизняному законодавстві, так на рівні створення ефективних процедурних механізмів дотримання цих норм на практиці.

Необхідність практичної реалізації положень ст. 12 Конвенції ООН із урахуванням статей 5, 6, 8 Європейської конвенції та статей 6, 7 Конвенції Ов'єдо у нормах вітчизняного права актуалізує наукове завдання щодо формування ґрунтовних пропозицій для вдосконалення відповідного законодавства. Можна говорити про нагальну потребу у створенні нової правової моделі регулювання приватних відносин за участю фізичних осіб із вадами волі та волевиявлення та з ментальними формами інвалідності, в тому числі недієздатних. Нова модель передбачає відпрацювання, принаймні, таких двох обов'язкових елементів: як реформа інституту недієздатності; визнання у правовій доктрині та законодавстві самостійності та автономності недієздатних фізичних осіб у деяких сферах.н.

Парадоксальність системи суцільної опіки полягає в тому, що будучи націленою на усунення зловживань, вона породжує чи не ще більші зловживання. По-перше, це відбувається через недосконалі процедури визнання особи недієздатною, що часто відбуваються поза впливом особи, фактично за її спиною. По-друге, визнання особи недієздатною та встановлення опіки відкриває шлях до зловживань із правами та майном підопічного. По-третє, все більше викривається випадків свавільного поміщення опікуном підопічного у лікарні, спеціальні інтернати, закриті психоневрологічні заклади. Все це уможлиблюється через формальність механізмів призначення та контролю за діяльністю опікуна.

Тема правового регулювання позбавлення та обмеження дієздатності фізичної особи не входить до предмета даного дослідження, все ж є потреба висвітлити окремі особливості та прогалини наявного в Україні механізму, які тягнуть до низу усю систему реалізації пацієнтом правоздатності, та контурно позначити сучасні тренди щодо напрямів його реформування та правових механізмів забезпечення самостійної реалізації правоздатності недієздатними фізичними особами у

відносинах із закладами медичного та соціального спрямування. Авторський аналіз, окремі міркування та пропозиції вдосконалення діючого в Україні інституту недієздатності представлені у мінімально необхідному обсязі для вирішення поставлених у роботі завдань [9, с.157–159].

Правовий статус недієздатності має принципово важливе значення для фізичної особи, тому що є тією правовою межею, за якою її побажання або матимуть, або не матимуть юридичного значення. На практиці від цього статусу залежить можливість або неможливість людини користуватися всіма перевагами особистого вибору з усіма наслідками, що випливають з цієї можливості. Також належний механізм визнання особи недієздатною упритул зачиняє шлях до порушення суб'єктивних прав даної групи осіб та перетворення їх в об'єкт маніпуляцій, в додаток до чийось уподобань, а також принаймні мінімізує можливість злочинних зловживань з боку недобросовісного оточення. Саме з цієї основної причини, що доля людини у даному контексті, без перебільшень, цілковито залежить від законодавця, необхідно із відповідальністю поставитися до ретельного розроблення адекватного цивільно-правового інструментарію, який би полегшив життя страждаючих осіб та тих, хто приймає юридично важливі рішення, що впливають на їхнє життя.

Зasadничі норми щодо інституту недієздатності містяться у Главі 4 ЦК України. За ст. 36 суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. За ст. 39 ЦК України фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Правові наслідки обмеження та позбавлення дієздатності фізичної особи прописані у ст. 37 та ст. 41. Фізична особа, цивільна дієздатність якої обмежена, може самостійно вчиняти лише дрібні побутові правочини, правочини щодо розпорядження майном та інші правочини, що виходять за межі дрібних побутових, вчиняються особою, цивільна дієздатність якої обмежена, за згодою піклувальника. Недієздатна фізична особа не має права вчиняти будь-якого правочину, усі правочини від імені недієздатної фізичної особи та в її інтересах

вчиняє її опікун. Відповідно до ст. 226 у разі відсутності схвалення опікуном дрібного побутового правочину, вчиненого недієздатною фізичною особою, цей правочин та інші правочини, які вчинені недієздатною фізичною особою, є нікчемними.

Законодавством України спеціально не передбачено обсягу правомочностей, які недієздатні особи можуть здійснювати особисто, тобто не визначено меж особистого простору, та, відповідно, меж дозволеного втручання у приватність з боку опікунів та інших представників. Також відсутні режими часткового співрозмірного обмеження дієздатності, завдяки чому неможливо обмежити дієздатність особи лише тією мірою, в якій це дійсно необхідно.

Хоча інститут недієздатності призначено для охорони майнових та немайнових прав безпомічних людей – дітей, осіб з розумовими вадами, психічнохворих, втім на практиці він перетворюється у свою протилежність – у позбавлення усіх прав, неприпустиме у цивілізованому суспільстві втручання в особисте життя особи. Обмеження, які передбачені законодавством для недієздатних громадян, є безпрецедентними, мають універсальний характер без врахування особливостей конкретного випадку. Адже шляхом визнання особи недієздатною вона автоматично позбавляється можливості здійснювати відразу усі права. В результаті людина визнається такою, яка нібито не може в принципі нічого розуміти з того, що відбувається навкруги, та повністю не контролює себе.

На практиці особа, визнана судом недієздатною, зазнає суттєвого неправового обмеження її фундаментальних прав, зокрема права на згоду або висловлення думки. Опікуни автоматично уповноважуються приймати усі рішення у сфері охорони здоров'я, які передбачають вільну інформовану згоду пацієнта. Згода або вибір опікуна відносяться навіть до госпіталізації, яка за вимогами закону кваліфікується добровільною, хоча проведена попри відсутність згоди зацікавленої особи – самого пацієнта. Можна констатувати, що зв'язок у національному законодавстві між дієздатністю особи та її правоздатністю призводить до фактичного виключення осіб, визнаних недієздатними, від процесу прийняття рішень, що їх стосуються. Існуючий в Україні інститут недієздатності не відповідає міжнародним стандартам в аспектах: законодавчих критеріїв недієздатності

фізичної особи, недиференційованого обмеження дієздатності та відсутності альтернатив повної недієздатності. Обрана Україною модель суперечить Рекомендаціям Комітету Міністрів Ради Європи «Про принципи правового захисту повнолітніх недієздатних осіб» № R (99)4 [271].

Зокрема, всупереч принципу 2 (гнучкість правового регулювання), законодавство не містить заходів захисту, не пов'язаних із позбавленням дієздатності осіб із психічними розладами; всупереч принципу 3 (максимальне збереження дієздатності), законом прямо не передбачено можливості для недієздатної особи приймати рішення особистого характеру в той час, коли вона здатна це зробити; всупереч принципу 6 (пропорційність), заходи захисту не співвідносяться із індивідуальними обставинами та потребами особи, обмежувальні заходи – із цілями такого обмеження; всупереч принципу 19 (обмеження повноважень представника) законодавство не визначає, які юридично значимі дії мають настільки особистий характер, що їх здійснення представником неможливе; мовчазно допущено безконтрольне втручання опікуном та юридичними особами, що виконують опікунські функції, у приватне життя підопічних без врахування мети, яка ставиться, – захист інтересів, здоров'я тощо.

Крім того, вказані недоліки законодавства на практиці завжди тягнуть за собою порушення права на приватність, передбачене ст. 8 Європейської конвенції.

Не набагато краще виглядає ситуація із процесуальним забезпеченням прав осіб, щодо яких порушуються питання про визнання недієздатними. Нещодавно проведена реформа цивільного процесуального законодавства не торкнулася питань, які є предметом розгляду. Відповідно до нової редакції ст. 300 ЦПК України особа, визнана недієздатною, має право особисто або через обраного представника подати заяву про скасування рішення суду про визнання її недієздатною та поновлення цивільної дієздатності в разі її видужання або значного поліпшення її психічного стану. Єдине цим нововведенням завершується позитивна частина зрушення національного процесуального законодавства в частині гарантування прав для фізичних осіб, дієздатність яких є предметом розгляду. В усіх інших аспектах норми процесуального законодавства не відповідають сучасним вимогам щодо захисту прав таких фізичних осіб [9, с.160–161].

Процесуальний порядок розгляду справи про визнання фізичної особи недієздатною включає два етапи (ст. 298 та ст. 299 ЦПК України). По-перше, суд за наявності достатніх даних про психічний розлад здоров'я фізичної особи призначає для встановлення її психічного стану судово-психіатричну експертизу. По-друге, суд розглядає справу про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи чи визнання фізичної особи недієздатною за участю заявника, особи, щодо якої розглядається справа про визнання її недієздатною, та представника органу опіки та піклування. З урахуванням стану здоров'я особи, щодо якої розглядається справа про визнання її недієздатною, її участь у розгляді справи може відбуватися у режимі відеоконференції з психіатричного чи іншого лікувального закладу, в якому перебуває така особа, про що суд зазначає в ухвалі про відкриття провадження у справі. Питання про виклик фізичної особи, щодо якої розглядається справа, вирішується в кожному випадку судом із урахуванням стану її здоров'я.

Отже, статтями 298 та 299 ЦПК України фактично узаконено дві стадії судового розгляду: 1) призначення судово-психіатричної експертизи, 2) розгляд справи. На першій стадії участь особи, дієздатність якої є предметом розгляду, не передбачено, то ж вона не має можливості спростувати надані у заяві факти. На основній стадії розгляду справи із змісту ст. 299 ЦПК України випливає, що участь фізичної особи, щодо якої розглядається справа, не є обов'язковою, адже питання про її виклик вирішується в кожному випадку судом із урахуванням стану її здоров'я (можливо із призначенням відповідної експертизи). Розгляд справи у лікувальному закладі не передбачено. Як видно, судово-психіатрична експертиза є основним інструментом для визначення психічного стану фізичної особи та для визначення її фактичної можливості з'явитися в судове засідання. Враховуючи недосконалий процесуальний порядок проведення експертизи (зокрема, неможливість включити до складу комісії додаткового спеціаліста за ініціативою заінтересованої особи), як наслідок, фізичні особи, які навіть беруть участь у судовому засіданні, мають на практиці обмежені уявлення про доказову базу щодо них.

Правове регулювання поновлення цивільної дієздатності фізичної особи теж не позбавлено непродуктивних протиріч. Так, за нормою ст. 42 ЦК України за

заявою опікуна або органу опіки та піклування суд поновлює цивільну дієздатність фізичної особи, яка була визнана недієздатною, і припиняє опіку, якщо буде встановлено, що внаслідок видужання або значного поліпшення її психічного стану у неї поновилися здатність усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними. Як видно, подання заяви до суду від самої недієздатної фізичної особи не передбачено, втім за ст. 300 ЦПК України особа, визнана недієздатною, має право особисто або через обраного представника подати заяву про скасування рішення суду про визнання її недієздатною та поновлення цивільної дієздатності.

Наведені положення національного законодавства не відповідають вимогам ст. 6.1 Європейської конвенції та порушують права людини на справедливий судовий розгляд, зокрема, на розумну можливість представити свою позицію, надати докази поставити перед експертами запитання (*Mantovanelli v France.*) [274]. До того ж присутність самої фізичної особи є необхідною умовою для того, щоб суддя особисто зміг переконатися в її психічному стані та прийняти справедливе рішення (*Shtukaturov v. Russia.*) [275]. Також цей порядок не відповідає Рекомендації «Про принципи правового захисту повнолітніх недієздатних осіб» № R (99)4, зокрема, принципу 11, згідно з яким зацікавлена особа має бути належним чином поінформована про порушення процесу, який може зачепити її дієздатність; принципу 13, згідно з яким особа має бути особисто заслуханою у будь-якому процесі, що зачіпає її дієздатність. Також наведений процесуальний порядок не відповідає Рекомендаціям Парламентської Асамблеї Ради Європи «Про становище психічнохворих» Res № 818 (1977), «Щодо захисту прав людини та гідності осіб із психічними розладами» Res № 10 (2004), в яких державам-членам Ради Європи запропоновано встановити правила, за якими судові рішення не приймаються лише на основі медичних висновків, а пацієнту із психічним розладом, як і будь-якій іншій особі, потрібно забезпечити право бути вислуханим.

Таким чином, існуючий інститут недієздатності не відповідає нормам Європейської конвенції, Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю, окремим рекомендаціям Комітету Міністрів Ради Європи, ПАРЕ. Ключові недоліки стосуються недиференційованого обмеження дієздатності, слабких процесуальних гарантій, відсутності належних альтернатив, відсутності належних механізмів

поновлення дієздатності та ущербності правозастосовної практики. Для того, щоб забезпечити особисті немайнові права осіб із ментальними обмеженнями у сфері надання медичної допомоги на рівні міжнародних стандартів, необхідна модернізація законодавства та цивільного-правового інструментарію на засадах нового концептуального підходу до проблеми недієздатності, складовою якого має бути *реформування інституту недієздатності* [256, с.80–84]. Проведення такої реформи, як свідчить досвід окремих країн пострадянського простору, які вдалися до відповідних дій, є справою непростюю та має комплексний характер, потребує оновлення як доктрини та загальних понять, так і сміливих новітніх пропозицій цивільно-правового інструментарію. Основна складність полягає у необхідності системних дій на багатьох напрямках: формування загальної концепції, відповідних нормативних правил, процесуальних гарантій дотримання прав людини, спеціальних заходів, спрямованих на підтримку та розвиток дієздатності.

Концептуальні засади реформування інституту недієздатності відіграють надважливу роль, адже лише на засадах цілісного системного бачення, яке дає концепція, можливе конструювання окремого цивільно-правового інституту як органічної складової цивільного права України, побудованого на засадах приватного права європейської традиції. В першу чергу, саме визнання такого безпосереднього зв'язку окремого цивільно-правового інституту із загальним концептом приватного права спрямує як науково-дослідну, так і нормативну роботу у потрібному напрямі. Такі основні вектори бажаних змін у законодавстві ґрунтуються на основному постулаті, який впливає із суті європейського концепту приватного права. За цим основним постулатом визнання фізичної особи недієздатною та обмежено дієздатною завжди пов'язано із обмеженням її прав і у будь-якому випадку становить втручання у сферу свободи та особистого життя людини, тому застосування заходів захисту і будь-які обмеження щодо самостійного здійснення прав припустимі лише у виключних обставинах, коли інші засоби захисту є неефективними, та лише на підставі прозорих законодавчих процедур.

Проектуючи дане основне положення на цивілістичний інститут недієздатності, отримуємо декілька важливих векторів, за якими необхідно змінювати законодавство та правозастосовчу практику: максимальне збереження

дієздатності; індивідуалізація заходів захисту; турбота про розвиток дієздатності фізичної особи. Розглянемо, у який саме спосіб можлива практична реалізація даних ключових напрямів у вітчизняному правовому контексті.

Максимальне збереження дієздатності та індивідуалізація заходів захисту означає, що призначення будь-яких обмежувальних заходів має розглядатися, головним чином, в якості засобів захисту людини [9, с. 162]. Не повинно бути автоматичного зв'язку між ментальними порушеннями особи і призначенням обмежувальних заходів. Можливо, у конкретному випадку цілком достатніми будуть заходи родинного (соціального) супроводження, які є доступними для неї. Адже завдання держави полягає не в обмеженнях як таких, а в тому, щоб надати людині той ступінь захисту і підтримки, який буде охороняти її майно та особистість належною мірою: не менше, але й не більше, ніж потрібно. Тому вимоги закону та диференціація запропонованих правових засобів повинні відповідати наявним у суспільстві потребам та за можливості відтворювати реальну диференціацію факторів, які підлягають врахуванню.

Такий підхід передбачає наявність відповідного законодавчого регулювання, зокрема, правил та процедур, якими регламентуються критерії визнання особи недієздатною та визначення ступеня порушення здатності особи розуміти значення своїх дій та здатності керувати своїми діями; призначення заходів захисту на основі індивідуальної потреби особи із ментальними порушеннями. Тому критичне значення у реалізації вимоги щодо максимального збереження та диференціації дієздатності має належне законодавче визначення та розширення основних критеріїв, якими мають послуговуватися судді у справах про визнання фізичної особи недієздатною [9, с. 163–165].

За цивільним законодавством України при вирішенні питання про обмеження або позбавлення дієздатності фізичної особи застосовуються два критерії: медичний та правовий. Медичний критерій передбачає обов'язкову наявність в особи психічного розладу, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними (ст. 36 ЦК України). Поняття «психічний розлад» є неконкретним узагальненим позначенням відхилень у сфері психічного здоров'я, які діагностуються на основі міжнародно визнаних медичних стандартів. На теперішній

час такі медичні стандарти містяться у «Міжнародній статистичній класифікації хвороб та проблем, пов'язаних зі здоров'ям, 10-го перегляду» (ВООЗ), скорочено МКХ-10, та «Діагностично-статистичного керівництва з психічних розладів» [276], прийнятого Американською асоціацією психіатрів (DSM – ІУ). В Україні класифікатор МКХ-10 використовується в якості єдиного нормативного документа у практиці реєстрації, систематизації та аналізу даних стосовно хвороб та споріднених проблем у сфері охорони здоров'я. Тому цивільне законодавство повинно брати в якості медичного критерію тільки ті хвороби та стани, які мають визначення у класифікаторі. Втім у міжнародних класифікаторах немає поділу психічних хвороб та станів на ті, що призводять до нездатності розуміти значення своїх дій та керувати ними, та не призводять до такого. Визначення такого стану особи є справою суду на підставі оцінки медичного та юридичного критеріїв.

Медичний критерій – наявність діагнозу відповідно до класифікатора хвороб МКХ-10. Юридичний критерій – той рівень порушення вольових та інтелектуальних функцій, який спричинив у даному конкретному випадку той рівень нездатності особи розуміти значення своїх дій та керувати ними, який на розсуд судді становить підстави для визнання особи недієздатною або обмежено дієздатною. Застосування юридичного критерію, передбаченого ст. 36 ЦК України, у правозастосовній практиці становить певні труднощі у частині визначення інтелектуального (розуміти) та вольового (керувати) компонентів. Пріоритетною є позиція, що недієздатність спричиняють ті психічні розлади, які виокремлюються у клас «психотичних розладів», та які «достатньо виражені, значно знижують критичне ставлення до навколишнього світу, своєї особистості, викривляють оцінку реальних подій та власного стану, перешкоджають підтримці адекватного контакту із оточуючими та позбавляють хворих можливості приймати усвідомлені рішення» [277]. Саме наявність таких наслідків психічного розладу становить юридичний критерій недієздатності.

Втім важливе значення в якості додаткової гарантії захисту прав фізичних осіб, які страждають на психічні розлади, має оцінка судом індивідуалізованої повноти наявності юридичного критерію, якої вітчизняним законодавством не передбачено. Ступінь та міра наявності інтелектуального та вольового критеріїв

недієздатності, які визначаються у ході судово-психіатричної експертизи та оцінюються судом, в індивідуальному вимірі мають певні прояви та спектр вираженості. Ця індивідуалізована варіативність, яка свідчить про наявність міри неповноти (або відсутність міри повноти) інтелектуальної або волювої нездатності особи, яка на сьогодні не має юридичного значення, повинна враховуватися судом та тлумачитися на користь дієздатності особи. Для законодавчого закріплення такої можливості необхідно на рівні доктрини визнати вагомість додаткового компоненту та *доповнити медичний та юридичний критерій ще одним – індивідуалізованим*. Введення даного компонента надасть правові підстави для впровадження різних рівнів обмеження дієздатності та наблизить законодавство до індивідуалізованих потреб фізичних осіб [9, с.164–167].

Важливість введення до законодавства додаткового критерію підтверджується ще такими міркуваннями. Оцінка здатностей людини, яка має ментальні порушення, повинна враховувати індивідуальний вимір: життєву ситуацію та індивідуальні потреби. Адже кожна людина, яка не має ментальних порушень, або має їх деякою мірою, приймає усвідомлені рішення в індивідуальному контексті власних потреб та власного рівня соціалізації.

При розгляді індивідуального контексту, що підлягає врахуванню та аналізу у судовому процесі, потрібно взяти до уваги за можливості ті фактори, які підлягають оцінці для вибору адекватних засобів обмеження дієздатності та обрання форм допомоги людині з ментальними порушеннями. Ці фактори, які мають найбільший вплив на прийняття рішення щодо вжиття обмежувальних заходів, стосуються таких трьох умовних сфер впливу критерію індивідуальних потреб на дану конкретну ситуацію: наявні ризики, потреба у допомозі інших, готовність сприйняти таку допомогу.

Виходячи з цього, цей критерій здатності/нездатності особи до самостійності у прийнятті як фактичних, так і юридичних рішень у своєму житті можна розподілити на три індикатори: 1) наявні ризики зловживань становищем особи, в тому числі довільного відчуження майна, схиляння до невігідних або шкідливих для неї дій; 2) інтенсивність потреби у вчиненні правочинів та їх характер у зверненні до закладів сфери обслуговування, в тому числі медичних; 3) наявність в оточенні осіб, які

мають бажання та здатність надати регулярну допомогу у вирішенні питань і вчиненні правочинів, розуміння самої особи, що вона потребує сторонньої допомоги, її готовність прийняти таку допомогу.

Оцінка дієздатності людини у світлі запропонованих факторів має відбуватися з урахуванням індивідуальної життєвої ситуації, зокрема, всіх істотних обставин, які є маркерами для оцінки здатності до самостійної реалізації правоздатності даної конкретної особи. В тому числі: наявності нерухомого та рухомого майна та ризиків його недоцільного відчуження; наявності та рівня самостійного доходу, розумністю розпорядження ним; наявності поруч осіб, які надають або готові надати адекватну підтримку у вирішенні як юридичних, так і повсякденних питань та готовності самої особи з ментальними порушеннями користуватися такою допомогою тощо.

Враховуючи, що для кожної людини можливість здійснювати особисті права самостійно (або за підтримки інших осіб) є важливою умовою збереження власної гідності, при розгляді справ щодо обмеження/позбавлення дієздатності суддя повинен ретельно і добросовісно зважити індивідуальні потреби у світлі застосування можливих заходів захисту. Зокрема, оцінити: в яких саме сферах життя особа потребує охоронних заходів, враховуючи ризики втрат для цієї особи в разі не вжиття таких заходів; які саме заходи охорони та підтримки (формальні або неформальні) потрібні у ситуації даної особи, враховуючи принцип максимального збереження дієздатності.

Виходячи з наведеного, являється очевидним, що цей новий критерій індивідуальних потреб особи, нарівні із медичним та юридичним, є органічною частиною цієї тріади, оскільки надає можливість оцінити здатність особи розуміти свої дії та керувати ними не в абстрактному вимірі, а у конкретних сферах життя конкретної людини. Саме застосування такого спеціального критерію є підставою для ухвалення рішення щодо часткової дієздатності особи та призначення відповідних обмежувальних заходів тією мірою, яка буде адекватною для захисту немайнової та майнової сфер даної особи. Введення цього додаткового критерію, який на теперішній час практично не застосовується, адже чинне законодавство та правозастосовча практика не визнають диференційованої та часткової здатності

особи розуміти значення своїх дій та керувати ними, потребує додаткового введення окремих режимів часткової (парціальної) дієздатності. Усвідомлена увага світового співтовариства та необхідність імплементації міжнародно-правових стандартів у вітчизняне правове поле вимагають оновлення цивільного законодавства України у цій частині, зокрема, запровадження спеціального цивільно-правового інструментарію.

Режим парціальної дієздатності за сукупністю підстав відповідно до медичного, юридичного та спеціального критеріїв потребує правової формалізації на засадах відповідних норм матеріального та процесуального права [9, с. 166–167]. Можливо, йдеться навіть про впровадження нового інституту обмеженої дієздатності фізичної особи, оскільки йдеться про достатньо велику групу норм, які мають виражену специфіку, що потребує окремого правового режиму та відповідних законодавчих змін. В якості підстави для застосування до особи окремого режиму парціальної дієздатності потрібно законодавчо визначити обов'язковість наявності всієї сукупності названих критеріїв. Медичний критерій – наявність діагностованого психічного захворювання. Юридичний критерій – наявність часткової (неповної) здатності розуміти значення своїх дій та керувати ними за певних умов (наприклад, за допомогою інших осіб або у певних відносинах). Спеціальний критерій – індивідуалізовані потреби фізичної особи у заходах допомоги у певних сферах життя та видах правовідносин (наприклад, допомога у розпорядженні доходами, вирішенні побутових питань, відвідуванні медичних та соціальних закладів, роз'ясненні або тлумаченні інформації для вчинення правочинів тощо).

Факти щодо наявності критеріїв та ступінь індивідуалізованого вираження прояву всієї сукупності їх компонентів аналізує та оцінює суд. Навіть у випадках значного послаблення здатностей особи до розуміння певних (або усіх) аспектів соціальної та правової реальності закон не повинен вимагати автоматичного позбавлення дієздатності, адже суддя вправі, але не зобов'язаний прийняти таке рішення. Втім без допомоги різного профілю спеціалістів та експертних суджень судді не обійтися. Для визначення соціальної ситуації та реальних потреб фізичної особи із ментальними порушеннями суддею можуть бути використані результати та

висновки проведення оцінок потреб особи: в яких сферах життя та в яких сферах відносин є потреби; в яких вони покриваються за рахунок тієї допомоги, що вже надається (родичі, сусіди, соцпрацівники, волонтери). Саме суд наділений повноваженнями визначати як необхідність призначення заходів захисту, так і їх характер, співрозмірність інтересам особи, яка захищається. Своїм рішенням суддя повинен визнати необхідність обмеження дієздатності та вказати, на які саме сфери або відносини, в яких бере участь дана особа, поширюються обмеження.

В оновленому цивільному законодавстві мають знайти відображення й ситуації, за яких *психотичний розлад має тимчасовий характер*, і, відповідно, фізична особа позбавлена здатності до самостійних дій та рішень лише в короткі проміжки часу, після яких здатність особи повністю поновлюється. На теперішній час такий психічний розлад становить медичний критерій, а короткочасні прояви нездатності розуміти значення своїх дій та керувати ними тлумачаться як наявність юридичного критерію для визнання фізичної особи недієздатною. Це не є правомірним, інакше така фізична особа при збереженні повної здатності розуміти характер своїх дій та можливості керувати ними, не матиме права вчиняти будь-які правочини або вимушено отримувати дозвіл на свої дії у призначеного представника. Стосовно таких фізичних осіб можуть бути використані спеціальні режими, можливо патронату.

Таким чином, розширення підстав, кола критеріїв та режимів обмеження дієздатності фізичної особи потребує внесення системних змін до законодавства. Можливо, що норми про обмеження дієздатності фізичної особи, яка страждає на психічний розлад, потрібно винести в окрему главу «Обмеження дієздатності фізичних осіб, які страждають на психічні розлади» та запровадити окреме судочинство. Враховуючи критичну особливість провадження по справах про обмеження дієздатності фізичної особи та обрання режимів парціальної дієздатності, необхідно закріпити у ЦПК України окрему групу процесуальних норм, що регламентують провадження по даній категорії цивільних справ [9, с. 167].

Оскільки здатність розуміти значення своїх дій та керувати ними у кожному конкретному випадку є явищем унікальним, залежно від особливих якостей окремої людини, то диференціація правових режимів обмеження дієздатності є адекватною

відповіддю держави, яка прагне у найкращий спосіб захистити своїх громадян із порушеннями ментального характеру. В Україні подібних спроб на законодавчому рівні запропоновано та реалізовано не було, тому можна опрацювати та частково запозичити досвід країн зі схожими вихідними умовами з урахуванням місцевих особливостей.

Дворівнева модель дієздатності фізичної особи, що прийнята в Україні та більшості держав пострадянського простору, передбачає дихотомічний підхід дієздатність-недієздатність на засадах критерію здатності/нездатності особи розуміти значення своїх дій та керувати ними. За таким підходом особа, визнана у законний спосіб недієздатною, позбавляється можливості здійснювати відразу усі політичні, громадянські та суб'єктивні цивільні права, включаючи особисті немайнові права у сфері надання медичної допомоги.

Трирівнева модель дієздатності на підставі критерію ступеня здатності фізичної особи розуміти значення своїх дій та керувати ними реалізована у новій редакції Цивільного кодексу Російської Федерації від 30.12.2012 [278]. За ст. 30 фізична особа, яка внаслідок психічного розладу здатна розуміти значення своїх дій та керувати ними за допомогою інших осіб, може бути обмежена судом у дієздатності.

Інтерес також представляє досвід Республіки Молдова у напрацюванні як концепції реформування інституту недієздатності, так і нормативних механізмів її втілення [9, с. 168–169]. У Цивільному кодексі Республіки Молдова, як і на усьому пострадянському просторі, було передбачено визнання недієздатними осіб із психічними розладами та слабоумством, які не можуть розуміти значення своїх дій, та встановлення над ними опіки. З метою приведення національного законодавства у відповідність із положеннями ст. 12 Конвенції про права осіб з інвалідністю було створено робочу групу з питань внесення змін до законодавства. Фактично з цього часу було ініційовано реформу інституту цивільної дієздатності.

У Постанові Конституційного Суду «Про виключний випадок неконституційності деяких положень Цивільного кодексу та Цивільного процесуального кодексу Республіки Молдова» № 33 від 17.11.2016 [279] було зазначено, що «позбавлення дієздатності не повинно нехтувати людською гідністю,

яка є предметом абсолютного захисту з боку держави. [...] у світлі гарантій поваги до людської гідності потрібно створювати для усіх, в тому числі для недієздатних, усі умови для самостійної реалізації суспільстві шляхом надання різноманітних можливостей для розвитку та захисту прав та свобод». «Згідно з міжнародними актами повага до людської гідності, особистої свободи, включаючи право на вільний вибір, в також особисту незалежність, є одним з основних принципів. У такий спосіб Конституційний суд вказує на те, що ці цінності є ключовими елементами, що лежать в основі поняття правоздатності».

Логіка обґрунтування рішення спирається на такі вагомі аргументи: «108. Хоча особи із психічними розладами мають право на визнання їх правоздатності, де б вони не знаходилися, це не виключає можливість застосування щодо них засобів захисту із урахуванням конкретної ситуації. 109. Опіка може бути встановлена за умови, що запропоновані обмеження є домірними ступеню недієздатності особи з психічним розладом, і тільки на визначений період часу, із подальшою оцінкою необхідності її збереження з боку компетентного органу. 110. Недієздатність не може бути встановлено автоматично з причини психічного розладу. 114. Заходи захисту осіб із психічними розладами мають бути гнучкими та пропонувати адекватні рішення для кожного випадку або ступеню інвалідності. 115. Відносно вказаних осіб потрібні альтернативні та тимчасові заходи захисту. 118. Опіка як особливий захід захисту осіб із психічними відхиленнями повинна застосовуватися лише до тих осіб, які не можуть повною мірою усвідомлювати свої дії та керувати ними. 119. Втім, навіть у випадку встановлення опіки законний представник повинен враховувати переваги підопічного.

Для усунення існуючих розбіжностей національного законодавства із міжнародно-правовими зобов'язаннями парламент Республіки Молдова прийняв у першому читанні проект закону щодо внесення змін у 16 нормативних актів. Найбільш важливі стосуються змін, згідно з якими у випадку порушення особистих фізичних або психічних здатностей, які зачіпають аспекти волі та волевиявлення, повнолітні фізичні особи мають право отримати захист за допомогою двох форм заходів: судових та позасудових (договірних). Заходи судового захисту розрізняються за критерієм інтенсивності втручання у життя особи. Замість

категоричної опіки та призначення форм захисту публічним органом місцевої влади передбачено низку заходів, які пристосовані до специфічної ситуації даної фізичної особи. Серед них: тимчасовий захист короткочасної тривалості – до 12 місяців або навіть для одного правочину; піклування (до 5 років), коли судовою інстанцією призначається піклувальник, який надає допомогу особі у визначених правочинах; опіка (до 5 років), коли призначений опікун представляє підзахисного в усіх правочинах, за виключенням тих, що прямо дозволені законом або судом. Законопроектom судовим інстанціям надано можливість застосовувати заходи захисту із максимальним пристосування до потреб та особливостей конкретної особи.

Нова система призначення заходів захисту уніфікована та дозволяє судовим органам прийняти рішення про призначення тимчасового захисника, піклувальника або опікуна разом із обранням форми судового захисту. Так, якщо захисник перебуває у більш тісних взаєминах із особою, яка потребує захисту, йому буде надано переваги та більш широкі повноваження. Крім того, судова інстанція зобов'язана розглянути побажання та почуття особи, яку захищають, як відносно заходів захисту, так й відносно особи, яку призначають в якості захисника. Заходи договірної захисту є новелами правової системи Республіки Молдова та включають дві форми: договір про надання допомоги та доручення про захист в майбутньому.

Прикладами успішних практик реалізації концепції підтриманого прийняття рішень осіб із психосоціальною формою інвалідності є Канадська модель угод про представництво та Шведська модель персонального помічника. Провінція Канади Британська Колумбія займає провідні позиції серед судових округів у впровадженні у законодавство та реалізації стратегії та практики «підтриманого прийняття рішення». Особа із інвалідністю може укласти «угоду про представлення» із групою підтримки. Така угода слугує знаком для інших, включаючи лікарів, фінансові установи та провайдерів послуг, що особа надала цій групі повноваження надавати їй допомогу у прийнятті рішень та представляти її у певних питаннях. Одне із основних нововведень в законодавстві полягає у тому, що особа з серйознішими вадами може укласти «угоду про представлення» із групою підтримки просто

шляхом висловлення «довіри» до призначених осіб підтримки. Особа не повинна доводити свою дієздатність на основі звичайних критеріїв, таких як доведена здатність розуміти відповідну інформацію, оцінювати наслідки, діяти добровільно та самостійно повідомляти про своє рішення, з тим, щоб укласти так угоду. Особи, які потребують підтримки, і група підтримки укладають «угоди про представлення», як альтернативу до опікунства та інших форм заміщення у прийнятті рішень. Розташований у спільноті Ресурсний центр угод про представлення сприяє розвитку груп підтримки шляхом надання інформації, публікацій, проведення семінарів та надання порад. Центр також здійснює нагляд за реєстром в якому група може розмістити угоду для ознайомлення із нею інших сторін, якщо це вимагається, перш ніж таку укласти угоду із особою [280].

Незважаючи на те, що існують вдалі моделі груп «підтримки», немає загальної і чіткої системи цієї стратегії, а закони про опікунство і досі домінують. Створення всебічних груп «підтримки» вимагає багато зусиль та фінансових витрат, однак існуючі моделі опікунства можуть потребувати таких самих витрат, тому на «підтримане прийняття рішення» слід дивитись як на перерозподіл наявних ресурсів, а не як на додаткові витрати.

Шведська модель персональних омбудсменів включає турботу про дітей, престарілих та інвалідів, підтримку та догляд за громадянами, які потребують різних видів соціальної допомоги, таких, наприклад, як особи, що зловживають алкоголем, особи із психосоціальними проблемами, жінки, які зазнали насилля, тощо. Ключовою концепцією надання соціального патронату виступає підхід, за якого обов'язково знаходиться персональне рішення для кожного специфічного індивідуума. Більшість соціальних послуг, що надаються у м. Стокгольмі, базується на відповідному законодавстві, а саме, на нормах Закону «Про соціальні послуги» та Закону «Про підтримку та обслуговування окремих категорій громадян із обмеженими можливостями» [281, с. 116].

Новітнім трендом, що застосовується у сфері охорони прав людей з обмеженими можливостями у деяких країнах, є пропозиції та вимоги щодо необхідності застосування заходів, спрямованих на розвиток дієздатності фізичної особи. Формою державного впливу на відносини, що спрямовані на позитивний рух

здатностей недієздатної особи, є закріплення у законі такого нового обов'язку опікуна, піклувальника або представника, як *«турбота про поновлення дієздатності підопічного»* [9, с. 169]. Така вимога ґрунтується на принципах презумпції дієздатності та мінімального обмеження дієздатності, на вихідній аксіомі, що дієздатність людини не є константною величиною, тому змінюється з часом, в тому числі завдяки цілеспрямованим зусиллям у даному напрямі. Серед іншого, наявність вказаних норм підтверджуватиме загальну концептуальну спрямованість самого інституту недієздатності на розвиток та поліпшення здатностей людини із ментальними порушеннями. Будь-які зміни, що відбуваються у ментальній сфері людини, як негативні, так і позитивні, мають знайти оцінку та, за необхідності, адекватну підтримку та відображення у нормах права. Безумовно, введення даної вимоги потребуватиме нового інструментарію, зокрема, формальних правил оцінки наглядовим органом того, чи здійснюється опікуном належним чином та якою мірою необхідні та достатні заходи для розвитку дієздатності підопічного. Напрямки таких позитивних напрацювань у нормативно-правовому забезпеченні розвитку недієздатної особи пропонуються, зокрема, Д. Г. Бартенєвим: «по-перше, рекомендації з поновлення самостійності мають міститися в індивідуальній програмі реабілітації інваліда, що розробляється бюро медико-соціальної експертизи. По-друге, відповідні відомості опікуни повинні повідомляти у своєму щорічному звіті» [282, с. 54–55].

Таким чином, при виборі Україною власної концептуальної моделі важливо диференційовано врахувати провідні принципи, які визначено у нормах застосовного міжнародного права, та позитивний досвід окремих країн.

4.3. Особливості приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги повнолітнім недієздатним фізичним особам

Як було зазначено, міжнародно-правові стандарти та європейська практика оцінки та застосування положень Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю, Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, учасником яких є й Україна, розвиваються у бік заперечення автоматизму у позбавленні осіб із різними

вадами волі та волевиявлення, все більшого врахування волі та побажань осіб із психічною формою інвалідності та із інтелектуальною недостатністю. Така робота з певними досягненнями триває й в Україні. Але за станом на сьогодні є суттєві недоліки та прогалини у чинному законодавстві щодо здійснення правоздатності особами із проблемами психічного здоров'я, їх участі у прийнятті особистих рішень з питань лікування та догляду. В Україні такі особи потерпають від порушення своїх прав на двох рівнях. По-перше, це пов'язано із неврахуванням у нормах національного законодавства міжнародних правових стандартів, визнаних у договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. По-друге, йдеться про складність або іноді навіть неможливість реалізувати на практиці свої права, які передбачені положеннями чинного законодавства України.

Самостійна реалізація правоздатності має дуже важливе значення для переваг від особистого користування наданими законом правомочностями, зокрема, тими, що впливають з принципу згоди на медичне втручання та прав на вибір медичного закладу, лікаря та методів лікування. Втім у деяких юрисдикціях, в тому числі й в Україні, правосуб'єктність таких пацієнтів в їхніх відносинах з медичними установами є здебільшого пасивною: їх особисті немайнові права здійснюються переважно іншими особами, які виступають законними представниками. Недієздатна фізична особа не має права вчиняти будь-якого правочину, усі правочини від імені недієздатної фізичної особи та в її інтересах вчиняє її опікун. Опікуни автоматично уповноважуються приймати усі рішення у сфері охорони здоров'я, які передбачають вільну інформовану згоду пацієнта. Згода або вибір опікуна відносяться до госпіталізації, яка за вимогами закону кваліфікується добровільною, хоча проведена попри відсутність згоди зацікавленої особи – самого пацієнта.

Тому реалізація положень та стандартів, передбачених міжнародними договорами, має відбуватися як на рівні закріплення основних прав у вітчизняному законодавстві, так на рівні створення ефективних процедурних механізмів дотримання цих прав на практиці. Найбільш вразливими сферами правового регулювання відносин за участю пацієнтів із проблемами психічного здоров'я та інтелектуальною недостатністю, а також визнаних судом недієздатними, є реалізація права на інформований вибір методів лікування та лікаря; врахування думки при

поміщенні або утриманні у психіатричних закладах та психоневрологічних інтернатах; правовий режим примусового лікування, який діє в Україні [283, с. 37].

Чинне законодавство страждає на такий суттєвий недолік, як спрощене розуміння самої суті дієздатності: або людина повністю розуміє значення своїх дій та може керувати ними, або повністю не розуміє та не керує. Втім реальний вплив психічного розладу та інтелектуальної недостатності на здатність людини приймати самостійні розумні рішення є непростим та поліфакторним процесом. Як правило, навіть при тяжких розладах психіки, здатність особи до прийняття усвідомлених рішень повністю не втрачається. З цієї основної причини створення нової правової моделі регулювання відносин за участю недієздатних фізичних осіб ґрунтуватиметься на визнанні у правовій доктрині та законодавстві самостійності та автономності фізичних осіб, визнаних недієздатними, принаймні, у деяких сферах правовідносин. В першу чергу, це стосується особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги. У тих випадках, коли пацієнт має здатність особисто здійснювати вибір, незалежно від свого формального статусу (недієздатний, обмежено дієздатний) неприпустимо позбавляти його вибору та витісняти особисті рішення замісними.

Даний принцип закріплено в усіх актах застосовного міжнародного права. У ст. 12 Конвенції ООН підкреслено правило, що «усі інваліди мають правоздатність на рівні з іншими в усіх аспектах життя». Хоча в деяких юрисдикціях поняття правоздатність як властивість бути суб'єктом права та дієздатність як здатність самостійно реалізовувати свої права розрізняються, у ст. 12 у поняття «правоздатність» вкладаються обидва аспекти та маються на увазі обидві можливості – мати права та здійснювати їх.

Це положення означає, що право на згоду є фундаментальним правом людини, яке поширюється без дискримінації також і на осіб з інвалідністю, серед яких особи із проблемами психічного здоров'я та інтелектуальною недостатністю. Комітет Конвенції ООН у коментарі до ст. 12 підкреслює застосовність цих положень до сфери лікування та догляду, зауважуючи, що персонал має знайти шляхи, щоб максимально консультиватись із пацієнтом і щоб особа, що діє від імені пацієнта, не приймала рішення замість нього [284].

Отже, за концепцією Конвенції ООН здатність мати права автоматично тягне за собою можливість самотійно здійснювати права, за необхідністю із відповідною підтримкою, яка буде доречною та застосовною до даних обставин, за погодженням із відповідним суб'єктом прав. Це положення викликає необхідність доволі суттєвого реформування механізмів правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги хворим на психічні захворювання.

Право на згоду на медичне втручання є фундаментальним правом людини, яке поширюється без дискримінації також і на осіб із проблемами психічного здоров'я та інтелектуальною недостатністю. Характерне для деяких країн розділення правоздатності та дієздатності, за яким недієздатні фізичні особи начебто мають всю повноту прав, але їх реалізують за них та в їх інтересі інші, не позбавлено великої частини лицемірства. ЄСПЛ було визнано порушенням правоздатності особи з інвалідністю у випадку «добровільної» госпіталізації проти волі зацікавленої особи за згодою опікуна. Правова позиція суду стосовно даних порушень полягає у кваліфікації госпіталізації як позбавлення свободи у розуміння ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основних свобод. Те саме стосується розміщення у закладах соціальної допомоги без згоди відповідних осіб у випадках, коли для них полишення закладу де-факто суттєво обмежено (*Shtukaturov v. Russia*). За тлумаченням суду, визнання особи недієздатною не повинно бути перешкодою для її участі у прийнятті медичних рішень (*Salontaji-Drobnjak v. Serbia*) [285].

В Україні волевиявлення недієздатної фізичної особи при наданні медичної допомоги юридичного значення не має. Це відбувається завдяки тому, що на практиці положення статей ЦК України трактуються дуже широко та розуміються як виключне право опікуна на власний розсуд здійснювати усі цивільні права підопічного, в тому числі особисті немайнові права у сфері надання медичної допомоги. Така ситуація уможлиблюється завдяки відсутності у нормах позитивного права прямої вказівки на необхідність з'ясування та врахування волі самої недієздатної особи. Проте ЄСПЛ було підкреслено необхідність забезпечення *самотійності недієздатної особи у деяких сферах, в першу чергу, процесуальних відносинах та при наданні медичної допомоги*. У низці рішень, в тому числі проти України, ЄСПЛ сформульовано декілька принципово важливих положень щодо

здійснення судового нагляду та правового значення волі та побажань особи, яка в примусовому порядку госпіталізується до психіатричного закладу або утримується у ньому. Зокрема, ЄСПЛ звернув увагу на відсутність в українському законодавстві можливості для особи, визнаної недієдатною, самотійно звернутися до суду з питання поновлення дієдатності (*Mykhailenko v Ukraine*) [286]. Хоча рішення національних судів мають ґрунтуватися на медичному висновку щодо оцінки ступеня недієдатності, саме суддя, а не лікар-психіатр, повинен врахувати та оцінити наявні факти для прийняття рішення щодо визнання особи недієдатною (*Shtukaturv v Russia; X and Y v Croatia*) [287].

Також у національній правовій системі необхідно забезпечити: присутність особи під час судового розгляду питання про її примусову госпіталізацію; можливість оскаржити рішення про госпіталізацію у примусовому порядку; можливість отримання правової допомоги під час госпіталізації; періодичні огляди стану пацієнта; можливість залишити заклад за власним бажанням у випадку, коли особа погодилась на госпіталізацію; належну психіатричну експертизу. Європейським судом було підтверджено незаконність тривалого перебування особи у психіатричному закладі без її згоди (*Gorshkov v Ukraine* [288], *M v Ukraine, Rudenko v Ukraine* [289], *Akopyan v Ukraine* [290], *Fedorov, Fedorova v Ukraine*) [291].

Рішенням № 2-рп/2016 від 01.06.2016 р. Конституційного Суду вперше в Україні було визнано порушенням конституційних прав пануюча в Україні практика «добровільної» госпіталізації недієдатної особи у психіатричний стаціонар за згодою або на прохання законного представника. Згідно з Рішенням така госпіталізація прирівнюється до обмеження свободи, тому повинна здійснюватися з додержанням суворих процесуальних норм на підставі судового рішення. В результаті Конституційний Суд встановив заборону на примусову госпіталізацію без рішення суду, Верховній Раді України було рекомендовано привести положення законодавства у сфері надання психіатричної допомоги у відповідність до цього рішення. У своєму повторному стосовно даного питання Рішенні [292] КС зауважив: «Аналіз положень шостого речення частини першої статті 13 Закону дає підстави стверджувати, що недієдатну особу, яка за станом свого здоров'я не здатна

висловити прохання або надати усвідомлену письмову згоду, госпіталізують до закладу з надання психіатричної допомоги за рішенням (згодою), ухваленим органом опіки та піклування, тобто без рішення суду [...] запровадивши зазначене правове регулювання, законодавець насправді дозволив недобровільну госпіталізацію недієздатних осіб без рішення суду. [...]. Враховуючи викладене, положення шостого речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» № 1489-III від 22.02.2000р. зі змінами, визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення».

Отже, враховуючи те, що будь-яке медичне втручання безпосередньо та безумовно зачіпає гідність, автономію та фундаментальні права людини на приватність, цілісність та недоторканність, що було в різні часи та у різних правових форматах підкреслено та доведено у міжнародно-правових актах, рішеннях судів як міжнародної, так і національної юрисдикції, включаючи вищі судові інстанції України, *право погодитися або відмовитися від надання медичної допомоги має бути визнаним за недієздатними фізичними особами*, які за своїм станом можуть сформувавши та висловити свою думку. І тільки у випадку встановлення нездатності самої особи (за виписаними відповідно до чинних міжнародно-правових стандартів процедурами та гарантіями) рішення у сфері охорони здоров'я мають прийматися замісними особами, які обрані не довільно, а відповідно до прописаних законодавчих процедур [9, с. 173–174].

Фізичні особи, визнані недієздатними та обмежено дієздатними, не повинні автоматично виключатися із прийняття рішень, що їх стосуються, у сфері охорони здоров'я – лікування, догляду, медико-соціального обслуговування – лише на підставі формально-юридичного статусу. *Усі рішення особистого характеру недієздатні та обмежено дієздатні особи мають приймати самостійно у будь-який час, коли їхній стан дозволяє це робити* [9, с. 174].

Таким чином, потрібна нова законодавча модель правового регулювання всієї системи особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги недієздатним особам. Така модель має включати такі необхідні нормативні елементи: критерії та процедури визначення здатності особи висловити свою думку;

правовий режим врахування думки недієздатної особи у сфері надання медичної допомоги як психіатричного, так і соматичного профіля; правовий режим конфіденційності медичної інформації про пацієнта, який визнаний здатним до висловлення думки та прийняття рішення (адже надання інформації здійснюється виключно з метою прийняття інформованого добровільного рішення, то ж при визнанні пацієнта здатним до прийняття рішення надання медичної інформації опікууну, який виключений із процесу прийняття рішення, є недоцільним та може становити порушення права особи на приватність та ін.); правовий режим *поміщення недієздатної особи у психоневрологічний інтернат* у недобровільному порядку; правовий режим примусового лікування тощо*. Особливого значення в контексті вирішення поставленого завдання щодо створення нової законодавчої моделі набуває також *такий окремий напрям дослідження та модернізації цивільно-правового інструментарію, як уніфікація (одноманітне визначення та застосування) всієї сукупності понять та термінів, які застосовуються у нормативно-правових актах різного рівня (від кодексів та законів до відомчих наказів та локальних правових актів закладу), якими регулюються відносин у сфері надання медичної допомоги в тому числі ті, які знаходяться на межі медичного та правового знання [9, с. 159–163].*

Правовою основою для виокремлення кола недієздатних фізичних осіб, побажання яких мають враховуватися, та тих, побажання яких не мають юридичного значення, то ж можуть ігноруватися (з метою дотримання їх найкращих інтересів), є концепція здатності особи приймати усвідомлені рішення у правовідносинах з надання медичної допомоги. Завдання розроблення процедури та критеріїв визначення здатності особи висловити свою думку з приводу питань, пов'язаних із наданням такій особі медичної допомоги, має підвищений рівень складності та, з урахуванням неготовності правової системи та правової культури України до його вирішення, потребує на теперішній час відкритого публічного дискурсу. Адже відсутні вказівки закону стосовно того, як оцінити здатність фізичної особи: а) *розуміти* медичну та іншу інформацію щодо себе; б) *розуміти*

* заклади такого призначення мають за основну мету надання послуг загального соціального спрямування, втім, за законом вони також надають медичну, в тому числі спеціалізовану психіатричну допомогу. Але, враховуючи особливий внутрішній режим, можуть розглядатися як заходи обмеження свободи

значення своїх рішень та дій, в тому числі їх наслідків для свого здоров'я, життя, особистого благополуччя тощо; в) *керувати* своїми діями та своїм особистим життям на засадах власного особистого життєвого досвіду, світогляду та моральних переконань.

Законодавець не роз'яснює значення важливих оціночних понять, які застосовує: наскільки глибоко та на якому конкретно рівні людина повинна розуміти значення своїх дій, щоб бути визнаною готовою або ні до прийняття особистих рішень, якою мірою повинна розуміти наслідки своїх фактичних дій, правочинів. Абстрактне формулювання для усіх випадків на практиці не застосовне до жодного, то ж залишає значний простір для довільного розсуду. Тому дуже важливо визначити та операціоналізувати (розкласти на елементи, що піддаються емпіричній інтерпретації) усі критерії, які підлягають застосуванню при розгляді питання про здатність недієздатної особи приймати усвідомлені самостійні рішення.

Для реалізації нової моделі необхідно розробити та ввести безпосередньо у законодавство критерій «нездатності особи за своїм станом» висловити думку (або зробити вибір) [9, с. 175]. Оскільки оцінка здатності пацієнта приймати усвідомлені медичні рішення істотним чином впливатиме на те, чи будуть вони взяті до уваги, то така оцінка має ґрунтуватися на важливих критеріях та відповідному інструментарії, що з достатньо високою точністю фільтруватимуть осіб, не здатних до прийняття юридично значущого рішення. Такими критеріями можуть бути: здатність розуміти інформацію, що стосується даної клінічної ситуації, здатність утримувати, аналізувати та застосовувати до себе таку інформацію, здатність висловлювати усвідомлені міркування та висновки, здатність повідомити про свій вибір.

Оцінку здатності недієздатної особи розуміти медичну та іншу інформацію щодо себе, робити розумний вибір, розуміти значення своїх рішень та дій, в тому числі їх наслідків для свого здоров'я, життя, особистого благополуччя, може бути уповноважений проводити лікуючий лікар-психіатр. Легітимацію оцінки здатності пацієнта до прийняття усвідомлених рішення можна шляхом узаконення вмотивованого висновку лікуючого лікаря, який надає психіатричну медичну допомогу. У висновку, на підставі певної визначеної процедури психіатричного тестування та проведеного аналізу щодо впливу хвороби на розумові та психічні

здатності пацієнта, прямо зазначати про здатність або нездатність пацієнта висловити думку щодо даного конкретного медичного втручання.

Слід підкреслити, що навіть за умови ретельного розроблення відповідного правового інструментарію нові норми зможуть реально запрацювати задля охорони прав недієздатних пацієнтів тільки за наявності такої загальної етичної засади, як відповідний рівень етичних стандартів професійної психіатричної спільноти. Зокрема, закріплення юридичної сили вмотивованого висновку лікуючого лікаря передбачає можливість періодичної перевірки таких рішень, а також порядку їх реалізації з боку етичних комітетів (лікарні або психіатричної спільноти).

Правове регулювання приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги за участю недієздатних фізичних осіб є найскладнішим як в етичному, так й правовому аспектах, тому потребує відповідних напрацювань на рівні доктрини та норм законодавчих актів. Як зазначає Ю. Білоусов, є виразна специфіка правовідносин при наданні недієздатним особам медичної допомоги. З одного боку, лікування таких осіб є проявом турботи про них. «Але в окремих випадках ця «турбота» може мати неправомірний характер, порушувати вимоги законодавства, посягати на суб'єктивні права та охоронювані законом інтереси особи, якій надається психіатрична допомога». [293, с. 35]. Найбільш вразливими сферами правового регулювання особистих немайнових відносин за участю недієздатних пацієнтів є реалізація права на інформований вибір методів лікування та лікаря при наданні психіатричної допомоги, при вирішенні питання переривання вагітності та при застосуванні недобровільної стерилізації.

Правило згоди при наданні психіатричної допомоги недієздатній особі регулюється принципами та нормами Закону України «Про психіатричну допомогу» від 22.02.2000 р. № 1489-III [294]. У ст. 4 визначено основні принципи надання психіатричної допомоги в Україні, до яких, серед інших, віднесено додержання прав людини, добровільність, необхідність і достатність заходів лікування з мінімальними соціально-правовими обмеженнями. Також у ст. 25 визначено основні права осіб при наданні психіатричної допомоги: поважне і гуманне ставлення, що виключає приниження честі і гідності людини; отримання інформації про свої права, пов'язані з наданням психіатричної допомоги; відмову від психіатричної допомоги

за винятком її надання у примусовому порядку, передбаченого законом; одержання психіатричної допомоги у найменш обмежених, відповідно до їх психічного стану, умовах, якщо можливо – за місцем проживання цих осіб, членів їх сім'ї, інших родичів або законних представників; утримання у психіатричному закладі лише протягом строку, необхідного для обстеження та лікування; попередню згоду або відмову у будь-який час від застосування нових методів діагностики і лікування та лікарських засобів чи від участі у навчанні; безоплатну юридичну допомогу з питань пов'язаних із наданням їм психіатричної допомоги; альтернативний, за власним бажанням, психіатричний огляд та залучення до участі в роботі комісії лікарів-психіатрів з питань надання психіатричної допомоги будь-якого фахівця, який бере участь у наданні психіатричної допомоги, за погодженням з ним; особисту участь у судових засіданнях при вирішенні питань, пов'язаних з наданням їм психіатричної допомоги та обмеженням у зв'язку з цим їх прав.

Зміни у Законі України «Про психіатричну допомогу» певною мірою виправили попередні юридичні недоліки, визнавши самостійність недієздатної особи в окремих правовідносинах (проте інше пов'язане законодавство – Основи, ЦК України, ЦПК України та підзаконні правові акти залишилися без змін) [283, с. 37–39]. Ключовий принцип щодо пріоритету думки самої недієздатної особи неявно або за суттю міститься у низці статей нової редакції. Стосовно отримання згоди на надання психіатричної допомоги особі, визнаної недієздатною, застосовано застереження: «якщо така особа за своїм станом здоров'я не здатна надати усвідомлену письмову згоду». Так, згідно зі ст. 7 методи діагностики та лікування і лікарські засоби, що становлять підвищений ризик для здоров'я особи, якій надається психіатрична допомога, застосовуються за призначенням і під контролем комісії лікарів-психіатрів щодо особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною, якщо така особа за своїм станом здоров'я *не здатна надати усвідомлену письмову згоду*, – за письмовою згодою її законного представника».

Відповідно до ст. 11 психіатричний огляд проводиться лікарем-психіатром особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною, якщо така особа за своїм станом здоров'я *не здатна висловити прохання або надати усвідомлену письмову згоду*, – на прохання або за письмовою згодою її законного представника.

За положенням ст. 12 амбулаторна психіатрична допомога надається лікарем-психіатром особі, визнаній у встановленому законом порядку недієздатною, якщо така особа за своїм станом здоров'я *не здатна висловити прохання або надати усвідомлену письмову згоду*, – на прохання або за письмовою згодою законного представника такої особи. Тобто вказаними нововведеннями певною знімаються існуючі обмеження прав осіб, які страждають на психічні розлади, на надання інформованої згоди, якщо такі особи на момент прийняття рішення здатні висловити свої прохання або надати усвідомлену згоду щодо запропонованих медичних втручань. У ст. 24 вказано, що підставою для виписки особи із закладу соціального захисту осіб, які страждають на психічні розлади, або спеціального навчального закладу є письмова заява законного представника неповнолітнього віком до 18 років або особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною, із зобов'язанням здійснення необхідного догляду.

Отже, новим формулюванням «якщо така особа не здатна надати згоду» виключено автоматичну підміну згоди пацієнта згодою опікуна, адже згода надається, перш за все, самим пацієнтом і лише у разі нездатності її надати приймається згода представника. Нова диспозиція за своїм змістом передбачає необхідність враховувати, за можливості, думку пацієнта як безпосередньо висловлену, так і через позицію представника, чим підтверджено незаконність нехтування волею пацієнта. Якщо пацієнт визнаний таким, що є нездатним надати згоду, від представника очікується, що він найкращим чином представлятиме інтереси підопічного.

Важливим застереженням, що не знайшло відображення у нормі, має бути закріплене правило, що представник не повинен діяти свавільно, зокрема, підмінити бажання та переваги пацієнта своїми власними, але керуватися при прийнятті рішень, в першу чергу, всією доступною йому інформацією про ймовірні переваги підопічного. За таких умов замісні рішення прийматимуться з урахуванням міркувань та побажань пацієнта та у максимально можливій мірі відповідатимуть найкращому інтересу недієздатної особи [9 с. 177–178].

Проте непослідовність законодавця простежується у тому, що згідно зі ст. 26 право на одержання медичної інформації, яка включає в себе «інформацію про стан

її психічного здоров'я, прогноз можливого розвитку захворювання, про застосування методів діагностики та лікування, альтернативні методи лікування, можливий ризик та побічні ефекти, умови, порядок і тривалість надання психіатричної допомоги, її права та передбачені цим Законом можливі обмеження цих прав при наданні психіатричної допомоги», щодо особи, визнаної у встановленому законом порядку недієздатною, мають виключно законні представники. Це також стосується і права на ознайомлення з історією хвороби та іншими документами, а також на отримання в письмовому вигляді будь-яких рішень щодо надання їй психіатричної допомоги відповідно до закону. Оскільки правомірність згоди на медичне втручання пов'язана із такими ознаками, як добровільність та інформованість, це має відноситися також і до надання згоди на медичне втручання недієздатною особою. Вимога інформованості згоди передбачає надання безпосередньо пацієнту всієї медичної інформації. Сам факт недієздатності не виключає збереження здатності особи до сприйняття та оцінки інформації про стан свого здоров'я та методи лікування. До того ж особи, що страждають на психічні розлади, відповідно до ст. 12 Конвенції ООН мають право на розумне пристосування, що включає отримання інформації у доступній для них формі та із урахуванням психічного стану. Права представників у сфері отримання інформації, надання згоди або відмови мають вторинне значення та виникають тільки з моменту встановлення нездатності самої фізичної особи пацієнта [9, с. 178].

Крім того, саме формулювання норм статей 7, 11, 12, 13 закону «Про психіатричну допомогу» має в цілому негативний підтекст, який ставить із самого початку під сумнів здатність особи надати усвідомлену згоду. Відсутність закріпленої на рівні закону презумпції здатності особи висловити свою думку та орієнтованість норми (як і всієї системи психіатричної допомоги) скоріше на її нездатність, ніж на здатність, вже із самого початку позбавляють недієздатну особу безстороннього ставлення до себе і спрямовують тих посадових осіб, від яких залежить з'ясувати, чи здатна особа надати усвідомлену згоду, скоріше на негативний результат.

Також слід відмітити ще один негативний нюанс. Право надати усвідомлену письмову згоду, закріплене у нормі статті закону, як таке не гарантує свободи

волевиявлення особи, адже не містить такої важливої складової, як право висловити свою думку (не обов'язково згоду), відмовитися від надання медичної допомоги. Саме тому діюче формулювання «якщо така особа за своїм станом здоров'я *не здатна висловити прохання або надати усвідомлену письмову згоду*» слід скоригувати у такий спосіб: «якщо така особа за своїм станом здоров'я *не здатна висловити свою думку*». Саме у такий спосіб недієздатній особі-пацієнту надається право на свободу вибору та вільне волевиявлення

Непоміченою законодавцем залишилася ще одна колізія: спеціальний порядок надання психіатричної допомоги недієздатним особам вступив у протиріччя із базовим законом Основи, оскільки недієздатні пацієнти, що хворіють на психічні розлади, набули прав, якими не володіють недієздатні пацієнти соматичного профілю. В оновленій редакції закону «Про психіатричну допомогу» введені вимоги щодо обов'язкового отримання добровільної інформованої згоди на надання будь-якого виду психіатричної допомоги (діагностика, амбулаторне лікування, госпіталізація) за умови, що особа, визнана недієздатною за своїм станом, здатна зрозуміти надану інформацію та виразити свою волю. Водночас в Основах як і раніше медичне втручання, в тому числі застосування методів профілактики, діагностики, лікування, реабілітації та лікарських засобів, щодо пацієнтів, визнаних в установленому законом порядку недієздатними, медичне втручання здійснюється без будь-яких виключень, за згодою їх законних представників (статті 43, 44). За логікою законодавця згода недієздатної особи при лікуванні психічного захворювання береться до уваги, одночасно лікування цієї самої особи при соматичному захворюванні відбувається за згодою представника.

Також чинне законодавство має непродуктивні протиріччя у частині регулювання права недієздатних пацієнтів на відмову від медичного втручання. У ст. 25 Закону «Про психіатричну допомогу» серед прав, що гарантовано особам, яким надається психіатрична допомога, визначено право на: поважливе і гуманне ставлення до них, що виключає приниження честі й гідності людини; отримання інформації про свої права, пов'язані з наданням психіатричної допомоги; відмову від надання психіатричної допомоги, за винятком випадків її надання в примусовому порядку, передбаченому законом; попередню письмову згоду або

письмову відмову в будь-який час від застосування нових методів діагностики і лікування та лікарських засобів чи від участі у навчальному процесі.

Проте за ст. 284 ЦК України тільки повнолітня дієздатна фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій і може керувати ними, має право відмовитися від лікування. Це правило продубльовано у ст. 43. Основ: пацієнт, який набув повної цивільної дієздатності і усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними, має право відмовитися від лікування. Фактично, ані ЦК України, ані закон «Про психіатричну допомогу», ані Основи не наділяють недієздатну особу правом на відмову від медичного втручання.

Як видно, на рівні засадничих положень закону певною мірою дотримано правило згоди на медичне втручання та відмову від нього, основні права людини та пацієнта, що визнані на рівні міжнародно-правових та європейських правових стандартів у сфері надання психіатричної допомоги. Але, на жаль, вказані норми у правореалізаційному аспекті багато в чому залишаються деклараціями. Алгоритм прийняття медичних рішень щодо недієздатної особи не сформульовано однозначно, ясно та послідовно, тому в оновленому законодавстві України необхідно юридично прописати відповідні правила: сформувати прозору та просту у застосуванні нормативну модель з виходом на цілісну систему правових засобів, які сама особа та усі інші причетні фізичні та юридичні особи, контролюючі та наглядові інстанції могли без перешкод та зволікань застосувати у потрібний час та у потрібній мірі.

При вирішенні питання *застосування недобровільного поміщення* недієздатної особи у психоневрологічний інтернат необхідно врахувати здатність або нездатність зацікавленої особи висловити свою думку. Якщо особа здатна надати згоду але відмовляється, то рішення може бути ухвалене тільки судом відповідно до критеріїв, визнаних у законі, наприклад: за умови неможливості самостійно задовольняти свої життєві потреби, обслуговувати себе та підтримувати належний гігієнічний рівень; відсутність догляду та підтримки з боку родичів або сторонніх осіб; неможливість отримання особою необхідної для неї медичної, соціальної, санітарної допомоги поза межами закритого закладу на базі існуючої соціальної інфраструктури тощо. Усі критерії вичерпно мають міститися у законі та жодні інші міркування

доцільності не мають бути законною підставою для поміщення особи проти її волі у соціальний заклад закритого типу [9, с. 180–181].

Правовий режим недобровільної госпіталізації у психіатричний стаціонар непротестних пацієнтів повинен включати обов'язкові гарантії, що впливають із зобов'язань України дотримуватися норм ст. 5 Європейської конвенції та правових позицій ЄСПЛ, які стосуються тлумачення даної норми в аспекті її застосування при недобровільній госпіталізації психіатричних хворих. Наявність відповідних правових процедур слугуватиме меті попередження зловживань правами осіб, які госпіталізуються, та уникнення довільного необґрунтованого обмеження їхньої свободи. У законодавстві мають бути такі правила щодо: процедури клінічної оцінки розладу, який потребує лікування; формалізована процедура оформлення госпіталізації стосовно таких пунктів, хто має право запропонувати, з яких причин, на основі яких саме медичних висновків, мета госпіталізації, термін лікування тощо [9, с. 181].

Враховуючи міжнародно-правові зобов'язання України, необхідно на законодавчому рівні визнати та узгодити права недієздатної особи самостійно вирішувати питання у сфері надання медичної допомоги. Відповідно, у лікарів та медичних закладів мають з'явитися нові обов'язки: щодо надання недієздатному пацієнту всієї необхідної інформації, визначення його особистого ставлення до запропонованого лікування, визначення стану пацієнта на предмет можливості або неможливості виразити свою волю. Недієздатність не повинна виключати збереження здатності сприймати та оцінювати медичну інформацію. Саме функціональний стан пацієнта, а не його формальний статус повинні братися до уваги.

Право недієздатної жінки на інформований вибір при вирішенні питання щодо штучного переривання вагітності тривалий час не було визнано в Україні. У наказі МОЗ України «Про затвердження Порядку надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, форм первинної облікової документації та інструкцій щодо їх заповнення» від 24.05.2013 № 423 із посиланням на ст. 284 ЦК України було узаконено примусове проведення операції (процедури) штучного переривання вагітності у особи, визнаної недієздатною. За положенням п.

1.8: проведення операції (процедури) штучного переривання небажаної вагітності у вагітної жінки віком до 14 років або у недієздатної особи здійснюється за заявою її законних представників; п. 3.1: штучне переривання небажаної вагітності за наявності підстав немедичного характеру, зазначених у Переліку, здійснюють за заявою вагітної жінки або її законних представників (для неповнолітньої, недієздатної особи) та згідно з наданими документами, які підтверджують ці обставини.

Штучне переривання вагітності у примусовому порядку не відповідає міжнародним стандартам прав людини, адже питання збереження або переривання вагітності пов'язано із фундаментальними та особистими немайновими правами жінки на приватність та на материнство, тому повинно вирішуватися самою жінкою. Переривання вагітності за заявою (згодою) представника на підставі лише формального статусу недієздатності є фактично примусовим медичним втручанням та, за визначенням, становить грубе порушення основних прав людини. Жодні посилання на медичні або соціальні показники в даному випадку не мають переважного значення. Тож при вирішенні питання про переривання вагітності має принципове значення волевиявлення самої жінки [9, с. 181–182].

Єдиною підставою для виключення з даного правила є фактична нездатність жінки прийняти рішення та висловити свою думку з цього питання. В такому випадку переривання вагітності у недієздатної жінки може здійснюватися за рішенням суду при участі самої вагітної. Із заявою до суду про вирішення питання переривання вагітності недієздатної жінки може звернутися тільки законний представник, в тому числі лікарня або спеціальний психоневрологічний заклад, які наділені опікунськими функціями. При цьому недієздатна жінка повинна мати відповідні процесуальні права, в тому числі обрати представника на договірній основі.

Щодо *правової регламентації стерилізації недієздатної особи* та її права на інформований вибір при застосуванні медичної стерилізації у 2017 році Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання психіатричної допомоги» від 14.11.2017 № 3305-УІІІ [295] у законодавство було внесено зміни. Так, із тексту ЦК України виключено речення п. 5 ст. 281

«стерилізація недієздатної фізичної особи за наявності медичних показників може бути проведена лише за згодою її опікуна, з додержанням вимог, встановлених законом». Також виключено частину другу ст. 49 Основ аналогічного змісту. Відтепер примусова стерилізація в Україні під заборонаю, то ж провести дану медичну процедуру можна лише за бажанням повнолітньої особи. Втім постає низка нових питань, що потребують соціального та правового вирішення, зокрема, щодо законних способів та процедур врахування думки недієздатної особи при стерилізації, а також правових умов недобровільної стерилізації осіб, що не здатні сформулювати свою думку [9, с. 182–185].

Попри етичну складність проблеми недобровільної стерилізації, законодавство більшості країн Європи містить інститут стерилізації недієздатних осіб [296]. У деяких країнах (Литва, Словаччина, Чехія) рішення про проведення процедури стерилізації недієздатної особи приймається судом за заявою опікуна. У низці інших країн рішення про стерилізацію приймаються спеціальними органами. Наприклад, у Данії – Консультаційною або Апеляційною комісією з питань стерилізації, у Швейцарії – Органом захисту дітей та дорослих, у Фінляндії – Національним наглядовим агентством з питань соціального забезпечення та охорони здоров'я. У більшості країн законодавством визначено перелік причин, за якими дозволяється проведення процедури стерилізації як дієздатних, так і недієздатних осіб. Серед основних причин: вагітність загрожуватиме життю та здоров'ю особи; вагітності не можна запобігти іншими способами; через спадкові чинники у дітей особи можливі серйозні фізичні або психічні порушення; особа через психічні захворювання або серйозні порушення здоров'я не зможе належним чином виховувати дітей тощо.

Стерилізація недієздатної особи, як правило, регламентується спеціальними нормами. Наприклад, у Данії стерилізація може бути проведена за заявою опікуна, якщо «особа не розуміє суті та наслідків процедури стерилізації через: психічне захворювання; затримку у розвитку; сильно ослаблене здоров'я; інші причини». Якщо особа розуміє наслідки стерилізації, необхідно отримати її згоду на проведення процедури. На період вирішення питання щодо проведення процедури стерилізації особі призначають спеціального опікуна, який також повинен надати

свій висновок щодо необхідності проведення процедури. Спеціальний опікун призначається незалежно від того, чи має особа законного представника. Стерилізація проводиться з дозволу Консультаційної або Апеляційної комісії з питань стерилізації. У Німеччині у Цивільному кодексі зазначено, що процедура стерилізації «не повинна суперечити волі недієздатної особи». Для проведення процедури стерилізації необхідне схвалення Суду з питань опіки. При розгляді справи щодо проведення стерилізації Суд з питань опіки повинен враховувати психологічні та соціальні аспекти, включаючи аспекти сексуального виховання особи. Передбачається залучення, як мінімум, двох експертів, які проводять інтерв'ю із недієздатною особою, її лікарями та опікуном; вивчають історію хвороби; готують звіт щодо необхідності проведення процедури стерилізації.

У Чеській Республіці недієздатні особи, які за станом здоров'я не здатні оцінити надання медичних послуг або наслідки їх надання, можуть бути стерилізовані тільки за станом здоров'я, на підставі: письмової згоди опікуна; висновку експертної комісії; відповідного рішення суду. До складу експертної комісії входять: три лікарі зі спеціалізованою компетенцією у сфері урології або гінекології, клінічний психолог, адвокат. Лікар, який рекомендував проведення процедури стерилізації, може бути запрошений на засідання експертної комісії, проте під час інтерв'ю недієздатної особи із членами комісії лікар не повинен бути присутнім.

У Словенії, Фінляндії, Швейцарії прийняті спеціальні закони про регулювання відносин, пов'язаних зі стерилізацією. У Фінляндії у ст. 2 Закону «Про стерилізацію» зазначено: «Якщо особа не здатна зрозуміти значення процедури стерилізації, рішення щодо необхідності проведення процедури може бути прийняте законним представником». Рішення щодо доцільності проведення процедури стерилізації приймається Національним наглядовим агентством з питань соціального забезпечення та охорони здоров'я.

У Швейцарії Законом «Про умови і процедуру стерилізації» проведено диференціацію осіб на постійно недієздатних та тимчасово недієздатних. Проведення стерилізації тимчасово недієздатних у країні забороняється. Стерилізація постійно недієздатних осіб віком від 18 років, які перебувають під

повною опікою, може бути здійснена тільки в тому випадку, якщо законний представник недієздатної особи був повністю поінформований про процедуру та надав свою згоду. Лікарі, які пропонують процедуру стерилізації, повинні надати обґрунтування щодо необхідності проведення стерилізації та отримати спеціальний дозвіл від Органу захисту дітей та дорослих. Перш ніж видати дозвіл, даний Орган повинен: запросити висновок від іншої медичної установи, заслухати недієздатну особу та опікуна, за результатами проведеної роботи підготувати висновки щодо необхідності процедури стерилізації.

З метою заповнити існуючий правовий вакуум, що утворився в Україні стосовно правової регламентації недобровільної стерилізації недієздатних осіб, потрібно імплементувати у законодавство такі основні принципи. Рішення щодо проведення стерилізації має бути прийнято незалежним судовим органом, при цьому недієздатні особи повинні бути заслухані. У процесі прийняття рішення щодо недобровільної стерилізації обов'язкова участь спеціальної експертної комісії, у складі якої мають бути лікарі зі спеціалізованою компетенцією соматичного та психіатричного профілю, представник недієздатної особи (не обов'язково опікун, можливо обраний даною особою на засадах договірності представництва). Висновок експертів про соціальний та психічний стан недієздатної особи має бути складений у тому числі за результатами інтерв'ю із недієздатною особою.

В обґрунтуванні необхідності стерилізації недієздатної особи, яка не розуміє суті запропонованих медичних процедур, як варіант, можливо застосувати комплексний критерій «найкращого інтересу» недієздатної особи, який поєднує в собі окремі верифіковані аспекти. Наприклад, аспект «можливості/неможливості прийняття недієздатною особою свідомого рішення про продовження роду» має істотне значення при вирішенні питання порушення права людини на продовження роду. Кожна людина має право на батьківство, але таке право не порушується проведенням стерилізації у випадку, якщо недієздатна особа не має усвідомленої меті стати матір'ю або батьком, зокрема, не усвідомлює безпосереднього зв'язку між статевим актом та зачаттям і народженням дитини. Ще один аспект, що має значення, – «неможливість застосувати інший доступний засіб контрацепції даної особи або її сексуального партнера».

Враховуючи міжнародно-правові зобов'язання України, а також беручи до уваги досвід окремих країн, необхідно обрати найбільш привабливі для вітчизняної правової системи шляхи усунення прогалин та невідповідностей, а також ввести у дію новий цивільно-правовий інструментарій, що забезпечить адекватне приватноправове регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги за участю повнолітніх недієздатних осіб. Доки цього не зроблено, право недієздатної особи погодитися на медичне втручання або відмовитися від такого (за умови збереження здатності висловити свою думку) повинно братися до уваги усіма учасниками правовідносин при застосуванні тих нормативно-правових актів, в які ще включені відповідні правила.

4.4. Визначення та особливості спеціальної медичної дієздатності.

Таким чином, міжнародно-правові стандарти та європейська практика оцінки та застосування положень Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю, Європейської конвенції, учасником яких є й Україна, рухаються у напрямі врахування волі та побажань осіб із психічною формою інвалідності та із інтелектуальною недостатністю. Сучасною позитивною тенденцією є прогресуюче усвідомлення неправого характеру поставлення осіб, визнаних недієздатними, у повну правову залежність від волі та рішень інших. Такі особи, які стикаються з проблемами у спілкуванні, у розумінні інформації, прийнятті особистих рішень, мають отримувати підтримку на засадах функціонального підходу.

В українському законодавстві поки ще не передбачено нормативних підстав для самостійної реалізації правоздатності недієздатними фізичними особами, зокрема, відсутня правова диференціація некомпетентних пацієнтів, які потребують додаткових правових засобів для здійснення своїх особистих немайнових прав у сфері надання медичної допомоги. На це було вказано у Рішенні ЄСПЛ «Arskaya v. Ukraine», в якому зазначено, що національне законодавство України недостатньо ефективно визначає умови, за яких відмова від лікування є правочинною і обов'язковою для медичного персоналу. Зокрема, нормативно-правова база не гарантує відповідним чином, що «здатність пацієнта приймати рішення буде

оперативно і об'єктивно встановлена за допомогою справедливої і належної процедури». Отже, відсутність відповідних правил щодо встановлення здатності пацієнтів приймати рішення, включаючи отримання їх інформованої згоди, тлумачиться Судом у такий спосіб, що «органи влади не вжили достатніх заходів для створення нормативно-правової бази, яка б забезпечила належний захист життя [...], як того вимагає стаття 2 Конвенції» (п. 90).

Видається, що ефективне здійснення суб'єктивних цивільних прав повнолітніми фізичними особами, здатність яких до прийняття особистих рішень є зниженою, можливе із застосуванням спеціального цивільно-правового інструментарію. Враховуючи практичні потреби сфери надання медичної допомоги та висловлені зауваження ЄСПЛ, доцільно доктринально та нормативно виокремити спеціальні правила для встановлення здатності пацієнтів приймати рішення. Принаймні, на порядку денному – публічний дискурс цивілістичної спільноти з цих питань, який пропонується побудувати навколо проблеми реалізації функціонального підходу на засадах *спеціальної медичної дієздатності*.

Цивільна дієздатність є фундаментальною категорією цивільного права України, що покликана юридично визначити межі психосоціальної спроможності особи до самостійної участі у цивільних правовідносинах та пов'язується ЦК України із критерієм соціальної та психічної зрілості фізичної особи, отже, її здатністю усвідомлювати соціальне та правове значення своїх дій та керувати ними. Значення цієї категорії полягає в тому, що «дієздатність юридично забезпечує активну участь особи в цивільному обороті, реалізації майнових та особистих немайнових прав» [97, с. 51], отже, визначає реалізацію прав та звільнення від обов'язків та відповідальності.

З огляду на нормативні положення щодо сутності та змісту дієздатності фізичної особи у цивільному законодавстві України, Р. Стефанчук слушно зауважує, що дієздатність фізичної особи утворюється через гармонійне поєднання інтелектуального та вольового аспектів: «При цьому перший полягає в тому, що фізична особа повинна бути здатною до адекватного психічного усвідомлення обсягу та змісту своєї цивільної дієздатності, відобразити у своїй свідомості значення своїх дій та передбачити їх наслідки. Другий же полягає в тому, що фізична особа повинна

мати здатність при здійсненні своєї цивільної дієздатності керувати своїми діями, тобто за допомогою своєї волі робити свої дії відповідними до волевиявлення» [74, с. 153]. То ж, «попри те, що цивільна дієздатність виникає у фізичної особи від народження, на відміну від цивільної правосудності, вона не має переважно сталого та незмінюваного характеру і не є рівною для фізичних осіб та може суттєво змінюватись і за змістом, і за обсягом, залежно від обставин, з якими такі наслідки пов'язує законодавець» [297, с. 120].

Особливості правового статусу неповнолітніх та осіб у визначених психіатричних станах у відносинах при наданні медичної допомоги обґрунтовуються сутністю даних відносин, зокрема, виключною значущістю немайнових благ, з приводу яких вони виникають. Саме цим пояснюється встановлення законодавцем особливих умов правосуб'єктності даних категорій фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги: їх особисті права здійснюються переважно іншими особами, які виступають законними представниками.

Враховуючи те, що дієздатність напряду пов'язана із здатністю людини до волевиявлення, то ж показником такої здатності є розвинуте раціонально-вольове начало особистості як суб'єкта права. В її основі лежить сукупність динамічних властивостей суб'єкта права як його потенційної можливості та фактичної спроможності бути учасником правовідносин. Втім в реальному соціальному просторі волевиявлення осіб таке ж різноманітне, як і самі особи, «завданням законодавця має бути всебічне сприяння людині в її волевиявленні» [298, с. 15]. А це можливе, зокрема, через інститут спеціальної дієздатності. На засадах концепції спеціальної дієздатності є правова можливість типізувати групу фізичних осіб за базовими для даного типу дієздатності ознаками. У такий спосіб, цілком зрозуміло, чому «зв'язок дієздатності та правового статусу є безпосереднім, адже зі змінами характеристик дієздатності конкретної фізичної особи змінюється правовий статус, який на неї поширюється» [299, с. 27]. Саме тому дієздатність у цивільному праві поділяється на загальну та спеціальну [300, с. 144].

Загальна дієздатність регламентується цивільним законодавством, її змістом є здатність особи реалізувати свої суб'єктивні права безвідносно до особливостей правового та соціального статусу або особистісних характеристик. Спеціальна

дієздатність виникає в осіб, які, крім зазначених загальних, володіють спеціальними ознаками з моменту набуття ними відповідної ознаки. Наприклад, спеціальним може бути статус фізичної особи як представника тієї чи іншої соціальної групи, відокремленої за певним юридико-значущим началом (родом діяльності, віком тощо). Цей статус є спільним для певного кола осіб, що обумовлено особливостями становища і потребами правового забезпечення функціональної спеціальної активності (студент, пенсіонер, військовослужбовець, посадова особа та ін.), то ж пов'язується законодавцем зі спеціальними (додатковими) правами і обов'язками. Спеціальний статус доповнює або обмежує загальний правовий статус, тобто корегує його. На відміну від загального статусу, який є постійним, спеціальний статус має мінущий характер.

Перелік підстав, що надаються законодавцем для визначення обсягу цивільної дієздатності, є загальним, то ж спільним для всієї групи суб'єктивних цивільних прав. І це є необхідною, але недостатньою умовою для користування фізичною особою окремими видами особистих немайнових благ та здійснення відповідних прав в окремих сферах суспільної діяльності. Підставою для виокремлення спеціальної дієздатності є об'єктивна даність особливого поєднання правовідносин із їхніми суб'єктами. Адже здатність людини бути носієм певних правомочностей та обов'язків у конкретних правовідносинах та з приводу конкретних об'єктів не є однаковою. В одних випадках такою здатністю за законом володіють всі люди, в інших – лише особи, які досягають певного віку, або за наявністю інших обставин. Саме тому момент виникнення дієздатності різними галузями права визначається по-різному, що залежить від характеру регульованих галуззю права суспільних відносин та специфіки, особливостей певної групи суб'єктів права.

Так, заповідальна дієздатність [301, с. 8] є спеціальною і являє собою визначену законом можливість повнолітньої фізичної особи висловити свою волю щодо розпорядження належним їй майном на випадок смерті. Обов'язковим елементом земельної дієздатності [302] є громадянство України, а додатковими складовими земельної дієздатності є спеціальна сільськогосподарська кваліфікація або досвід роботи в сільському господарстві. Сімейна дієздатність визначається як «здатність виступати самотійним учасником сімейних відносин та вчиняти у цій сфері дії з

правовими наслідками» [303]. Також окремі дослідники виокремлюють: спеціальну дієздатність члена парламенту [304, с. 6], трудову дієздатність фізичної особи [299, с. 26–29], спеціальну дієздатність в праві соціального забезпечення [305] тощо.

У цивілістичних дослідження останнього часу дедалі чіткіше лунають пропозиції про виділення в структурі цивільної дієздатності фізичної особи низки спеціальних ознак правосуб'єктності. Так, О. Харитонова говорить про необхідність правового визначення та врегулювання таких категорій як «творчоздатність», «автороздатність» [306, 79–80], які характеризують особливий правовий статус неповнолітнього суб'єкта правовідносин інтелектуальної власності. А. А. Кетрарь, аналізуючи здатність особи до творчості та незалежність цього права від віку, пропонує використовувати поняття «творчоздатність» [307, с. 354].

О. Зозуляк доводить доцільність легального визначення поняття «договороздатність» [308, с. 196] як елемента цивільної правосуб'єктності тощо. В цілому можна заключити, що в сучасних умовах розвитку цивілістики постійно порушуються питання більш детального дослідження проблем, пов'язаних із правосуб'єктністю. Зокрема, дедалі більше аргументів наводиться на користь того, що цивільна дієздатність є більш складним та диференційованим явищем, ніж ми собі уявляли раніше. Можна з цим погодитися, якщо взяти до уваги такі соціально-правові чинники як процеси ускладнення та деталізації суспільних відносин та пов'язане з цим зростання як кількісного, так і якісного складу учасників цивільних правовідносин.

Таким чином, основою спеціальної дієздатності є сукупність ознак – соціальних, фізичних, психічних якостей людини, необхідних для здійснення певної групи суб'єктивних прав. Цілком можна погодитися із аргументацією авторів, які відстоюють позицію диференціації цивільної дієздатності, однією з головних цілей якої є більш детальне виокремлення елементів змісту цивільної правосуб'єктності, що «дозволить визначити чітку сукупність цивільних прав та обов'язків, що належать тим чи іншим суб'єктам цивільних правовідносин, а, відтак, у кінцевому результаті, дозволить чіткіше визначити їх правове становище» [308, с. 196]. Чітке, отже, максимально визначене правове становище суб'єктів цивільних правовідносин і є пріоритетним завданням цивілістичної науки.

Саме такою особливою сферою суспільних відносин є медична діяльність та особисті немайнові відносини, що складаються в сфері надання медичної допомоги. Представлений аналіз цивільного законодавства з питань правоздатності та дієздатності фізичних осіб надає можливість поставити під сумнів можливість беззастережного застосування вказаних положень до визначення правосуб'єктності різних категорій пацієнтів. Тому це питання заслуговує на більш детальний розгляд. Як впливає з сутності особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, спеціальним їх суб'єктом є фізична особа – пацієнт, якій належать всі суб'єктивні цивільні права та низка спеціальних особистих немайнових прав, та яка має, зокрема, правомочності володіння, користування та розпорядження особистими немайновими благами.

Законодавство України не містить спеціальних правових актів, якими б встановлювався спеціальний правовий статус пацієнта, тому можна зробити висновок, що правоздатність фізичної особи – пацієнта регулюється загальними нормами цивільного законодавства, головним чином ЦК України. Тобто правосуб'єктність пацієнта описується в загальних цивілістичних категоріях правоздатності та дієздатності. Відмінність у правовій регламентації надання медичної допомоги, що проводиться законодавцем залежно від видів медичної допомоги (екстрена, невідкладна медична допомога, тестування ВІЛ-інфекції, переривання небажаної вагітності, лікування небезпечних хвороб тощо), не впливає в цілому на загальний цивільно-правовий статус пацієнта та не передбачає запровадження спеціальної правосуб'єктності фізичних осіб у правовідносинах при наданні медичної допомоги. Прив'язка законодавця до досягнення певного віку та визначеного психічного стану особи є зрозумілою умовністю, що викликана потребами встановлення загальних правил та впровадження єдиного підходу до ідентифікації характеристик певних груп пацієнтів. Втім цей підхід є формальним, отже таким, що не враховує важливих особливостей прояву здатностей пацієнтів різних категорій.

Проблема дієздатності фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги є специфічною, оскільки ця сфера стосується не майнових відносин, речей, ризиків, втрат, які мають відносну цінність, а зачіпає сферу абсолютних цінностей людини,

найдорожче, що в неї є, – власне тіло, духовність, моральні цінності. Саме тому медичну дієздатність необхідно виокремити як спеціальну, що означає, що формальні межі дієздатності пацієнтів мають бути, з одного боку, спеціально визначеними, з іншого – гнучкими та адаптованими до конкретної ситуації. На практиці це може означати, що хворі деяких категорії можуть бути юридично не компетентними (у сенсі відсутності в них цивільної дієздатності), але їхні уподобання можуть й повинні бути прийняті до уваги, особливо коли рішення стосовно лікування будуть прийматися за них.

Фактично йдеться про існування розходження між формальною дієздатністю як цивільно-правовим статусом фізичної особи та функціональною дієздатністю, яка є фактичною здатністю людини приймати рішення. Остання може змінюватися з часом, оскільки залежить від тимчасового фізіологічного стану, а також від характеру рішення, що приймається. Таке розходження відображено у міжнародних актах про права людини, які вимагають того, щоб будь-які заходи захисту прав були пристосовані до індивідуального стану конкретної людини та стосувалися тільки тих сфер, в яких дійсно наявна зниженість функціональної дієздатності заінтересованої особи, що є виправданням для обмежень її прав у мінімально можливій мірі [12, с. 157–158]. З огляду на висловлене уявляється, що особливе становище фізичної особи як учасника особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, викликає особливу потребу у закріпленні в цивільному законодавстві спеціального правового статусу пацієнта та спеціальної медичної дієздатності [309, с. 63]. Необхідність введення такого статусу в сфері здійснення особистих немайнових прав фізичних осіб зумовлюється потребою збереження балансу інтересів окремої людини і суспільства та, зокрема, обумовлюється такими причинами.

1. Передусім варто зауважити, що правовий статус пацієнта має подвійну природу, оскільки людина як суб'єкт правовідносин з медичною установою виступає одночасно в загальному правовому статусі фізичної особи (з усіма її правами) і в спеціальному правовому статусі пацієнта як володілець власної психосоматичної тілесності, яка є об'єктом особливого медичного втручання. Тому правовий статус пацієнта містить як елемент загальної цивільної правоздатності, так і спеціальної дієздатності як можливості здійснювати вільне волевиявлення та своїми

діями набувати прав та обов'язків у специфічних відносинах, пов'язаних із втручанням у свій організм засобами медичних технологій.

2. Медична дієздатність не є просто одним з низки інших аспектів здатності фізичної особи усвідомлювати свої дії та керувати ними в процесі реалізації правовідношення та здійснення прав у сфері надання медичної допомоги. Спеціальний статус медичної дієздатності проявляється в низці спеціальних характеристик суб'єкта медичних правовідносин, які безпосередньо впливають на його здатність: а) розуміти основні процеси, що відбуваються у власному організмі, специфіку та причинно-наслідковий зв'язок подій медико-біологічного значення; б) усвідомлювати власні потреби та наслідки того чи іншого вибору; в) виявляти волю, а саме: керувати власними діями, приймати та висловлювати логічно аргументовані рішення, дотримуватися послідовності дій, пов'язаних із власним вибором, брати тягар відповідальності за свій вибір.

3. Медична дієздатність фізичної особи має як суб'єктивну, так і об'єктивну складові. Суб'єктивна сторона як фактична здатність, спроможність адекватно сприймати, оцінювати інформацію щодо власного стану, здійснювати акти волевиявлення – завжди індивідуальна, гнучка, рухома. Водночас об'єктивна сторона – як система ознак та індикаторів, на підставі яких виявляється, ідентифікується та унормовується така компетентність, – має піддаватися формалізації. Оскільки метою правового регулювання є як індивідуалізація, так і уніфікація, таке балансування між юридичною та фактичною складовими є нелегким, але важливим та в принципі реальним завданням.

Як видно, проблема дієздатності фізичної особи у сфері надання медичної допомоги прямо пов'язана із психічною компетентністю фізичної особи та із необхідністю оцінити таку компетентність як спроможність до розуміння різних аспектів життя та здатність приймати адекватні рішення, що стосуються медичного втручання. У медико-правових дослідженнях для позначення здатності пацієнта приймати рішення в питаннях медичного обслуговування найчастіше застосовується поняття компетентності фізичної особи. Фактично компетентність – ключове поняття у проблемі правосуб'єктності пацієнта, тому дуже важливе його адекватне розуміння та визначення [310, с. 63]. І. Сенюта пропонує таке визначення: «Під

компетентністю розуміємо встановлену законодавством можливість пацієнта приймати рішення про згоду чи відмову від медичного втручання» [311, с. 278]. Така здатність може бути зниженою внаслідок віку або хвороби, то ж має органічну властивість плавно переходити у свою протилежність – некомпетентність.

Отже, некомпетентність пацієнта є фактично нездатністю (неспроможністю) адекватно осмислювати ситуацію та приймати адекватні рішення стосовно вибору методів лікування. Некомпетентність сьогодні не має однозначного тлумачення, то ж у вітчизняній традиції розуміється, як мінімум, у трьох значеннях: як тимчасова, або ситуаційна (наприклад, внаслідок сп'яніння), тривала (внаслідок певних стійких вегетативних станів, гострого психозу) та некомпетентність в сенсі відсутності цивільної дієздатності. Як видно, некомпетентність пацієнта як нездатність адекватно осмислювати ситуацію та приймати відповідні рішення стосовно вибору методів лікування може бути фактичною та юридичною. Фактичні форми некомпетентності: тимчасова (ситуаційна) та тривала. Юридичною є некомпетентність в сенсі відсутності цивільної дієздатності.

В українському законодавстві не передбачено диференціацію некомпетентних пацієнтів, як цього вимагають міжнародні стандарти в сфері прав пацієнтів. На фоні активних дискусій та пошуків зарубіжних колег з питань індикаторів, критеріїв, методик визначення дієздатності та психічної компетенції окремих категорій пацієнтів в українській цивільно-правовій науці дослідження з цієї проблематики не проводяться. Однак саме концепція компетентності (медичної дієздатності) має стати важливим елементом української системи приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги недієздатним фізичним особам.

Наприклад, в англійському праві саме концепція психічної дієздатності лежить в основі права повнолітнього індивіда приймати рішення, що мають законну силу, такі як: згода або відмова від лікування. Презумпцією англійського права є положення, що повнолітній громадянин має право самостійно та усвідомлено приймати власні рішення, що стосуються різних сфер його життя. Втім таке право має певні вихідні передумови, а саме – особа має бути відповідним чином 1) інформованою, 2) вільною та позбавленою примусу у власному виборі, 3) психічно

здатною до прийняття самостійних відповідальних рішень. Отже, концепція психічної компетентності (дієздатності) покладена в основу права повнолітнього приймати рішення, що мають законну силу, в тому числі щодо згоди на лікування або відмови від нього. Це означає, що основною підставою для недобровільного та примусового лікування має бути результат оцінки здатності приймати рішення.

У Законі «Про психічну компетентність» (Mental Capacity Act 2005) [312], що поширюється на юрисдикцію Англії та Уельсу, викладено правові норми, які повинні застосовуватись, коли людина оцінюється як така, що є нездатною приймати особисті рішення, а також правові засоби для дієздатних осіб заздалегідь планувати рішення, коли їм, можливо, не вистачить здатності для прийняття важливих особистих рішень [272, с. 58–60]. Закон поширюється на рішення, що стосуються власності, фінансових справ, а також питань охорони здоров'я та інших особистих рішень, зокрема особистої гігієни.

Згідно із Законом компетентність особи визначається як здатність розуміти наслідки власних рішень (s2 – People who lack capacity, s3 – Inability to make decisions). Особа визначається як така, що не в стані приймати рішення за себе, якщо вона не здатна здійснити якнайменш одну з таких дій: розуміти надану їй інформацію, зберігати цю інформацію протягом часу, достатнього для прийняття рішень, зважувати та порівнювати інформацію, необхідну для прийняття рішень, повідомити про свої рішення за допомогою будь-яких можливих засобів: усної мови, мови жестів, навіть за допомогою простих рухів м'язів, таких як мигання очима, потиск руки.

Mental Capacity Act 2005 ґрунтується на п'яти засадничих принципах (s1 – The principles), що в сукупності демонструють загальну позицію суспільства, у який спосіб воно розглядає своїх громадян, які втратили здатність приймати рішення за себе. Презумпція дієздатності передбачає, що людина здатна приймати власні рішення в конкретній ситуації, якщо не доведено інше. У такий спосіб в ході судового розгляду тягар доведення покладається на особу, яка стверджує, що здібностей не вистачає.

Будь-яка особа має право на підтримку в прийнятті власних рішень. Перш ніж можна передбачити, що особа втратила здатність приймати рішення, слід здійснити

«всі можливі заходи» прийнятної допомоги та підтримки для того, щоб заохотити її приймати власні рішення, а також повідомляти про такі рішення. Застосування всіх можливих заходів передбачає забезпечення інформацією, що стосується рішень, в простій зрозумілій формі. У Пояснювальній записці до Mental Capacity Act 2005 роз'яснено, що «всі можливі заходи» можуть включати в себе «забезпечення інформацією, що стосується рішення в простій зрозумілій формі, за такою суттєвою умовою, що людина перебуває в звичайному середовищі» (п. 18). Такі заходи також можуть включати в себе використання конкретних комунікаційних стратегій; надання інформації в більш доступній формі; лікування основного психічного розладу з тим, щоб відновити відповідну здатність особи. Надання інформації протягом тривалішого часу може дозволити людині засвоїти інформацію більш повною мірою, тим самим максимально посилити її фактичне розуміння.

Будь-яка особа не повинна автоматично розглядатися психічно (розумово) не здатною лише тому, що робить нерозумні рішення, завдяки яким вона, можливо, опиняється у становищі ризику та небезпеки. В основі цього принципу лежить право на особисту автономію, що включає, зокрема, право людини на те, щоб приймати незвичні, ірраціональні або ексцентричні рішення, навіть ті, що об'єктивно можуть розглядатися як такі, що не відповідають інтересам особи. Дії або рішення, які вчиняються відповідно до Закону на захист або від імені особи, якій не вистачає здібностей, мають відповідати її найкращим інтересам. Якщо особі не вистачає здатності, все, що робиться від її імені, має бути зроблене в її безпосередньому інтересі. Законом Mental Capacity Act 2005 закріплено дуже детальний перелік факторів, які замісні приймальники рішень зобов'язані взяти до уваги для визначення того, що саме є в найкращому інтересі особи (S4 – Best interests).

Якщо особі не вистачає здатності приймати рішення від власного імені, мають бути розглянуті всі альтернативи та обрано варіант, пов'язаний із найменшими обмеженнями основних прав та свобод людини. При розгляді переваг пацієнта важливо, щоб вони враховувалися, особливо у випадку, якщо передбачаються негативні наслідки лікувальних процедур. Таким чином, основою для виокремлення кола тих суб'єктів, побажання яких мають враховуватися, та тих, побажання яких не мають юридичного значення, то ж можуть ігноруватися (з метою найкращого дотримання

їхніх інтересів), є концепція здатності особи приймати автономні усвідомлені рішення у правовідносинах з надання медичної допомоги (в медичній практиці).

Оскільки оцінка здатності людини приймати усвідомлені медичні рішення істотним чином впливає на те, чи будуть взяті до уваги її побажання, то така оцінка має ґрунтуватися на важливих критеріях, які з достатньо високою точністю фільтрують осіб, не здатних до прийняття юридично значущого рішення. Критеріями визначення нездатності пацієнта є такі: 1) пацієнт не може прийняти рішення з причини психічного розладу. Це відбувається у випадку, коли пацієнт не здатний: а) розуміти інформацію, що стосується даної конкретної клінічної ситуації, б) утримувати таку інформацію, в) приймати усвідомлені рішення на основі отриманої інформації; 2) пацієнт не може повідомити про свій вибір з питання, що вирішується, з причини втрати свідомості або з іншої причини, визначеної у спеціальному нормативному акті.

Важливою вимогою при застосуванні даного функціонального підходу є застереження, що оцінка здатності пацієнта приймати медичні рішення із застосуванням вказаних критеріїв не повинна залежати від фактичного результату рішення, що приймається. Іншими словами, закон вимагає поважати раціональні рішення пацієнтів, якими б нерозумними вони не здавалися медичному персоналу. Особливо це стосується випадків відмови від лікування, що за існуючими клінічними протоколами вважається необхідним по життєвих показниках.

В англійському праві за основу взято твердження, що людина вважається не здатною приймати рішення про згоду на медичне втручання, якщо на даний момент здійснення вибору вона: а) не може приймати рішення з причини психічного розладу, б) не може повідомити про свій вибір з питання, що вирішується, з причини втрати свідомості або з іншої причини, визначеної у спеціальному нормативному акті. Отже, повнолітніх, в яких немає психічних та комунікативних розладів, не можна обмежувати у здійсненні вибору щодо методів лікування з урахуванням встановлених законодавством винятків. Фактор психічного розладу слід трактувати у сенсі будь-якого постійного або короткочасного розладу розумової діяльності, що тягне за собою порушення психічного функціонування особистості пацієнта. Але такий рівень зниження здатності приймати рішення в осіб із наявними психічними

розладами не припустимо трактувати як константну (постійну) характеристику, що властива особам із психічними розладами різної природи. В контексті ситуацій вибору методів медичного втручання здатність особи пацієнта до прийняття самостійних рішень та волевиявлення може змінюватися як з плином часу, так і залежно від характеру та складності питання, що потрібно вирішувати.

У зарубіжній правовій літературі докладно обговорюються теоретичні засади та прикладні методики в контексті розв'язання проблеми визначення здатності людини, що досягла повноліття, приймати самостійні рішення при наданні їй медичної допомоги, а також практичні аспекти відображення цих методик у відповідному законодавстві та впровадження в юридичну практику супроводження пацієнтів в процесі надання медичної допомоги. Так, у статті «Здатність приймати рішення у дорослих: її оцінка у клінічній практиці» [313] наводяться ключові моменти англійського законодавства та принципи належної практики щодо концепції психічної дієздатності пацієнта приймати усвідомлені автономні рішення. Перш за все, для того, щоб визначити, чи здатний пацієнт прийняти конкретне рішення, фахівці повинні самі володіти відповідними знаннями та навичками, то ж бути здатними встановити, чи може пацієнт використати отриману інформацію для прийняття рішення, а потім повідомити про свій вибір. Тому лікуючий лікар, що відповідає за лікування, залучається до процесу оцінки здатності пацієнта.

Також автори наводять важливі принципи прийняття рішень щодо медичного втручання в організм пацієнта, який визнаний нездатним приймати самостійні усвідомлені рішення. Вони мають ключове значення у забезпеченні належної медичної практики, адже висновок про те, що пацієнт є нездатним приймати рішення в даній клінічній ситуації, не передбачає автоматичну згоду на лікування. Лікуючий лікар та медичний персонал мають діяти, дотримуючись законного алгоритму прийняття рішень стосовно лікування осіб, які не здатні дати згоду. Це, зокрема, включає дотримання таких правил:

1. Медичний персонал, що обслуговує пацієнта, повинен діяти, виходячи з найкращих інтересів пацієнта.

2. Лікуючий лікар має впевнитися у тому, що медичне втручання буде найменш інвазивним та клінічно обґрунтованим.

3. Прийняття рішення повинно відбуватися з урахуванням того, що відомо про переваги пацієнта, включаючи юридичні документи завчасних розпоряджень пацієнта, які було зроблено в той час, коли він був дієздатним та компетентним.

4. Обов'язковою практикою є спілкування із близькими для пацієнта особами, в першу чергу – із медичними представниками, призначеними до того, як пацієнт втратив здатність приймати рішення.

У випадках, коли пацієнти визнаються такими, що не здатні приймати самостійні усвідомлені рішення, важливо вжити відповідних заходів аби відновити цю здатність шляхом лікування основного психічного розладу або покращання такої здатності завдяки існуючим методикам. До таких методик, серед інших, належать такі:

Обов'язковими правовими вимогами у Mental Capacity Act 2005 зазначено застосування спеціальних заходів з подолання перешкод у спілкуванні: покращання можливості чути та бачити, покращання здатності до спілкування у процесі консультацій з фахівцем з питань мовлення та мови, залучення досвідченого перекладача, надання інформації у спрощеній формі, у тому числі застосування наочного матеріалу при обмеженнях вербальних здібностей. Прийняття рішення про медичне втручання, яке пропонується, в окремих випадках можна відкласти до тих пір, поки лікування основного розладу, що порушує здатність приймати рішення, призведе до редукції.

Таким чином, уявляється, що медична дієздатність як компетентність особи пацієнта приймати рішення стосовно вибору лікування належить до спеціальної цивільної дієздатності фізичної особи. Тому на порядку денному сучасної цивілістичної науки стоїть актуальне питання розроблення концепції медичної дієздатності як на доктринальному, так і нормативному законодавчому рівнях. Законодавчі норми повинні закріпити наявність різних ступенів компетентності недієздатних пацієнтів, а також забезпечити гнучкість перегляду такої компетентності стосовно прийняття особистих та медичних рішень із плином часу. Впровадження режиму спеціальної медичної дієздатності надасть можливість напрацювати та впровадити спеціальний правовий інструментарій для розв'язання правових проблем вибору у сфері надання медичної допомоги пацієнтам, здатність яких до

волевиявлення є недостатньою або тимчасово порушеною внаслідок різних причин. Це, в свою чергу, надасть можливість запропонувати адекватні юридичні механізми та засоби для розв'язання ситуацій за участю недієздатних пацієнтів якісно різних категорій.

Висновки до Розділу 4

В контексті аналізу положень міжнародно-правових актів щодо правосуб'єктності дитини в сфері прийняття рішень у сфері надання медичної допомоги істотне значення мають три положення: батьки та опікуни зобов'язані керувати дитиною відповідно до особливостей її розвитку; дитина, що здатна сформулювати свої погляди, має право вільно висловлюватися з усіх питань, що її торкаються; думкам, поглядам, переконанням дитини має приділятися увага пропорційно її віку та рівню соціально-психологічної зрілості. Обов'язковою вимогою міжнародних правових стандартів щодо правосуб'єктності дитини, які містяться у Конвенції про права дитини (ООН, 1989 р.), є положення про необхідність залучати до процесу прийняття медичних рішень дитину, за умови, що «поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю». Це ключове положення має бути реалізоване, як на рівні правових механізмів національного законодавства

За українським законодавством право дитини на власну думку з питань, що її стосуються, не зобов'язує батьків (законних представників дитини) та посадових осіб до виконання висловлених думок та міркувань дитини, а тільки до вислуховування та врахування. Доктринально контекст права дитини «бути заслуханою з усіх питань, що стосуються її життя» має поширюватися й на особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, адже перелік законодавчо визначених сфер життя дитини, щодо яких вона має право бути вислуханою, не є вичерпним.

Оскільки законодавець не роз'яснює, в який правовий спосіб може здійснюватися на практиці вислуховування та врахування думок дитини, обґрунтовано необхідність ввести у вітчизняне законодавство, яким регулюються приватноправові відносини при наданні медичної допомоги неповнолітнім, такі правила. 1) Надання медичної допомоги малолітній дитині здійснюється за згодою її

законних представників та з урахуванням думки самої дитини відповідно до рівня її зрілості, починаючи з семи років. 2) Надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її інформованою згодою. 3) Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право на інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я.

З метою удосконалення вітчизняного законодавства, яким регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги неповнолітнім, пропонуються такі зміни у ст. 284, 285 ЦК України, ст. 39 Основ. Метою нововведень є поетапне розширення свободи неповнолітнього пацієнта в поєднанні із розумною опікою дорослих.

За результатами дослідження удосконалено правила, якими регулюються *відносини з законного представництва неповнолітніх у сфері надання медичної допомоги у невідкладних випадках* або випадках, в яких зволікання може призвести до тяжких для дитини-пацієнта наслідків. Запропоновано в клінічних ситуаціях, які, на думку лікуючого лікаря, є ургентними, та в *разі відсутності батьків або опікунів дитини, надати право представляти дитину особам, які є близькими родичами та членами сім'ї, у такій послідовності: вітччм, мачуха, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, а також інші особи, які спільно проживають або пов'язані спільним побутом.* У випадку відмови батьків, або осіб, що їх замінюють, від надання медичної допомоги неповнолітній особі, яка перебуває у невідкладному стані, суб'єкт надання медичної допомоги зобов'язаний негайно, протягом 2-х годин з моменту констатації невідкладного стану, звернутися до суду для захисту інтересів неповнолітнього.

Беручи до уваги положення міжнародних та внутрішніх правових актів, які стосуються регламентації участі дитини у прийнятті рішень щодо себе, необхідно законодавчо уточнити дефініцію та надати адекватну правову регламентацію таких понять, як «добровільна інформована згода», «врахування думок дитини». Зокрема, розробити відповідні юридичні індикатори, методики визначення, способи фіксування, які можуть бути конкретно застосовані у практиці прийняття рішень щодо медичного втручання в організм дитини. Складність такої роботи полягає ще й в тому,

що такі визначення необхідно формулювати з урахуванням здатностей дитини, що розвиваються, та із вказанням на межі можливості усвідомлення дитиною сутності та наслідків рішень, що приймаються нею.

Приватноправові відносини у сфері надання медичної допомоги пацієнтам у випадку відсутності повноцінної здатності до волевиявлення найменш вдало врегульовані українським законодавством і потребують ретельного доопрацювання як на доктринальному, так власно нормативному та правозастосовчому рівнях. Адже клінічні ситуації за участю пацієнтів із вадами волі та волевиявлення є найскладнішими, як в етичному тлумаченні, так і застосуванні норми права.

У ст. 6 Конвенції Ов'єдо передбачено особливі режими отримання згоди від пацієнтів із вадами волі та волевиявлення, для яких існує практична проблема реалізації автономії у сфері охорони здоров'я та надання медичної допомоги. Особливість та складність правового регулювання відносин за участю осіб з вадами воля та волевиявлення полягає у тому, що сучасні стандарти захисту прав людини передбачають, що не можна повністю позбавляти цих осіб можливості брати участь у виборі методів лікування. Ця думка окремим реченням виражена у п. 3 ст. 6: «Відповідна особа у міру можливості бере участь у процедурі надання дозволу». Стосовно кожної категорії таких осіб існують спеціальні міжнародні правові стандарти отримання добровільної інформованої згоди на медичне втручання, які містять, як загальні принципи, так і окремі спеціальні норми зобов'язуючого або рекомендаційного характеру.

Аналіз законодавства України з предмету правового регулювання відносин з надання згоди на лікування повнолітніх осіб з вадами волі та волевиявлення свідчить про наявність суттєвих недоліків та прогалин щодо здійснення правоздатності особами із проблемами психічного здоров'я, зокрема, недієздатними, їх участі у прийнятті особистих рішень з питань лікування та догляду. Міжнародно-правові стандарти та європейська практика оцінки та застосування положень Конвенції ООН, Європейської конвенції, учасником яких є й Україна, розвиваються у бік заперечення автоматизму у позбавленні дієздатності осіб із різними формами інвалідності, в тому числі із психічною формою інвалідності та із інтелектуальною недостатністю, все більшого врахування волі та побажань цих осіб. Повага до прав

на свободу, недоторканність та гідність, а також збереження процесуальної самостійності у максимально можливій мірі недієздатних пацієнтів є стрижневими положеннями, на яких акцентовано увагу у міжнародних та європейських правових документах з питань охорони та захисту прав повнолітніх недієздатних осіб під час надання медичної допомоги.

Необхідність практичної реалізації положень ст. 12 Конвенції ООН із урахуванням статей 5, 6, 8 Європейської конвенції та статей 6, 7 Конвенції Ов'єдо у нормах вітчизняного права актуалізує наукове завдання щодо формування ґрунтовних пропозицій для вдосконалення цивільно-правової доктрини та законодавства у таких сферах: реформа інституту недієздатності; визнання у правовій доктрині та законодавстві самостійності та автономності недієздатних фізичних осіб у деяких сферах правовідносин. Нова модель інституту недієздатності фізичної особи передбачає відпрацювання таких обов'язкових елементів, як формування загальної концепції, законодавчого уточнення основних критеріїв визнання фізичної особи недієздатною, процесуальних гарантій дотримання прав людини, нормативне закріплення спеціальних заходів, спрямованих на підтримку та розвиток дієздатності.

На підставі того, що ступінь та міра наявності інтелектуального та вольового критеріїв недієздатності конкретної фізичної особи мають індивідуалізовану варіативність, необхідно доповнити медичний та юридичний критерії ще одним – критерієм індивідуалізованих потреб. Введення такого додаткового компоненту надасть правові підстави для впровадження різних рівнів обмеження дієздатності та застосування до особи окремого режиму часткової (парціальної) дієздатності. Оцінка дієздатності людини у світлі запропонованих факторів та вирішення питання про обрання обмежувальних заходів відбуватиметься на підставі оцінки судом конкретних індивідуальних обставин конкретної людини, залежно від того, в яких саме сферах життя та яких саме заходів формальної та неформальної підтримки дана особа потребує.

Самостійна реалізація правоздатності має принципове значення для попередження неправомірних посягань на права та гідність, недомірного втручання у приватність недієздатних фізичних осіб. Серед іншого, це стосується можливості

особистого користування наданими законом правомочностями, що впливають з принципу згоди на медичне втручання та прав на вибір медичного закладу, лікаря та методів лікування. Основне засадниче правило інформованої згоди має бути застосовним в усіх правовідносинах при наданні медичної допомоги недієздатній особі як у соматичній медицині, так і в психіатрії. І тільки у тих виключних випадках, коли особа не здатна виразити свою думку (надати згоду або відмову, подати особисту заяву там, де це передбачено), рішення приймається на основі спеціального експертного висновку за рішенням суду, або за рішенням органу опіки, обґрунтованість якого підлягає обов'язковому судовому контролю. Особливі гарантії дотримання прав та попередження неправомірних втручань у приватність і свободу на засадах медичної доцільності відносно осіб, думки яких не мають юридичного значення, стосуються можливості отримати правову допомогу від представника, обраного добровільно в період перебування у стані дієздатності або призначеного у порядку реалізації відповідних правоохоронних процедур.

Розглядалося питання розроблення належного юридичного механізму розв'язання проблеми реального розходження між формальною дієздатністю як цивільно-правовим статусом фізичної особи та функціональною дієздатністю, яка є фактичною здатністю людини приймати рішення. Остання може змінюватися з часом, оскільки залежить від тимчасового психофізіологічного стану, а також від характеру рішення, що приймається. Тому приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги повинно ґрунтуватися із урахуванням функціональної дієздатності заінтересованої особи

Враховуючи важливість правового розділення юридичної та функціональної дієздатності повнолітніх осіб, обґрунтовано, що ефективного здійснення суб'єктивних цивільних прав повнолітнім фізичними особами, здатність яких до прийняття особистих рішень, в тому числі щодо вибору лікування та догляду, є зниженою, можливе із застосуванням цивільно-правового інституту спеціальної медичної дієздатності. Така пропозиція є логічною з огляду на те, що саме через інститут спеціальної дієздатності вирішується завдання права сприяти у реалізації волевиявлення для осіб, які перебувають у спеціальних соціальних обставинах. Спеціальний правовий режим медичної дієздатності зумовлюється низкою спеціальних характеристик

суб'єктів приватноправових відносин з надання медичної допомоги. Ці об'єктивні характеристики безпосередньо впливають на здатність суб'єктів: а) розуміти основні процеси, що відбуваються у власному організмі, специфіку та причинно-наслідковий зв'язок подій медико-біологічного значення; б) усвідомлювати власні потреби та наслідки того чи іншого вибору; в) виявляти волю, а саме: керувати власними діями, приймати та висловлювати логічно аргументовані рішення, дотримуватися послідовності дій, пов'язаних із власним вибором, брати тягар відповідальності за свій вибір.

Концепція спеціальної медичної дієздатності стане основою для виокремлення кола тих суб'єктів, побажання яких мають враховуватися, та тих, побажання яких не мають юридичного значення. З огляду на висловлене, повинні бути спеціальні процедури визнання особи некомпетентною стосовно волевиявлення щодо медичного втручання із використанням типових верифікованих методик вимірювання особистісних ознак в контексті їхнього впливу на здатність особи діяти в правових умовах медичного втручання та з урахуванням специфіки конкретної ситуації.

РОЗДІЛ 5.

ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

5.1. Умови правомірності та межі диспозитивності договірного регулювання особистих немайнових відносин у доктрині приватного права України.

Активне формування нових видів суспільних відносин, які регулюються або мають регулюватися нормами цивільного законодавства і на які поширюється методологія приватного права, є характерною ознакою сьогодення, що потребує врахування особливостей цих відносин та її відображення у теорії та практиці правозастосування.

Приміром, договірне та індивідуальне регулювання приватноправових відносин у вітчизняній сфері охорони здоров'я ще набуває свого розвитку і поширення та продовжує бути новим та дещо незвичним правовим явищем. Це пов'язано з тим, що відносини, що виникають у процесі лікування, регулювалися в основному нормами медичної етики та адміністративного права, що передбачало практичну відсутність вільного волевиявлення та диспозитивного вибору учасників таких відносин. Втім нова парадигма цивільно-правового регулювання суспільних відносин у медичній сфері, яка формується на наших очах з часу обговорення та прийняття Цивільного кодексу, ґрунтується на сучасному розумінні і баченні нових суспільних пріоритетів [9, с. 56].

Віддзеркаленням нової суспільної реальності стала помітна тенденція, за якою в умовах сучасного громадянського суспільства учасники приватних відносин у більшості випадків спроможні самотійно здійснювати свої права та обов'язки без надмірного імперативного втручання держави. Водночас для суб'єктивного благополуччя сучасної людини як особистості дедалі більшого, навіть вирішального, значення набувають особисті цінності і переконання. І саме цивільне право, на відміну від інших галузей, забезпечує цей особистісний вимір права, тобто його цінність для окремого індивіда, що проявляється у здатності задовольняти потребу людини у свободі вибору дій.

Як слушно зазначає С. Погрібний, «система соціальних зв'язків у громадянському суспільстві і, як наслідок, система договірних цивільних відносин стали набагато складнішими, різноманітнішими, з'явилася інваріантність інтересів і поведінки. За таких умов державне регулювання договірних цивільних відносин стало об'єктивно неспроможним залишатися єдиним видом правового регулювання. З'явилася об'єктивна необхідність доповнення зовнішнього впливу на цю систему внутрішніми регуляторами, тобто встановлення саморегулювання договірних цивільних відносин» [135, с. 30]. На думку О. Кізлової, «сучасний етап розвитку України характеризується значним підвищенням ролі і значення договорів, що особливо виникають у рамках окремих галузей права (цивільного, комерційного та ін.). Ця тенденція передусім пов'язана з активізацією участі суб'єктів права у сфері правового регулювання, стимулюванням правомірної поведінки» [89, с. 30]. Отже, за таких умов відбувається закономірне звуження до необхідних меж втручання держави у приватне життя та розширення договірної свободи суб'єктів приватного права, зокрема у сфері надання медичної допомоги.

Питання можливості та правомірності приватноправових договорів немайнового змісту сьогодні доволі активно дискутуються, відокремилися декілька основних позиції науковців [314, с. 118–160]. Перша, ортодоксальна, яку репрезентував С. Бервено, є категоричною стосовно того, *що договірному регулюванню підлягають тільки майнові відносини*, оскільки зобов'язальні відносини регулюють безпосередньо процеси товарообігу [315, с. 273]. Інша позиція, висловлена, наприклад, С. Сліпченко, допускає можливість застосування договірного регулювання відносин лише *щодо оборотоздатних об'єктів особистих немайнових прав*, за умови, що таким нематеріальним об'єктам притаманні ознаки відособленості, об'єктивованості, відокремленості та економічної цінності [316, с. 231].

Цю позицію підтримує також Р. Стефанчук: «допустимим є відокремлення серед договорів, що опосередковують здійснення особистих немайнових прав, групу договорів, які спрямовані на задоволення майнового інтересу шляхом комерційного використання ознак індивідуальності» [317, с. 187]. Р. Стефанчук обґрунтовує гіпотезу щодо можливості договірного регулювання особистих немайнових

відносин на двох рівнях: на рівні об'єктивного та суб'єктивного права: «З точки зору об'єктивного права особисті немайнові відносини в силу їх приватноправового характеру ґрунтуються на юридичній рівності та автономії волі і вільному волевиявленні (диспозитивності) їх учасників, складають невід'ємну частину предмета цивільного права. А тому особисті немайнові відносини підпадають під дію методу цивільного права, методу юридичної децентралізації, який включає в себе й договірне регулювання». З точки зору суб'єктивного права: «можливість укласти договір повинна відображатися у статичній та динамічній особистого немайнового права. ... Доходимо висновку, що укладання договору може бути визнано одним із юридичних способів здійснення особистого немайнового права». Р. Стефанчук доходить висновку, що «договір, будучи одним із юридичних способів здійснення особистих немайнових прав, може виступати засобом регулювання особистих немайнових відносин». При цьому, на думку вченого, «під договірне регулювання підпадають лише відносні особисті немайнові відносини» [317, с. 186. 190].

Найбільш інноваційну позицію щодо прийнятності існування зобов'язань немайнового змісту у вітчизняній цивілістичній науці послідовно відстоює О. Кохановська, яка доводить як доктринальну можливість такого виду зобов'язань, так і їхню практичну значущість. Як безперечно позитивну слід сприймати аргументацію авторки щодо того, що «як побутові, так і морально-етичні відносини нічого не втраять, а, ймовірніше за все, виграють від поширення конструкції цивільно-правового зобов'язання на правомірні немайнові відносини». З даним висновком можна цілковито погодитися на фоні існування у суспільстві певного рівня готовності «сприймати як благо можливість спиратися у своїх моральних та етичних установах на чітку юридичну конструкцію зобов'язального права» [318, с. 98].

Досліджуючи питання щодо правомірності договірного регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, слід виходити з того, що більшість сучасних цивільно-правових кодифікацій хоча прямо не передбачають можливість складання суб'єктами приватного права договорів немайнового змісту, проте й не містять спеціальних заборон щодо такої можливості.

В. Бобрик зауважує з цього приводу, що «цивільне та сімейне законодавство України, як і більшості країн континентальної системи права, прямо не визначає, чи може договір регулювати особисті немайнові відносини, але й не забороняє таке регулювання, крім низки виключень» [319, с. 234–235].

Втім, виходячи з особливостей приватного права та цивільно-правового регулювання, можна дійти висновку щодо принципової можливості та прийнятності договірної регулювання особистих немайнових відносин, не пов'язаних з майновими, зокрема, у сфері надання медичної допомоги. Правова можливість договірної регулювання особистих немайнових відносин впливає із загальних засад, предмета та методу цивільно-правового регулювання. Однією з основних засад цивільного законодавства України, що передбачені у ст. 3 ЦК України, є принцип свободи договору. Як доводить В. Горєв у своєму дисертаційному дослідженні, «визначення свободи договору у ЦК України як загальної засади цивільного законодавства означає, що вона має вважатися такою, яка стосується усіх цивільно-правових норм і відносин, якщо інше (зокрема спеціальна засада) прямо не встановлено законодавцем, не впливає зі змісту норм окремої підгалузі, інституту чи субінституту цивільного законодавства або суті відповідних цивільних відносин» [320, с. 15].

На думку Н. Кузнецової, «договір є «універсальним юридичним фактом, який може «давати життя» цивільним відносинам у всіх сферах, що належать до предмета цивільно-правового регулювання» [138, с. 17]. Так само розмірковує і В. Бобрик: «з урахуванням того, що законом не передбачено пряму заборону на договірне регулювання особистих немайнових відносин, та ґрунтуючись на принципі свободи договору, можна зробити попередній висновок про можливість такого регулювання. Додатковим аргументом на користь цього твердження є те, що включення особистих немайнових відносин у предмет цивільного права багато вчених пояснювали та пояснюють можливістю використання стосовно них методу цивільно-правового регулювання. Це, в свою чергу, означає можливість використання щодо особистих немайнових відносин основних способів та прийомів впливу цивільного права, які властиві загальному методу цивільного права, заснованому на юридичній рівності, свободі волевиявлення, майновій самостійності їх учасників.» [319, с. 235–236].

На цих підставах В. Бобрик робить переконливі висновки, що «цивільно-правовий договір придатний для регулювання особистих немайнових відносин. Коли укладається угода, умовами якої передбачено регулювання особистих немайнових відносин, то виникає особлива група зобов'язань, які за своєю суттю є особистими немайними. При цьому договір виступає в якості підстави для їх виникнення. Це, в свою чергу, потребує перегляду переважної позиції у цивілістиці відносно виключно майнової природи зобов'язань» [319, с. 244–245]. Вчений справедливо зазначає, що «договори, які регулюють особисті немайнові відносини, отримали нині найбільше розповсюдження у сферах реклами, послуг зв'язку, платних медичних послуг, юридичних послуг, кіно-, теле- та відео індустрії, шоу-бізнесі, професійному спорті». Втім, дослідник не виключає «розширення сфери їх використання» [319, с. 244–245].

Іншим напрямом обґрунтування правомірності приватноправового договору немайнового змісту є максимальний витяг позитивних доктринальних наслідків з постулату, що цивільно-правовий договір є проявом самої сутності приватного права, яке ґрунтується на засадах диспозитивності та правової ініціативи (автономії) учасників суспільних відносин. Визначальним та пріоритетним методом регулювання цивільних відносин є диспозитивність. А. Зеліско говорить про «перманентно притаманну цивільним правовідносинам диспозитивність, адже змодельовати усі ймовірні комбінації у сфері цих правовідносин, врегулювавши їх імперативно, просто неможливо. Диспозитивність знаходить своє відображення у багатьох правових явищах, однак беззаперечним є той факт, що найбільш яскравим її проявом є застосування для правового регулювання цивільних відносин договірної конструкції» [321, с. 97].

І. Покровський, свого часу, переконливо доводив, що «будь-який договір є здійсненням приватної автономії, здійсненням тієї активної свободи, яка утворює необхідні підвалини самого цивільного права. Внаслідок цього верховним началом всієї цієї сфери є саме принцип договірної свободи. Разом із началом приватної власності цей принцип слугує одним з наріжних каменів усього сучасного цивільно-правового устрою. Знищення цього принципу мало б наслідком цілковитий параліч громадянського життя та його приречення на відсутність руху» [322]. Але вчений

пішов далі, обґрунтувавши можливість договорів немайнового змісту, адже: «принцип договірної свободи означає право приватних осіб укласти договори будь-якого змісту. Цей висновок – неминучий наслідок самого призначення договору слугувати формою для закріплення приватних відносин, для задоволення індивідуальних інтересів». «Ми вже бачили, – продовжує І. Покровський, як із плином часу ця позитивна тенденція щодо договірної свободи розширюється, як цивільне право, що постійно розвивається, поступово рухається від системи тільки визначених типових договорів (так званих *numerus clausus* договірних типів) до загального визнання дійсними усяких договорів незалежно від їх відповідності тому чи іншому врегульованому у законі зразку. На сьогодні ми маємо те, що зникає упередження проти договорів, що регулюють дії немайнового характеру. Разом із зростанням ролі особистості розширюється і позитивний зміст принципу договірної свободи» [322].

В. Яроцький теж зауважує, що «структура правового регулювання приватноправових відносин обумовлена загальнодозвільною спрямованістю приписів уповомочуючих норм цивільного права. Їх упорядкувальна дія показує органічне поєднання нормативних приписів і позанормативних регуляторів. Позанормативний характер, зокрема, мають договори, односторонні правочини, локальні акти й статuti юридичних осіб, звичаї. Визначена засадами самоорганізації й диспозитивності структура правового регулювання приватноправової царини забезпечує регламентаційний вплив відповідних взаємоузгоджених комплексів правових засобів на окремі групи особистих немайнових та майнових відносин» [323, с. 121]. Л. Сіщук з цього приводу слушно підкреслює особливість приватноправового регулювання: «поєднання нормативного регулювання та саморегулювання і є основною характерною рисою механізму правового регулювання у приватноправовій сфері» [324, с. 114].

Хоча норма права як основа механізму правового регулювання має свою усталену структуру (коло осіб, на яких поширено її дію, зміст поведінки, суб'єкти, обставини для застосування, саме правило та санкції), враховуючи сучасні тенденції розширення джерел нормативності у цивільному праві, норма цивільного права набуває свою виразну специфіку. За словами С. Погрібного, крім того, що норма

цивільного права – це правило поведінки, встановлене державою в актах цивільного законодавства, нормою цивільного права також є «правило, встановлене безпосередньо учасниками цивільних відносин при реалізації ними права на їх саморегулювання у сферах і в межах, передбачених законом, які спрямовані на впорядкування особистих немайнових та майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні майновій самостійності їх учасників» [325].

Принцип договірної свободи передбачає надання приватним особам широких правомочностей для встановлення будь-яких юридичних відносин, за умови, що вони не суперечитимуть приписам закону, ustalеним звичаям цивільного обороту та моральним основам суспільства. М. Брагінський та В. Вітрянський розкривають принцип свободи договору у трьох проявах. По-перше, у визнанні фізичних та юридичних осіб вільними в укладанні договорів та забороні у примушенні на укладання договорів. По-друге, у наданні сторонам можливості укласти договір у формі як передбаченій, так і непередбаченій законом. По-третє, у свободі сторін визначати умови укладеного ними договору, в тому числі і побудованого за вказаною у законі моделлю [326, с. 153–155].

Аналіз п. 3 ст. 3, ст. 6 та ст. 627, положень Книги П'ятої ЦК України надають підстави констатувати, що цивільне законодавство не виключає можливості договірних конструкцій у регулюванні немайнових відносин. Адже принцип свободи договору в цивільному праві реалізується за допомогою загального правового дозволу. Його суть, як пояснює Р. Мельниченко, проявляється у наданні «учасникам цивільних відносин можливості на власний розсуд укласти договори, а також вирішувати юридичну долю укладених ними договорів» [327, с. 142]. Зокрема, у ч. 1 ст. 6 ЦК України закріплено право учасника цивільних відносин укласти будь-які цивільні договори, які не суперечать загальним засадам цивільного законодавства.

Відповідно до ст. 627 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору. Ця свобода стосується вибору форми договору, права укладання непоіменованих та змішаних договорів, встановлення способів забезпечення договірних зобов'язань, форми

відповідальності за порушення тощо, але з урахуванням вимог актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

А. Луць слушно зауважує, що «зміст договірної свободи повністю не розкривається у ст. 6 та ст. 627 ЦК України. Її складовими є також право сторін на вибір форми правочину (договору), якщо інше не передбачено законом (ч. 1 ст. 265 ЦК України), на обрання одного з видів забезпечення виконання договірних зобов'язань (ч. 2 ст. 546 ЦК України), на встановлення форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань (ч. 2–3 ст. 551 ЦК України, ч. 2–3 ст. 624 ЦК України), на зміну або розірвання укладеного договору за згодою сторін (ч. 1 ст. 651 ЦК України)» [328].

Крім наведеного, вагомим аргументом на користь правомірності договорів, що опосередковують особисті немайнові відносини, є доктринальне та нормативне положення, за яким ініціативне договірне регулювання приватних відносин є *особистим суб'єктивним правом учасників таких відносин*. На цьому аргументі наголошує, зокрема, С. Погрібний: «Так, особисті немайнові відносини, що ґрунтуються на вільному волевиявленні, юридичній рівності, автономії волі та вільному волевиявленні учасників, складають предмет цивільно-правового регулювання та підпадають під дію методу юридичної децентралізації, який включає в себе й договірне регулювання (звісно, на загальних засадах цивільного права та імперативних нормах, передбачених для даного виду відносин). З цього випливає, що на саморегулювання цивільних відносин мають поширюватися загальні положення цивільного законодавства щодо здійснення цивільних прав, закріплені статтями Глави 2 ЦК України. Так, зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 12 ЦК України особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд» [135, с. 31]. Втім відхід у договорі від норм, якими визначаються основи публічного порядку та моральних засад суспільства, не допускається. Отже, імперативність державних приписів є межею приватної ініціативи та диспозитивності у регулюванні договірних цивільних відносин, в тому числі немайнового змісту. Таким чином, особисті немайнові відносини, будучи включеними у сферу дії методу цивільно-правового регулювання, є предметом цивільно-правового регулювання, в тому числі такого його органічного виду, як договірний.

Ще один аспект обґрунтування *правомірності приватноправового договору немайнового змісту* полягає у поширенні на цей вид договорів загального правила, застосовного до усіх видів договорів, за яким *правомірність правочину (договору) залежить не від його змісту (майновості, немайновості), а від його відповідності вимогам законодавства*. То ж загальні умови щодо правомірності правочину (договору) відносяться й до договорів з умовами немайнового змісту. В. В. Васильєва справедливо наголошує, що «правомірність як ознака договору полягає в непротириччї вчиненої дії нормам і принципам права» [139, с. 40]. За дотримання таких умов правочин, який опосередковує немайнові відносини, буде законним, чинним. Адже у ст. 204 ЦК України передбачено презумпцію правомірності правочину, який не суперечить закону. Правомірність договору, як і будь-якого іншого правочину, передбачає, що його укладено із дотриманням низки вимог, які викладено у ст. 203 ЦК України: зміст правочину не може суперечити положенням актів законодавства, моральним засадам суспільства; особи, які укладають договір, повинні мати необхідний обсяг цивільної дієздатності; волевиявлення учасника договору має бути вільним і відповідати його внутрішній волі; також за формою договір має відповідати вимогам, встановленим законом; бути спрямованим на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним; договори, які укладаються батьками (усиновлювачами), не можуть суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Таким чином, індивідуальне та договірне регулювання особистих немайнових відносин є органічною складовою приватноправового регулювання відносин, що складаються у сфері надання медичної допомоги. Цей висновок впливає з *обґрунтування самої можливості приватноправового договору немайнового змісту та презумпції його правомірності як у доктрині приватного права, так і нормативній частині цивільного права України*. Адже договірне регулювання особистих немайнових відносин між суб'єктами приватного права: не заборонено приписами права, відповідає загальним засадам, предмету та методу цивільного права; є суб'єктивним правом фізичної особи. То ж правомірність договору залежить не від його змісту, а від його відповідності принципам права, вимогам законодавства, моральним засадам суспільства [9, с. 63 – 64].

Проте свобода правомірного розсуду сторін у приватноправових договорах не є безмежною. Ані у доктрині, ані у законі не підтримується ідея абсолютної свободи договору – приватні угоди мають бути укладеними на законних підставах та з урахуванням усіх чинних правових вимог. За словами Н. Кузнецової, «тільки правомірні дії, які не суперечать чинному цивільному законодавству, включаючи ЦК України, а також не порушують інтереси держави і суспільства, його моральні устої, можуть визнаватися юридичними фактами з точки зору теорії правовідносин і створюють відповідні наслідки, на які ці дії спрямовані шляхом реалізації волевиявлення», «ці положення мають в доктрині цивільного права практично аксіоматичний характер» [329, с. 52]. За словами М. Стефанчука, межі здійснення права «відображають позитивний аспект у здійсненні суб'єктом свого права, тобто ними встановлюються можливі (дозволені чи незаборонені) варіанти поведінки суб'єкта» [330, с. 62].

Обмеженість свободи договірною розсуду сторін впливає з того, що договірне регулювання та регулювання договірних відносин – не одне й те саме. Правове регулювання договірних відносин включає в себе ініціативну частину, умови якої визначаються та погоджуються сторонами на засадах вільного волевиявлення, рівності та диспозитивності (власне договірне регулювання), та нормативну частину, яка містить імперативне регулювання, що є обов'язковим для даних суб'єктів та даного виду відносин.

Як слушно зазначає з цього приводу А. Гриняк, «поряд з договірним регулюванням, правове регулювання договірних відносин включає також такі регулятивні компоненти: а) законодавче правове регулювання; б) адміністративне правове регулювання (в окремих випадках); в) судове правове регулювання (в окремих випадках)» [142, с. 123]. Л. Сіщук підкреслює, що «нормативні положення чинного законодавства чітко прописують базові засади правового регулювання приватноправових відносин, які визначають місце договору в механізмі цивільно-правового регулювання. При цьому закріплено ряд норм, що виключають диспозитивність у виборі правил поведінки сторін договірною зобов'язання та імперативно визначають загальні нормативні приписи для уведення суспільних відносин у правову площину» [324, с. 124].

А. Гриняк доходить висновку, що «законодавець у абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України наголошує на об'єктивному верховенстві імперативних норм закону над договором», адже «імперативні норми права, що передбачають обов'язок включення умов до договору, впливають безпосередньо на зміст договору», а сам «договір має відповідати обов'язковим для сторін правилам, які встановлені нормативно-правовими актами і діють в момент його укладання» [142, с. 123].

На думку О. Кота, «аналіз норм цивільного законодавства і доктрини дає підстави стверджувати, що на тепер можливо вести мову про наявність трьох рівнів закріплення меж здійснення суб'єктивних цивільних прав: на рівні договору, на рівні законодавства та на рівні принципів здійснення суб'єктивних цивільних прав» [331, с. 133]. Це означає, що свої суб'єктивні цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором, принципами права, актами цивільного законодавства.

Про обмеження договірної свободи учасників приватних відносин йдеться у статтях 6, 13, главах 16, 52, 53 ЦК України, в яких безпосередньо містяться законодавчі вимоги щодо вчинення цивільно-правового правочину, укладання цивільно-правового договору, яких повинні дотримуватися сторони приватних угод. У п. 3 ст. 6 ЦК України визначено правило щодо меж правомірного розсуду учасників приватноправових договірних відносин: сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав спеціально виокремлено та визначено у ст. 13 ЦК України: цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства; при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства.

Глава 16 ЦК України містить спеціальні правила, які застосовуються до приватноправових правочинів та угод. Серед загальних вимог, додержання яких є необхідним для чинності правочину, є правило п. 1 ст. 203, що зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. Також договір не може суперечити загальним вимогам, необхідним для чинності правочину: його форми,

обсягу правоздатності та дієздатності осіб, відповідності волі та волевиявлення тощо. Ст. 228 теж стосується меж легітимності правочину, в ній визначено правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства. За гіпотезою та диспозицією статті правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, знищення, пошкодження майна фізичної або юридичної особи, держави, Автономної Республіки Крим, територіальної громади, незаконне заволодіння ним. Такий правочин, що порушує публічний порядок, є нікчемним. Відповідно до ст. 627 сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Таким чином, як видно з аналізу наведених доктринальних положень, сформульованих у науці приватного права, а також норм діючого права, обмеженнями свободи договірної розсуду суб'єктів приватного права є такі правові чинники: імперативні приписи позитивного права (як принципи, так і норми актів права, обов'язкові для виконання акти судової правотворчості), публічний порядок, моральні засади суспільства. Розглянемо, як вказані види обмежень впливають на приватноправове регулювання договірних відносин у сфері надання медичної допомоги.

Суттєве обмеження можливостей щодо вільного волевиявлення та диспозитивності розсуду сторін у договорах, що опосередковують особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, обумовлене як загальними правилами, встановленими для приватноправових відносин, зокрема, договорів, так й спеціальними, що поширюються на договори, які опосередковують особисті немайнові відносини.

По-перше, сторони приватноправових договорів, якими регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, мають підкорятися імперативним приписам закону. Так, цивільно-правове регулювання відносин, що виникають у зв'язку із підготовкою та здійсненням медичного втручання та медичного догляду, ґрунтується на міжнародно-правових та конституційних

положеннях, нормах актів цивільного законодавства України, якими визначаються межі втручання у тілесну та духовну цілісність людини засобами медичних технологій. Такою загально визнаною на рівні міжнародно-правових стандартів, в тому числі чинних для України, межею медичного втручання є правило усвідомленої та інформованої згоди відповідної фізичної особи та усі нормативні вимоги щодо процедур поінформованості, надання, отримання, відкликання згоди, виключень з загального правила.

На практиці це означає, що зобов'язання, які кореспондують із правами людини (правами пацієнта), автоматично входять до складу цивільного правовідношення з надання медичної допомоги, що виникає на будь-якій підставі (закону, договору та ін.), додатково до прав та обов'язків сторін [96, с. 45].

То ж умовами приватноправового договору, яким опосередковуються особисті немайнові відносини, крім тих умов, які визначено сторонами на власний розсуд та погоджено з контрагентом, обов'язково будуть правила та норми, прямо визначені законодавством щодо таких відносин. Зокрема, особисті немайнові права пацієнта, закріплені у міжнародному та національному праві, будуть обов'язковими складовими додатково до диспозитивних умов приватноправових договорів. Передусім йдеться про права: на гідність, недоторканність (ст. 3, 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, ст. 27, 28, 32, 64 Конституції України). Перелічені права існують як природні права людини, тож є такими, що не залежать від їхнього визнання та навіть від наявності (або відсутності) відповідних норм у праві, законодавстві або договорі. Положення договору, що ігнорують або спростовують обов'язкові правила, застосовні до даного виду відносин, є нечинними. Наприклад, нечинними будуть умови договору про неправове обмеження права пацієнта на усвідомлену та поінформовану згоду, в тому числі щодо отримання згоди на медичне втручання від осіб, які не є спеціально уповноваженими для цієї мети, за законом, договором або на інших встановлених законом підставах.

За загальним суворим правилом, імперативні норми права не можна змінювати приватними угодами. Прикладом такого неправомірного відступу учасників договірних відносин у сфері надання медичної допомоги від обов'язкових

приписів законодавства може бути включення до договору умов, які прямо суперечать вимогам чинного законодавства. З огляду на це неприйнятною є позиція В. Біленка, який доводить у своєму дисертаційному дослідженні положення про «необхідність зазначати у договорі про застосування репродуктивних технологій умову, відповідно до якої пацієнт, який поінформований про можливі ускладнення при проведенні даної процедури, зобов'язується не пред'являти клініці претензій у наступних випадках: ненастання вагітності після проведення процедури внутрішньоматкової інсемінації; настання позаматкової або багатоплідної вагітності; виявлення вроджених патологій плоду, несумісних із життям; необхідності штучного переривання вагітності за медичними показниками» [332, с. 4].

Фактично цим положенням автор пропонує неправове та неконституційне звуження обсягу прав людини та суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб. Адже судовий захист цивільного права й інтересу є одним із фундаментальних доктринальних положень приватного права, яке закріплене на рівні Конституції України: кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ст. 55 Конституції України); на рівні загальних засад цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України); на рівні суб'єктивного цивільного права фізичної особи (ст. 16 ЦК України). У зв'язку з чим договірні умови приватноправових угод, які суперечать нормам чинного законодавства, є нікчемними. Очевидно, що випадки, зазначені В. Біленком, підпадають під діючі цивільно-правові норми та процедури щодо відповідальності за неналежне надання послуг. Отже, при ненастанні бажаного результату (закріпленого у договорі) доцільно послуговуватися чинними процедурами встановлення усіх елементів цивільно-правової відповідальності та наявного чи відсутнього між ними причинно-наслідкового зв'язку. Тільки за умови наявності обставин, що виключають цивільно-правову відповідальність, претензії до клініки будуть зняті через процедури легітимного судового розгляду.

ЦК України містить положення щодо обов'язковості включення до договору певних умов відповідно до положень актів цивільного законодавства. Абзац 2 ч. 3

ст. 6 містить положення, що становлять імперативне регулювання договірних цивільних відносин. Тому, укладаючи договір з умовами немайнового змісту, сторони повинні погоджувати його положення не тільки між контрагентами, а й з нормами загальної частини зобов'язального права та нормами законодавства, що стосуються правочинів. Зокрема, сторони приватноправових договорів, якими регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, пов'язані спеціальним законодавством – Основами законодавства України про охорону здоров'я, Законом України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині», відповідними постановами Кабінету Міністрів України, наказами МОЗ України тощо. Як слушно зазначає В. Бобрик, «прямі імперативні норми чинного законодавства виключають волевиявлення носіїв окремих особистих немайнових прав або значною мірою обмежують його. Так, не може бути укладено угоду на здійснення евтаназії, передачу частини тіла, що призведе до втрати життя тощо» [319, с. 236].

По-друге, правомірна ініціатива учасників договірних відносин у сфері надання медичної допомоги обмежується визначеними у законі позаправовими чинниками, якими є, насамперед, *суспільний інтерес, публічний порядок, моральні засади суспільства* [333, с. 20]. Це правило обґрунтовується, зокрема, необхідністю «забезпечення балансу інтересів усіх учасників цивільного обігу, захисту інтересів держави та суспільства» [334, с. 275]. О. Крупчан підтримує таку інтерпретацію принципу диспозитивності у договірній сфері та обстоює законодавче надання сторонам «можливості встановлювати таку регламентацію відносин, яка буде найефективніше відображати їх інтереси, не порушуючи суспільний порядок та інтереси третіх осіб» [335 с. 6].

Також Р. Мельниченко, підкреслюючи позитивну мету даних обмежувачів договірних приватних відносин, зазначає, що «наявність законодавчо визначених основ обмежень договірної свободи сторін у цивільному праві України спрямована саме на підтримання стабільних приватноправових правовідносин між усіма учасниками цивільного обороту. Інакше цілком закономірним правовим наслідком буде порушення балансу або ж взагалі руйнація економічного та правового порядку держави», саме тому «публічний порядок виступає цим обмежувачим

фактором у договірній свободі учасників цивільного обороту». При цьому вчений вважає, «що публічний порядок полягає, по-перше, в сукупності норм моралі і, по-друге, в сукупності норм держави, які є загальнообов'язковими для дотримання» [327, с. 141].

К. Осакве теж підтримує цю позицію, констатує, що «в умовах сучасного цивільного обороту свобода договору закінчується там, де починається захист публічного інтересу. Мета договірної свободи полягає в тому, щоб належним чином розмежувати ці конкуруючі постулати» [336 131].

Загальний суспільний інтерес як позаправова межа договірної свободи приватних осіб знаходить свій вияв у захисті соціальних, правових та моральних устоїв суспільства, та у правовому вимірі позначається категоріями «публічний порядок», «інтереси держави і суспільства», «моральні засади суспільства» тощо. Хоча категорії «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» дещо розділені у законодавстві України та згадуються іноді окремо в різних статтях ЦК України, їхню вихідну спорідненість та фактичну змістовну нероздільність, яка проявляється, серед іншого, у визначенні одного через друге, відзначають багато науковців. При цьому важливо відзначити вихідну складність правого змістовного визначення та застосування на практиці даного виду межі приватного розсуду, про що слушно зазначають такі авторитетні представники сучасної правової науки, як І. Покровський, Н. Кузнєцова, О. Беляєвич.

І. Покровський констатує, що «в усіх сучасних системах законодавства принцип договірної свободи підлягає обмеженню не тільки з боку закону, а й з боку деяких позаконних критеріїв. В якості таких, як правило, наводяться «суспільний порядок» та «добрі звичаї (нрави)». У такий спосіб закон, начебто не довіряє власній пильності, та залучає в ролі додаткових контролерів інші інстанції. Але чим вони є насправді?» [322].

На думку Н. Кузнєцової, «категорія «публічний порядок» не є характерною саме для цивільного права. Традиційно вона застосовується в міжнародному приватному праві і має специфічний зміст, що визначається її основним призначенням – обмежити застосування іноземного права. Використовуючи поняття публічного порядку в ст. 228 ЦК України, законодавець визначив його

обсяг виключно до інституту недійсності правочину. Поняття публічного порядку було максимально звужене перерахуванням таких ознак, а саме: а) порушення правочинном конституційних прав і свобод людини і громадянина; б) знищення, пошкодження майна, заволодіння майном, що належить фізичним і юридичним особам, публічним утворенням (державі, АР Крим, територіальній громаді)» [329, с. 55].

О. Беяневич наголошує на труднощах тлумачення судовими інстанціями відповідних категорій, які є зазвичай оціночними за своєю природою: «в окремих актах чинного законодавства такими обмежувачами називаються «суспільний порядок», «публічний порядок», «публічні інтереси», «принципи гуманності та моралі». Застосування в судовій практиці саме таких обмежувачів свободи є найбільш складним через абстрактність формулювання та оціночний характер» [337, с. 66]. На негативних та позитивних аспектах проблеми застосування оціночних понять наголошує також і Р. Мельниченко: «договірна свобода сторін у цивільному праві обмежується моральними засадами суспільства, звичаями ділового обороту, принципами розумності, добросовісності та справедливості», «варто додати, що зазначені філософсько-цивілістичні поняття є занадто оціночними та невизначеними. Аналіз судової правозастосовчої практики дає нам можливість стверджувати, що судами по-різному застосовуються такі поняття, виходячи із фактичних обставин конкретної справи, а також виходячи з доказової бази учасників судового процесу. Ми все ж вважаємо, що різне судове правозастосування є виправданим, оскільки, по своїй суті, від самого початку розроблення законодавцем такі поняття були покликані забезпечити об'єктивність правосуддя в кожному індивідуально- визначеному випадку» [327, с. 44].

І. Покровський наводить міркування щодо змістовної невизначеності та навіть неправового характеру обмежень, пов'язаних із оціночними та моральними критеріями, та пропонує виключити з позитивного законодавства згадки про «публічний порядок» як межу здійснення цивільних прав. Замість цього потрібно конкретно «визначити все те, що є необхідним для підтримання суспільного порядку у правових категоріях закону, і тоді, природно, що усілякі правочини, що суперечать суспільному порядку, стануть неможливими в силу того, що вони

суперечать закону. Створювати ще якийсь додатковий контроль з точки зору «умов суспільного життя» – це означає намагатися поставити життя громадян перед цілковитою невизначеністю» [322].

Не меншу складність у визначенні та виокремленні критеріїв застосування становить загальне етичне та оціночне поняття «моральні засади суспільства». Про це, зокрема, зазначає І. Покровський: «Якщо «добрі звичаї» дорівнюють моральності, то який вимір останньої належить брати до уваги? Чи має право суддя застосовувати свої особисті переваги про моральність?». Вчений доходить висновку, що поняття «суспільний порядок» та «добрі звичаї» відкривають широкий простір для суддівської правотворчості, що не завжди є добрим, адже спрямовують суддівський розсуд від «юрисдикції закону» у бік «юрисдикції почуттів» [322]. І це фактично відкриває шлях до позаправового контролю над здійсненням договірної свободи приватних осіб. Моральні засади сучасного цивілізованого суспільства, здебільшого, розуміються як певні загальнолюдські цінності позитивного спрямування, тобто надто широко, та у такому вигляді не прилаштовані для того, щоб виконувати конкретну позитивно-правову функцію межі здійснення суб'єктивних цивільних прав, зокрема, бути підставою для визнання правочину недійсним. Як наголошує С. Бичкова, «на практиці доволі важко розмежувати порушення вчиненням правочину публічного порядку і спрямованість правочину на мету, що суперечить інтересам держави і суспільства, його моральним засадам» [338 с. 33]. З цієї причини деякі вчені справедливо пропонують «уникати розширеного тлумачення аналізованого поняття, оскільки [...] це може призвести до довільного визнання недійсним правочину, в якому поведінка його учасників не містить ознак істотної суспільної небезпеки» [338 с. 30]. У зв'язку із аналізованою проблемою очевидно доцільною є пропозиція, за якою правочин має визнаватися недійсним як такий, що суперечить моральним засадам суспільства, по-перше, «якщо ці моральні засади прямо чи в загальній формі закріплені нормативно» [339, с. 347], по-друге, «якщо антиморальність правочинних дій прямо передбачена законом» [340 с. 6–7].

Таку саму позицію обстоює О. Білан, який, досліджуючи питання про змістовну наповненість категорії «моральні засади суспільства» в якості правового критерію обмеження свободи розсуду учасників приватноправових відносин,

доходить таких висновків: «1. Абсолютної моральної цінності, єдиної для всіх, не існує. Відповідно, прив'язувати цивільно-правові норми до норм моралі, значить вносити у цивільне законодавство невизначеність та потенційну можливість для зловживання правом зі сторони недобросовісних учасників цивільних відносин. 2. Положення цивільного законодавства України, які встановлюють обмеження договірної свободи моральними засадами суспільства (частина 1 ст. 203, частина 3 ст. 228 ЦК України), не можна вважати вдалими. Очевидно, що зазначені норми повинні бути переглянуті на законодавчому рівні на предмет доцільності закріплення такого критерію обмеження договірної свободи у Цивільному кодексі України» [341с. 220].

Додатковим аргументом на користь даної позиції може бути пояснення суті природи етичної поведінки та моральності суб'єктів соціальної взаємодії. Моральність об'єктивно в силу своєї особливої нормативної природи відіграє не ту роль обмежувача, яку їй намагається нав'язати законодавець у вигляді моральних засад суспільства. Передусім мораль тримається на внутрішньому переконанні та на відміну від права вона орієнтована на сумління, що, перш за все, спрямовує поведінку суб'єкта правовідносин на самообмеження, але не вимагає преференцій для себе.

Таку саме позицію займає також І. Сенюта, говорячи про те, що «етичні норми та принципи не мають формалізованого вираження, адже становлять собою систему правил, дотримання яких є добровільним». З цієї причини авторка справедливо стверджує, що у разі порушення морального припису «до юридичної відповідальності медичний працівник може бути притягнутий лише в тому випадку, якщо порушене ним правило етики або деонтології об'єктивоване у відповідній нормі права, що передбачена або законодавчим актом, або локальним актом, затвердженим в установленому порядку» [103, с. 112,116].

Представлена аргументація підтверджує висновок, що «моральні засади», включені до законодавства в якості примусового обмежувача приватноправового розсуду, автоматично перестають бути саме моральним регулятором, перетворюючись на свою протилежність – правовий примус. Втім примушування до моральної поведінки у правовий спосіб майже не можливо, адже, як вже було

доведено, моральні норми ефективно діють лише через внутрішні спонуки суб'єкта.

Даний висновок можна наочно проілюструвати, яким чином моральні норми, закріплені у нормативно-правовому акті у вигляді абстрактних етичних принципів, але які не стали внутрішнім переконанням суб'єкта права, залишаються юридично непрацюючими. У законодавстві України на сьогодні наявні етичні норми, які знайшли у такий спосіб певний рівень юридичної формалізації. Так у Законі України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р. [342] представлені деякі орієнтири щодо змістовного навантаження категорії «моральні засади» в умовах сучасного українського суспільства. Відповідно до ст. 2, на території України забороняються виробництво та поширення продукції, яка: 1) має порнографічний характер; 2) пропагує війну, національну та релігійну ворожнечу, зміну шляхом насильства конституційного ладу або територіальної цілісності України; 3) пропагує фашизм та неофашизм; 4) принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою; 5) пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь; 6) принижує особистість, є проявом знуцання з приводу фізичних вад (каліцтва), з душевнохворих, літніх людей; 7) пропагує невігластво, неповагу до батьків; 8) пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички. Очевидно, що ці ознаки неморальності важко пристосувати для встановлення правомірної межі вільного розсуду сторін у приватних договірних відносинах медичної сфери.

В іншому нормативному акті – Указі президента України «Про Клятву лікаря» від 15.06.1992 р. № 349 [343] юридично закріплено етичні норми, якими відображено моральні принципи-вимоги, яких лікар повинен дотримуватися у своїй професійній діяльності: «усі знання, сили та вміння віддавати справі охорони і поліпшення здоров'я людини, лікуванню і запобіганню захворюванням; незмінно керуватися у своїх діях і помислах принципами загальнолюдської моралі, бути безкорисливим і чуйним до хворих, визнавати свої помилки, гідно продовжувати благородні традиції світової медицини; зберігати лікарську таємницю, не використовувати її на шкоду людині; додержувати правил професійної етики, не приховувати правди, якщо це не зашкодить хворому; постійно поглиблювати і вдосконалювати свої знання та вміння, у разі необхідності звертатися за допомогою

до колег і самому ніколи їм у цьому не відмовляти, бути справедливим до колег; власним прикладом сприяти вихованню фізично і морально здорового покоління, утверджувати високі ідеали милосердя, любові, злагоди і взаємоповаги між людьми».

Про те, що дані норми не працюють у правовому контексті, можна навести простий приклад. Тютюнопаління можна цілком впевнено вважати поведінкою, що суперечить моральним засадам суспільства на тих підставах, що як мінімум у двох нормативних актах позитивного права мітиться його характеристика як неморальної поведінки. По-перше, у п 8) ст. 2 Законі України «Про захист суспільної моралі» під заборону знаходиться виробництво та поширення продукції, яка пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички. По-друге, в Указі президента України «Про Клятву лікаря» лікар, набувши професії лікаря та усвідомивши важливість обов'язків, що покладаються на нього, в присутності учителів і колег урочисто приймає на себе серед інших такий обов'язок: власним прикладом сприяти вихованню фізично і морально здорового покоління. Тобто обов'язок не палити є складовою його власного прикладу та набуває для лікаря майже обов'язкового характеру з огляду на те, що він закріплений на рівні юридичного правового акту – Указу Президента. До того ж підписаний випускником текст Клятви лікаря зберігається в його особистій справі. В дипломі робиться відмітка про прийняття Клятви лікаря, текст якої вкладається в диплом. Проте відомо, що прямої юридичної заборони щодо паління та правових наслідків недотримання такої заборони юридично не прописані. Поряд з цим, обов'язок зберігати лікарську таємницю, набув свого юридичного врегулювання (визначення та закріплення відповідних механізмів) у низці нормативно-правових актів, що перетворили даний обов'язок на юридичний з усіма наслідками, що випливають з його недотримання.

Ефективним шляхом впровадження моральних засад суспільства безпосередньо у юридичну площину є включення етичних та деонтологічних норм до змісту прав та обов'язків суб'єктів відносин, що виникають при наданні медичної допомоги [333]. Хоча така позиція набуває поширення у правозастосовній та правотлумачній діяльності судів, вона спростовується деякими науковцями. І.

Сенюта вважає, що правовий обов'язок має сенс тільки у тому випадку, коли норми професійної етики та деонтології закріплені на рівні зобов'язуючого нормативно-правового акта: «аби етична норма функціонувала і виконувала свою функцію, вона має бути об'єктивована або в законодавчому акті, або в акті, який містить корпоративні норми». Шановна дослідниця категорично підкреслює, що «покласти на медичних працівників обов'язок дотримуватись вимог професійної етики і деонтології буде неправомірно» [103, с. 111], адже дотримання етичних норм має бути добровільним.

На цю позицію не можна пристати з таких міркувань. Сфера надання медичної допомоги є особливо чутливою до етичної складової та безпосередньо включає моральну свідомість суб'єктів до змісту правовідносин, саме цим підтверджується й особлива роль моральних норм та етичних правил поведінки в якості джерела правового регулювання та засобу впливу на волевиявлення суб'єктів правовідносин. Тому можна стверджувати, що якщо абстрактні моральні норми-принципи загального характеру і можуть становити предмет вільного вибору суб'єкта приватноправових відносин, все ж спеціальні етичні та деонтологічні норми, які встановлені для фахової діяльності, є обов'язковими для застосування. Такої самої позиції дотримується Р. Майданик: «Моральні засади суспільства – це основні принципи суспільної моралі, тобто система життєвих принципів, поглядів, суджень, оцінок людей, уявлень про добро та зло, справедливість та несправедливість, гідність та безчестя, тощо, визнана та підтримана більшістю членів суспільства. Для цілей застосування даного соціального регулятора важливе значення набувають випадки, коли норми права безпосередньо вказують на те, що певні суспільні відносини регулюються нормами моралі» [84, с.45].

Тому у приватноправовому регулюванні особистих немайнових відносин сфери надання медичної допомоги етичні та деонтологічні норми є безпосередньо джерелом правового регулювання відносин. Це передбачає, по-перше, юридичну обов'язковість їх дотримуватися, по-друге, тягне за собою настання відповідальності у разі недотримання [333, с. 23]. Саме цю юридичну обов'язковість передбачено в основному нормативно-правовому акті, яким регулюються відносини у сфері надання медичної допомоги, Основах законодавства України про охорону

здоров'я, в якому у ст. 78 закріплено професійний обов'язок медичних та фармацевтичних працівників дотримувати вимог професійної етики і деонтології.

Таким правовим документом, що містить норми професійної етики медичних працівників, є Етичний Кодекс лікаря України, прийнятий та підписаний Всеукраїнським з'їздом лікарських організацій та X З'їздом Всеукраїнського лікарського товариства (ВУЛТ) в м. Євпаторії 27.09.2009 р. Правовий статус даного нормативного документу не є беззаперечним. З одного боку, в ньому закріплено, що контроль та санкції за невиконання мають морально-етичний характер: п. 1.2. Підтримувати і контролювати виконання Кодексу повинні етичні комісії та комітети при закладах охорони здоров'я і наукових установах; медичних та наукових федераціях, асоціаціях, товариствах та інших громадських організаціях у галузі охорони здоров'я, що визнають цей Кодекс; п. 1.3. У разі порушення Кодексу лікарями медичних, наукових, освітніх закладів, членами федерацій, асоціацій, товариств або інших громадських організацій, що діють у галузі охорони здоров'я та визнають цей Кодекс, до них можуть бути застосовані санкції з боку етичних комісій або комітетів цих закладів і організацій. Крайньою формою громадського осуду порушення фахових і загальнолюдських морально-етичних принципів є виключення лікаря або науковця з професійної асоціації, членом якої він є.

З іншого боку, у документі містяться конкретні обов'язки лікаря щодо пацієнта, які, на відміну від абстрактних моральних принципів, викладені у форматі правових вимог: Лікар несе відповідальність, лікар повинен, лікар не повинен, лікар зобов'язаний, лікар не має права тощо. Зокрема, до змісту обов'язків лікаря у п. 3.6. належать: Лікар повинен поважати честь і гідність пацієнта, його право на невтручання в особисте життя, ставитися до нього доброзичливо, з розумінням приймати занепокоєння рідних і близьких станом хворого; Лікар, як й інші особи, які беруть участь у наданні медичної допомоги, зобов'язаний зберігати лікарську таємницю навіть після смерті пацієнта. Деякі з обов'язків лікаря закріплені в Етичному кодексі лікаря України навіть у найбільш суровий спосіб, ніж у нормативно-правових актах. Зокрема, 3.9. Практичну діяльність лікар повинен здійснювати тільки під власним прізвищем, не вказуючи неофіційно наданих

титулів, ступенів, звань; Лікар зобов'язаний перебувати поряд з вмираючим хворим до останньої миті його життя; 3.13 Лікар не може залишати без уваги будь-які прояви жорстокості або приниження людської гідності. 3.15. Лікар повинен мати належний зовнішній вигляд, який має позитивно впливати на пацієнта.

Наведені специфічні ознаки роблять Етичний кодекс лікаря України унікальним нормативним документом, якому для повноцінного введення у правовий обіг заважає, хіба що відсутність такого рівня його правової легітимації, як затвердження з боку Міністерства юстиції України. Не дивно, що останнім часом суб'єкти здійснення медичної діяльності включають положення кодексу у локальні нормативно-правові акти: колективні договори, правила внутрішнього розпорядку, посадові інструкції тощо. Цілком очевидно, що у такому вигляді етичні норми набувають правової формалізації та стають обов'язковими для виконання. Цей висновок підтверджено судовою практикою у вирішенні трудових та цивільних спорів. На сайті судових рішень за запитом «медична деонтологія» висвітлюються понад 300 судових справ, що стосуються спорів при накладенні дисциплінарних стягнень та відшкодування моральної шкоди за порушення норм медичної деонтології.

Наприклад, у справі з категорії «Спори, що виникають з трудових відносин», Дніпровським районним судом м. Херсона [344] встановлено, що позивач звернулася до суду з вказаним позовом, посилаючись на те, що їй на підставі скарги громадянки, при огляді якої позивач допустила неетичну поведінку, була оголошена догана за неналежне виконання своїх посадових обов'язків, порушення норм медичної етики та деонтології. При винесенні рішення Судом було взято до уваги, що, за змістом ст. 139–140 Кодексу законів про працю України, працівники зобов'язані додержуватися трудової дисципліни. Трудова дисципліна на підприємствах, установах, організаціях забезпечується створенням необхідних організаційних та економічних умов для нормальної високопродуктивної роботи, свідомим ставленням до праці, методами переконання, виховання, а також заохоченням за сумлінну працю. Пунктом 2.23 Посадової інструкції лікаря-акушера-гінеколога жіночої консультації центру охорони здоров'я жінки комунального закладу «Херсонська міська клінічна лікарня ім. О. С. Лучанського», з якою лікар

була ознайомлена, зобов'язано позивача дотримуватися принципів медичної деонтології.

Судом було відмічено, що не можна погодитися з думкою прокурора та представника позивача, що медична етика і деонтологія не входять до структури трудової дисципліни лікаря, а Етичний кодекс лікаря України носить рекомендаційний характер, оскільки не затверджений Міністерством юстиції України, а тому дисциплінарне стягнення не може бути застосоване до позивача. За обставин справи неналежне виконання своїх посадових обов'язків, порушення норм медичної етики та деонтології при здійсненні службових повноважень у спілкуванні з пацієнтом є безумовною підставою для притягнення особи до дисциплінарної відповідальності.

В іншій справі [345] медичним реєстратором Комунальної медичної установи «Міська дитяча стоматологічна поліклініка» був оспорений наказ, в якому їй оголошено догану за непристойну поведінку, порушення Правил внутрішнього трудового розпорядку та порушення етичних норм поведінки в присутності неповнолітньої дитини. Свідок показала суду, що коли вона разом зі своєю малолітньою дитиною прийшла до лікаря в КМУ «Міська дитяча стоматологічна поліклініка», в коридорі поліклініки реєстратор сварилася з кимось із персоналу та висловлювалась нецензурною лайкою. Позивачка вважає, що наказ є незаконним, оскільки за вимогами статті 147 Кодексу законів про працю України дисциплінарне стягнення накладається за порушення трудової дисципліни, а саме: невиконання або неналежне виконання трудових зобов'язань, до яких не входить зазначення непристойної поведінки та порушення етичних норм.

Обґрунтовуючи відмову у задоволенні позовних вимог позивачки щодо скасування спірного наказу, суд виходив, зокрема, з таких міркувань. Відповідно до п. г) ст.78 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» медичні працівники зобов'язані дотримувати вимог професійної етики і деонтології, зберігати лікарську таємницю. Пунктом 1.8 розділу 1 посадової інструкції реєстратора медичного КМУ «Міська дитяча стоматологічна поліклініка», з якою позивача ознайомлено, про що свідчить її підпис, передбачено, що реєстратор медичний повинен завжди бути уважною, ввічливою до відвідувачів, розмовляти

спокійно. Суд вважає, що позивачка порушила вимоги посадової інструкції та вимоги Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», оскільки виражалась нецензурними словами в приміщенні КМУ «Міська дитяча стоматологічна поліклініка» в присутності неповнолітніх дітей та їх батьків.

Урешті, у Постанові від 16.01.2019 р. Верховним Судом у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 592/6444/16-ц провадження № 61-27802св18 [346] було підтверджено правильність висновку суду апеляційної інстанції, що позивачем двічі протягом року скоєно дисциплінарні проступки, які підтверджені письмовими доказами та полягали у порушенні етики і деонтології та відповідних пунктів посадової інструкції.

Тобто судами підтверджуються висновки що медична етика і деонтологія входять до структури трудової дисципліни лікаря то ж є тими етичними чинниками, які обмежують правовий розсуд суб'єкта надання медичної допомоги. Наведені аргументи та висновки обґрунтовано доводять логічну послідовність та завершеність наукової позиції, згідно з якою таких позаправових форм обмеження приватноправової ініціативи як «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» і можна, і потрібно за можливістю уникати. Це цілком можна зробити через прямі вказівки у нормативно-правових актах щодо заборон та певних видів обмежень приватноправового регулювання, зокрема, договірного регулювання відносин щодо особистих немайнових благ. Як це, приміром, зроблено стосовно заборони евтаназії, обмеження штучного переривання вагітності, деяких видів діяльності, пов'язаної із геномом людини, клонуванням людини тощо [9, с. 77–78].

З метою виключення зловживань та неправомірного обмеження приватного розсуду необхідно максимально звузити поле для застосування даних позанормативних регуляторів шляхом позитивації там, де це можливо, етичного, оціночного та соціологічного змісту понять, якими позначено основи публічного та морального порядку сучасного українського суспільства. Адже питання про критерії визначення моральної та неморальної поведінки, яка має бути під забороною в українському суспільстві у III тисячолітті, залишається відкритим. Яскравим свідченням того є публічні дискусії громадського загалу щодо, приміром, моральності або неморальності абортів як поширеного соціального явища,

застосування сурогатного материнства, яке є морально неприйнятним у багатьох соціумах, що відображено у прямих правових заборонах.

У розвиток підтриманої позиції та з огляду на необхідність розроблення доктринальних підходів щодо усунення негативного впливу на правове регулювання договірних відносин у сфері надання медичної допомоги категорій та явищ, що за ними стоять, «публічний порядок», «моральні засади суспільств» та інших, споріднених з ними, запропоновано шляхи подолання небажаного та неправового впливу. З метою мінімізації багатозначності тлумачення вказаних понять та критеріїв їх застосування є сенс визнати за необхідне такий превентивний захід для запобігання впливу позаправових регуляторів: якомога детальніше прописати правила та норми, якими встановлюються обмеження та заборони щодо диспозитивності та вільного волевиявлення суб'єктів приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги, особливо ті, які висуваються з міркувань охорони публічного порядку та моральної неприйнятності. Адже у більшості випадків відсилка до «моральних засад суспільства» насправді є «позначкою того, що тут є нерозроблене багнисте місце у правовій системі» [322].

Теоретично неправильним та, а практично неприпустимим є поширення регуляторного обмежуючого впливу моральних засад суспільства на ті відносини, які конкретно врегульовано нормами позитивного права: у міжнародно-правових актах або у нормативно-правових актах внутрішнього законодавства. У разі наявності визнаних інститутами Ради Європи правових стандартів щодо регулювання приватних відносин у сфері надання медичної допомоги, потрібно надавати їм пріоритетності, в тому числі в аспекті тлумачення моральних засад, які покладено у ґрунт даного виду відносин. Наприклад, це стосується випадків відмови пацієнта від медичного втручання з особистих світоглядних, моральних або релігійних міркувань. Існує визнане правило європейського приватного права, що є фактично правовим стандартом, застосовним до регулювання приватноправових відносин з приводу медичного втручання, за яким згода або відмова повнолітньої компетентної фізичної особи має пріоритет перед будь-якими іншими міркуваннями. В тому числі перед міркуваннями щодо обов'язкових моральних стандартів, визнаних навіть і більшістю населення, за якими вжиття медичних

заходів, що можуть надати ймовірні переваги, всупереч вільному волевиявленню хворого, є «святим обов'язком» суспільства, або навіть «святим обов'язком» самого пацієнта перед суспільством. Цих патерналістських схем прийняття медичних рішень в Україні потрібно позбавлятися, перш за все, на рівні нормативно-правового регулювання [333, с. 25].

5.2. Договірне регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги за цивільним законодавством України.

Договір все більше набуває ознак та статусу універсальної (застосовною до усіх видів цивільних відносин) форми взаємодії автономних учасників приватноправових відносин, в тому числі немайнових відносин, які виникають при підготовці та наданні медичної допомоги. Проте «категорія цивільно-правового договору належить до тих правових феноменів, роль і значення яких у впорядкуванні суспільних відносин, незважаючи на численні дослідження, й досі залишаються недостатньо вивченими» [138, с. 12].

Зважаючи на те, що натепер в Україні відсутні доктринальні розробки та нормативна практика з проблеми приватноправового регулювання договорів, що опосередковують особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, спробуємо зробити деякі наукові припущення щодо приватноправової природи, загальної характеристики та систематики даних договірних відносин. Ці гіпотетичні нариси можуть стати в нагоді при формуванні сучасної української концепції договірного регулювання особистих немайнових відносин, що складаються у медичній сфері та застосовані у нормотворчій практиці.

Роль та значення, затребуваність договору як регулятора відносин приватних осіб пояснюється через його властивість бути правовим засобом, «у межах якого інтерес однієї сторони задовольняється тільки через інтерес іншої» [348, с. 32]. Саме така здатність цивільно-правового договору робить його унікальним інструментом для задоволення немайнових потреб та інтересів учасників відносин, що складаються у сфері надання медичної допомоги. Зважаючи на загальні процеси інтенсифікації приватноправових відносин та у медичній сфері, зокрема, така

ситуація очікувано підтримуватиме незгасаючу зацікавленість фізичних осіб та медичних закладів до застосування спеціального потенціалу цивільно-правового інструментарію: до укладення договору та його належного виконання.

Договір у доктрині цивільного права розглядається як зустрічне волевиявлення, домовленість його учасників, спрямована на встановлення, зміну чи припинення правовідношення. Але домовленість тільки тоді стає договором, коли вона досягнута з дотриманням вимог, встановлених для укладання цивільно-правового договору. Вимоги щодо правомірності договору імперативно закріплені у цивільному законодавстві, вони є обов'язковими для усіх цивільно-правових договорів та, зокрема, стосуються: визначеності стосовно предмета; спрямованості на досягнення конкретної правомірної мети; вільного волевиявлення учасників (волевиявлення має бути вільним і відповідати внутрішній волі учасника); укладення в певній формі, яка встановлена або законодавчо, або обирається сторонами.

До змісту цивільно-правового договору відносяться два види умов: умови, визначені на розсуд сторін та погоджені ними (ініціативна частина), а також обов'язкові для даного виду договірних відносин та приватноправових відносин загальні умови, визначені в нормах актів цивільного законодавства (нормативна частина). З огляду на специфіку предмета регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги – особливо цінних особистих немайнових благ, які стосуються життя, здоров'я, гідності, приватності, цілісності людини, то кількісне та якісне співвідношення диспозитивних та імперативних норм є нерівномірним. Все ж більша частина умов договорів, якими опосередковуються особисті немайнові відносини та права у сфері надання медичної допомоги, становлять обов'язкові вимоги, визначені державою в імперативному порядку. Саме цією особливістю даних договорів пояснюється також той факт, що імперативна нормативна частина не завжди може міститися у тексті самого документа договору, вона є такою собі віртуальною частиною договору, адже фактично весь масив застосовного права та законодавства є складовою цієї частини. Тому у випадку невиконання будь-якого виду цих нормативних умов сторони мають усі права, передбачені у ЦК України у разі невиконання умов договору. Наприклад, недотримання стандарту інформування

пацієнта щодо медичного втручання, який передбачено у спеціальному законодавстві – Основах, Законі України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині», дає законні підстави для розірвання договору про надання медичних послуг, навіть якщо таких вимог у договорі не було прописано.

Стосовно форми договорів, якими регулюються особисті немайнові відносини та права, то вони можуть бути як усними, так і письмовими. Усні договори переважно виявляють згоду пацієнта на нескладні види медичного втручання, наприклад, прості маніпуляції терапевта, сімейного лікаря, або взяття біоматеріалів на аналіз в амбулаторному режимі. У таких випадках самої згоди достатньо для укладення усного договору. Все ж усні договори мають значні недоліки, пов'язані із труднощами доведення у подальшому самого факту існування такого договору. Тому більш складні угоди, якими регулюються відносини, що виникають при стаціонарному лікуванні, хірургічних втручаннях, наданні стоматологічних та інших складних спеціалізованих видів послуг, мають укладатися у письмовій формі. У певних встановлених законом випадках такі угоди підлягають державній реєстрації або нотаріальному посвідченню. Наприклад, договори про призначення повноважного представника фізичної особи, який після смерті цієї особи надасть згоду на видалення з її тіла анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів, підлягають державній реєстрації, а довіреність на представництво інтересів пацієнта за договором доручення слід посвідчувати нотаріально.

Актуалізації потребує питання щодо систематики договорів з немайновим змістом. В основу класифікації має бути покладений юридично важливий критерій, який має розрізняльну здатність та слугує меті цілеспрямованого удосконалення механізму правового регулювання приватних відносин медичної сфери. Належно здійснена систематика є кроком у дослідженні предмета та ключем для розв'язання теоретичних та практичних завдань, оскільки допомагає з'ясувати правову природу та функції предмета, що досліджується.

Аналітична дослідницька робота з класифікації, типологізації договорів, розділення їх за певними критеріями на групи (типи) та види є основою, по-перше, для поглиблення знань про договори, а, по-друге, для вдосконалення відповідної

нормативної бази. Ю. Алексашина слушно вважає, що «і теоретичне, і практичне значення класифікації цивільно-правових договорів важко переоцінити. Якщо говорити про договір як про регулятор правовідносин між суб'єктами цивільного права, то тут класифікація дозволить зорієнтуватися у величезній масі існуючих договірних конструкцій та обрати таку, що найбільш підходить для врегулювання запланованих відносин, або створити індивідуальний договір, в якому будуть відображені бачення та потреби сторін у конкретній ситуації» [349, с. 70].

Основним теоретичним питанням класифікації будь-яких наукових об'єктів є обрання критерію, з яким пропонується проводити угруповання та виділяти типи і види. Торкаючись доктринальних питань систематизації цивільно-правових договорів, В. А. Васильєва зазначає, що визначним критерієм для поділу договірних типів є категорія об'єкта цивільних прав, яка трансформується у договорі в предмет договору. Оскільки «предметом договору є благо, отримання якого прагне сторона, вступаючи у правовідношення» [350, с. 132], то, беручи до уваги цей критерій, авторка слушно пропонує поділ договорів на групи, типи і види. Групи: ті, що опосередковують економічні відносини з передачі *майна*; ті, що опосередковують зобов'язання щодо *нематеріальних цінностей*; ті, що опосередковують зобов'язання з *послуг*. Ці відмінності між групами договорів зумовлені суттєвими відмінностями між об'єктами відносин, якими є: речі, нематеріальні цінності, послуги. Щодо перспективи розширення сфери договірного регулювання, то цілком можна погодитися із В. Васильєвою, яка прогнозує, «що надалі система договорів буде приростати новими видами, регулювання яких буде закріплюватися у нормативних актах і з часом переміщуватися із спеціальних актів у кодифіковані. Будуть формуватися і підвиди договорів, які регулюватимуть стійкі групи відносин» [350, с. 140]. Наприклад, логічно припустити, що окрему групу (самостійний тип) утворять договори, які об'єднують усі відносини, що пов'язані із регулюванням особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги та здійснення медичного втручання.

Така загальна усталена схематика цивільно-правових договорів, що підтверджується у сучасній доктрині та нормативній частині цивільного права України, передбачає логічне вирішення питання про місце у цій системі договорів,

якими регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги.

В основу класифікації договорів, якими регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, має бути покладений юридично важливий критерій, який має розрізняльну здатність та слугує меті поглибленого пізнання та цілеспрямованого удосконалення механізму правового регулювання приватних відносин медичної сфери. З першого, найзагальнішого, погляду, видається слушним проводити класифікацію (розрізнення) договорів, які регулюють особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, за критерієм наявності в них частки норм, що регулюють особисті немайнові відносини. Використовуючи даний критерій, доходимо висновку, що існують два види приватноправових договорів, якими регулюються особисті немайнові відносини, що виникають при наданні медичної допомоги [9, с. 82–83].

Перший вид – договори з елементами регулювання особистих немайнових відносин, до якого відносяться цивільно-правові договори з надання медичних послуг, в яких присутня частина умов відносно регулювання особистих немайнових відносин. За своєю правовою характеристикою це, як правило, – змішані цивільно-правові договори, основною метою яких є врегулювання майнових та організаційних відносин, які виникають при наданні оплатних медичних послуг. Частина умов відносно регулювання особистих немайнових відносин у таких договорах є незначною. Цей висновок підтверджується позицією В. Бобрика: «аналіз змісту договорів, що застосовуються у договірній практиці, які тією чи іншою мірою стосуються особистих немайнових відносин, дозволяє відмітити, що такі договори, як правило, за своєю юридичною природою є змішаними, а частина їхніх умов, якими регулюються особисті немайнові відносини, є незначною. Це пов'язано з тим, що регулювання особистих немайнових відносин такими договорами має вторинний характер, оскільки їх основною метою є регулювання майнових відносин» [319, с. 239].

За допомогою умов, якими регулюються особисті немайнові відносини, у таких договорах як правило, деталізуються відповідні положення законодавства щодо надання/отримання усвідомленої інформованої згоди, порядку отримання та

збереження медичної інформації, процедури реалізації окремих прав і обов'язків пацієнта та медичного персоналу тощо. До цієї групи належать також договори, що використовуються у практиці спеціалізованих медичних організацій, якими регулюються особисті немайнові відносини при наданні медичних послуг, зокрема, про використання медико-біологічних експериментів щодо людини, донорство, штучне запліднення тощо.

Другий вид – це цивільно-правові договори, якими регулюються виключно (або переважно) особисті немайнові відносини, що виникають у сфері охорони здоров'я та надання медичної допомоги. Їх можна об'єднати загальною назвою «цивільно-правові договори немайнового змісту». Саме ця частина договорів є найменш характерною для особливостей української правової системи та, як наслідок, найменш розробленою як теоретично, так й в плані практично апробованих напрацювань. Цивільно-правові договори даного виду тільки нещодавно отримали юридичне (та деякою мірою соціальне) визнання та правове регулювання.

Подальші кроки щодо систематизації цивільно-правових договорів другого виду в якості джерела приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги висвітлюють три важливі нормотворчі функції, які виконують вказані правочини: 1) конкретизують норми цивільного законодавства стосовно суб'єктивних цивільних прав; 2) усувають прогалини цивільно-правового регулювання; 3) регулюють відносини з відступленням від положень актів цивільного законодавства. Тому можна говорити про умовне існування трьох груп правочинів, які регулюють відносини залежно від результату їхнього зіставлення із існуючими нормативними зразками позитивного права [9, с. 83–85].

Перша група договорів конкретизує закріплені у цивільному законодавстві норми, якими регулюються особисті немайнові права та відносини, що виникають у зв'язку із наданням медичної допомоги. З огляду на ці права фізична особа може вчиняти односторонні та двосторонні правочини, що регулюють відносини у сфері надання медичної допомоги та створюють обов'язки для інших осіб – лікаря, медичного закладу, третіх осіб (ст. 202 ЦК України). До цієї групи належать також

новітні форми договорів, які формуються доктриною та закріплюються у законодавстві на вимогу часу у зв'язку зі зміною концепції та нормативного забезпечення сфери донорства органів та трансплантації анатомічних матеріалів людині, що відбувається наразі в Україні. Це такі новітні договірні форми, як: угода про представництво, що підтверджується письмовою заявою особи про призначення повноважного представника для надання згоди або незгоди на вилучення з тіла особи анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів після визначення стану як незворотна смерть; договір про посмертне донорство органів та інших анатомічних тканин; договір про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів тощо.

Договори другої групи мають важливу нормативну функцію усунення прогалин у цивільно-правовому регулюванні. Наприклад, відповідно до п. 3. ст. 285 ЦК України, якщо інформація про хворобу фізичної особи може погіршити стан її здоров'я або погіршити стан здоров'я фізичних осіб, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право дати неповну інформацію про стан здоров'я фізичної особи, обмежити можливість їх ознайомлення з окремими медичними документами. Це положення продубльовано також і у статті 43 Основ законодавства України про охорону здоров'я. Проте у даних нормах проігноровано право пацієнта призначити довірену особу пацієнта, якій лікарі повинні надати інформацію про стан здоров'я пацієнта і також надати можливість ознайомлення з окремими медичними документами. Ця норма міститься у міжнародних правових стандартах та п. 3.7 Етичного кодексу лікаря України, за якою «пацієнт має право на вичерпну інформацію про стан свого здоров'я, але він може від неї відмовитися або визначити особу, якій можна повідомляти про стан його здоров'я». Як вже зазначалося, визнані етичні норми доповнюють, а іноді навіть випереджають позитивно-правове регулювання, зокрема, конкретизують поведінку, обов'язкову для лікарів. Так, Етичний кодекс лікаря України стосовно права пацієнта на інформацію про стан свого здоров'я надає більш розширене та більш відповідне до існуючих міжнародних стандартів тлумачення тим нормам, які містяться у законодавстві. Тому для усунення цієї прогалини у цивільному законодавстві можна застосувати індивідуальне нормативне регулювання через складання відповідних

правочинів. Це може бути волевиявлення фізичної особи про призначення повноважного представника, який має право отримувати достовірну і повну інформацію про стан здоров'я довірителя, в тому числі ознайомлюватися з усіма медичними документами, або відповідна довіреність, що ґрунтується на договорі про представництво пацієнта, зі змістом усіх наданих представнику повноважень.

Третя група договорів має на меті врегулювати особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги з правомірним відступленням від існуючого нормативного регулювання. Цивільно-правовий договір виступатиме джерелом цивільного права тоді, коли він на законних підставах регулює відносини інакше, ніж передбачено в актах цивільного законодавства. В такому випадку, за словам Н. Кузнєцової, вже не закон або інший акт цивільного законодавства, а сам договір є джерелом того правового стандарту, який буде визначати модель належної поведінки сторін [138, с. 16].

Це – найбільш дискусійна група правочинів, оскільки сама можливість відступлення від положень актів цивільного законодавства є достатньо сміливим кроком законодавця, в якому закладено мету ефективного правового подолання прогалин законодавства та втілення загального принципу свободи договору у регулюванні цивільних відносин. Другу складність становить застереження абзацу 2 п. 3 ст. 6 ЦК України: «якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами». Тобто сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо неможливість такого відступлення прямо не вказана в цих актах. Отже, в даній групі правочинів принципи диспозитивності та свободи договору застосовні найбільш повною мірою, а суб'єктам надано можливість здійснити вільне волевиявлення та врегулювати свої відносини на власний розсуд в межах імперативних вимог законодавства. Оскільки правочини цієї групи не врегульовані у законодавстві України та не часто застосовуються суб'єктами приватних відносин медичної сфери, то науковий аналіз та систематизація вказаного виду правочинів наразі триває і становить актуальний предмет досліджень. До правочинів, які регулюють особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги з правомірним відступленням від існуючого

нормативного регулювання, відносяться: волевиявлення фізичної особи щодо майбутнього втручання; договір про представництво пацієнта на підставі довіреності. Усі вони об'єднані загальною назвою «попередні розпорядження пацієнта» та є складовими сучасного європейського приватноправового інституту попереднього волевиявлення щодо лікування та огляду.

Щодо правової характеристики договорів, що опосередковують особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, їх приналежності до окремих видів за критерієм визначеності або невизначеності у законодавстві, то слід наголосити на тому, що більшість з таких договорів є непоіменованими та змішаними [351, с. 119–122]. Це, звичайно, є ознакою певної аномальності або певного «випадіння» даних договорів із матерії цивільного законодавства, що є цілком природним для договірних конструкцій нових, ще не усталених у практиці, та не осмислених у теорії форм. Р. Майданик та С. Бервено цитують Й. Покровського, який зазначає: «будь-який акт, присвячений цивільним правовідносинам, у тому числі такий складний, як кодекс, відображає практики, які визначаються лише на момент його видання. Зазначена особливість законодавства найбільш відчутна стосовно договірних відносин, з урахуванням того, що останні створюються, хоч і в установлених законом рамках, але автономною волею самих учасників обороту» [352, с. 397].

Визначення договору як поіменованого або непоіменованого є важливим з точки зору вибору норм для його регулювання, адже, як стверджує І. Діковська, «кваліфікація договору як поіменованого ставить його сторони перед необхідністю дотримуватися існуючих по відношенню до даного договірного виду імперативних норм (наприклад, щодо форми, істотних умов і т. д.), а також заповнювати прогалини, що існують у договорі на підставі диспозитивних норм, що можуть застосовуватися до даного договірного виду» [353, с. 240]. Якщо договір кваліфікувати як непоіменований, то для усунення прогалин в договорі повинні використовуватися загальні норми ЦК України про правочин, зобов'язання та договори. Якщо договір віднести до змішаного з елементами таких договорів, що визначені у законодавстві, то в такому випадку «вибрати доречно той варіант тлумачення, який дозволить вирішити конкретний казус» [354, с. 167].

Можливість та навіть необхідність існування непоіменованих договорів обумовлено потребами практики, «адже закон не може містити вичерпного переліку договорів, необхідність яких диктується стрімким розвитком цивільного обороту» [324, с. 120 – 121]. З розвитком цивільного обороту ускладнюються взаємозв'язки контрагентів, між ними можуть виникати нові зобов'язання, ознаки яких не дозволяють із формальною точністю визначити їх в межі вже відомих законодавству договорів. Хоча можливість використання розроблених на законодавчому рівні моделей різноманітних договірних конструкцій значно полегшує та оптимізує взаємовідносини суб'єктів приватних відносин, оскільки реально економить час та творчі зусилля на створення власної моделі та погодження пунктів домовленостей, цей процес узаконення нових форм має свою внутрішню логіку та у цілому не встигає за динамічними темпами розвитку приватних відносин.

Не завжди є можливості оперативно відреагувати на потреби практики та закріплювати нові договори, оскільки дана процедура є досить витратною як за інтелектуальними, так і за матеріальними ресурсами. Як зазначав М. Брагінський, не будь-які договірні відносини, що містять нові властивості, вимагають формування нового інституту. Необхідність у його створенні виникає лише в тому випадку, коли нова ознака набуває правового значення, тобто вимагає законодавчого відображення [355, с. 48]. На думку Л. Мигалок, «укладення непоіменованого договору – це спосіб формалізації *нових взаємовідносин сторін* та виникаючого між ними зв'язку, що полягає у взаємному погодженні інтересів щодо вчинення дій у формі вільного волевиявлення шляхом вчинення на власний розсуд сторін змісту договору, спрямованого на досягнення необхідного результату» [356, с. 4].

На цьому фоні потрібно визнати, що більшість договірних конструкцій, якими регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, особливо ті, які відносяться до другої групи у класифікаційній системі, не передбачені та не врегульовані у ЦК України. Але «неврегулювання не означає, що вони не відповідають законодавству, а лише те, що сфера діяльності, в якій вони укладаються, не містить визначеної законодавством форми, а саме, вимог щодо умов, крім звичайно істотних» [357, с. 173]. У ст. 638 ЦК України це підтверджено: договір є укладеним, якщо сторонами досягнуто згоди з усіх його істотних умов, а за

ст. 628 зміст договору становлять умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства.

Особливість непоіменованого договору як самостійного регуляторного елемента механізму правового регулювання простежується через аналіз співвідношення актів цивільного законодавства і договору, про що йдеться у ч.1 ст. 6: сторони мають право укласти *договір, який не передбачений актами цивільного законодавства*, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства та укладений з дотриманням усіх імперативних вимог застосовного права. Тому процес визначення умов непоіменованого договору є творчою справою та залежить від суті договору, що укладається. За правилами, встановленими для договорів у ЦК України, істотними умовами договору є умови про предмет, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. У такий спосіб «за відсутності нормативно-правового регулювання непоіменованих договорів визначення істотних умов здійснюється для кожного договору індивідуально, враховуючи особливості сфери діяльності, у якій вони укладаються» [358, с. 161–162]. У ч. 1 ст. 11 ЦК України зазначено правило, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, які не передбачені актами цивільного законодавства, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки. То ж укладання умов таких договорів може бути здійснено на засадах аналогії закону та аналогії права, що також може породжувати певні труднощі як укладання, так і тлумачення.

Головні привабливість та цінність непоіменованого договору полягає у можливості для учасників при оформленні своїх відносин не обмежуватися передбаченими моделями, а на власний розсуд конструювати договір, що відповідає потребам сторін. Але саме це достоїнство непоіменованого договору становить й особливу складність для обґрунтування та практики застосування: його врегулювання має нерідко «непередбачений характер, оскільки непоіменованого договір є договором, регулювання якого законом невідоме, тобто умови, які він може вміщувати, є досить новими, а отже, тлумачення цих умов може викликати досить велику кількість запитань» [357, с. 173]. Але це не означає, що непоіменованого

договір може бути визнаним недійсним на тій підставі, що його форма та умови не закріплені у законодавстві. Також сторонам непоіменованого договору не може бути відмовлено у судовому захисті їхніх прав на тих самих підставах, адже умови чинності правочину є вичерпними та чітко вказані у ЦК України.

Основна ознака непоіменованого договору – це непередбаченість актами цивільного законодавства, тому «непоіменовані договори – це договірні конструкції, що створюються автономною волею самих учасників цивільного обороту та нормативно *неврегульовані*» [249, с. 69]. До актів цивільного законодавства відповідно до ст. 4 ЦК України відносяться: Конституція України. Цивільний кодекс України, інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та цього Кодексу, акти Президента України у випадках, встановлених Конституцією України, постанови Кабінету Міністрів України, інші нормативно-правові акти, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом. Відповідно до коментаря С. Погрібного «під законами України, які підпадають під ознаки актів цивільного законодавства у розумінні ст. 4 ЦКУ (абз. 2 ч. 2), «слід розуміти як кодифіковані, так і не кодифіковані закони України, які в цілому або в окремій частині містять правові приписи, що регулюють цивільні відносини в Україні і при цьому прийнятті відповідно до ЦК України, тобто відповідають основним його положенням» [359, с. 88]. Виходячи з цього, до актів цивільного законодавства відносяться також закони України, якими регулюються відносини у сфері охорони здоров'я та надання медичної допомоги, у тій частині, де регулюються цивільні відносини відповідно до загальних положень ЦК України. Також відповідно до ст. 10 ЦК України частиною національного цивільного законодавства є також чинні міжнародні договори, які регулюють цивільні відносини, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Проте «договірні конструкції, які наявні в міжнародно-правових актах, що не є частиною національного законодавства, необхідно кваліфікувати як непоіменовані в Україні договори» [360, с. 200].

Втім *непоіменовані договори не знаходяться у вакуумі*, або поза межами правового регулювання, адже до них застосовуються норми ЦК України про правочини, про зобов'язання, про загальні положення про договори тощо. Не

завжди сторони вимушені вдаватися й до цілковитої правотворчості, адже деякі з договірних конструкцій містяться на рівні рекомендаційних актів м'якого права. Також «зразком моделі безіменного договору можуть виступати моделі договорів, передбачені законодавством іншої держави або міжнародним актом, у тому числі і таким, що має рекомендаційний характер» [361, с. 56]. Регулювання непоіменованих договорів – це складний процес поєднання диспозитивних та імперативних елементів, який відбувається з урахуванням: загальних засад цивільного законодавства; загальних положень зобов'язального права та загальних положень про правочин (договір); спеціальних диспозитивних норм. Як зазначає Р. Гейнц, «договірні конструкції непоіменованих договорів створюються їх учасниками. При визначенні змісту непоіменованого договору його сторони застосовують аналогію закону, загальні положення зобов'язального права або аналогію закону. Порядок застосування правових норм при укладенні непоіменованого договору визначається належністю останнього до групи абсолютно непоіменованого чи відносно непоіменованого договорів» [360, с. 217–218].

Окремий значний шар приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги утворюють питання щодо можливості використання інституту договірної представництва для цілей врегулювання окремих проблемних аспектів взаємовідносин між пацієнтом та медичними установами. Це ще не пахане поле для сучасної цивілістики України. Як слушно зазначає О. Крилова, «інтерес до питань представництва в сфері надання медичних послуг передбачає вирішення окремих немайнових питань пацієнта його представниками». Авторка пояснює, що «регулювання багатьох аспектів надання медичних послуг, а особливо медичної допомоги, вимушено не може обійти увагою представництво, тому що сама специфіка лікарської діяльності зобов'язує надавати допомогу як недієздатній або обмежено дієздатній особі, так і особі, яка тимчасово позбавлена можливості вчиняти будь-які дії внаслідок хворобливого стану» [185, с. 85].

Для конкретизації договірних конструкцій нового типу, які тільки складаються у вітчизняному правовому полі, зокрема, стосовно договірної представництва пацієнта за довіреністю, можна ефективно застосувати наведені в

даному параграфі положення, що є або усталеними у доктрині, або обґрунтованими припущенням окремих фахівців. Наприклад, якщо взяти договірне представництво пацієнта за дорученням, то відносини, що виникають з договірного представництва, врегульовані ч. 3 ст. 237, ст. 238, 239, 244 (представництво за довіреністю), 145 (форма довіреності), 247–250. Проте такий його вид як «представництво пацієнта за дорученням» має виразну специфіку, зокрема, щодо такої характеристики, як можливість для представника діяти від власного імені, але в інтересі довірителя. І саме ця ознака робить дану договірну конструкцію особливою та такою, яка вимагає спеціального правового режиму.

5.3. Договірне представництво фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги: характеристика правочинів.

У світлі поширення та узаконення сучасних етичних вимог дотримання поваги до автономії, гідності та індивідуальності пацієнта особливого значення набувають договірні форми представництва фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги. Такі правові форми надають нові можливості, «подовжуючи» автономію пацієнта у часі та просторі при здійсненні ним своїх суб'єктивних прав, зокрема, поширюючи принцип згоди навіть на ті ситуації, в яких ще нещодавно воля пацієнта не бралася до уваги.

Враховуючи особливості правової системи та правової ментальності України, які виявляються, зокрема, у тому, що стосовно немайнових відносин передбачено передусім нормативне, а не договірне регулювання, та з огляду на наявну недосконалість відповідної законодавчої бази, відсутність чітко розроблених механізмів договірного регулювання приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги, важливим напрямком вдосконалення цієї сфери правового регулювання є дослідження та використання міжнародних (здебільшого європейських) правових стандартів, а також зарубіжного досвіду.

Цієї думки дотримується Н. Кузнєцова: «Запровадження у вітчизняну правову систему міжнародно-правових стандартів передбачає не тільки вивчення закономірностей розвитку світової правової системи, окремих правових «сімей»,

національних правових систем з урахуванням українських національних правових традицій, менталітету, правової доктрини, а й осмислення певної правової ідеології, яка супроводжує ці загальноновизнані підходи» [362, с. 7].

Це, зокрема, стосується сучасних форм правочинів, якими закріплюються завчасно висловлені побажання пацієнта, та договірні форми про замісне волевиявлення, які є юридично прийнятними інструментами процесу прийняття медичних рішень та сучасними засобами ефективної реалізації особистих немайнових прав у сфері надання медичної допомоги окремим категоріям хворих (паліативних, у стані зниженої здатності до волевиявлення тощо). Таким особам, за загальним правилом, має бути надана легітимна можливість отримати користь від представництва та завчасно складених документів, зокрема, довіреності на представництво інтересів пацієнта та волевиявлення щодо медичного втручання на майбутнє.

Попередні розпорядження – будь-які юридично визнані інструкції особи (письмові або усні), які виражають її волевиявлення щодо майбутнього медичного обслуговування. Складені фізичною особою на випадок своєї нездатності приймати усвідомлені рішення або повідомляти про них, завчасні медичні директиви можуть виконувати важливу функцію інформування та нагадування стосовно самовизначення пацієнта.

До найбільш поширених юридичних форм належать: медичні директиви, волевиявлення щодо медичного втручання, довіреність з охорони здоров'я (медична довіреність). Волевиявлення щодо медичного втручання та довіреність з питань охорони здоров'я – два традиційні різновиди документів щодо волевиявлення на майбутнє, що мають різні цілі [363, с. 52]. Перші складаються у формі особистої заяви-розпорядження пацієнта стосовно лікування, догляду, процедур рятування чи продовження життя на випадок неможливості повідомити про свій вибір. Другий – це довіреність, що ґрунтується на договорі, якою призначається особа, уповноважена приймати медичні рішення замість пацієнта. Доручення надає переваги у забезпеченні роз'яснень уподобань пацієнта, якщо вони були сформульовані в розпливчастих неоднозначних термінах в особистих розпорядженнях, а також для надання медичної допомоги в умовах несподіваних

ситуацій, які не були конкретно розглянуті пацієнтом. Ще у «Декларації про політику в сфері забезпечення прав пацієнтів в Європі» було передбачено, що у випадках, коли сам пацієнт не може скористатися своїми правами, їх повинен здійснити його законний представник або особа, уповноважена на це пацієнтом (п. 6.4).

Правовий статус правових документів, що містять попередні розпорядження щодо медичного втручання, в першу чергу визначається правилом ст. 9 Конвенції Ов'єдо. Норми ст. 9 вперше на рівні міжнародної угоди закріплюють механізм, за допомогою якого людина зможе заздалегідь зафіксувати в юридично зобов'язуючому документі свій вибір стосовно методів лікування та догляду на майбутнє. Ця норма має велике значення, оскільки втілює в собі перші значні зусилля, що вживаються європейськими структурами для створення обов'язкових правових рамок, що стосуються просування попередніх документів з охорони здоров'я. Проте залишається не до кінця визначеною юридична сила таких документів. Положення ст. 9, згідно з яким раніше висловлені побажання «мають враховуватися (повинні бути прийняті до уваги)» не передбачає будь-яких чітких вказівок, якою мірою, і за яких умов, завчасні директиви мають бути дійсно юридично враховані.

Очевидно, що у розумінні укладачів Конвенції Ов'єдо, лікарі не можуть діяти цілком довільно, тобто вони повинні мати вагомі причини не брати до уваги законні побажання пацієнта, виражені у попередніх директивах, хоча цей основний принцип не був явно заявлений в самому тексті угоди, тобто в ній немає будь-якої вказівки відносно того, які причини можуть дійсно дати медичним працівникам законні підстави для того, аби не підпорядкуватись розпорядженням пацієнтів. Пояснювальна доповідь до Конвенції Ов'єдо у п. 62 роз'яснює, що вираз «враховуватися» «не означає, що потрібно обов'язково слідувати раніше висловленим побажанням». Зокрема, в деяких обставинах медичні працівники, можливо, мають поважні причини не слідувати бажанням пацієнта на тій підставі, що вони не застосовуються більше в ситуації, що склалася: а) коли вони були складені задовго до втручання; б) коли у медичних технологіях відбудися зміни, і можна розумно припустити, що в нинішніх обставинах воля пацієнта була би іншою.

У пунктах 60–62 Пояснювальної доповіді до Конвенції Ов'єдо надається роз'яснення щодо випадків, коли дієздатні особи, які є компетентними висловити свої побажання щодо медичного втручання, заздалегідь виражають власну згоду або відмову у зв'язку із конкретними обставинами, які можна передбачити. Тут зазначено, що положення ст. 9 Конвенції передбачають, що необхідно «брати до уваги» завчасно висловлені побажання пацієнта стосовно лікування та догляду. Такий сучасний правовий механізм прийняття рішень за хворих, що нездатні висловити свою волю, містить важливу складову – попередні розпорядження щодо методів лікування та догляду, які є ефективним додатковим засобом реалізації прав пацієнта на вибір методів медичного втручання. До поширених сучасних правових форм, які обслуговують цей інститут, зокрема, належать: довіреність на прийняття рішень з питань медичного обслуговування, письмові форми волевиявлення стосовно методів лікування, заповіт про медичні умови доживання, розпорядження не реанімувати, форма добровільного донорства органів тощо.

З 2009 року у Раді Європи розпочинається рух за впровадження у національних правових системах механізмів врахування документів з попередніх розпоряджень пацієнтів. Спеціальні принципи щодо статусу та юридичних механізмів інституту завчасного планування лікування та догляду викладені у низці правових актів Ради ЄС, які мають характер рекомендацій. Зокрема, у Рекомендаціях Комітету міністрів Rec (2009) 11 «Про принципи, що стосуються довготривалих доручень та попередніх розпоряджень на випадок недієздатності» зазначено, що держави повинні сприяти завчасному самовизначенню дієздатних дорослих людей (на випадок їх нездатності у майбутньому) за допомогою відповідних доручень та попередніх розпоряджень. Питання про пріоритетність цих методів перед іншими необхідно розглядати в контексті принципів самовизначення пацієнтів та субсидіарності заходів захисту.

«Довготривала довіреність» у Рекомендаціях Комітету міністрів Rec (2009)11 [364] визначається як юридичний документ, який складається дієздатним повнолітнім з метою, що він залишається в силі або вступає в силу у випадку недієздатності довірителя. Довірителем є особа, що видає довіреність; особа, уповноважена діяти від імені довірителя, є представником. Довготривала довіреність складається в письмовій

формі, в ній має бути чітко вказано, що документ вступає в силу або залишається в силі в разі недієздатності довірителя. Дієздатні довірителі мають можливість відкликати довіреність в будь-який час. «Попередні директиви» відповідно до Рекомендацій це – інструкції чи побажання, зроблені дієздатними дорослими щодо питань, які можуть виникнути в разі їхньої недієздатності [365, с. 69].

Комітет міністрів Ради Європи рекомендує державам: розробити положення і механізми, які можуть бути необхідними для забезпечення достовірності документів; врегулювати порядок чинності довіреності; встановити процедури та критерії визначення дієздатності пацієнтів; розглянути питання про введення системи сертифікації, реєстрації та/або повідомлення стосовно видачі, скасування, чинності, припинення дії доручень; передбачити механізми врегулювання конфліктів інтересів довірителя та представника; вирішити, якою мірою завчасні директиви повинні мати обов'язкову силу; розглянути, за яких обставин постійна довіреність втрачає силу та які заходи захисту слід вчинити за таких обставин; встановити питання про ситуації, які виникають у разі істотної зміни обставин. Складені у легітимній формі особисті директиви, повинні мати пріоритет серед інших рішень. Попередні директиви, які не мають обов'язкової сили, слід розглядати як заяви про бажання, яким необхідно приділяти належну повагу.

Механізм довгострокової довіреності пацієнта також передбачає створення системи контролю, зокрема, спеціального компетентного органу, який має право на розслідування та втручання, у разі коли представник діє не у відповідності з дорученням або інтересами довірителя. Таке втручання може включати в себе припинення дії довіреності повністю або частково. Такий компетентний орган має право діяти за запитом або за власною ініціативою.

В країнах, які легітимізували попередні медичні розпорядження особи, існують визначені юридичні вимоги до складання таких документів. Так, попередні розпорядження, зазвичай, мають бути представлені письмово, датовані та підписані двома свідками, що не є родичами розпорядника, не пов'язані з лікувальною установою, що обслуговує хворого, і такими, що не претендують на спадок. У самому документі має міститися твердження, що розпорядник у змозі зрозуміти суть того, що відбувається, він підписує документ добровільно. Розпорядник має право у

будь-який час скасувати свою останню волю. Згідно з законами країн у хворого при його надходженні до лікарні або будинку престарілих зобов'язані запитати, чи складена вже остання воля, якщо ні, то чи не бажає він її скласти. Слід також мати на увазі, що остання воля вагітної жінки, зазвичай, є недієвою, оскільки держава вважає себе зацікавленою в народженні дитини.

Особливі побажання для специфічного лікування, що заявлені у попередніх розпорядженнях, розглядаються надавачами медичних послуг з точки зору вимог клінічної доцільності та медичної етики, то ж хворий не може розраховувати на те, щоб лікарі діяли всупереч стандартам професії. Якщо лікар на підставі своєї професійної компетентності переконаний, що доцільно не враховувати завчасні директиви пацієнта, він має зробити письмове пояснення, щоб роз'яснити рішення для пацієнта, адвоката пацієнта, його сім'ї та вразі необхідності – для судових інстанцій.

Юридичні документи стосовно медичних умов доживання можуть бути складені в будь-який час протягом життя дорослої людини. Оскільки висловлені в них інструкції дають напрям при прийнятті вагомих рішень з питань, які є важливими для пацієнтів, доцільно час від часу переглядати зміст та модифікувати окремі положення з урахуванням змін, що відбуваються в медичній науці та практиці. До того ж, як правило, з плином часу змінюються життєві цінності та переваги особи, що також може відобразитися на її лікувальних пріоритетах. Якщо це не визначено в інший спосіб, термін дії особистої директиви пацієнта є дійсним, поки її не буде скасовано, або до моменту смерті пацієнта.

Для виконання своїх функцій щодо інформування про волевиявлення фізичної особи необхідно, щоб копії особистих заяв були надані адвокату, довірчій особі, лікарю або іншим особам, хто надає медичні та супутні послуги (наприклад, директору будинку для престарілих), членам сім'ї, опікунам. Основне призначення та юридична цінність медичних директив – надати можливість визначитися у ситуаціях, коли пацієнти тимчасово або постійно не можуть приймати або висловлювати свої рішення. За наявності завчасних розпоряджень, оформлених належним чином, незалежно від психічних або фізичних можливостей пацієнта, зберігаються його автономія і гідність під час надання медичної допомоги, оскільки медичні рішення

ґрунтуватимуться на виборі пацієнта. Водночас значно зменшується тягар ініціативності та відповідальності для сім'ї пацієнта.

В період травень – грудень 2011 р. у Парламентській Асамблеї Ради Європи (далі – ПАРЄ) тривали слухання на тему «Living wills and the protection of health and human rights» (Прижиттєві волевиявлення та захист здоров'я і прав людини), результатом яких стало прийняття важливих документів – Резолюції 1859 (2012) 366] та Рекомендацій 1993 (2012) [367] під спільною назвою «Захист прав та гідності людини з урахуванням раніше висловлених побажань пацієнтів».

Зокрема, у Резолюції 1859 (2012) ПАРЄ рекомендує державам-членам: підписати, ратифікувати і повністю виконувати Конвенцію про права людини та біомедицину, якщо вони ще цього не зробили (п. 6.1); застосовувати Рекомендації Комітету Міністрів CM/Rec (2009) 11 (п. 6.2); переглянути у разі необхідності відповідне національне законодавство з метою його поліпшення (п. 6.3); для країн, які не мають спеціального законодавства з цього питання, необхідно: розробити плани заходів з кінцевою метою прийняття відповідного законодавства стосовно попередніх розпоряджень – прижиттєвого волевиявлення та довготривалої довіреності з питань охорони здоров'я; передбачити інформаційно-просвітницьку кампанію для широкої громадськості, а також медичних та юридичних працівників з метою роз'яснення нових положень та реалізації нового законодавства на практиці (п. 6.3.1); заохочувати самовизначення дієздатних дорослих людей за допомогою попередніх розпоряджень та надавати цим формам пріоритет над іншими заходами захисту (п. 7.1); забезпечити доступність попередніх розпоряджень у формі медичного заповіту або довіреності, отже, уникати складних форм або інших формальностей (п. 7.5).

Про важливість правового механізму попередніх розпоряджень щодо майбутнього лікування свідчить той факт, що дані норми було включено до Модельних правил європейського приватного права DCFR. У Розділі 8: «Медичні послуги» прописано вимогу обов'язкового врахування попередніх розпоряджень щодо медичного втручання. Так ст. IV.C.-8:108 «Обов'язок не надавати медичні послуги без згоди» містить такі правила: Якщо пацієнт не є здатним дати згоду, виконавець зобов'язаний не приступати до надання медичних послуг без

врахування, наскільки це можливо, позиції пацієнта, стан якого не дозволяє висловити свою волю, щодо таких послуг. Особливо це стосується позиції пацієнта, яка була прямо виражена ним до того, як він опинився у стані, що не дозволяє йому висловити свою волю.

Щодо адекватного перекладу основних термінів, що використовуються у концепції завчасного планування лікування та догляду^{*}, українською мовою, то слід зазначити, що всі вони, зазвичай, англійського походження. На сьогодні із багатьох міжнародних документів в офіційному перекладі маємо лише текст Конвенції про права людини та біомедицину. В документі використовується термін «попередньо висловлені побажання пацієнта» для оригінального англійського «previously expressed wishes of patients». Щодо термінів «Advance Directive», «Living Will», «Health Care Surrogate/Proxy/Agent», то переклад здебільшого здійснювався авторами, що працювали з документами, на власний розсуд, хоча й близько до змісту оригіналу.

На айті ПАРС було опубліковано офіційний текст Резолюції 1859 (2012) російською мовою «Принятие во внимание заблаговременно высказанных пожеланий пациентов как средство защиты прав и достоинства человека». В тексті документа використовуються три вказані основні терміни російською мовою у такому вигляді: «Заблаговременные распоряжения» (Advance Directive), «Волеизъявление относительно медицинских вмешательств в будущем» (Living Will) та «Доверенности на случай утраты дееспособности» (Health Care Surrogate/Proxy/Agent). Враховуючи наведене, оригінальний термін Living Will можна передавати українською як «Волевиявлення щодо медичного втручання на майбутнє».

Приватноправовий інститут завчасного планування лікування та догляду на майбутнє є ефективним додатковим засобом реалізації особистих немайнових прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги, що доведено практикою країн, які легітимізували його [368, с. 38–46]. Особливо цікавим представляється досвід США та окремих країн Західної Європи у сфері законодавчого забезпечення

^{*} Усталені синоніми: «завчасні декларації», «попередні медичні директиви», «завчасні рішення», «завчасно висловлені побажання, що стосуються медичної допомоги» (англомовні відповідники: «advance declarations», «advance health care directives», «advance decisions», «previously expressed wishes concerning medical treatment»).

правового регулювання відносин медичної сфери, який викликає інтерес як з точки зору історично тривалого періоду апробації, так і з боку реалізації договірної доктрини у сфері надання медичної допомоги.

В той час як вони є юридично визначеними та широко застосовуються у клінічній практиці Сполучених Штатів Америки, в більшості європейських країн все ще є незвичним приймати клінічні рішення на основі побажань пацієнта, що були висловлені раніше. Це пояснює, чому з правової точки зору дієвість попередніх розпоряджень до цих пір залишається неясною у багатьох європейських державах, які тільки починають усвідомлювати потенційну корисність завчасних рішень і приймати закони з цього питання.

Завчасні розпорядження з питань охорони здоров'я є юридично визначеними та найширше використовуються у *практиці США та Великої Британії*. В законодавстві цих країн напрацьовано ефективні юридичні конструкції попередніх медичних розпоряджень, фактично всі існуючі форми зводяться до двох типів правових документів. Перший – довгострокова довіреність на прийняття рішень з медичного обслуговування, відома як *Durable Power of Attorney for Health Care*, є юридичним документом, яким уповноважується довірена особа пацієнта (*Health-Care Agent*) для прийняття рішень в його інтересі з питань догляду та лікування як тільки довіритель втрачає здатність робити це самостійно. Другий – особиста заява (розпорядження) пацієнта стосовно лікування, догляду, процедур рятування чи продовження життя на випадок неможливості повідомити про свій вибір.

Деякі з існуючих форм розпоряджень особи щодо медичного втручання у майбутньому, що використовуються у країнах Північної Америки та Західної Європи: *Medical Orders For Life Sustaining Treatment* (Медичні директиви стосовно лікування, що підтримує життя); *Living Will* (Волевиявлення щодо медичного втручання); *Do Not Reanimate – DNR* (Заборона реанімувати). Всі вони є письмовими розпорядженнями, які містять вказівки пацієнта щодо надання (або утримання від) певних видів лікування, включаючи лікування, що підтримує життя, та виражають волю заявника стосовно окремих видів медичної допомоги, штучної підтримки життя, зокрема, штучного годування та серцево-легеневої реанімації тощо. Так, різноманітні форми волевиявлення щодо медичного втручання можуть містити перелік можливих

випадків захворювань та вимоги до дій медичного персоналу. Такі письмові інструкції надають правову можливість деталізувати особливі побажання стосовно можливого лікування, зокрема, надати конкретні вказівки стосовно видів лікування, що є бажаними або неприйнятними; окремих хвороб, від лікування яких слід відмовитись.

Так, у формі Living will виражається воля заявника стосовно відмови за будь-яких обставин від штучної підтримки життя. DNR-розпорядження містять вказівки медичним працівникам не проводити серцево-легеневу реанімацію. Метою форми є доведення до відома персоналу, який здійснюватиме невідкладну допомогу, інформацію про добровільну відмову пацієнта від реанімаційних заходів. Форма не впливає на статус (надання) інших видів медичної допомоги, в тому числі паліативної. Сучасні різновиди DNR-розпоряджень: документ, який міститься у медичній картці; спеціальні браслети та медальйони, які рекомендовано завжди мати при собі та які легко ідентифікуються. За відсутності документальних розпоряджень в ургентних випадках лікарі виходять із презумпції згоди на реанімаційні процедури.

Такий вид довіреності, як «довгострокова довіреність на здійснення лікування» згадується у фундаментальній праці – «Енциклопедія банківської справи та фінансів» Чарльза Дж. Вулфела: «Довгострокова довіреність на здійснення лікування дозволяє одній особі призначити іншу своїм представником (агентом) на випадок вирішення питання про її лікування за умови можливої нездатності зробити це, таке рішення приймається відповідно до письмових інструкцій, сформульованих у довіреності на здійснення лікування» [369, с. 320].

Форми MOLST (Medical Orders For Life Sustaining Treatment) [370] та POLST (Physician Orders For Life Sustaining Treatment) [371] – медичні директиви (вказівки) стосовно лікування, що підтримує життя, завдяки яким пацієнти можуть краще контролювати своє медичне обслуговування наприкінці життя. Вони призначені для того, щоб запобігти небажаного та неефективного лікування, зменшити страждання пацієнта та його сім'ї. Цільовою групою населення є пацієнти із невиліковними хворобами та такі, що перебувають у тяжкому фізичному стані. Форми є унікальним ідентифікатором пацієнта та містять розпорядження, що ґрунтуються на стані здоров'я пацієнта та його побажаннях. У формі вказуються види медичного лікування, які пацієнт бажає отримувати наприкінці життя, будь-який незаповнений

розділ означає повне лікування, передбачене у розділі. Принципи POLST такі: документ є добровільним волевиявленням; підписується лікарем та пацієнтом; документ надруковано на спеціальному яскраво рожевому папері. Перегляд форми рекомендовано у таких випадках: пацієнт переводиться в інший лікувальний заклад, мають місце суттєві зміни у стані здоров'я чи змінилися переваги пацієнта. Дієздатна особа має право у будь-який час змінити чи відмінити свої розпорядження. Документ має зберігатися безпосередньо в пацієнта чи на видноті для того, щоб медичні працівники лікарень та служби швидкої допомоги могли легко знайти його та виконувати вказівки та побажання, що містяться у розпорядженні. Без форми POLST медичний персонал не буде поінформований про індивідуальні побажання та переваги пацієнта, то ж пацієнт отримує всі передбачені для конкретного випадку процедури.

Форма POLST не повною мірою замінює традиційні завчасні директиви щодо медичного обслуговування та довгострокову довіреність, але є дуже корисним доповненням до них. За наявності конфлікту між документами пріоритет має той, що заповнений пізніше. У США ця форма офіційно прийнята та діє з 1996 р. Дослідження, проведене у 2002 р., показало, що загальна поширеність розпоряджень становить 15–20% від чисельності всього населення. Менше ніж 50% серйозно чи невиліковно хворих мали у медичній картці попередні розпорядження.

Стандарти, процедури і гарантії попередніх розпоряджень встановлюються відповідними законами. Федеральний закон США «Про самовизначення пацієнта» (Patient Self Determination Act) [372], який покликаний сприяти зростанню ролі пацієнта у прийнятті рішень, що стосуються його життя, особливо на термінальній стадії хвороби, діє з 1991 року. У США пацієнти лікарень та клінік штатів отримують спеціальні брошури, що містять інформацію про права пацієнтів за законами штату та практичні рекомендації з користування цими правами.

Наприклад, брошура «Попередні розпорядження про засоби підтримки життя на випадок недієздатності», що складена організацією «Юридична допомога у Північній Вірджинії», має мету допомогти пацієнту зорієнтуватися в законі, що регламентує медичні рішення, та скласти відповідні документи. Вона містить спеціальні розділи та відповідає на найбільш поширені запитання, які виникають у зв'язку із використанням права пацієнта на попереднє волевиявлення: що таке завчасне

розпорядження, що таке процедури продовження життя, у який спосіб скласти вказівки про засоби рятування життя на випадок недієздатності, що таке довіреність, яка уповноважує іншу особу на прийняття медичних рішень на випадок недієздатності, кого слід обрати своїм агентом, що робити із документом попереднього розпорядження тощо.

Аналогічна брошура, що містить документ «Білля про права пацієнта» та практичні рекомендації з його використання, надається пацієнтам штату Нью-Йорк. Зокрема, в ній можна знайти такі підрозділи: завчасне планування Вашого лікування, Закон штату Нью-Йорк про складання довіреності, а також зразки форм розпоряджень та довіреності, визначення та роз'яснення основних понять, інструкції щодо правильного складання документів. Відповідно до «Білля про права пацієнта» [373] пацієнт має право отримувати всю інформацію, необхідну для того, щоб давати інформовану згоду на будь-які процедури та курси лікування, в тому числі на розпорядження не проводити реанімацію; доручити іншій особі не давати згоду на реанімацію; відмовлятися від лікування; оформити свої побажання документально у довіреності на право прийняття медичних рішень, бланки якої є у лікарні. За законом всі дорослі пацієнти мають право самостійно вирішувати, чи проводити їм певний курс лікування, в тому числі в умовах смертельної загрози. Право приймати самостійні рішення стосовно методів лікування включає, зокрема, право вирішувати питання стосовно реанімації. Пацієнту штату надається підготовлений департаментом охорони здоров'я витяг «Довіреність на прийняття рішень про медичну допомогу. Призначення особи, уповноваженої приймати рішення з приводу Вашого лікування, за законом штату Нью-Йорк про оформлення довіреності» [374] разом із зразком довіреності на прийняття рішень, пов'язаних з лікуванням, та допоміжними Інструкціями щодо правильного заповнення форм. Крім того, пацієнту надається резюме засобів, які реалізуються у лікарні для дотримання вказаних прав пацієнтів.

У штаті Вашингтон Відділом соціальних послуг та охорони здоров'я (DSHS) складено спеціальну брошуру для пацієнтів «Your Legal Right to Make Decisions about Health Care and Advance Directives in Washington» («Ваші законні права на прийняття рішень про медичне обслуговування та попередні розпорядження у штаті Вашингтон») [375]. Дану брошуру, яка містить викладення актуальних аспектів

складання, дії та чинності документів з попередніх розпоряджень пацієнта, може отримати кожен бажаючий. Аналогічно існують спеціальні роз'яснення для користувачів стосовно можливостей заповнення форм Living Will [376].

На практиці використовуються, як правило, змішані форми, в яких містяться елементи різних правочинів (розпорядження + довіреність + заповіт), відпрацьовані відповідно до вимог спеціальних законів відповідного штату. Наприклад, форма штату Меріленд «Попередні медичні директиви. Планування рішень щодо медичного обслуговування на майбутнє» [377] містить такі розділи, що пропонуються до заповнення пацієнтом: I. Призначення медичного представника; II. Розпорядження відносно лікування; III. Підписи та свідки; «Після моєї смерті». У преамбулі, що передує заповненню форми, надаються вказівки стосовно змісту та особливостей окремих розділів: «Розділ I передбачено для Вашої відповіді на такі запитання: Якщо Ви не можете (або не хочете) особисто приймати рішення стосовно власного лікування, кому слід приймати рішення за Вас? Людина, яку Ви для цього оберете, буде Вашим медичним агентом. Обов'язково поговоріть з Вашим медичним агентом про цю найважливішу функцію. Розділ II надає можливість висловити побажання стосовно заходів щодо продовження Вашого життя в трьох ситуаціях: невиліковне захворювання, стійкий вегетативний стан та кінцева (термінальна) стадія захворювання. В останньому підрозділі «Після моєї смерті» передбачені розпорядження стосовно пожертвування органів, вказівки стосовно тіла та поховання. Заповніть розділи відповідно до власних побажань та підпишіть документ у присутності двох свідків. Якщо у подальшому Ваші побажання зміняться, Ви можете заповнити документ заново. Обов'язково передайте копію заповненого документа Вашому медичному агенту, лікарю та іншим особам, яким вважаєте за потрібне. Тримайте один примірник дома, у місці, де його можна буде легко знайти. Варто періодично проглядати документ».

Законом «Про психічну компетентність» (Mental Capacity Act 2005), що діє на території *Англії та Уельсу*, кожній дієздатній повнолітній особі дозволено скласти довіреність з охорони здоров'я, яка відома як «довгострокова довіреність на прийняття рішень щодо особистого благополуччя» (s9–14 Lasting powers of attorney), яка надає повноваження довірений особі приймати рішення з питань здоров'я,

особистого благополуччя довірителя (щодо лікування, місця проживання, повсякденних питань особистого характеру тощо). Використовуючи цей інструмент, пацієнти можуть за власним вибором уповноважити особу приймати рішення стосовно охорони здоров'я від їхнього імені, якщо вони втрачають здатність приймати власні рішення. Повірений може давати або не давати згоду на лікування, що підтримує життя, але тільки якщо це обумовлено в документі про повноваження.

Законом також започатковано механізм завчасних рішень (s24-26 – Advance decisions to refuse treatment), який надає змогу заздалегідь вказати конкретні види лікування, які особа не бажає отримувати у майбутньому, коли вона не зможе про це повідомити. Попередні розпорядження щодо лікування та догляду (в тому числі відмова від терапії, що підтримує життя) мають обов'язкову юридичну силу та повинні виконуватися медичним персоналом, якщо відповідають визначеним вимогам. Умовами дійсності таких рішень є, зокрема, такі вимоги: вони мають бути складені у письмовій формі, підписані особою та свідками. Право на складання попередніх розпоряджень мають дієздатні особи з 18 років. Особа має право вказати, на які процедури вона не погоджується, до яких обставин відноситься відмова, хоча не обов'язково описувати їх докладно у точних медичних термінах. Це необхідно для того, щоб медичні працівники мали змогу вирішити, чи застосовуються попередні розпорядження до конкретної ситуації. Якщо відмова пов'язана із певними релігійними чи філософськими поглядами, пропонується пояснити своє рішення.

Щоб бути дійсною завчасна відмова має конкретно стосуватися ситуації, яка виникла, тобто за умови, що немає жодних «розумних підстав піддавати сумніву, що існують обставини, яких людина не очікувала і які вплинули б на її рішення, якби вона їх очікувала» (s25.4). Відмова може поширюватися на штучне харчування і гідратацію, але не на «основні заходи турботи». В Mental Capacity Act Code of Practice [378] це положення конкретизовано у такий спосіб: «Завчасні рішення не можуть стосуватися відмови від дій, які необхідні для того, щоб зберегти людині базовий або основний рівень допомоги. Перелік включає тепло, притулок, заходи щодо забезпечення чистоти та усні пропозиції їжі та води у природний спосіб» (9.28). Завчасні рішення не можуть містити вимоги від працівників охорони здоров'я діяти всупереч закону і тому, вимоги про евтаназію будуть недійсними.

Розпорядження щодо відмови від життєпідтримуючого лікування мають включати в себе підписану ясну заяву про те, що відмова поширюється на ситуації, «навіть якщо життя знаходиться в небезпеці» (s25.5). Завчасна відмова є юридично обов'язковою в тому сенсі, що вона так само дійсна, як і відмова, що зроблена компетентним пацієнтом (s26.1). Навпаки, завчасні вимоги на певне лікування не є суворо обов'язковими, хоча вони можуть допомогти медичним працівникам у визначенні того, що саме є кращим в інтересі пацієнта.

В країнах Європи правовий статус документів, що містять попередні розпорядження щодо методів лікування на випадок втрати дієздатності, дуже різняться. В країнах, в яких були прийняті спеціальні закони, що надають юридично обов'язкову силу завчасно висловленим побажанням (Австрія, Бельгія, Англія та Уельс, Іспанія, Нідерланди, Угорщина, Фінляндія), завчасна відмова від лікування, здебільшого, має саме таку силу, як відмова, зроблена компетентним пацієнтом у теперішній час. У Німеччині, Франції, Італії, Швейцарії законодавство, що надає юридично легітимної сили завчасно складеним директивам пацієнта, перебуває у стадії формування або впровадження. Країни, в яких немає спеціального законодавства та відсутній законний статус попередніх директив – Греція, Італія, Литва, Норвегія, Португалія, Сербія, Словаччина, Туреччина, Україна (всі, крім останньої, ратифікували Конвенцію про права людини та біомедицину). Представлений огляд законодавства європейських країн ґрунтується на матеріалах доповіді для Ради Європи за висновками Дослідницького семінару з попередніх розпоряджень, організованого Інститутом медико-біологічної етики Цюріхського університету за підтримки Європейського наукового фонду (ESF) [379].

Австрійським законом «Про розпорядження пацієнта» (Patientenverfügungsgesetz) [380, S. 51–62] пацієнтам дозволено скласти медичний заповіт, який є обов'язковим для лікарів при виконанні певних умов: а) було проведено попередні консультації з лікарем з метою всебічного інформування про характер і наслідки заповіту; б) документ був складений у присутності юриста, нотаріуса або адвоката пацієнта; в) лікування, від якого відмовляється пацієнт, описане в точних термінах; г) заповіт про доживання був складений не більш як за 5 років до його виконання. Якщо один або більше з цих пунктів не виконується, заповіт не є обов'язковим.

Однак, чим більше з цих умов будуть виконані, тим більше заповіт має бути прийнято до уваги лікарів.

Обов'язковий характер медичного заповіту, однак, не є абсолютним, оскільки відповідно до ст. 10 документ вважається недійсним, якщо: а) з того часу, коли він був складений, відбулася «істотна зміна» у медичних науках, пов'язана зі змістом документа; б) його зміст суперечить закону (наприклад, запит на активну евтаназію або відмова від основного забезпечення рідиною і їжею природним шляхом, які є «заходами турботи», а не лікуванням).

В Іспанії попередні розпорядження регулюються Законом «Про автономію пацієнта і про права та обов'язки щодо медичної інформації» (*Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*) [381]. Щоб бути дійсними, попередні директиви мають бути складені у письмовій формі та не суперечити закону та належній клінічній практиці. Крім того, фактичні обставини в момент реалізації розпоряджень мають відповідати тим, які передбачені пацієнтом на момент складання документа.

Закон також дозволяє в доповнення до заповіту призначити представника з охорони здоров'я (*representante*), який буде діяти від імені пацієнта як співрозмовник з медичними працівниками для того, щоб забезпечити виконання переваг пацієнта. Оригінальність Іспанського закону полягає в тому, що він передбачає створення Національного реєстру попередніх розпоряджень з метою забезпечення загальнонаціональних гарантій ефективності таких документів. На сьогодні в кожному автономному регіоні створено або створюється офіційний реєстр, в якому громадяни можуть зареєструвати свої завчасні директиви. Одним з головних завдань Національного реєстру є налагодження механізму координації між реєстрами кожної автономної області за допомогою інформаційних каналів [382].

В Бельгії попередні директиви регулюються Законом «Про права пацієнтів» (*Akte dd 22 augustus 2002 over de rechten van patienten* [383]) і Законом «Про евтаназію» (*Wet betreffende de euthanasie* [384]). Відповідно до цих актів пацієнт має право заздалегідь відмовитися від неприйняттого лікування. Медичні працівники повинні дотримуватися такої відмови, яку пацієнт заявлено у письмовій формі. У

пояснювальному повідомленні (коментарі) зазначено, що попереднє розпорядження, в принципі, має такий самий обов'язковий характер, як і відмова, висловлена у теперішній час. Проте, щоб попередня відмова була дійсною, має бути дотримано дві умови: а) вона має стосуватися «ясно визначеного медичного обслуговування», то ж відмова, сформульована в розпливчастих виразах, не матиме обов'язкової сили; б) не повинно бути жодного сумніву в тому, що документ дійсно походить від пацієнта.

Законом «Про евтаназію» пацієнтам дозволено включати прохання про евтаназію в попередні розпорядження за деяких умов: пацієнт страждає від серйозного або невиліковного захворювання, він/вона перебуває у стані несвідомості, який є незворотнім. Такі завчасні директиви, однак, не мають обов'язкової сили, що означає, що жоден лікар не може бути зобов'язаний проводити евтаназію. Закон «Про права пацієнтів» також надає змогу призначити довірену особу, яка приймає рішення (так званий «призначений пацієнтом представник», французькою: «mandataire designe par le patient»), щоб діяти від імені пацієнта.

Як і в Бельгії, у Нідерландах також дозволено використовувати попередні розпорядження стосовно і відмови від лікування, і евтаназії. Попередня відмова від лікування стала обов'язковою для виконання починаючи з 1995 р., коли деякі положення Цивільного кодексу було змінено Законом «Про договори з медичного втручання» (Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst, WGBO) [385]. Стаття 450.3 Цивільного кодексу передбачає, що компетентні пацієнти можуть заздалегідь відмовитися від медичних процедур через письмову заяву. Тим не менш, виконавець медичних послуг має право не виконувати інструкції пацієнтів, «якщо він вважає, що для цього є належні підстави». Оскільки закон не вказує, які причини можуть бути законно вказані лікарем, експерти обговорюють, у який спосіб це виключення слід інтерпретувати.

Закон «Про евтаназію і допомогу у самогубстві» (Wet toetsing levensbelindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding) дозволяє скласти письмову заяву з проханням про припинення їхнього життя у разі, якщо вони не будуть в змозі попросити про це в майбутньому, оскільки юридичні вимоги стосовно здійснення евтаназії виконуються. Проте хоча такий заповіт є легітимним, це не означає обов'язку для будь-якого лікаря вчиняти евтаназію. Можливість прийняття

попередніх розпоряджень про евтаназію піддавалася критиці з боку деяких експертів на підставі того, що такий запит не є ані можливим, ані етично виправданим, оскільки лікарі не можуть одночасно здійснювати евтаназію і виконувати обов'язок дотримуватися «належної турботи», покладений на них законом [386, р. 54–58].

В Угорщині згідно з Законом «Про охорону здоров'я» [387] кожна компетентна особа може зробити письмову заяву в присутності нотаріуса, щоб відмовитися від зазначених методів лікування, і це означає, що завчасні директиви мають обов'язкову юридичну силу. Відмова може стосуватися підтримки життя або рятувальних заходів, якщо пацієнт має невиліковну хворобу і, як наслідок, не в змозі піклуватися про себе самостійно або страждає від болю, який не може бути полегшений за допомогою відповідної терапії. Умовою дійсності попередніх медичних вказівок вважається вимога, що такі розпорядження мають супроводжуватися письмовою заявою сертифікованого психіатра про те, що людина прийняла рішення з повним усвідомленням його наслідків.

Якщо у завчасних директивах йдеться про відмову від лікування, що підтримує життя, або від життєво-необхідних ліків, лікар у присутності трьох членів консилиуму повинен оглянути пацієнта, щоб переконатися, що умови, зазначені в законі (зокрема, що пацієнт страждає від невиліковної хвороби, що призводить до смерті протягом короткого періоду часу), будуть виконані. Окрім того, попередні розпорядження мають бути складені (або оновлені) не більш ніж за два роки до їх виконання. Також дозволено призначати довірену особу з охорони здоров'я, яка діятиме від імені пацієнта в ситуаціях, коли він не в змозі самостійно приймати рішення стосовно себе. Проте правила, що регулюють процес ухвалення рішення в такій ситуації, в законі не визначені.

Завчасні директиви у Фінляндії є юридично легітимними. Відповідно до Закону «Про статус і права пацієнтів» (Act on The Status and Rights of Patients [388]) «якщо пацієнт впевнено і компетентно висловив свою волю з питань медичного втручання, йому не може бути надане лікування, що суперечить його волі». Пацієнт має право відмовитися від будь-якого, навіть такого, що забезпечує життя, лікування. Не існує формальних вимог для складання попередніх директив, але вони мають бути зафіксовані в медичній картці пацієнта. Також дозволено призначити довірену особу

з питань охорони здоров'я, яка має діяти відповідно до волі хворого. Якщо жодних побажань не було висловлено з боку пацієнта, його слід лікувати «відповідно до його найкращих інтересів».

У Франції завчасні директиви (*directives anticipées*) регулюються Законом «Про права пацієнтів і питання завершення життя» (*Loi relative aux droits des malades et à la fin de vie*). Відповідно до закону попередні медичні вказівки пацієнта, пов'язані із побажаннями стосовно відмови від лікування, «повинні бути прийняті до уваги лікарем». Максимальний термін дії попередніх директив – три роки, у зазначений термін їх треба відновити. Медичні розпорядження пацієнта можуть бути скасовані у будь-який час. До того ж вони мають консультативне, а не обов'язкове значення. Це означає, що завчасні директиви є «одним серед інших елементів медичних рішень». Проте з ними необхідно «обов'язково рахуватися», перш ніж рішення, що стосується вибору або утримання від лікування, буде прийнято. Законом дозволено призначати «довірену особу» (*personne de confiance*) як представника з питань надання медичної допомоги, з якою необхідно консультиватися з приводу прийняття рішення у випадку, якщо пацієнт не в змозі приймати рішення особисто [386, р.27–29].

В Німеччині право людини заздалегідь вирішити питання про медичне обслуговування у разі, якщо вона не буде мати можливість самостійно приймати ці рішення в майбутньому, визнається німецькою юриспруденцією та юристами-науковцями як вираження права на самовизначення відносно свого власного тіла, яке ґрунтується на положеннях Конституції [389], зокрема, ст. 1.1 – людська гідність, ст. 2.1 – право на вільний розвиток своєї особистості, ст. 2.2 – право на фізичну недоторканність та особисту свободу. У такому контексті розпорядження є інструментом самовизначення особи [390] та можуть складатися на випадок, якщо людина не зможе більше пояснити свою волю. У таких розпорядженнях особа може зафіксувати свою волю стосовно того, які медичні заходи вона бажає або відхиляє в конкретних обставинах. У Німеччині розпорядження пацієнтів підпадають під загальний контекст § 1901a Цивільного уложення [391]. Стаття «Письмові побажання стосовно опіки» містить положення, що передбачають юридичний статус письмових документів, в яких особа висловила свою волю щодо вибору опікуна або свої побажання на випадок встановлення над нею опіки.

Хоча деякі кантони Швейцарії вже прийняли закони з питання надання обов'язкової сили попереднім розпорядженням, інші – навіть не згадують про них у своїх місцевих нормативних актах. Тому, якщо немає конкретного кантонального закону, який визнає обов'язковість попередніх медичних розпоряджень, такі документи розцінюються як відправна точка для визначення передбачуваної волі пацієнта. Наприклад, Закон «Про права пацієнтів» кантону Цюріх передбачає, що попередні медичні вказівки «повинні поважатися, крім випадків, коли вони суперечать закону чи є підстави вважати, що пацієнт у цей час змінив свою точку зору». Закон «Про охорону здоров'я» кантону Невшатель передбачає, що «працівники сфери охорони здоров'я повинні поважати попередні розпорядження». Втім планується на федеральному рівні надати право кожній компетентній людині складати попередні директиви з охорони здоров'я. Відповідно до законопроекту, що обговорюється, лікарі «повинні поважати» попередні розпорядження. Однак вони не дійсні, якщо: а) суперечать закону, б) є серйозні сумніви стосовно того, що вони як і раніше відображають волю пацієнта або його/її передбачувану волю в конкретних обставинах. Приватні особи також мають право призначити довірену особу з охорони здоров'я, яка буде діяти від їх імені у випадку, якщо вони стануть нездатними самостійно приймати рішення [386, р. 89–91].

Португалія вже ратифікувала Конвенцію Ов'єдо, і це означає, що ст. 9 Конвенції стала частиною внутрішнього законодавства. Тим не менше, спеціального законодавства з цього питання не було прийнято. Правознавці зазначають, що в даний час немає жодних перешкод для того, щоб скласти заповіт про доживання; з іншого боку, призначити довірену особу для піклування з питань охорони здоров'я можна за аналогією цивільного інституту доручення. Однак ефективність таких документів є неясною: деякі автори вважають, що лікарі повинні приділяти першочергову увагу завчасним директивам, тоді як інші думають, що вони мають лише консультативне значення [392].

В Італії у 2001 р. парламент ратифікував Конвенцію Ов'єдо. Хоча особи мають можливість де-факто складати попередні розпорядження, тим не менш, такі документи не вважаються юридично зобов'язуючими або такими, що мають серйозні правові наслідки. Неможливо призначити довірену особу з питань щодо охорони

здоров'я: якщо пацієнт стає некомпетентним, рішення з охорони здоров'я будуть прийматися родичами, навіть якщо вони не згодні з особистими уподобаннями пацієнта. У 2003 р. італійська Національна комісія з біоетики висловила думку, що немає принципових заперечень проти попередніх розпоряджень, а прийняття спеціального закону з цього питання є бажаним. Комісія не підтримує безумовну обов'язковість попередніх розпоряджень, але водночас, якщо медичні працівники вирішують не підкорятися перевагам пацієнтів, вони зобов'язані вказати на поважні причини для їх рішень [393].

Закон Норвегії «Про права пацієнтів» дозволяє «вмираючим пацієнтам» відмовитися від лікування, що продовжує життя, втім нічого не говориться про можливість висловлення такої відмови заздалегідь в очікуванні вірогідності того, що в майбутньому можна опинитися у стані нездатності самостійно приймати такі рішення. Відповідно до такого правового становища, якщо пацієнт не може повідомити про свої бажання, медичні працівники «повинні утримуватися від надання медичної допомоги, якщо родичі пацієнта висловлюють подібні побажання і заявляють, що саме таким є побажання пацієнта і що воно має дотримуватися». Тому, коли пацієнт не в змозі висловити свої уподобання щодо лікування, пріоритет віддається бажанням членів сім'ї. Ось чому попередні розпорядження не розглядаються як такі, що мають обов'язкову юридичну силу. Це також пояснює, чому використання попередніх розпоряджень в медичній практиці трапляється дуже рідко [386, р. 59–61].

Болгарія ратифікувала Конвенцію про права людини та біомедицину і ухвалила Закон «Про охорону здоров'я». Проте закон не містить жодних конкретних положень, що стосуються попередніх розпоряджень. На додаток до цього, як вважають деякі вчені, вимога стосовно інформованої згоди для будь-якої лікувальної процедури існує лише формально, оскільки між лікарем і пацієнтом домінує «давня культура і традиції медичного патерналізму. Лікарі зазвичай не обговорюють варіанти лікування з пацієнтами» [386, р. 21–22]. У Сербії не існує закону, що надає правову можливість скласти заповіт про доживання. Закон «Про охорону здоров'я» визнав право пацієнта відмовитися від лікування, навіть від такого, що є життєво-важливим. Законом також дозволено призначення довіреної особи з медико-

санітарної допомоги, але не визначено, хто може бути наділений повноваженнями представника і, найважливіше, чи має право довірена особа з охорони здоров'я приймати рішення щодо відмови або обмеження лікування, що підтримує життя [386, р. 75–77].

У Греції відповідні правові положення, що стосуються попередніх розпоряджень, містяться тільки у ст. 9 Конвенції Ов'єдо, яка вже ратифікована країною в 1998 році. Закон «Про охорону здоров'я» включає в себе важливі положення, що стосуються прав пацієнтів. Тим не менш, він не має будь-яких конкретних норм, що стосуються заповіту про доживання або норм про призначення довіреної особи з охорони здоров'я [386, р. 37–39].

Словаччина вже ратифікувала Конвенцію Ов'єдо та прийняла загальний Закон «Про охорону здоров'я», який визнає право погодитися або відмовитися стосовно медичного лікування. Проте таке право визнається тільки за компетентними пацієнтами або, у разі їхньої некомпетентності, за їх законними представниками. Про можливість створення попередніх директив стосовно призначення довіреної особи з питань охорони здоров'я немає жодної згадки. Завчасно висловлені побажання пацієнтів не регулюються спеціальним законом, втім є розуміння того, що з даного приводу застосовується ст. 9 Конвенції про права людини та біомедицину [394].

Подібно до деяких з вищезгаданих країн, Литва ратифікувала Конвенцію про права людини та біомедицину, але не прийняла жодного спеціального закону, який конкретизує легітимність попередніх директив. Закон «Про права пацієнтів» [395] підтверджує загальний принцип, за яким пацієнти мають право відмовитися від лікувальних процедур. Проте нічого не говориться про завчасну відмову, яка застосовується тоді, коли пацієнт не в змозі приймати власні рішення. Також закон явно не визнає право призначити довірену особу з охорони здоров'я.

Республіка Молдова є країною, в якій останнім часом введено в дію спеціальне законодавство, яким впроваджується інститут завчасного волевиявлення, зокрема, договірні форми регулювання особистих немайнових відносин при наданні медичної допомоги. Заходи договірного захисту фізичних осіб, які не здатні до волевиявлення, є новелами правової системи Республіки Молдова та включають дві форми: договір про надання допомоги та доручення про захист в майбутньому.

Договір про надання допомоги є договором між будь-якою особою та вільно обраним нею асистентом. За договором асистент зобов'язується бути присутнім при вчиненні правочинів або прийнятті інших рішень (в тому числі щодо медичного втручання) та надавати необхідну для цього інформацію, консультації або здійснювати допомогу при спілкуванні із третіми особами. До даного договору застосовуються норми законодавства про доручення. При цьому статус асистента не надає повноважень представника особи, яка захищається.

Доручення про захист в майбутньому є договірним зобов'язанням, яким довіритель призначає повіреного для конкретної ситуації. У зв'язку з цим нововведенням у Цивільний кодекс Республіки Молдова пропонується внести 16 нових статей, якими докладно регулюються усі особливості доручення про захист в майбутньому: об'єм повноважень, форма доручення, хто може володіти статусом повіреного, наслідки доручення про захист на майбутнє, припинення та призупинення доручення, втручання содової інстанції у порядок здійснення доручення, в тому числі надання додаткових повноважень повіреному. Доручення про захист у майбутньому не зачіпає дієздатність особи, яку захищають. Даний інститут побудовано на засадах Рекомендацій Комітету міністрів Рес (2009) 11 «Про принципи, що стосуються довготривалих доручень та попередніх розпоряджень на випадок недієздатності».

Ще однією новелою, яку запропоновано змінами до Цивільного кодексу Республіки Молдова, є інститут спеціальних інструкцій фізичної особи з метою захисту прав на вибір лікування у майбутньому, які складаються та завіряться особою у той період, коли вона усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними, втім передбачає, що в певний період часу може втрати цю здатність. В даних інструкціях особа матиме можливість надати вказівки щодо медичного лікування, яке вона бажає або не бажає отримувати. Інструкції стануть обов'язковими для усіх учасників заходів захисту: для повіреного, судових інстанцій, для захисника та інших зацікавлених осіб. Усі заходи захисту повинні реєструватися у спеціальних реєстрах.

Україна не ратифікувала Конвенцію Ов'єдо і, відповідно, не має юридичного обов'язку легітимізувати раніше висловлені побажання пацієнта, передбачені ст. 9.

Але навіть на даний момент за умови не проходження повної процедури ратифікації Конвенції, її положення мають значне як доктринальне, так й нормативне значення для України та мають застосовуватися з двох поважних причин. По-перше, виходячи з того, що коментована угода містить принципи та стандарти прав пацієнтів, які захищаються також Конвенцією про захист прав людини та основних свобод, учасником якої є Україна. Як відомо, ЄСПЛ розглядає захист прав пацієнтів в контексті ст. 8 даної угоди. А в рішеннях ЄСПЛ відображаються посилання на інші правові документи Ради Європи, присвячені тлумаченню та роз'ясненню різних аспектів захисту прав пацієнтів, які доктринально пов'язані із нормами Конвенції про права людини та біомедицину. По-друге, Віденською конвенцією про право міжнародних договорів [396] у ст. 18 передбачено, що держава, яка підписала договір, має обов'язок не позбавляти договір його об'єкта й мети. Це означає, що держава зобов'язана утримуватись від дій, які позбавили б договір його об'єкта й мети, до набрання договором чинності.

Отже в даному правовому контексті, а також на фоні зростаючого міжнародного значення дотримання прав людини необхідно: дослідити загальні засади та характерні ознаки правового регулювання відносин представництва пацієнта у світлі міжнародних правових стандартів та наявного зарубіжного досвіду регулювання подібних правовідносин в компаративістському аспекті, що надасть можливість виявити адекватні шляхи інсталяції нового цивільно-правового інституту в правове поле України, але з урахуванням особливостей юридичної системи та правової культури населення.

В Україні право погодитися на медичне втручання або відмовитися від окремих методів лікування є законно підтвердженим правом пацієнта. Але таке право, по-перше, визнається тільки за компетентними пацієнтами або, у разі якщо вони некомпетентні, за їх законними представниками, по-друге, не стосується ситуацій, що кваліфікуються як невідкладні. Закон явно не визнає завчасну відмову, яка застосовується, коли пацієнт стає не в змозі прийняти рішення, не існують законні норми стосовно можливості скласти заповіт про доживання, а також призначити довірену особу з охорони здоров'я. Спробою легітимізувати інститут представництва пацієнта в Україні свого часу був проект Закону України «Про

захист прав пацієнтів» від 06.12.2007 р. № 1132, в якому пропонувалася нова для українського законодавства норма стосовно представництва пацієнта за дорученням (п. 3 ст. 6).

На сьогодні існують три лінії аргументації для обґрунтування легітимності документів з попередніх розпоряджень щодо медичного втручання у майбутньому у правовій системі України [12, с. 262–262]. По-перше, в доктринальному контексті право кожної людини в Україні заздалегідь вирішити питання про медичне обслуговування на випадок, коли вона не буде мати можливості самостійно приймати ці рішення в майбутньому, можна розглядати як вираження права на самовизначення відносно власного тіла, яке ґрунтується на фундаментальних правах-принципах, що викладені в Конституції України та Цивільному кодексі: 1) право на індивідуальність, самовизначення, моральні та культурні цінності (ст. 300 ЦК України); 2) повага до гідності, захист недоторканності (ст. 29 Конституції України, ст. 297 ЦК України), 3) заборона катувань, поводження, що принижує гідність (ст. 28, 64 Конституції України, ст. 270 ЦК України).

По-друге, особливістю засобів правового впливу в системі цивільного обороту є дозвільний тип правового регулювання та, відповідно, особлива правова вага диспозитивного методу. Як цілком слушно зазначає Н. Кузнєцова, «у сфері приватного права основою регулювання слугує юридична рівність суб'єктів та їхнє вільне волевиявлення. Природно, що за таких умов стандарти належної поведінки формуються та закріплюються, перш за все, через систему дозволів» [397, с. 48]. Сторонам цивільних правовідносин надано право самостійно врегулювати у договорі свої відносини, які конкретно не передбачені (не названі) у законодавстві. Дане право обмежується тільки заборонаю відступати від положень актів законодавства, в яких прямо вказано про це, а також у випадках, коли імперативна обов'язковість положень впливає або зі змісту відносин, або із суті відносин між сторонами.

По-третє, як було зазначено ЄСПЛ, завчасна відмова від методу лікування є вираженням вільної волі особи, яка у такий спосіб здійснює своє право на особисту автономію в питаннях охорони здоров'я, що гарантоване Європейською конвенцією про захист прав людини та основних свобод та українським законодавством. Адже після прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики

Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477-IV [398] суди України повинні застосовувати при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та практику Європейського суду з прав людини як джерело права (ст. 17).

На практиці це означає, що фізичні особи в Україні можуть де-факто складати попередні розпорядження, проте такі документи не вважаються юридично зобов'язуючими або такими, що мають серйозні правові наслідки. Оскільки немає спеціального законодавства про попередні розпорядження, то немає визначених юридичних підстав щодо ступеня обов'язковості, обсягу і меж задіяння таких документів. Також, враховуючи особливості вітчизняної правової культури та ментальності, майже втрачається практичний сенс уповноважувати довірену особу з питань охорони здоров'я, адже, якщо пацієнт стає некомпетентним, рішення щодо лікування та догляду приймаються лікарями або родичами, опікунами, навіть якщо вони не згодні з особистими уподобаннями пацієнта.

Відносини представництва і довіреності регулюються в Україні загальними положеннями Глави 17 ЦК України. Також в Основах неодноразово використовується поняття «законний представник», який здійснює права від імені пацієнта. Фактично тут мається на увазі представництво за законом, що передбачено ст. 242 ЦК України. Законними представниками малолітніх та неповнолітніх є батьки та усиновлювачі, осіб, що визнані недієздатними, – опікуни. Але крім законних представників у правовідносинах з приводу надання медичної допомоги суб'єктами прийняття рішень є представники, що діють за довіреністю. Договірне представництво є актуальним механізмом реалізації прав повнолітніх фізичних осіб, на яких не поширюються норми щодо законного представництва. Проте даний інститут цивільного законодавства України має обмежене пристосування до врегулювання договірних відносин з представництва пацієнта. Деякою мірою відносини представництва фізичної особи у відносинах сфери охорони здоров'я в Україні врегульовані за допомогою інституту опіки та піклування. Так, у ЦК України передбачено конструкцію помічника дієздатної фізичної особи у зв'язку із наданням їй допомоги у здійсненні її прав та обов'язків. У ст. 78 закріплено, що дієздатна фізична особа, яка за станом здоров'я не може самостійно здійснювати свої

права та виконувати обов'язки, має право обрати собі помічника. В даній нормі йдеться про окремі аспекти інституту патронату [95, с. 61], зокрема, особливу форму піклування, яка полягає у систематичному догляді та наданні допомоги дієздатній фізичній особі, яка потребує цього внаслідок тяжкої хвороби, фізичних вад, похилого віку. Повноваження помічника прописані у п. 2–4 ст. 78, до яких належать права: на одержання пенсії, аліментів, заробітної плати, поштової кореспонденції, що належать фізичній особі, яка потребує допомоги; вчиняти дрібні побутові правочини в інтересі особи, яка потребує допомоги, відповідно до наданих йому повноважень; представляти особу, яка потребує допомоги, в органах державної влади різного рівня. Представництво в суді не входить до компетенції помічника та здійснюється на підставі окремої довіреності.

Фізична особа, яка потребує допомоги, може на власний розсуд обрати собі помічника, який може забезпечити її доглядом та допомогою, якої вона потребує. Помічником може бути дієздатна фізична особа. Між помічником та фізичною особою, яка потребує допомоги, укладається договір доручення або управління майном [97, с. 99]. Після цього за заявою фізичної особи, що потребує допомоги, ім'я її помічника реєструється органом опіки та піклування, що підтверджується відповідним документом. Помічник може бути призначений лише добровільно, за заявою фізичної особи, яка потребує допомоги за станом здоров'я, та незалежно від наявності в останньої дітей або інших родичів.

Інститут помічника пов'язується законодавством із необхідністю надання допомоги фізичній особі, яка перебуває у стані здоров'я, який не дозволяє їй самостійно вчиняти певні фактичні та юридичні дії. Оскільки даний інститут не пов'язується у Цивільному кодексі із визначенням певної хвороби, її тяжкості або тривалості, то це вказує на те, що він задуманий як гнучкий цивільно-правовий інструмент допомоги безпомічним особам у різних хворобливих станах. Можна передбачити, що фізична особа, яка перебуває у післяопераційному стані або в період реабілітації, немічна людина похилого віку може скористатися послугами помічника відповідно до процедури, прописаної у ст. 78 ЦК України та Правилах опіки та піклування. Ніщо у гіпотезі статті не виключає такої можливості, але і в теорії, і на практиці інститут помічника використовується виключно для здійснення

допомоги паліативним хворим. Проте навіть і «паліативні хворі вкрай рідко реалізують своє право на вибір помічника, який міг би надавати їм кваліфіковану допомогу, а відтак, позбавити від значної кількості турбот як самих пацієнтів, так і членів їхніх сімей» [399, с. 100]. Це пов'язано із недостатньою правовою обізнаністю пацієнтів та працівників паліативних відділень і хоспісів.

Безумовно, інститут помічника фізичної особи, яка не здатна за станом здоров'я самотійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки, є дуже важливим цивільно-правовим інструментом для надання юридичної та фактичної допомоги відповідним фізичним особам, здебільшого паліативним хворим. Втім дана конструкція має свої обмеження, які позбавляють її статусу бути універсальним цивілістичним механізмом інституту добровільного представництва пацієнта у питаннях вибору лікування та догляду.

По-перше, право на помічника набуває тільки фізична особа, яка за фактом має такий стан здоров'я, що потребує допомоги у здійсненні прав та виконанні обов'язків. Як випливає зі змісту п. 1. ст. 78 ЦК України, диспозиція даної норми права – суб'єктивне право обрати собі помічника прямо пов'язується із основною умовою реалізації даної норми (гіпотезою) – бути дієздатною фізичною особою, яка за станом здоров'я не може самотійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки. Отже, дієздатна фізична особа, яка не має відповідного стану здоров'я, не має права заздалегідь обрати помічника або представника на майбутнє.

По-друге, помічник виступає тільки як помічник в сенсі радника, людини, яка надає практичну допомогу в побуті. Перелік повноважень помічника є закритим та до нього не входять дії з надання/відкликання згоди на медичне втручання та відмови від певних видів лікування та догляду. Тому повноваження помічника можуть припинятися при поміщенні підопічного до лікувального закладу або закладу соціального захисту населення [97, с. 100].

Якщо говорити саме про класичне добровільне представництво пацієнта та юридичний статус довіреності фізичної особи на представництво своїх інтересів в сфері охорони здоров'я, то в Україні даний інститут, що є визнаним у європейському приватному праві, донедавна зовсім не регламентувався. Безумовно, цей факт свідчить про певне відставання правотворчості від потреб життя. Хоча це

відставання не було фатальним для практики цивільно-правового регулювання відносин медичної сфери. Як слушно зауважує Н. Кузнєцова, «життя рухається значно швидше та динамічніше, ніж у праві складаються відповідні механізми. Дієвим правовим засобом ліквідації таких прогалин у праві виступає інститут аналогії закону і аналогії права, через які у безпосередній процес правового регулювання «втручаються» принципи права». Саме тому природно, що «у цивільному праві джерельна база для формування стандартів належної поведінки значно ширша, ніж в галузях публічного права. Це положення реалізується через механізм аналогії права і закону, а також через принцип диспозитивності, який є панівним у цивільному праві» [397, с. 48–49].

Також свого часу О. Іоффе вказував на те, що «коли формується договірне зобов'язання нового типу, що не суперечить закону, але й не передбачене ним, його формування має здійснюватися за аналогією закону або за аналогією права» [400, с. 375]. Вказані положення, сформульовані класиками сучасної науки цивільного права, є вихідними концептуальними постулатами, які слід взяти до уваги в інтересі розвитку теоретичних засад нового цивільно-правового інституту в Україні – добровільного представництва пацієнта.

Необхідність та можливість застосування інституту добровільного представництва для регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги в Україні підтримується О. Криловою: «Враховуючи немайновий характер прав та інтересів пацієнта, добровільне представництво повинне бути обмежене лише обумовленими самим пацієнтом обставинами». Дослідниця пропонує: «уявляється, що таке представництво має бути оформлене спеціальним записом в медичній документації, зробленим в присутності уповноваженого працівника медичного закладу і підписане пацієнтом. В разі неможливості за станом здоров'я підписати покладення представництва на визначену особу, воля пацієнта має оформлятися за підписом свідків. Такий порядок дозволить визначити волю пацієнта безпосередньо перед медичним втручанням, пов'язаним з можливими наслідками втрати пацієнтом можливості в подальшому визначити доцільність застосування запропонованих втручань». При цьому авторка висловлює необґрунтовану думку, що «оформлення довіреності пацієнта на представництво в сфері надання медичних послуг

відповідно до ст. 245 і 247 ЦК заздальгідь до можливого медичного втручання уявляється недоцільним. Адже пацієнт може в будь-який час змінити власне рішення щодо здійснення свого права на медичну допомогу» [185, с. 89–90].

Інститут представництва в Україні має визначену правову мету – «використання правосуб'єктності одних осіб для реалізації прав і обов'язків та захисту прав інших осіб», адже «за допомогою представництва створюються додаткові можливості для здійснення прав і виконання обов'язків учасниками цивільних правовідносин, забезпечується більш повний захист їх суб'єктивних прав...» [401, с. 255]. Це положення цілком стосується учасників цивільних правовідносин медичної сфери. Адже недієздатний пацієнт або пацієнт із вадами волі/волевиявлення – уразлива категорія фізичних осіб, які потребують додаткових механізмів захисту своїх суб'єктивних прав. Зокрема, ефективним способом реалізації і захисту права недієздатного пацієнта на гідне поводження та вибір методів лікування, рятування, догляду є інститут довіреної особи пацієнта.

То ж спробуємо з'ясувати, які основоположні юридичні характеристики інституту представництва в Україні уможлиблюють його застосування для представництва фізичної особи (пацієнта) у її правовідносинах, що виникають в сфері надання медичної допомоги [402, с. 69–73].

Договір про представництво пацієнта та призначення довіреної особи для вирішення питань лікування та догляду можна розглядати за аналогією із цивільно-правовим інститутом доручення. Договір доручення – одна з можливих підстав виникнення правовідносин з добровільного представництва. Відповідно до положень Глави 68 ЦК України суть договору доручення полягає в тому, що одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок іншої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Договір доручення є взаємним консесуальним фідуціарним, може бути укладеним безстроково або на будь-який визначений строк. Істотними умовами, отже, особливостями договору доручення є: предмет договору – чітко визначені юридичні дії (фактичні дії повіреного не включаються до предмета договору доручення), а також вимога закону (ст. 1005 ЦК України) щодо особистого виконання змісту доручення. Цивільним кодексом не передбачено обов'язкової письмової форми договору доручення. Якщо договір вчинено в усній формі, довіритель

зобов'язаний видати повіреному довіреність для пред'явлення перед третіми особами. У разі відмови довірителя або повіреного від домовленостей договір доручення припиняється.

Представницька природа відносин, що виникають на підставі договору про представництво пацієнта, знаходить свій прояв у таких характеристиках правочину, які утворюють його загальну парадигму. За договором представництва пацієнта: 1) представник діє від власного імені, але в інтересах особи, яку представляє; 2) представник своїми діями продовжує юридичні та фактичні спроможності довірителя, отже, уповноважується на здійснення дій фактичного та юридичного характеру в межах конкретних вказівок та загальної лінії побажань довірителя; 3) представник набуває повноважень з моменту клінічної та юридичної констатації нездатності довірителя до волевиявлення, які відповідно завершуються із відновленням такої здатності.

Відповідно до ч. 2 ст. 237 ЦК України не є представником особа, яка хоч і діє в чужому інтересі, але від власного імені. Втім, ця позиція законодавця не є на тепер безальтернативною та у відповідь на вимогу часу набуває подальшого теоретичного та практичного розвитку. Зокрема, В. Цюра погоджується з тим, що у сучасній доктрині щодо окремих непоіменованих видів договорів авторами пропонуються винятки з цього правила. На думку дослідника, це є виправданим щодо договору про представництво пацієнта, за яким представник здебільшого діє від власного імені, але в інтересі особи, яку представляє [403, с. 297].

Дана позиція знайшла своє підтвердження і в новітній законодавчій конструкції повноважного представника фізичної особи, який після смерті цієї особи надасть згоду на вилучення з її тіла анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів. Адже повноважний представник діє не від імені померлої особи, алей в інтересі її гідності.

Предметом договору доручення є нематеріальні посередницькі послуги повіреного, які виражаються у здійсненні визначених у договорі юридичних дій. Фактичні дії, пов'язані з предметом договору, не мають самостійного характеру та не становлять предмет зобов'язання. На відміну від загального концепту договору доручення до предмета договору про представництво пацієнта фактичні дії входять, отже, складають

зміст доручення наряду із визначеними юридичними діями. То ж предметом договору про представництво пацієнта є комплекс послуг як юридичного, так й фактичного характеру, що не позбавляє даний інститут характерних ознак представництва. Як слушно зауважує О. Іоффе, «ті випадки виконання повіреним деяких фактичних дій, що інколи зустрічаються, не змінюють суті правовідносин, оскільки природа договору визначається його основною метою, а не супутніми моментами. З погляду чинного законодавства не існує договору доручення, якщо одна особа виконує для іншої лише фактичні дії. Обов'язковим елементом доручення є здійснення або набуття однією особою суб'єктивних прав та обов'язків для іншої» [400, с. 510–511]. Діяльність довіреної особи може бути великою мірою ініціативною, тобто такою, що основана на загальних вказівках та настановах пацієнта, його моральних цінностях і лікувальних уподобаннях, які закріплені юридично у довіреності або відомі з власного досвіду спілкування із пацієнтом.

Довіреність, якою уповноважується представник пацієнта, складається на випадок недієздатності пацієнта та поширюється лише на медичні рішення. Предметом такої медичної довіреності є добровільне представництво від імені пацієнта перед третіми особами (медичним персоналом, у суді). Довіреність приймати рішення стосовно медичного обслуговування є спеціальною і довгостроковою та має такі особливості: стосується лише медичних рішень; є довготривалим розпорядженням на майбутнє; вступає в силу тільки з моменту констатації недієздатності довірителя. Представник пацієнта, що діє на підставі довіреності, набуває спеціальних повноважень: право обирати медичний заклад та лікарів; право отримувати будь-яку інформацію стосовно стану здоров'я довірителя, знайомитись із медичними документами; право вимагати певних методів лікування та догляду, давати інформовану добровільну згоду на застосування медичних процедур, обирати із можливих запропонованих альтернатив та відмовлятися від них. Також довіритель може надавати загальне керівництво для довіреної особи з урахуванням власних цінностей та переконань. Прикладами фактичних дій довіреної особи пацієнта є свідчення перед медичним персоналом про волю довірителя, збирання, аналіз медичної інформації, в тому числі про нові методи лікування та лікувальні властивості медичних засобів, пошук відповідних медичних закладів, ведення переговорів із медичним персоналом та багато інших.

Щодо змісту і характеру зобов'язань, то у договорі доручення повірений діє у відносинах із третіми особами від імені, за рахунок довірителя та зобов'язаний чітко виконувати його конкретні вказівки щодо юридичних дій, які становлять предмет договору. На відміну від повіреного довірена особа пацієнта може діяти як від імені довірителя, так й від власного, хоча й за рахунок першого. Діяльність представника пацієнта набуває великої міри самостійності та ініціативності, оскільки за договором він наділений правом здійснювати генеральну лінію побажань пацієнта залежно від клінічних та юридичних обставин [404, с. 123]. Отже, представник відповідно до цінностей та уподобань пацієнта, але на власний розсуд вчиняє різноманітні фактичні та юридичні дії з метою задоволення інтересів та реалізації прав пацієнта-довірителя. В цьому аспекті актуальною є позиція Н. Федорченко, яка у своєму дисертаційному дослідженні «Договір доручення» висловлює думку, що повірений в принципі може мати три джерела своїх повноважень: крім договору та довіреності, ще й певні усні вказівки довірителя, які є невід'ємною частиною угоди [405, с. 159].

Термін дії спеціальної довгострокової довіреності може бути предметом договору доручення та вказано у тексті довіреності. Але такої обов'язкової вимоги у законі немає. Тому якщо строк у довіреності не встановлений, то відповідно до п. 1 ст. 247 ЦК України, така довіреність зберігає свою силу до припинення її дії. Відсутність строку у довіреності не робить її недійсною. Умовою для визнання її нікчемною на підставі ч. 3 ст. 247 ЦК України є відсутність вказівки на дату її вчинення.

На відміну від доручення конструкція договору про представництво пацієнта передбачає презумпцію безоплатності. Внутрішні відносини за договором мають виражений довірчий характер, то ж можна говорити про наявність фідучіарного зв'язку як характерну ознаку даного договору. Довірчий характер відносин між суб'єктами знаходить свій прояв у тому, що договір може бути виконано особисто представником. Фідучіарний характер договорів на оформлення представництва послідовно відображає і правовий режим їх припинення, адже зміна характеру взаємовідносин сторін, зокрема, втрата їх довірчого характеру, як основного елемента, на якому базуються відносини за цими договорами, може призвести до припинення цих відносин в односторонньому порядку. В цьому випадку відмова

довірителя та повіреного від договору доручення не є підставою для відшкодування збитків, завданих іншій стороні припиненням договору.

Існує спеціальне правило щодо припинення договору доручення за участю повіреного, який діє як підприємець, що для припинення договору сторона, яка відмовляється, має повідомити про це іншу сторону не пізніше, як за один місяць до його припинення, якщо триваліший строк не встановлено договором (ч. 3 ст. 1008 ЦК України). Вимога про попередження про відмову від договору не може бути встановлена у договірних відносинах пацієнта із представником саме з тієї причини, що пацієнт на момент чинності договору неспроможний виявити свою волю у відповідь на попередження. Отже, правовим виходом з ситуації, коли представник не може або не має можливості виступати стороною в договорі, є юридичне закріплення у договорі та у довіреності альтернативного представника, який отримує повноваження у разі відмови основного представника, що саме є особливістю договору про представництво пацієнта.

Особисто-довірчий характер взаємостосунків сторін договору на оформлення представництва виключає можливість правонаступництва (наслідування) за їх зобов'язаннями. Тому договір доручення припиняється не тільки відмовою однієї із сторін від його виконання, але і її смертю, визнанням її недієздатною, обмежено дієздатної або безвісно відсутньої. На спадкоємців померлого повіреного покладається обов'язок повідомити довірителя про припинення договору доручення та вжити заходів, необхідних для охорони майна довірителя, зокрема, зберегти його речі, документи та передати їх довірителеві (ст.1010 ЦК України). Крім вищезазначених підстав для припинення представницьких відносин до звичайних або загальних підстав можливо віднести закінчення строку договору, або їх реалізація (або досягнення мети договору) і взаємна згода сторін.

Головною особливістю договору про представництво пацієнта є те, що його можна віднести до умовних правочинів, укладених за відкладальною обставиною, з настанням якої пов'язується виникнення прав та обов'язків за договором (ст. 212 ЦК України). Такою відкладальною умовою є настання нездатності пацієнта повідомити про свій вибір щодо методів лікування та догляду. Відповідно, довірена особа втрачає свої повноваження, якщо здатність пацієнта приймати рішення відновлюється.

За своєю правовою природою договір про представництво пацієнта є різновидом договорів про добровільне представництво та характеризується як консесуальний двосторонній фідучіарний умовний правочин. Щодо юридичної кваліфікації договору про представництво пацієнта та його місця у системі договорів, то можна сказати, що інститут довіреної особи пацієнта (Health Care Surrogate/Proху/Agent), яким він є в англо-американській правовій традиції, не дуже вдало вписується в українську цивілістичну парадигму. Зокрема, за нормою ч. 2 ст. 237 ЦК України не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені. То ж з метою інсталяції нового інституту в українське цивільне право необхідно ініціювати певні концептуальні зміни, які вже відбуваються у правовому регулюванні відносин з надання медичної допомоги та здійснення медичного втручання.

В цьому контексті представляється доцільним ввести додатково новий цивільно-правовий інститут представника (довіреної особи) пацієнта, що надасть можливість не руйнувати усталену концепцію представництва, якою вона є у Цивільному кодексі, а розширити сферу представницьких договорів. Тоді кваліфікувати нові правочини можна як договір про представництво пацієнта, довгострокова довіреність на прийняття рішень стосовно охорони здоров'я (медична довіреність), а суб'єкту пару договору ідентифікувати як пацієнта та довірену особу пацієнта. У такий спосіб можна найбільш безболісно доповнити підрозділ I «Договірні зобов'язання» розділу III «Окремі види зобов'язань» книги п'ятої «Зобов'язальне право» Цивільного кодексу України окремою главою «Представництво пацієнта за довіреністю», що передбачає необхідність внесення відповідних змін до чинних нормативних актів та прийняття у подальшому загального та спеціального законодавства.

Поки таких змін не відбулося фізична особа має право скласти в довільній формі, що не суперечить чинному законодавству, попередні вказівки щодо лікування на майбутнє, а також укласти з фізичною особою договір про представництво своїх інтересів, за аналогією з цивільно-правовим інститутом добровільного представництва за довіреністю та виходячи із загального принципу диспозитивності цивільно-правового регулювання. Хоча даний вид договірних відносин не передбачено у законодавстві України та навіть зустрічає нерозуміння та певний опір у медичній та суддівській

спільнотах, все ж до нього застосовні доктринальні положення про цивільно-правовий договір. Зокрема, за словами Н. Кузнецової, цивільно-правовий договір виступатиме джерелом приватного права й тоді, коли він на законних підставах регулює відносини інакше, ніж передбачено в актах цивільного законодавства. В такому випадку вже не закон або інший акт цивільного законодавства, а сам договір є джерелом того правового стандарту, який буде визначати модель належної поведінки сторін [138, с. 12–18]. До того ж, як було показано, документи з попередніх розпоряджень щодо медичного втручання на майбутнє розглядаються Європейським судом з прав людини не як «забобони», а в реальному європейському контексті фундаментальних прав людини на приватність, на фізичну недоторканність, на особисту автономію, на свободу релігійних переконань.

Проблема полягає у тому, що реалізація на практиці таких правочинів має багато труднощів саме з причини відсутності відповідної нормативної бази, в якій мають бути регламентовані відповідні норми, механізми, процедури та гарантії. На тепер поняття та статус законного представника щодо повнолітньої фізичної особи у законодавстві України відсутні, що породжує практичні проблеми із визначенням того, хто саме прийматиме рішення, пов'язані із лікуванням правоздатного пацієнта у визначених клінічних та юридичних обставинах. Адже, якщо у законодавстві немає визначеного представника, уповноваженого приймати рішення про лікування/догляд/припинення лікування дорослого пацієнта, це на практиці може означати, що рішення насправді прийматимуть випадкові (відносно волевиявлення пацієнта) особи: лікарі, родичі, навіть сусіди. То ж дуже важливого значення набуває правова визначеність правового статусу представника пацієнта. Щодо даного питання поступово відбуваються певні нормативні зрушення, що пов'язано, у першу чергу, із медичною реформою, яка ініційована та провадиться наразі Урядом України.

Принципові концептуальні зміни у підходах до правового регулювання сфери надання медичної допомоги в аспекті реалізації прав людини та пацієнта призводять до відповідних правових новел. Зокрема, відпрацьовуються нові поняття, які характеризують нових суб'єктів правовідносин з надання медичної допомоги: довірена особа пацієнта, повноважний представник фізичної особи. Наказом МОЗ

«Про затвердження Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу» від 19 березня 2018 р. № 503 у коло суб'єктів правовідносин з надання медичної допомоги введено довірену особу пацієнта. Так у Декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу пропонується до заповнення п. 1.12. «Довірена особа пацієнта для повідомлення у разі настання екстреного випадку з пацієнтом (для осіб віком від 14 років до 18 років обов'язково зазначається один з батьків)». Хоча новий суб'єкт правовідносин не знайшов свого визначення з боку законодавця, можна передбачити, що довірена особа пацієнта діє на підставі договору про добровільне представництво на засадах відповідних статей ЦК України та визнаних Україною міжнародних правових стандартів, які застосовні до регулювання відносин з добровільного представництва особи у сфері прийняття рішень щодо лікування та медичного догляду. Заповнюючи Декларацію про вибір лікаря, фізична особа вносить дані про довірену особу, яка діятиме від її імені пацієнта на підставі договору про добровільне представництво «у разі настання екстреного випадку». У зв'язку із реформуванням інституту донорства органів та анатомічних матеріалів людині та на фоні комплексного вдосконалення нормативно-правової бази у цій сфері у законодавство введено новий правовий інститут повноважного представника фізичної особи, який після смерті цієї особи надасть згоду на вилучення з її тіла анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантів.

Цей новий суб'єкт правовідносин у сфері надання медичної допомоги отримав правового визначення та ретельного обґрунтування у законі України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 17.05.2018 р. и № 2427-VIII та у Постанові кабінету міністрів «Деякі питання реалізації Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 27.12.. 2018 р. № 1211, в яких детально охарактеризовано правовий статус, права та обов'язки нового суб'єкта правовідносин. Регулятором запропоновано класичний варіант правовідносин добровільного представництва: довірена особа (представник) фізичної особи діє на підставі договору доручення, суб'єкти даних представницьких відносин названі заявник та представник. Заявником та представником можуть бути будь-які повнолітні дієздатні особи, які не обов'язково перебувають у кровному

спорідненні (хоча це і не виключається), але яких об'єднують довірчі (фідуціарні) стосунки.

Правовий режим повноважного представника регламентується на рівні закону, а у Постанові Уряду прописані усі ключові процедурні етапи призначення, відкликання повноважного представника, його повноваження та підстави їх набуття та припинення. Відповідно до закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» кожна повнолітня дієздатна особа має право призначити свого повноважного представника, який після смерті цієї особи надасть згоду на вилучення з її тіла анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів. Повноважним представником може бути лише повнолітня дієздатна особа, яка свідомо та добровільно надала згоду.

Факт складання угоди про представництво підтверджується письмовою заявою особи про призначення повноважного представника, яка засвідчується особистими підписами особи, яка призначає повноважного представника, та особи, яка призначається повноважним представником, і має містити визначені у законі відомості про цих осіб. Кожна повнолітня дієздатна особа має право у будь-який час подати письмову заяву про відкликання своєї письмової заяви щодо призначення повноважного представника; надати нову письмову заяву про призначення нового повноважного представника. Кожна наступна письмова заява особи про призначення повноважного представника або письмова заява про відкликання наданої раніше письмової заяви про призначення повноважного представника скасовує надану раніше відповідну заяву.

Особа, яку призначено повноважним представником, може у будь-який час відмовитися бути повноважним представником особи, подавши письмову заяву одному із зазначених суб'єктів для внесення відповідних відомостей до Єдиної державної інформаційної системи трансплантації. Суб'єкт, якому подано цю заяву, повинен протягом трьох робочих днів письмово поінформувати про таку відмову особу, яка призначила цього повноважного представника. Усі передбачені законом види письмових заяв: про призначення повноважного представника, про відкликання або зміну повноважного представника подаються особисто особою, яка визначає повноважного представника, одному із суб'єктів, зазначених у ч. 11 ст. 11

Закону № 2427-VIII та вносяться до Єдиної державної інформаційної системи трансплантації (далі – ЄДІСТ).

Щодо представництва померлої особи, яка за життя не визначила свого повноважного представника, то ст. 16 Закону визначено черговість фізичних осіб, які можуть надавати згоду на вилучення анатомічних матеріалів. Наводиться вичерпний перелік представників, від яких належить отримувати згоду на вилучення анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів з тіла померлої особи після визначення її стану як незворотна смерть. Представники розташовані у порядку черговості таким чином, що в разі відсутності одного, згода отримується у наступного представника: повноважний представник; другий з подружжя; близький родич – діти, батьки, рідні брати та сестри; законний представник; особа, яка зобов'язалася поховати померлу особу.

Повноважний представник померлої особи відповідно до ст. 17 Закону № 2427-VIII має право надавати письмову згоду на вилучення анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів з тіла такої особи за встановленою формою. За відсутності письмової згоди або наявності письмового заперечення повноважного представника, призначеного особою за життя, або другого з подружжя, або одного з близьких родичів, забороняється вилучення анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів у померлої особи. Ця заборона також поширюється на ситуації, коли відсутні особи, у яких можна взяти в установленому законом порядку письмову згоду на вилучення анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів

За відсутності письмової згоди або наявності письмового заперечення повноважного представника, призначеного особою за життя, або другого з подружжя, або одного з близьких родичів, забороняється вилучення анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів у померлої особи. Ця заборона також поширюється на ситуації, коли відсутні особи, у яких можна взяти в установленому законом порядку письмову згоду на вилучення анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів.

У Постанові Кабінету міністрів № 1211 розроблено зразки необхідних до заповнення форм, які свідчать про вчинення відповідних правочинів та угод. Кожна

заява реєструється у спеціальному державному Реєстрі ЄДІСТ. Заяви, передбачені порядком, можуть бути подані фізичною особою тільки особисто. Не допускається подання про призначення, зміну чи відкликання повноважного представника, а також заяви щодо згоди на вилучення анатомічного матеріалу представником фізичної особи.

У Законі 2427-VIII визначено порядок отримання письмової згоди на вилучення з тіла померлої особи анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів. Перш за все, трансплант-координатор закладу охорони здоров'я перевіряє наявність в ЄДІСТ відомостей щодо призначення особою свого повноважного представника, який після смерті цієї особи надасть згоду або незгоду на вилучення з її тіла анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів.

У разі якщо трансплант-координатором закладу охорони здоров'я встановлено, що померла особа не висловила за життя своєї згоди або незгоди на посмертне донорство, не визначила свого повноважного представника, що встановлено згідно з даними ЄДІСТ, згода на вилучення анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів з тіла такої особи після визначення її стану як незворотна смерть відповідно до закону запитується трансплант-координатором особисто у другого з подружжя або в одного з близьких родичів цієї особи.

Для належного отримання правомірної згоди від представника померлої особи трансплант-координатор закладу охорони здоров'я, який одержав необхідну інформацію про померлу особу провадить низку заходів з метою організації належного спілкування з колом осіб, які мають право надавати згоду на вилучення анатомічних матеріалів, попередньо зв'язується з ними по телефону, з'ясовує ступінь їх родинних відносин з померлим, адресу їх проживання та домовляється про особисту зустріч для проведення бесіди.

Під час особистої зустрічі трансплант-координатор інформує повноважного представника (подружжя, родичів, законного представника, особу, яка зобов'язалася поховати померлу особу), що вилучення анатомічних матеріалів з тіла померлої особи проводиться відповідно до положень ст. 16 Закону України «Про

застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» та Закону України «Про поховання та похоронну справу». Трансплант-координатор повідомляє зазначених осіб про можливість зробити добровільний гуманний акт донорства анатомічних матеріалів, пояснює, для яких цілей необхідні тканини та анатомічні утворення померлої особи, і в тактичній і ненав'язливій формі просить прийняти особисте рішення про можливість або неможливість добровільного пожертвування.

Під час бесіди трансплант-координатор обов'язково інформує повноважного представника (подружжя, родичів, законного представника, особу, яка зобов'язалася поховати померлу особу), що донорство анатомічних матеріалів (тканин, анатомічних утворень) є винятково добровільним рішенням, яке приймається ними при повному розумінні значення своїх дій, без матеріального спонукання і примусу. Надання згоди не винагороджується, грошове відшкодування або пропонування договорів, які передбачають купівлю-продаж з боку будь-яких юридичних або фізичних осіб, пов'язаних з вилученням анатомічних матеріалів згідно ст. 20 Закону України 2427-VIII, є забороненим та протизаконним. Бесіда проводиться в спокійній, конфіденційній обстановці. Під час проведення бесіди (якщо це необхідно) можуть бути присутні інші родичі/уповноважені особи померлої особи. Якщо в результаті зустрічі з трансплант-координатором повноважного представника (подружжя, родичів, законного представника, особу, яка зобов'язалася поховати померлу особу), приймається рішення про можливість надати году на вилучення анатомічних матеріалів (тканин і анатомічних утворень) у померлої особи, трансплант-координатор просить уповноважену особу заповнити і підписати згоду за визначеною формою.

Особа, яка надає згоду, повинна особисто та розбірливо заповнити усі графи згоди на вилучення тканин та анатомічних матеріалів у померлої особи, зазначити ступінь родинних зв'язків з померлим, поставити свій особистий підпис та дату її надання. Зокрема, формою передбачено, що представник, що надає згоду, вказує ступінь родинних зв'язків або характер інших відносин із померлою особою. Трансплант-координатор, який отримав згоду на вилучення тканин та анатомічних утворень, у формі згоди вказує своє прізвище та ім'я по-батькові, посаду і ставить свій підпис.

Відомості про отриману письмову згоду на вилучення тканин та анатомічних матеріалів у померлої особи невідкладно вносяться трансплант-координатором до відповідного реєстру Єдиної державної інформаційної системи трансплантації, а письмова згода долучається ним до медичної документації померлої особи та включається до ЄДІСТ.

Таким чином, індивідуальне та договірне регулювання особистих немайнових відносин є органічною складовою приватноправового регулювання відносин, що складаються у сфері надання медичної допомоги. У доктрині приватного права та цивільному законодавстві України поступово напрацьовуються адекватні правові норми та інститути, якими здійснюється договірне регулювання приватних відносин у сфері надання медичної допомоги. Проте «категорія цивільно-правового договору належить до тих правових феноменів, роль і значення яких у впорядкуванні суспільних відносин, незважаючи на численні дослідження, й досі залишаються недостатньо вивченими» [138, с. 12]. На думку Р. Стефанчука, «життя не стоїть на місці, ставлячи перед наукою все нові й нові завдання. Наразі нагального вирішення потребує питання місця договору в регулюванні особистих немайнових відносин» [347, с. 185].

Актуальність даного завдання підтверджується насамперед тією незручністю, яку утворює для учасників приватноправових відносин відсутність належної та достатньої урегульованості правом окремих договірних конструкцій, які мають певний інтерес для суб'єктів сфери надання медичної допомоги. Цю особливість вимірів національного правового менталітету Н. Кузнецова дуже влучно назвала як «звужене розуміння диспозитивності у договірних зобов'язаннях», автор відзначила: «Традиційними для нашого правового менталітету є розуміння диспозитивності в такому сенсі, який дає можливість міру поведінки суб'єкта цивільно-правових відносин визначити на свій розсуд тільки у тих випадках, які прямо передбачені в законі. Тобто законодавець, визначаючи модель поведінки того чи іншого учасника відносин, може прямо зафіксувати, що сторони мають право у договорі відійти від цієї нормативної моделі і передбачити інші правила. Таким чином, тоді, коли про це прямо йдеться в законі, індивідуальний договірний припис буде усувати нормативний. Саме таким чином ми звикли тлумачити диспозитивність у

зобов'язанні, що випливає з договору. Розробники нового ЦК України відмовилися від такого занадто "звуженого" розуміння диспозитивності у договірних зобов'язаннях і передбачили у ст. 6 ЦК інші підходи»... «На нашу думку, цей новий концептуальний підхід свідчить не тільки про реанімацію загальноновизнаних приватноправових засад у цивільному праві (в тому числі зобов'язальному), а й потребує глибокого змістовного осмислення» [406. С. 11].

Висновки до розділу 5

З огляду на об'єктивну тенденцію закономірного звуження до необхідних меж втручання держави у приватне життя фізичних осіб відбувається розширення договірної свободи суб'єктів приватного права у сфері надання медичної допомоги. Цей висновок випливає з обґрунтування самої можливості приватноправового договору немайнового змісту та презумпції його правомірності, як у доктрині приватного права, так і нормативній частині цивільного права України. Адже договірне регулювання особистих немайнових відносин: належить до сфери предмета та методу цивільного права; не заборонено приписами права; відповідає загальним засадам цивільного законодавства; є суб'єктивним правом фізичної особи. Межі свободи договірного розсуду суб'єктів приватного права складають такі правові чинники: імперативні приписи позитивного права (як принципи, так і норми актів права, обов'язкові для виконання акти судової правотворчості), та позаправові: публічний порядок, моральні засади суспільства.

Враховуючи специфіку особливо цінних особистих немайнових благ, які стосується життя, здоров'я, гідності, приватності, цілісності людини, кількісне та якісне співвідношення диспозитивних та імперативних норм у правочинах, якими опосередковуються особисті немайнові відносини та права у сфері надання медичної допомоги, є нерівномірним. Більша частина умов становлять обов'язкові вимоги, визначені державою в імперативному порядку.

На основі аналізу особливостей застосування конструкції цивільно-правового договору в якості регулятора особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги доводиться висновок про існування двох видів договорів. По-перше, це – договори з елементами регулювання особистих немайнових відносин, до

цієї групи належать цивільно-правові договори з надання медичних послуг, в яких присутня частина умов відносно регулювання особистих немайнових відносин. За своєю правовою характеристикою це, як правило – змішані цивільно-правові договори, основною метою яких є врегулювання майнових та організаційних відносин, які виникають при наданні оплатних медичних послуг. Частка умов відносно регулювання особистих немайнових відносин у таких договорах є незначною.

Другий вид – це цивільно-правові договори, якими регулюються виключно (або переважно) особисті немайнові відносини, що виникають у сфері охорони здоров'я та надання медичної допомоги. Їх можна об'єднати загальною назвою «цивільно-правові договори немайнового змісту». До цієї групи належать новітні форми договорів, які формуються доктриною та закріплюються у законодавстві на вимогу часу. Цивільно-правові договори даного виду тільки нещодавно отримали юридичне (та деякою мірою соціальне) визнання та правове регулювання.

Цивільно-правові договори, якими опосередковуються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, систематизовано залежно від результату їхнього співставлення із існуючим нормативними зразками позитивного права. Тому запропоновано розрізняти договори, які: конкретизують норми цивільного законодавства стосовно суб'єктивних цивільних прав; усувають прогалини цивільно-правового регулювання; регулюють відносини з відступленням від положень актів цивільного законодавства. Щодо правової характеристики договорів, що опосередковують особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, їх приналежності до окремих видів за критерієм визначеності або невизначеності у законодавстві, то більшість з таких правочинів є непоіменованими.

Привабливість та цінність непоіменованого договору, головним чином, полягає у можливості для учасників при оформленні своїх відносин не обмежуватися передбаченими моделями, а на власний розсуд конструювати договір, що відповідає потребам сторін, що становить як достоїнство, так і особливу складність для обґрунтування та практики застосування непоіменованого договору. Втім, непоіменовані цивільно-правові договори, що опосередковують особисті

немайнові відносини та права у сфері надання медичної допомоги, не знаходяться поза межами правового регулювання, адже до них застосовуються норми ЦК України про правочини, про зобов'язання, про загальні положення про договори тощо. Деякі з договірних конструкцій містяться у документах рекомендаційних актів м'якого права або передбачені у законодавстві інших країн.

До правочинів, які регулюють особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги з правомірним відступленням від існуючого нормативного регулювання, відносяться: волевиявлення фізичної особи щодо майбутнього втручання; договір про представництво пацієнта на підставі довіреності. *Волевиявлення щодо медичного втручання та довіреність з питань охорони здоров'я – два різновиди документів, що мають різні цілі.* Перші складаються у формі особистої заяви-розпорядження пацієнта стосовно лікування, догляду, процедур рятування чи продовження життя на випадок неможливості повідомити про свій вибір. Другий – це довіреність, що ґрунтується на договорі, якою призначається особа, уповноважена приймати медичні рішення замість пацієнта.

У світлі поширення та узаконення в Україні сучасних європейських правових вимог щодо дотримання поваги до автономії, гідності та індивідуальності пацієнта особливого значення набувають *договірні форми представництва фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги.* Такі правові форми надають нові можливості, зокрема, «подовжують» автономію пацієнта у часі та просторі при здійсненні ним своїх суб'єктивних прав.

Враховуючи особливості правової системи та правової ментальності України, які виявляються, зокрема, у тому, що стосовно немайнових відносин традиційно передбачено передусім нормативне, а не договірне регулювання, та з огляду на наявну недосконалість відповідної законодавчої бази, відсутність чітко розроблених механізмів договірного регулювання приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги, важливим напрямком вдосконалення цієї сфери правового регулювання є дослідження та використання міжнародних (здебільшого, європейських) правових стандартів, а також зарубіжного досвіду.

На підставі проведеного аналізу зроблено висновок про те, що, *договірне представництво є актуальним механізмом реалізації прав повнолітніх фізичних*

осіб, на яких не поширюються норми щодо законного представництва. Проте даний інститут має обмежене застосування, адже юридичний статус довіреності фізичної особи на представництво своїх інтересів в сфері охорони здоров'я у законодавстві України не є визначеним і донедавна зовсім не регламентувався. Тому існує об'єктивна необхідність і на доктринальному, і на практично нормативному рівнях, вирішити, зокрема, питання про його місце в системі цивільного права і законодавства України, понятійну та нормативну складові.

Договір про представництво пацієнта та призначення довіреної особи для вирішення питань лікування та догляду розглядається у роботі за аналогією із цивільно-правовим інститутом доручення (Глава 68 ЦКУ). *Особливістю договору про представництво пацієнта на майбутнє є те, що 1) представник діє від власного імені, але в інтересах особи, яку представляє; 2) представник уповноважується на здійснення дій фактичного та юридичного характеру в межах конкретних вказівок та загальної лінії побажань довірителя; 3) представник набуває повноважень з моменту клінічної та юридичної констатації нездатності довірителя до волевиявлення, які відповідно завершуються із відновленням такої здатності.*

Щодо змісту і характеру зобов'язань, то на відміну від повіреного довірена особа пацієнта набуває великої міри самостійності та ініціативності, оскільки за договором він наділений правом здійснювати генеральну лінію побажань пацієнта в залежності від клінічних та юридичних обставин. Представник відповідно до цінностей та уподобань пацієнта, але на власний розсуд вчиняє різноманітні фактичні та юридичні дії, обирає серед альтернативних пропозицій з метою задоволення інтересів та реалізації прав пацієнта-довірителя.

Важливою особливістю договору про представництво пацієнта є те, що його можна віднести до умовних правочинів (передбачених ст. 212 ЦКУ), укладених під відкладальною обставиною, з настанням якої пов'язується виникнення прав та обов'язків за договором. Такою відкладальною умовою є констатація нездатності пацієнта повідомити про свій вибір. Відповідно довірена особа втрачає свої повноваження, якщо здатність пацієнта приймати рішення відновлюється.

Запропоновано правовий механізм довіреності на прийняття рішень з питань охорони здоров'я. Довіреність пацієнта іншій фізичній особі на прийняття рішень

про надання медичної допомоги – юридичний механізм, який включає а) призначення довіреної особи, б) уповноваження її на прийняття певних медичних рішень, в) конкретні рекомендації та обмеження для дій довіреної особи. Предметом довіреності пацієнта є добровільне представництво від імені пацієнта перед третіми особами (медичним персоналом, у суді). Довіреність приймати рішення стосовно медичного обслуговування є спеціальною і довгостроковою та має наступні особливості: стосується тільки медичних рішень; є довготривалим розпорядження на майбутнє; вступає в силу тільки з моменту констатації некомпетентності довірителя.

Отже, юридичні конструкти попереднього волевиявлення пацієнта як дієздатної особи стосовно майбутніх медичних рішень є невід’ємною складовою сучасного інституту фундаментальних прав людини, але теоретично і практично не розроблені в Україні. В європейській юриспруденції на сьогодні превалює розуміння, що попередні медичні директиви за своєю природою є розширенням поняття моральної та правової автономії пацієнта у ситуаціях, коли він особисто не може впливати на медичні рішення з причини втрати здатності до волевиявлення. Саме тому юридичну можливість скласти такі документи повинен мати кожен, хто бажає контролювати те, як його будуть лікувати, якщо він не зможе повідомити про свої потреби.

На підстав проведеного аналізу зроблено висновок про необхідність *доповнити доктрину і нормативну частину цивільного права України новими поняттями та інститутами: попередні розпорядження фізичної особи щодо медичного обслуговування на майбутнє, договір про представництво пацієнта, довірена особа пацієнта та адаптувати цивільно-правові інститути представництва, довіреності, заповіту до потреб приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги .*

ВИСНОВКИ

У дисертаційній роботі досягнуто поставлену мету – на основі усталених положень теорії приватного права, узагальнення сучасних правових стандартів в галузі прав людини, аналізу національного законодавства, практики ЄСПЛ, національних судових рішень ґрунтовно досліджено *теоретико-методологічні та практичні аспекти правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення їх учасників*. У підсумку розроблено концепцію *особистої автономії у сфері надання медичної допомоги з виокремленням нових закономірностей та взаємозв'язків в об'єкті дослідження*, сформульовано нові доктринальні положення та нормативні пропозиції оновлення цивільного законодавства та удосконалення практики регулювання досліджуваних відносин в Україні.

Вирішення поставлених наукових завдань надало можливість сформулювати низку висновків, які репрезентовані у таких основних положеннях.

1. *Методологічною основою для дослідження та правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на сучасному етапі цивілізаційного розвитку є людиноцентристський ціннісноорієнтований підхід на засадах концепту приватного права західної традиції*. Той об'єктивний факт, що життя, здоров'я та інші немайнові блага є одночасно найважливішими благами окремої людини та найвищими соціальними цінностями суспільства та держави, зумовлює тісне переплетення правових норм як публічного, так і приватного характеру, тимчасова рівновага яких у регулюванні сфері надання медичної допомоги має підкорятися не тільки меті реалізації приватного інтересу, але й міркуванням визначеної державою доцільності.

2. На підставі проведеного аналізу щодо правової природи, особливостей та сучасних тенденцій розвитку особистих немайнових відносин, що складаються у сфері надання медичної допомоги, обґрунтовано, що *об'єктивною закономірністю є розширення сфери застосування приватноправового методу на регулювання досліджуваних відносин, яка виявляє себе у розширенні кола учасників, джерел, відносин, на які поширюються принципи диспозитивності та вільного волевиявлення*. Втім межа, що розділяє сфери впливу приватного та публічного

права на суспільні відносини є рухливою та може цілеспрямовано зсуватися під тиском об'єктивних обставин, що потребують змін пріоритетів у визначенні балансу інтересів. Наразі держава вдалася до відповідних змін, якими в Україні окремі правовідносини, пов'язані із медичним втручанням у зв'язку із хворобою (або підозрою на хворобу) COVID-19, віднесені до режимів обов'язкових або примусових заходів медичного характеру та регулюються не на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення, а імперативними нормами.

3. Критерієм ієрархії та юридичної сили джерел приватного права у дослідженні взято таку ознаку, як ступінь пізнання та втілення приватноправової природи та мети відносин, що регулюються, тобто властивість правової форми у найбільший ступінь реалізувати приватний інтерес учасників відносин. Виходячи з даного критерію, побудовано ієрархію джерел приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги у такій послідовності: принципи права; цивільно-правових правочини; приватноправові норми позитивного права.

4. Природне право у західноєвропейській традиції приватного права є основою визначення правового статусу приватної особи та існує у вигляді норм-принципів, які сформульовано у низці міжнародно-правових актів. Найважливішими серед них є принципи поваги до гідності, особистої автономії, фізичної та психічної цілісності, які у проекції на сферу надання медичної допомоги передбачають правову можливість для людини самостійно користуватися і розпоряджатися своєю особистістю, своїм тілом, окремими органами, частинами тіла та дозволяти або обмежувати доступ до них.

5. Природноправові принципи, в тому числі принцип щодо неприпустимості втручання у сферу особистого життя людини (ст. 3 ЦК України) потрібно тлумачити у сфері надання медичної допомоги як правову можливість для фізичної особи на власний розсуд визначати поведінку в межах, наданих законом, та забороняти вплив та втручання інших осіб у межі власної приватності. На цих засадах обґрунтовано доктринальне положення, що автономія волі пацієнта здійснюється як через абсолютні дії, так і через обов'язкові до виконання правочини, які породжують зобов'язання. Враховуючи норми-принципи ст. 28 та 29 Конституції України та

тлумачення Європейським судом з прав людини меж свободи пацієнта погодитись чи відмовитись від конкретного методу лікування у контексті принципів самовизначення та особистої автономії, сформульовано висновок, що право повнолітньої дієздатної фізичної особи на згоду при наданні медичної допомоги є абсолютним, воно не може бути обмеженим за жодних міркувань, якщо його реалізація не загрожує правам інших осіб, або публічному порядку.

6. Обґрунтовано також, що *особисте немайнове право повнолітньої дієздатної фізичної особи на інформацію про стан її здоров'я належить до абсолютних*, і тому не може бути обмежено медичними працівниками, як це передбачено ст. 285 ЦК України та ст. 39 Основ. Виходячи з принципів особистої автономії, повнолітній дієздатний пацієнт може заявити про своє бажання не отримувати медичну інформацію про себе або уповноважити довірену особу, якій ця інформація повинна надаватися в обсязі, визначеному пацієнтом. На цих підставах надано пропозиції щодо відповідних змін у чинне законодавство. П. 3 ст. 285 ЦК України та абз. 3 ст. 39 Основ доповнити реченнями: *«Повнолітній дієздатний пацієнт може заявити про своє бажання не отримувати медичну інформацію про себе. За бажанням повнолітнього дієздатного пацієнта медична інформація в обсязі, визначеному пацієнтом, повинна надаватися уповноваженій ним особі»*.

7. Проте право на інформовану добровільну згоду не поширюється на примусові та обов'язкові заходи медичного характеру, які регулюються нормами публічного права, у суб'єктів даних правовідносин немає суб'єктивного цивільного права на згоду, то ж його не можна обмежити. З точки зору правової кваліфікації обов'язкові заходи медичного характеру, в тому числі обмежувальні протиепідемічні заходи, спрямовані на запобігання поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, є імперативними вимогами держави, яка може за своєю ініціативою, реагуючи на актуальні обставини, встановити нові баланси між індивідуальними правами фізичних осіб та більш вагомим та уразливим публічним інтересом.

8. Залежно від критерію юридичного значення вільного волевиявлення пацієнта виокремлено *три правових режими відмови повнолітньої дієздатної фізичної особи від надання медичної допомоги*. Правове регулювання відносин, які

виникають при відмові пацієнта, регулюються по-різному залежно від того, що 1) відмова надається повнолітнім дієздатним пацієнтом на основі добровільного та інформованого волевиявлення на актуальне медичне втручання, 2) відмова надається в умовах невідкладного стану, 3) відмову заздалегідь зафіксовано у чинних документах попередніх розпоряджень пацієнта. То ж йдеться про існування суттєвих відмінностей, які мають бути визначені у доктрині та передбачені у нормах права для застосування у різних правових ситуаціях.

9. На підставі аналізу правового статусу пацієнта на засадах концепту приватного права західної традиції зроблено висновок, що автономія волі пацієнта може здійснюватися не тільки через реалізацію абсолютних правомочностей, але і через односторонні правочини та договори, які породжують зобов'язання. Обґрунтовано *можливість та актуальність застосування у сфері надання медичної допомоги зобов'язань із немайновим змістом. Зокрема, приватноправові відносини у сфері надання невідкладної медичної допомоги запропоновано врегулювати без процедури отримання згоди за допомогою норм інституту цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення. Повний склад юридичних підстав, за наявності яких вступають в силу норми цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення, складається з трьох обов'язкових елементів: а) стан пацієнта є невідкладним; б) згода на медичне втручання не може бути надана пацієнтом або його представниками; в) відсутні чинні документи з попередніх розпоряджень пацієнта.* За відсутності хоча б одного з перелічених юридичних фактів дії медичних працівників з надання медичної допомоги є неправомірними. За такого юридичного складу згода презюмується та отримується відразу, як це тільки стає можливим.

10. Враховуючи наведене, запропоновано норми ст. 284 ЦК України, які стосуються надання згоди або відмови повнолітньою фізичною особою, викласти у новій редакції: 4. *Повнолітня дієздатна фізична особа має право відмовитися від надання медичної допомоги.* 5. *У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю повнолітньої дієздатної фізичної особи, медична допомога надається без процедури отримання згоди за умови неможливості отримання з*

об'єктивних причин згоди від самої особи або уповноважених нею осіб та за відсутності документів з попередніх розпоряджень.

11. Приватну дискрецію як елемент правового статусу лікаря визначено як автономію та незалежність лікаря при здійсненні ним на власний розсуд певного кола повноважень у правовідносинах при наданні медичної допомоги пацієнту. Дискреція вибору лікаря з огляду на особливий регламентний характер його професійної діяльності може у законний спосіб проявлятися у суворо визначених межах, зокрема, щодо формування клінічних рекомендацій, на основі яких пацієнт прийматиме рішення про вибір методів лікування.

12. У ході проведення дослідження було висунуто та підтверджено гіпотезу, що лікар у процесі виконання своїх професійних обов'язків є учасником особистих немайнових відносин, але з приводу здійснення прав пацієнта. На підставі проведеного аналізу зроблено висновок, що лікар, будучи представником юридичної особи надавача медичної допомоги, яка є учасником цивільних відносин із пацієнтом, може здійснювати особисті немайнові права. Адже подвійний правовий статус лікаря передбачає, що з одного боку, він є працівником закладу охорони здоров'я (або фізичною особою – підприємцем) та виконує свої трудові та професійні обов'язки, з іншого, лікар є фізичною особою, яка має суб'єктивні цивільні права, у тому числі, особисті немайнові права на повагу до гідності, на індивідуальність, релігійні переконання.

13. Ці міркування дозволили зробити висновок про необхідність визнання особистого немайнового права фізичної особи лікаря на відмову від ведення пацієнта з міркувань совісті, яке впливає з фундаментального права людини на свободу релігії, совісті та думки, а також з обов'язку держави поважати це право. У дисертації доведено необхідність легітимізувати новий для України правовий інститут відмови лікаря від здійснення окремих видів медичних втручань з міркувань совісті та окремі надано авторські міркування, які можуть бути втілені в оновленому цивільному законодавстві. Зокрема, запропоновано додати п. 5 до ст. 34 Основ законодавства України про охорону здоров'я в такому формулюванні: *Лікар має право відмовитися від здійснення медичного втручання (крім невідкладних ситуацій), що*

суперечить його переконанням, якщо він попередньо зазначив про це застереження у трудовій угоді (контракті) або у власних локальних актах.

14. Результати аналізу сучасної моделі прийняття клінічного рішення та правового змісту і ролі методології доказової медицини надають змогу стверджувати, що переважна більшість норм, якими регламентовано застосування сучасних медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги в Україні, мають імперативний характер. Натомість певну частку складають приватноправові норми, які ґрунтуються на принципах вільного волевиявлення та диспозитивності. При цьому вдалося встановити, що з часом дедалі помітніше проявлятиметься тенденція щодо посилення приватноправового елемента.

15. Завдяки застосуванню контент-аналізу було виявлено приватноправовий зміст у правових актах та медико-технологічних документах зі стандартизації медичної допомоги та посилено аргументацію правової позиції, що *пацієнт ніколи не може вважатися об'єктом для застосування медичних технологій, а завжди є суб'єктом*. Зважаючи на досвід застосування протоколу «Надання медичної допомоги для лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)», стало очевидним, що в етико-правовій моделі застосування медико-технологічних документів, об'єктивно відбуватиметься посилення засад диспозитивності. Адже лікування нового та невивченого захворювання значною мірою є гіпотетичним та віддане на розсуд лікаря з урахуванням наданих у протоколі рекомендацій. Враховуючи це, запропоновано, що *диспозитивні норми повинні мати пріоритет у таких ситуаціях вибору пацієнтом лікаря та методів лікування: 1) з високими ризиками для здоров'я, 2) в яких присутні декілька аналогічних ефективних варіантів, 3) орієнтованих на цінності, в яких етичні виміри для пацієнта превалюють над усіма іншими*.

16. Зроблено висновок, що наразі відбувається зсув парадигми регулювання особистих немайнових відносин у бік зростання нормативної ваги приватноправового сегменту медико-технологічних документів, посилення ролі приватної дискреції лікаря та усвідомленого вибору пацієнта. Саме договірна модель регулювання особистих немайнових відносин у нових умовах здатна виконати історичну роль – втримати систему надання медичної допомоги у придатному для сучасних викликів стані.

17. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги за участю неповнолітніх фізичних осіб ґрунтується на визнаних міжнародно-правових стандартах щодо правосуб'єктності дитини, ключовим з яких є положення про необхідність залучати до процесу прийняття медичних рішень дитину, за умови, що «поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю» (Конвенція ООН про права дитини, 1989 р.). Вітчизняний законодавець не роз'яснює, в якій правовий спосіб може здійснюватися на практиці вислуховування та врахування думок дитини у сфері надання медичної допомоги. До того ж, правові умови надання згоди неповнолітньою особою віком від 14 років у цивільному законодавстві України не відпрацьовані належним чином, та мають непродуктивні протиріччя. З одного боку, законодавець надав такій особі право на згоду на медичне втручання, з іншого – позбавив права на інформацію щодо стану свого здоров'я. Згода неповнолітнього без його інформованості є неправомірною та юридично неповноцінною, тож не може тягнути за собою юридично значущі наслідки, тому у запропоновано послідовно прив'язати вік 14 років до визначеного обсягу дієздатності фізичної особи та узгодити всі статті, які стосуються даного предмета.

18. З огляду на міжнародно-правові стандарти, чинні для України, та з метою усунення колізій у законодавстві, обґрунтовано необхідність ввести такі правила: 1) *Надання медичної допомоги малолітній дитині здійснюється за згодою її законних представників та з урахуванням думки самої дитини відповідно до рівня її зрілості, починаючи з семи років.* 2) *Надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її інформованою згодою.* 3) *Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право на інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я.*

19. Також у за результатами дослідження удосконалено правила, якими регулюються відносини з законного представництва неповнолітніх у сфері надання медичної допомоги у невідкладних випадках або випадках, в яких зволікання може призвести до тяжких для дитини-пацієнта наслідків. Запропоновано в клінічних ситуаціях, які, на думку лікуючого лікаря, є ургентними, та в разі відсутності батьків

або опікунів дитини, надати право представляти дитину особам, які є близькими родичами та членами сім'ї, у такій послідовності: вітчим, мачуха, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, а також інші особи, які спільно проживають або пов'язані спільним побутом. У випадку відмови батьків, або осіб, що їх замінюють, від надання медичної допомоги неповнолітній особі, яка перебуває у невідкладному стані, суб'єкт надання медичної допомоги зобов'язаний негайно, протягом 2-х годин з моменту констатації невідкладного стану, звернутися до суду для захисту інтересів неповнолітнього.

20. За результатами аналізу особливостей приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги повнолітнім особам з вадами волі та волевиявлення обґрунтовано, що право на згоду на медичне втручання, яке відноситься до фундаментальних прав людини, має поширюється без дискримінації також і на осіб, які мають дефекти волі внаслідок будь-якої причини – інтелектуальної недостатності, психічного захворювання, статусу недієздатності. Практична реалізація положень застосовних міжнародно-правових стандартів потребує створення нової правової моделі регулювання цивільних відносин за участю фізичних осіб із вадами волі та волевиявлення, в тому числі недієздатних.

21. Враховуючи норми ст. 6, 7, 9 Конвенції про права людини щодо застосування біомедицини, ст. 3 (стосовно поваги до особистої самостійності), ст. 12 (стосовно рівності у правах) Конвенції про права осіб з інвалідністю, здійснено перегляд чинної доктрини правосуб'єктності недієздатних фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги, та запропоновано нову, яка ґрунтується на визнанні у правовій доктрині та законодавстві самостійності та автономності фізичних осіб, визнаних недієздатними, у процесуальних відносинах та особистих немайнових відносинах у сфері надання медичної допомоги. Складовими даної моделі обґрунтовані такі правила: право на інформовану згоду або відмову у сфері надання медичної допомоги має бути визнаним за недієздатними фізичними особами, які за своїм функціональним станом можуть сформулювати та висловити власну думку; у випадку встановлення (за визначеними у законі процедурами) нездатності фізичної особи приймати усвідомлені рішення у сфері охорони здоров'я, такі рішення мають прийматися замісними особами, які обрані не довільно, а відповідно до прописаних

законодавчих процедур, в тому числі на договірній основі; *права представників* (опікуна, піклувальника, довіреної особи) на отримання інформації, вибір лікаря та лікувального закладу, надання згоди (або відмови) на медичне втручання *мають вторинне значення та виникають тільки з моменту встановлення нездатності самої недієздатної фізичної особи пацієнта; замісна особа зобов'язана діяти не свавільно, але керуватися при прийнятті рішень, в першу чергу, всією доступною інформацією про ймовірні переваги пацієнта, в тому числі юридичними документами про попередні розпорядження.*

23. Зроблено висновок про необхідність нової законодавчої моделі правового регулювання всієї системи особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги недієздатним особам. Така модель має включати мінімально необхідні нормативні елементи: критерії та процедури визначення здатності особи висловити свою думку; правовий режим врахування думки недієздатної особи у сфері надання медичної допомоги як психіатричного, так і соматичного профіля; правовий режим конфіденційності медичної інформації про пацієнта, який визнаний здатним до висловлення думки та прийняття рішення; правовий режим поміщення недієздатної особи у психоневрологічний інтернат у недобровільному порядку; правовий режим примусового лікування тощо. За умови реалізації даної моделі усі рішення у сфері надання медичної допомоги повнолітнім недієздатним особам, в тому числі замісні, у максимально можливій мірі відповідатимуть найкращому інтересу недієздатної особи.

24. В контексті новітніх процесів зростання розмаїття в індивідуальних пріоритетах суб'єктів приватних відносин (щодо специфіки ставлення до благополуччя, життя, хвороб, старості, смерті) існує об'єктивна закономірність зростання ваги правочину та, зокрема, договору у регулюванні особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги. Цілком логічно, що положеннями ст. 6 ЦК України нормотворча функція визнана за усіма законними правочинами, які стають на місце нормативно-правового акту, створюючи норму права та джерело регулювання також і для приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги. До правочинів, які регулюють особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги з правомірним відступленням від

існуючого нормативного регулювання (відповідно до п. 3 ст. 6), відносяться: волевиявлення фізичної особи щодо майбутнього втручання; договір про представництво пацієнта на підставі довіреності. Усі форми таких правочинів об'єднані загальною назвою «попередні розпорядження пацієнта» та є складовими сучасного європейського приватноправового інституту попереднього волевиявлення фізичної особи з питань лікування та догляду на майбутнє.

25. Обґрунтовано висновок про можливість приватноправового договору з немайновим змістом та презумпції його правомірності як у доктрині приватного права, так і нормативній частині цивільного права України. Адже договірне регулювання особистих немайнових відносин: належить до сфери предмета та метода цивільного права; не заборонено приписами права; відповідає загальним засадам цивільного законодавства; є суб'єктивним правом фізичної особи.

26. Цивільно-правові договори, якими опосередковуються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, систематизовано залежно від результату їхнього співставлення із існуючим нормативними зразками позитивного права (відповідно до ст. 6 ЦК України). Для цілей удосконалення правового регулювання запропоновано розрізняти договори, які: *конкретизують норми цивільного законодавства стосовно суб'єктивних цивільних прав; усувають прогалини цивільно-правового регулювання; регулюють відносини з відступленням від положень актів цивільного законодавства.* Більшість з таких договорів на сьогодні є непоіменованими, до них застосовуються норми ЦК України про правочини, зобов'язання, загальні положення про договори. Деякі з договірних конструкцій містяться у документах рекомендаційних актів м'якого права або передбачені у законодавстві інших країн.

27. До правочинів, які регулюють особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги з правомірним відступленням від існуючого нормативного регулювання, відносяться: волевиявлення фізичної особи щодо майбутнього медичного втручання; договір про представництво пацієнта на підставі довіреності. *Волевиявлення щодо медичного втручання та довіреність з питань охорони здоров'я – два різновиди документів, що мають різні цілі.* Перші складаються у формі особистої заяви-розпорядження пацієнта стосовно лікування, догляду,

процедур рятування чи продовження життя на випадок неможливості повідомити про свій вибір. Другий – це довіреність, що ґрунтується на договорі, якою призначається особа, уповноважена приймати медичні рішення замість пацієнта.

28. На підставі проведеного аналізу зроблено висновок про те, що, договірне представництво є актуальним механізмом реалізації прав повнолітніх фізичних осіб, на яких не поширюються норми щодо законного представництва. За своєю правовою природою *договір про представництво пацієнта є різновидом договорів про добровільне представництво та характеризується як консесуальний двосторонній фідучіарний умовний правочин*. Особливістю договору про представництво пацієнта є те, що 1) представник діє від власного імені, але в інтересах особи, яку представляє; 2) представник уповноважується на здійснення дій фактичного та юридичного характеру в межах конкретних вказівок та загальної лінії побажань довірителя; 3) представник набуває повноважень з моменту клінічної та юридичної констатації нездатності довірителя до волевиявлення, які відповідно завершуються із відновленням такої здатності.

29. Запропоновано правовий *механізм довіреності на прийняття рішень з питань охорони здоров'я*. Довіреність пацієнта іншій фізичній особі на прийняття рішень про надання медичної допомоги – юридичний механізм, який включає а) призначення довіреної особи, б) уповноваження її на прийняття певних медичних рішень, в) конкретні рекомендації та обмеження для дій довіреної особи. Предметом довіреності пацієнта є добровільне представництво від імені пацієнта перед третіми особами (медичним персоналом, у суді). Довіреність приймати рішення стосовно медичного обслуговування є спеціальною і довгостроковою та має наступні особливості: стосується тільки медичних рішень; є довготривалим розпорядження на майбутнє; вступає в силу з моменту констатації некомпетентності довірителя.

30. На підставі проведеного аналізу зроблено висновок про необхідність доповнити доктрину і нормативну частину цивільного права України новими поняттями та інститутами: попередні розпорядження фізичної особи щодо медичного обслуговування на майбутнє, договір про представництво пацієнта, довірена особа пацієнта та адаптувати цивільно-правові інститути дієздатності,

представництва, довіреності до потреб приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

Таким чином, здобутки дисертаційного дослідження становлять внесок у теорію приватного права західної традиції та містять окремі напрацювання та авторські розробки нових положень як доктринального, так і практичного значення, спрямовані на вдосконалення механізму правового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги методом приватного права. Результати даного дослідження можна використовувати в науково-дослідницькій діяльності при подальшому дослідженні приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги; у практичній діяльності суддів для підвищення правової обізнаності у вирішенні спорів, які стосуються вільного волевиявлення пацієнтів та визначення юридичної відповідальності медичних працівників при порушенні прав пацієнтів. Також доведені положення можуть бути використані для практичної реалізації положень та стандартів, передбачених міжнародними договорами за участю України у вітчизняному законодавстві для створення ефективних процедурних механізмів дотримання прав людини на практиці.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Постанова Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань на тему «Про реформу охорони здоров'я в Україні» від 21.04.2016 р. № 1338-УІІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 21. Ст. 450.
2. Постанова Верховної Ради України «Про План законопроектної роботи Верховної Ради України на 2020 рік» від 16.06.2020 р. № 689-ІХ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/689-20#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
3. Закон України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р. № 1906-ІV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 50. Ст. 540.
4. Спасибо-Фатеева И. В. *Методология новой формации правового регулирования гражданских отношений. Методология исследования проблем цивилистики: сб. ст., посвящ. памяти проф. А. А. Пушкина / под ред. Ю. М. Жорнокуя и С. А. Слипченко*. Харьков: Право, 2017. С. 123–154.
5. Крупчан О. *Методологічні виміри сучасного вітчизняного приватного права. Методологія приватного права (теоретичний дискурс та практичне застосування): матеріали міжнар. наук.-теорет. конф. (м. Київ, 10 червня 2016 р.)*. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2016. С. 11–16.
6. Пахман С. В. *О значение личности в области гражданского права. Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: Сб. статей и иных материалов / под ред. Р. А. Стефанчука*. К: Юринком Интер, 2010. С. 13–37.
7. Харитонов Є. О, Харитонova О. І. *Приватне прав як концепт: пошук парадигми: монографія*. Одеса: Фенікс, 2014. 800 с.
8. Кузнєцова Н.С., Довгерт А. С. *Сучасне цивільне законодавство України: здобутки, проблеми, перспективи. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2014. № 1. С. 51–67.
9. Миронова Г. А. *Модернізація цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги: теоретичні засади та практика імплементації: монографія*. К.: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 200 с.

10. Майданик Р. А. Розвиток приватного права України: монографія. К.: Алерта, 2016. 226 с.
11. Treaty of Lisbon amending the Treaty of European Union and the Treaty establishing the European Community. *Official Journal of the European Union*. Series C. 2007. Vol. 50. № 306. 271 p. (дата перегляду: 08.07.2020).
12. Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія. К.: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 309 с.
13. Кант И. Основы метафизики нравственности. Соч. в шести томах. Т. 4 (1). М.: Мысль, 1965. 544 с.
14. Грищук О. До історії розвитку ідеї людської гідності (VI ст. до н.е. – XIX ст.н.е.). *Антропология права: філософський та юридичний вимір (стан, проблеми, перспективи)*: Матеріали Першого всеукраїнського круглого столу. Львів: Край, 2006. С. 77–95.
15. Максимов С. И. Правовая реальность: опыт философского осмысления. монографія. Харьков: Право, 2002. 327 с.
16. Грищук О. Людська гідність у праві: філософський аспект. *Проблеми державотворення і захисту прав людини*: Матеріали XIII регіональної науково-практичної конференції. 8–9 лютого 2007 р. Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2007. С. 11–13.
17. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. *Голос України*. 2008 р. 10 грудня.
18. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата перегляду: 12.07.2020).
19. Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження і покарання. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text (дата перегляду: 08.07.2020).
20. Хартия основных прав Европейского Союза. Торжественная прокламация. Ницца, 7 декабря 2000 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text (дата перегляду: 12.07.2020).

21. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. *Голос України*. 2001 р. 10 січня.
22. Постановление Европейского Суда по правам человека по делу «Религиозная община Свидетелей Иеговы г. Москве против Российской Федерации» (Заявление 302/02). Страсбург. 10.06.2010 г. URI: <http://www.portal-credo.ru/site/?act=lib&id=2743> (дата перегляду: 12.07.2020).
23. Погребняк С. Втілення принципу гуманізму в праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 1. С. 33–42.
24. Миронова Г. А. Теоретичні аспекти проблеми правової охорони гідності особи в умовах медичного втручання. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 9. Київ, 2010. С. 59–64.
25. Миронова Г. А. Категорія «правові засоби» в системі нормативного забезпечення охорони гідності людини. *Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції «Методологія приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку»* (22-23 травня 2009 р. м. Київ). С. 104–109.
26. Миронова Г. А. Етичні засади приватноправового регулювання відносин у біомедичній сфері: сучасні європейські стандарти. *Право України*. 2007. № 10. С. 106–110.
27. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
28. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435 IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 356.
29. Миронова Г. А. Право людини на шанування її гідності у світлі положень Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини. *Загальні тенденції та особливості реалізації, охорони і захисту приватних прав в Україні та світі / Збірник наукових матеріалів конференції*. Київ, 2008. С. 48–56.
30. Кузнєцова Н. С., Кохановська О. В. Сучасне приватне право України: вектори європейського розвитку. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2016. № 3 (86). С. 49–55.
31. Посикалюк О. О. Особисті немайнові права фізичних осіб в романській, германській, англо-американській системах приватного права: монографія. К.:

Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. 205 с.

32. Харитонов Є. О. Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство». *Часопис цивілістики*. 2013. Випуск 14. С. 7–14.

33. Харитонов Є. О. Приватне право як «європейський концепт»: підгрунтя та кореляти. *Часопис цивілістики*. 2016. Випуск 20. С. 8–16.

34. Михайловский И. В. О религиозно-нравственных основаниях права // Русская философия права. Антология. / Составители А. П. Альбов, Д. В. Масленников. СПб.: «Алтея», 1999. 437 с.

35. Миронова Г. А. Приватні і публічні засади в правовому регулюванні правовідносин з надання медичної допомоги. *Юридична Україна*. 2014. № 8. С. 47–52.

36. Дзера О. В. Поняття цивільного права та його місце в системі права України. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 2. С. 9–13.

37. Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб.: Юридический Центр Пресс, 2004. 376 с.

38. Борисова В. Тенденции развития гражданского права как отрасли частного права. *Частное право*. 2013. № 1. С. 84–98.

39. Черепяхин Б. Б. К вопросу о частном и публичном праве. *Труды по гражданскому праву* (Классика российской цивилистики). М.: Статут, 2001. 479 с.

40. Харитонова О. І. Поділ права на приватне та публічне: теоретичні питання. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 2. С. 7–9.

41. Сибилев М. Общая характеристика сферы частного права. *Методология исследования проблем цивилистики*: сб. ст., посвящ. памяти проф. А. А. Пушкина / под ред. Ю. М. Жорнокуя и С. А. Слипченко. Харьков: Право, 2017. С. 155–175.

42. Миронова Г. А. Модернізація цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги: теоретичні засади та практика імплементації: монографія. К.:

Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 200 с.

43. Крупчан О. Д. Проблеми взаємозв'язку приватного та публічного у цивільному праві України. *Актуальні проблеми методології приватного права: колективна монографія* / За заг. ред. О. Д. Крупчана. К. Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, 2005. С. 47–57.

44. Довгерт А. С. Система приватного права України між минулим та майбутнім. *Університетські наукові записки*. 2005. № 4 (16). С. 64–67.

45. Иоффе О. С. Советское гражданское право. М.: Юрид. лит. 1967. 494 с.

46. Алексеев С. С. Предмет советского социалистического гражданского права. *Ученые труды Свердловского юридического института*. Т. 1. Свердловск, 1959, С. 252–330.

47. Советское гражданское право: Учебник в 2-х т. Т.1. / Ред. Красавчиков О. А. М.: Высшая школа, 1968. Гл. 1.

48. Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. М.: Статут, 2006. 240 с.

49. Сібільов М. М. Загальна характеристика сфери приватного права. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т. 3. Цивільно-правові науки. Приватне право / За заг. ред. Н. С. Кузнецової. Х.: Право, 2008. С. 11 – 34.

50. Кузнецова Н. С., Оніщенко Н. М. Роль правовой инициативы в становлении гражданского общества. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2018. Том 25. № 1. С. 120–133. С.

51. Юлдашев О. Х. Приватне право і проблеми його методологічного забезпечення. *Актуальні проблеми методології приватного права: колективна монографія* / За заг. ред. О. Д. Крупчана. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, 2005. С. 26–46.

52. Рабінович П. М. Природне право: діалектика приватного і публічного *Актуальні проблеми методології приватного права: колективна монографія* / За заг. ред. О. Д. Крупчана. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, 2005. С. 7–12.

53. Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 712 с.
54. Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Принципи цивільного права України в контексті їхнього співвідношення з DCFR. *Актуальні проблеми держави і права*. 2015. С. 302–309.
55. Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у медичній сфері: деякі питання методології. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 16. Київ, 2016. С. 60–64.
56. Миронова Г. А. Застосування аналогії права у регулюванні особистих немайнових відносин медичної сфери. *Наукове електронне видання Ius privatum*. 2017. № 1. С. 43–53.
57. Алексеев С. С. Гражданское право в современную эпоху. М.: Юрайт, 1999. 40 с.
58. Конституційне право України / За ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. К.: Український центр правничих студій, 1999. 376 с.
59. Харитонов Є. О. Новий цивільний кодекс України як кодекс «пасіонарного типу». *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 2. С. 16–20.
60. Пунда О. О. Реалізація основних конституційних прав людини за цивільним законодавством України. *Університетські наукові записки*. 2008. № 2. С. 49–52.
61. Миронова Г. А. Особисті немайнові відносини медичної сфери як предмет регулювання цивільного законодавства. *Методологія приватного права (теоретичний дискурс та практичне застосування)*: матеріали міжнар. наук.-теорет. конф. (м. Київ, 10 червня 2016 р.). К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2016. С. 187–19.
62. Алексеев С. С. Теория права. Х.: БЕК, 1994. 224 с.
63. Головатий С. Цивільний кодекс: від політичного до соціального договору в Україні. *Українське право*. 1999. 1 (11). С. 6–7.
64. Ромовська З. Українське цивільне право: загальна частина. Академічний курс. Підручник. К.: Атіка, 2005. 560 с.

65. Миронова Г. А. Методологічні аспекти приватноправового регулювання особистих немайнових відносин в сфері надання медичної допомоги. *Юридична Україна*. 2014. № 9. С. 52–58.
66. Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2-х ч. Часть 1 (по изданию 1902 г.). М.: Статут, 1997. 290 с.
67. Кавелин К. Д. Избранные труды по гражданскому праву. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. 722 с.
68. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. 353 с.
69. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. М.: Зерцало, 2003. 816 с.
70. Стефанчук Р. О. Загальнотеоретичні проблеми поняття та системи особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному праві України: монографія. Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2006. 170 с.
71. Гражданское право. В 4-х т. Т. 1: Общая часть: учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению «Юриспруденция»; отв. ред. Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2007. 720 с.
72. Цивільне право України: Підручник: у 2-х т. / За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К.: Юрінком Інтер, 2004. Т.1. 480 с.
73. Булеца С. Б. Цивільні правовідносини в галузі медичної діяльності: проблеми теорії та практики: монографія. Ужгород: поліграф центр «Ліра», 2015. 598 с.
74. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія. Відп. ред. Я. М. Шевченко. Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. 626 с.
75. Миронова Г. А. Право на медичну допомогу: цивільно-правова характеристика. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 13. Київ, 2014. С. 67–71.
76. Ромовская З. В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание и гражданско-правовая защита): автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук.: 12.00.03. Киевский гос. ун-т. К.:1968. 18 с.

77. Суховерхий В. Л. Личные неимущественные права в советском гражданском праве: автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук.: 12.00.03. Свердловский юридический институт. Свердловск. 18 с.

78. Шимон С. И. Нравственно-правовые идеи и принципы института личных неимущественных прав физических лиц. *Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения*: Сб. статей и иных материалов / Под ред. Р. А. Стефанчука. К: Юринком Интер, 2010. С. 170–192.

79. Глухарева Л. И. Права человека в современном мире (социально-философские основы и государственно-правовое регулирование). М.: Юристъ, 2003. 304 с.

80. Гладун З. С. Концептуальні засади державно-правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я населення. *Медичне право України: проблеми становлення та розвитку* : матеріали I Всеукр. наук.-практ. конф. з мед. права, 19 – 20 квітня 2007 р., Л.: Медицина і право, 2007. С. 73–74.

81. Майданик Р. Вчення про джерела цивільного права України. *Право України*. 2017. №6. С. 53–63.

82. Дрішлюк А. І. Щодо актуальності дослідження системи джерел цивільного права України (огляд літератури та постановка проблеми). *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Випуск 65. С. 361–367.

83. Первомайский О. Понятие источника гражданского права в контексте современного правопонимания. *Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций*: монографія / под ред И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2011. С. 105–127.

84. Майданик Р. А. Система источников гражданского права. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права* (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у двох томах, Київ, 19 жовтня 2012 р. Т. 1. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 37–46.

85. Джуринський О. В. Нетрадиційні джерела господарського права України. *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 2. С. 40–56.

86. Майданик Р. А. Джерела цивільного права України: поняття, система, види. *Право України*. 2013. № 5. С. 294–309.

87. Іваненко О. В. Вплив глобалізаційних процесів на джерела приватного права. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки.* Випуск 5. Том 1. 2015. С. 15–18.

88. Ромовська З. В. Проблеми загальної теорії права у проекті ЦК України. *Кодифікація цивільного (приватного) права України.* За ред. А. Довгерта. К.: Український центр правничих студій, 2000. 292 с.

89. Кізлова О. С., Використання дефініції «договірні зобов'язання» у сучасному законодавстві. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція.* 2013 № 6–1 том 2. С. 30–33.

90. Бервено С. М. Науковий коментар ст.626 Цивільного Кодексу України. *Право і безпека.* 2005/4'5. С. 119–123.

91. Алексеев С. С. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1995. 320 с.

92. Явор О. Я. Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції: монографія. Х.: Право, 2016. 352 с.

93. Радзівілл О. А. Загальноправові принципи як джерела міжнародного економічного права. *Юридична наука.* 2014. № 2. С. 54–66.

94. Махінчук В. Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні. К.: Юрінком Інтер, 2013. 320 с.

95. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. К.: Істина, 2004. 976 с.

96. Миронова Г. А. Цивільно-правові засади права на медичну допомогу. *Приватне право і підприємництво.* Випуск 12. Київ, 2013. С. 43–48.

97. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: У 2-х ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, Київ. ун-т права. К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2004. Ч. 1. 689 с.

98. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Арская проти України» (Заява № 45076/05). Страсбург. 05.12.2013 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SOO00617> (дата перегляду: 12.07.2020).

99. Стефанчук Р. О. Цивільне право України. Навчальний посібник. Київ: Прецедент, 2005. URL: <https://studfile.net/preview/5484126/> (дата перегляду: 15.07.2020).

100. Ханик-Посполітак Р. Ю. Принцип свободи договору в європейському праві. *Наукові записки НаУКМА: Юридичні науки*. 2006. 53. С. 128–130.
101. Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину. Ов'єдо, 04.04.1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_334 (дата перегляду: 15.07.2020).
102. Миронова Г. А. Г. А. Етичні стандарти правового регулювання відносин за участю пацієнтів як складова європейської людиноцентристської доктрини. *Антропология права: філософський та юридичний виміри*. Матеріали Третього всеукраїнського круглого столу. Львів, 2008. С. 233–244.
103. Сенюта І. Я. Джерела правового регулювання цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія. Львів: Видавництво ЛОБФ «медицина і право», 2018. 416 с.
104. Булеца С. Б. Роль права, моралі, етики, біоетики в цивільних правовідносинах при здійсненні медичної діяльності. *Сучасне українське медичне право*: монографія / За заг ред. С. Г. Стеценка. К.: Атіка, 2010. С. 277–319.
105. Підручник з лікарської етики. Переклад з 2-го англійського видання 2009 року за редакцією академіка АМН України, Голови Комітету з лікарської етики Всеукраїнського Лікарського Товариства (ВУЛТ) Любомира Пирого. Українське видання БФ «Третє Тисячоліття», 2009. 140 с.
106. Філософський енциклопедичний словник. К.: Інститут філософії ім. Г. Сковороди НАНУ, 2002. 742с.
107. Скалецька З. Моделі взаємовідносин лікаря і пацієнта: етичний та правовий аспект. *Перший всеукраїнський конгрес з медичного права і соціальної політики*. Збірник тез доповідей. К., 2007. С. 81.
108. Рогова О. Г. Застосування етичних кодексів у медицині. *Вісник Академії адвокатури України*. 2012, Число 2 (24). С. 30–38.
109. 7th Conference of European Health Ministers «Health, Dignity and Human Rights» 12 – 13 June 2003. Oslo, Norway. Final Declaration. URL: [http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2003Health/declaration_finale.asp#TopOfPage\\$](http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2003Health/declaration_finale.asp#TopOfPage$) (дата перегляду: 12.07.2020).

110. Миронова Г. А. Методологічні аспекти правової інтерпретації поняття «гідність людини» в контексті специфічних умов медичного втручання. *Антропология права: філософський та юридичний виміри*: Статті учасників Четвертого всеукраїнського «круглого столу». Львів, 2009. С. 162–174.
111. Стефанчук Р. О. До питання розуміння гідності фізичної особи та її правового режиму в контексті вітчизняних та європейських традицій права. *Університетські наукові записки*. 2007. № 4. С. 84 – 89.
112. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Х. : Право, 2011. 1128 с.
113. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Бендерський проти України» (Заява № 22750/02). Страсбург. 15.11.2007 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_313#Text (дата перегляду: 12.07.2020).
114. Международный кодекс медицинской этики. Принят 3-й Генеральной ассамблеей ВМА, Лондон, Англия, октябрь 1949 г., внесены поправки 22-й Всемирной медицинской ассамблеей, Сидней, Австралия, август 1968 г., 35-й Всемирной медицинской ассамблеей, Венеция, Италия, октябрь 1983 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/990_002 (дата перегляду: 12.07.2020).
115. Етичний кодекс лікаря України прийнято та підписано Всеукраїнським з'їздом лікарських організацій та X З'їздом Всеукраїнського лікарського товариства (ВУЛТ) в м. Євпаторії 27.09.2009 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001748-09> (дата перегляду: 15.07.2020).
116. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992. № 2801-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
117. Закон України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 17.05.2018 № 2427-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018 р. № 28. С. 5. Ст. 232.
118. Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання реалізації Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 27.12. 2018 р. № 1211. *Урядовий кур'єр*. 13.02.2019. № 29.

119. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу» від 19.03.2018 р. № 503. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0347-18#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
120. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про створення та впровадження медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги в системі Міністерства охорони здоров'я України» від 28.09.2012 р. № 751. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z2001-12#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
121. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про внесення змін до наказу Міністерства охорони здоров'я України від 28 вересня 2012 року № 751» від 29.12.2016 № 1422. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0530-17#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
122. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про внесення змін до додатка 4 до Методики розробки та впровадження медичних стандартів медичної допомоги на засадах доказової медицини» від 26.09.2018 № 1752. *Офіційний вісник України*. 02.11.2018 – 2018 р., № 84. С. 271. Ст. 2789. Код акта 91939/20.
123. Миронова Г. А. Приватноправові норми у правових актах та медико-технологічних документах із надання медичної допомоги. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 19. Київ, 2019. С. 93–97.
124. Сенюта І. Стандарти у сфері охорони здоров'я як джерело правовідносин із надання медичної допомоги. *Медичне право*. 2017. №3. С. 112 – 124.
125. Довженко Є. В. Теоретико-правова характеристика технічних норм. *Юридичний вісник*. 2016. № 4 (41). С. 42 – 47.
126. Воробьев К. П. Проблемы вхождения технологий доказательной медицины в украинское здравоохранение. Часть 1. Место технологий доказательной медицины в клиническом решении врача. *Український медичний часопис*. 2006. № 3 (53). V/VI. С. 11–20.
127. Вульф Х. Р. История развития клинического мышления. *Международный журнал медицинской практики*. 2005. № 1. С. 12–20.

128. Dawes M.G., Summerskill W., Glasziou P., Cartabellotta A., Martin J., Norpayian K., Porzsolt F., Burls A., Osborne J. Sicily statement on evidence-based practice *BMC Medical Education* 2005,5:1 doi:10.1186/1472-6920-5-1. URL: <http://www.biomedcentral.com/1472-6920/5/1> (дата перегляду: 12.07.2020).
129. Siwek J. Evidence-Based Medicine: Common Misconceptions, Barriers, And Practical Solutions. *Am Fam Physician*. 2018 Sep 15; № 98 (6).
130. Обзор обновленных рекомендаций American Heart Association по сердечно-легочной реанимации и неотложной помощи при сердечно-сосудистых заболеваниях от 2015 г. URL: <https://eccguidelines.heart.org/wp-content/uploads/2015/10/2015-AHA-Guidelines-Highlights-Russian.pdf> (дата перегляду: 12.07.2020).
131. Закон України «Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закуповуються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я» від 17.03.2020 № 531-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020, № 16. Ст.10.
132. Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 30.03.2020 № 539-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020, № 17. Ст.107.
133. Wellbery C., Mc Ateer R. When medicine reverses itself: avoiding practice pitfalls. *American Family Physician*. 2013 Dec 1;88 (11). P. 733–738. URL: <https://www.aafp.org/afp/2013/1201/p733.html> (дата перегляду: 12.07.2020).
134. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження протоколу «Надання медичної допомоги для лікування коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 02.04.2020 № 762. URL: <https://moz.gov.ua/article/ministry-mandates/nakaz-moz-ukraini-vid-2042020--762-pro-zatverdzhennja-protokolu-nadannja-medichnoi-dopomogi-dlja-likuvannja-koronavirusnoi-hvorobi-covid-19> (дата перегляду: 12.07.2020).
135. Погрібний С. Регулювання договірних відносин у цивільному праві України: співвідношення їх внутрішнього (саморегулювання) та зовнішнього (державного) регулювання. *Право України*. 2012. № 9. С. 26–36.

136. Кривов'яз О. М. Правочин як джерело цивільного права. *Часопис цивілістики*. 2015. Вип. 18. С. 69–72.
137. Свінціцький І. А., Криворпустов О. С., Черкасов В. Г.. Концепція смерті мозку: морально-етичні аспекти. *Науковий вісник національного медичного університету імені О. О. Богомольця*. 2009. № 3. С. 164–169.
138. Кузнєцова Н. С. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин. *Право України*. 2012. № 9. С. 12–18.
139. Васильєва В. В. Договір як юридичний факт. *Договір як універсальна форма правового регулювання*: монографія / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 29–47.
140. Васильєва В. В. Договір як правовідношення. *Договір як універсальна форма правового регулювання*: монографія / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 47–61.
141. Венедиктова І. Реалізація охоронюваних законом інтересів у договірних правовідносинах. *Право України*. 2012. № 9. С. 78–84.
142. Гриняк А. Б. Особливості договірного регулювання приватноправових відносин. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 18, Київ 2018. С. 123.
143. Иванов В. В. Общая теория договора. М.: Юристъ, 2006. 238 с. С. 7, 16.
144. Цивільне право України: курс лекцій: у 6 т. / За ред. Р. Б. Шишки. Т. 5. Кн. 1. Загальні положення зобов'язального права. Харків: Еспада, 2005. 224 с.
145. Сіщук Л. В. Договір як нормативний документ. *Договір як універсальна форма правового регулювання*: монографія / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 61–79.
146. Алексеев С. С. Наука права. *Избранное*. М.: Статут, 2003. 480 с.
147. Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 р. № 2168-УІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 2018 № 5. Ст. 31.
148. Сенюта І. Правочин як підстава виникнення цивільних правовідносин у сфері надання медичної допомоги. *Підприємництво, господарство, право*. 2018. № 6. С. 66–70.

149. Постанова Кабінету міністрів України «Про договори про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій» від 25.04.2018 р. № 410. URI: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/410-2018-%D0%BF#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
150. Бергер М. Д., Зелман В., Амайя Р. Накази DNR (Do Not Resuscitate – Не Реанімувати): Концепція клінічної етики. *Біль, знеболення та інтенсивна терапія*. 2016 р. № 3. С. 14–27.
151. Гончар М. О., Ріга О. О., Пеньков А. Ю. Принципи надання паліативної допомоги дітям. Харків: ХНМУ, 2016. 112 с.
152. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження та впровадження медико-технологічних документів зі стандартизації екстреної медичної допомоги» від 05.06.2019 № 1269. URI: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1269282-19#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
153. A Glossary of Terms for Community Health Care and Services for Older Persons World health organization, 2005. 109 с.
154. Миронова Г. А. Living will – новий інститут європейського приватного права. *Часопис Хмельницького університету управління та права Університетські наукові записки*. 2012. № 3. С. 47–54.
155. Стеценко С. Г. Донорство органів (тканей) человека: правовые аспекты. *Биомедицинское право в России и за рубежом*: монографія. М.: Проспект, 2015. С. 124–144.
156. Михайлов С. В. Цивільно-правова відповідальність у сфері надання медичних послуг: *автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук*: 12.00.03. Харків, 2010. 17 с.
157. Казакова Е. Б. О проблеме информированного согласия в медицине. *Медицинское право*. 2011. № 4. С. 38–42.
158. Меднис. Д. Согласие на медицинское вмешательство. Отказ от медицинского вмешательства: практические рекомендации по подготовке документов. *Образцы документов*. К.: ЗАО «ВПОЛ», 2007. 156 с.

159. Юдин О. Ю. Информированное согласие: отказ от ответственности врача или защита прав пациента? *Український медичний часопис*. 2008. № 1(1). С. 92–93.
160. Нюрнбергский кодекс 1947 г. URI: <http://medbib.in.ua/nyurnbergskiy-kodekspervyiy-mejdunarodnyiy.html> (дата перегляду: 15.07.2020).
161. Силюянова И. Современная медицина и православие. Моск. подворье Св.-Троиц. Сергиевой Лавры, 1998. URI: <https://lib.pravmir.ru/library/book/2204> (дата перегляду: 15.07.2020).
162. *Лиссабонская декларация* относительно прав пациента 1981 г. URI: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/990_016 (дата перегляду: 15.07.2020).
163. *Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe* (1994). URI: https://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf (дата перегляду: 15.07.2020).
164. Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. URL.: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ccde5> (дата перегляду: 15.07.2020).
165. Сімейний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21. Ст. 135.
166. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та ст. 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К. Г. Устименка) від 30.10.1997 № 5-зп. URI: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-97#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
167. Гревцова Р. Інформована згода пацієнта на медичне втручання: юридичні аспекти отримання і оформлення. *Управління закладом охорони здоров'я*. 2007. № 3. С. 12–17.
168. Сенюта І. Інформована добровільна згода пацієнта. *Юридичний вісник України*. 2006. № 19. С. 7–20.

169. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження форм первинної облікової документації та інструкцій щодо їх заповнення, що використовуються у закладах охорони здоров'я незалежно від форми власності та підпорядкування» від 14.02.2012 р. № 110. *Офіційний вісник України* від 08.06.2012 – 2012 р., № 41. С. 64. Ст.1585. Код акта 61806/2012.
170. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про внесення змін до деяких наказів Міністерства охорони здоров'я України» № 549 від 08.08.2014 р. *Офіційний вісник України* від 23.09.2014 – 2014 р., № 74. С. 146. Ст. 2116. Код акта 73888/2014.
171. Гладун З. С. Медицина і права пацієнта. *Медичне право*. 2008. № 1. С. 7–26.
172. Антонов С. Протокол інформування як доказ надання пацієнтові інформації про сутність та основні споживчі властивості медичних послуг. *З турботою про жінку*. 2009. № 4. С. 18.
173. Миронова Г. А. Оформлення відмови дієздатного повнолітнього пацієнта від запропонованого медичного втручання. *Юридична газета*. 5 листопада 2013. № 45 с. 30–31.
174. Гревцова Р. Ю. Правові питання відносин між лікарем і пацієнтом. *Український медичний вісник*. 2007. № 9. С. 75–76.
175. Миронова Г. А. Право пацієнта на відмову від лікування у невідкладних ситуаціях. *Права людини в Україні в сучасних умовах: пошук нових механізмів утвердження та забезпечення* / За заг. ред. Ю. С. Шемшученка і В. П. Тихого; матеріали між нар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 10 грудня 2014 р.). К.: Вид-во Ліра, 2014. С. 176–182.
176. Закон України «Про екстрену медичну допомогу» від 05.07.2012 р. № 5081-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013, № 30, стаття 340.
177. Беденко Е. А., Серегин А. Ю. Правовое регулирование оказания помощи пациентам, которые находятся в угрожающих жизни состояниях. *Медицина неотложных состояний*. 2007. № 3. С. 142–143. URL: <http://www.mif-ua.com/archive/article/275> (дата перегляду: 14.07.2020).

178. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2-х т. / За відповід. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2005. Т. 1. 832 с.
179. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: У 2-х ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. Ч. 1. 689 с.
180. Сенюта І. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги: питання теорії і практики: монографія. Львів: Видавництво ЛОБф «Медицина і право», 2018. 640 с.
181. Сакало В. Механізм правомірності можливості обмеження реалізації права людини на згоду на медичне втручання. *Часопис Академії адвокатури України*. 2012. Том 5. № 3 (16). URL: <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/282/303> (дата перегляду: 12.07.2020).
182. Гаро Г. Випадки законодавчо дозволеного медичного втручання лікаря без згоди пацієнта та/або його законних представників. URI: <http://chp.com.ua/all-news/item/51212-vipadki-zakonodavcho-dozvolenogo-medichnogo-vtruchannya-likarya-bez-zgodi-patsienta-ta-abo-jogo-zakonnikh-predstavnikiv> (дата перегляду: 12.07.2020).
183. Дворніченко А. С. Особливості медичного втручання без інформованої згоди пацієнта. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2014. № 12. Т. 2. С. 33–37.
184. Рішення Липоводолинського районного суду Сумської області від 14.11.2018 р. (Справа № 581/625/18). URI: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77899139> (дата перегляду: 12.07.2020).
185. Крилова О. В. Представництво інтересів пацієнта в договорі про надання медичної допомоги. *Актуальні проблеми держави і права*. Вип. 31. Одеса, 2007. С. 85–92.
186. Миронова Г. А. Право пацієнта на відмову від лікування. *Scientific letters of academic society of Mishal Baludansky*. 2014. Volume 2. No 6/2014. P. 44–46.
187. Модельные правила европейского частного права (DCFR). (Перевод с английского) / Науч. ред. Н. Ю. Рассказов. М.: Статут, 2013. 522 с.
188. Миронова Г. А. Проблемы правового регулирования медицинской деятельности у контексті европейских стандартов. *Цивільне законодавство України в контексті*

розвитку європейського приватного права: монографія; за заг. ред. Ю. В. Білоусова. К.: Ред. журн. «Право України», 2013. С. 92–130.

189. Вовк Т., Мамчин В. Лікування Свідків Єгови – етичний та клінічний виклик, який можна з успіхом подолати. *Хірургія України*. 2010. № 4. С. 97–103.

190. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 13.05.2013 р. (справа № 2610/25254/2012). URI: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31253050> (дата перегляду: 05.07.2020).

191. Мостовенко О. Реалізація права на медичну допомогу: цивільно-правові аспекти: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03. К, 2019. 198 с.

192. Наказ Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Інструкції про порядок тримання затриманих осіб в органах (підрозділах) охорони державного кордону» від 30.03.2015 № 352. *Офіційний вісник України* від 26.05.2015 – 2015 р., № 39. С. 23. Ст. 1172. Код акта 76810/2015.

193. Закон України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 06.04.2000 № 1645-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 29. Ст. 228.

194. Закон України «Про протидію захворюванню на туберкульоз» від 05.07.2001 р. № 2586-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 49. Ст. 258.

195. Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання застосування обмежувальних протиепідемічних заходів, спрямованих на запобігання поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 25.03.2020 р. № 245. URI: <https://www.kmu.gov.ua/npas/deyaki-pitannya-zastosuvannya-obmezhuvalnih-protiepidemichnih-zahodiv-spryamovanih-na-zapobigannya-poshirennyu-gostroyi-respiratornoyi-hvorobi-covid-19-sprichinenoyi-koronavirusom-sars-cov-2> (дата перегляду: 12.07.2020).

196. Малеина М. Н. Человек и медицина в современном праве. М.: Бек, 1995. 272 с.

197. Майданик Р. А. Договор об оказании медицинских услуг. *Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения*: Сб. статей и иных материалов / Под ред. Р. А. Стефанчука. К: Юринком Интер, 2010. С. 390–424.

198. Булеца С. Б. Особенность института действий в чужом интересе без поручения. *Электронный научный журнал «Наука. Общество. Государство»*. 2013. № 3 (3). С. 1–13.
199. Стеценко С. Г. Стеценко В. Ю. Сенюта І. Я. Медичне право України: підручник / За заг. Ред. д.ю.н., проф. Стеценка. К.: Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 507 с.
200. Миронова Г. А. Науково-практичний коментар до Глави II Згода Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (1997 р.). К: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2017. 96 с.
201. Белоколодова Т. И. Современный трудово-правовой статус медицинского работника и его особенности: дис. на соискание ученой степени канд. юр. наук: 12.00.05. Санкт-Петербургский Государственный университет, 2017. 197 с.
202. Воробьев К. П. Принятие клинического решения на основе принципов научно-обоснованной медицины: идеальная модель и текущая клиническая практика. URI: <https://trigger.in.ua/analitika/prinyatie-klinicheskogo-resheniya-na-osn.html> (дата перегляду: 12.07.2020).
203. К. П. Воробьев. Проблемы вхождения технологий доказательной медицины в украинское здравоохранение. Часть 2. Влияние технологий доказательной медицины на организацию клинической науки. *Український медичний часопис*. 2006. № 4 (54) –VII/VIII.С. 15–26.
204. Recommendation of the Committee of Ministers to member states on developing a methodology for drawing up guidelines on best medical practices (2001) 13. URI: <https://www.dec.gov.ua/wp-content/uploads/2019/11/rec200113.pdf> (дата перегляду: 12.07.2020).
205. Ереванская декларация о последовательном продвижении принципов доказательной медицины. Заключительный документ, принятый на Международной конференции «Доказательная медицина в Армении: миф или реальность», состоявшейся 18-20 октября 2012 года в г. Ереване. URL:

<http://ultrasound.net.ua/materiali/organi-ta-sistemi/teorija-ultrazvukovoji-diagnostiki/inshe/erevanskaja-deklaracija-o-posledovatelnom-prodvizhenii-principov-dokazatelnoi-mediciny/> (дата перегляду: 12.07.2020).

206. Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання електронної системи охорони здоров'я» від 25.04.2018 № 411. *Офіційний вісник України* від 15.06.2018 – 8 018 р., № 46. С.14. Ст. 1604. Код акта 90457/2018.

207. Декларація про медичний аборт, прийнята 24-ою Всесвітньою медичною асамблеєю, Осло, 1970 р. URI : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/990_009#Text (дата перегляду: 12.07.2020).

208. Resolution of Europe Parliamentary Assembly 1763 (2010) «The right to conscientious objection in lawful medical care». URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17909&lang=en> (дата перегляду: 12.07.2020).

209. Report of Europe Parliamentary Assembly «Women's access to lawful medical care: the problem of unregulated use of conscientious objection». Doc. 12347. 20 July, 2010. URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=12506&lang=en> (дата перегляду: 12.07.2020).

210. Миронова Г. А. Право лікаря на відмову від здійснення законного аборту з міркувань совісті. *Юридична Україна*. 2013. № 5. С.49–53.

211. Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Pichon and Sajous v. France». URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-22644"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (дата перегляду: 12.07.2020).

212. Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Tysiác v. Poland», of 20. 03. 2007 URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-1952452-2061288"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{) (дата перегляду: 12.07.2020).

213. Миронова Г. А. Право врача на отказ от производства законного аборта: международные стандарты и законодательство Украины. *Медицинское право*. 2014. № 2. С. 53–56.

214. Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23.04.1991 р. № 987-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/987-12#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).

215. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про впровадження випуску Довідника кваліфікаційних характеристик професій працівників. Випуск 78 "Охорона здоров'я"» від 29.03.2002 р. № 117. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/va117282-02#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
216. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст. 131.
217. Миронова Г. А. Особенности получения согласия на медицинское вмешательство в отношении ребенка: международные стандарты и законодательство Украины. *Юридическая наука*. 2014. № 2. С. 136–143.
218. Конвенція про права дитини від 20.11.1989 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021 (дата перегляду: 12.07.2020).
219. Конвенція про мінімальний вік для прийому на роботу від 31.08.1923 р. № 138. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_142#Text (дата перегляду: 12.07.2020).
220. Ван Б'юрен Джеральдіна. Міжнародне право в галузі прав дитини: пер. з англ. Г. Є. Краснокутського; наук. ред. М. О. Баймуратов. Одеса: АО БАХВА, 2006. 524 с.
221. Європейська конвенція про здійснення прав дітей 1996 року. *Офіційний вісник України*. 2007. № 91. С. 86. Ст. 3355.
222. Рекомендация Парламентской Ассамблеи Совета Европы «Содействие участию детей в принятии затрагивающих их решений» 1864 (2009). URL: https://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/%5BRussian_documents%5D/%5B2009%5D/%5BParis2009%5D/ (дата перегляду: 12.07.2020).
223. World Medical Association Declaration of Ottawa on the Right of the Child for Health Care. URL: <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-ottawa-on-child-health/> (дата перегляду: 12.07.2020).
224. International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO) Geneva, 2002. URL: <https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/01/WEB-CIOMS-EthicalGuidelines.pdf> (дата перегляду: 12.07.2020).

225. Радиш Я. Ф., Віленський А. Б. Правове регулювання медичного забезпечення дитячого населення в Україні. *Современная педиатрия*. 2009. № 1. С. 9–17.
226. Щирба М. Право на інформовану згоду при медичному втручанні неповнолітнім пацієнтам. *Підприємництво, господарство, право*. 2017. № 12. С. 212–216.
227. Синегубов О. В. Здійснення особистих немайнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб: монографія. Харків: Золота миля, 2015. 382 с.
228. Демиденко К. Є. Особисті немайнові права дитини – від зачаття до повноліття в рамках застосування нового Сімейного кодексу України. *Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України: матеріали Круглого столу*, (Київ, 25 травня 2006 р.). Х.: Ксилон, 2007. С. 146–155.
229. Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей: монографія. К.: Видавництво Ліра-К, 2014. 628 с.
230. Миронова Г. А. Право дитини на медичну інформацію. *Підприємництво, господарство, право*. 2014. № 5. С. 33–37.
231. Самофал М. М. Проблеми реалізації права на інформовану згоду при наданні медичних послуг дітям. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 3. С. 193–196.
232. Закон України «Про протидію поширенню хвороб, обумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» від 12.12.1991р. *Голос України*. 1992. 9 січня.
233. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Тимчасових стандартів надання медичної допомоги підліткам та молоді» від 02.08.2009 р. № 382. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0382282-09#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
234. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження клінічного протоколу «Комплексна допомога під час небажаної вагітності» від 31.12.2010 № 1177. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1177282-10#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).

235. Наказ МОЗ України «Про затвердження Порядку надання комплексної медичної допомоги вагітній жінці під час небажаної вагітності, форм первинної облікової документації та інструкції щодо їх заповнення» від 24.05.2013 № 423. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1095-13#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
236. Пищита А. Н. Согласие на медицинское вмешательство. М.: Центр. клин. б-ца РАН, 2006. 210 с.
237. Hattab J. Droits et capacites des adolescents. *Perspectives Psychiatriques*. 2001. vol. 40. № 3. P. 210–219.
238. Tan J., Jones D. Children's consent. *Current opinion in psychiatry*. 2001. 14(4) P. 303–307. URL: https://www.researchgate.net/publication/271567500_Children's_consent (дата перегляду: 12.07.2020).
239. Этические и юридические аспекты трансфузиологии: права пациента. *Проблемы бескровной хирургии*. Сборник научных докладов под ред. заслуженного врача РФ проф. В. Л. Ваневского. М.: Комитет по здравоохранению Ленинградской области, Гематологический научный центр РАМН, Научный центр акушерства, гинекологии и перинатологии РАМН, 2001. 169 с.
240. Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst, WGBO. URL: [http://www.hulpguids.nl/recht/wettelijke-regelingen/wet-op-de-geneeskundige-behandelingsovereenkomst-\(wgbo\).html](http://www.hulpguids.nl/recht/wettelijke-regelingen/wet-op-de-geneeskundige-behandelingsovereenkomst-(wgbo).html) (дата перегляду: 12.07.2020).
241. Shaw M. Competence and consent to treatment in children and adolescents. URL: <http://apt.rcpsych.org/content/7/2/150.full> (дата перегляду: 12.07.2020).
242. Мамайчук И. Экспертиза личности в судебно-следственной практике: учебное пособие. Санкт-Петербург: Речь, 2002. 255 с.
243. Деонология в педиатрии (этические аспекты практической деятельности педиатра). Под ред. чл.-кор. АМН СССР проф. С. Д. Носова. Л.: Медицина, 1977. 166 с.
244. Булеца С. Вік при наданні медичної допомоги: цивільно-правовий аналіз. *Право України*. 2011. № 5. С. 213–216.
245. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» від

15.05.2006 р. № 2. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-06#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).

246. Сапожнікова О. Деякі питання встановлення віку особи, з якого може наставати кримінальна відповідальність. *Право України*. 2010. № 9. С. 252–255.

247. Бурдін В. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні: монографія. К.: Атіка, 2004. 240 с.

248. Закон України «Про охорону дитинства» від 26.04.2001р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 30. Ст. 142.

249. Закон України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» від 13.01.2005 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 6. С. 267. Ст. 147.

250. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. *Урядовий кур'єр*. 2012. 6 червня.

251. Кримінальний процесуальний кодекс України. *Науково-практичний коментар*: у 2-х т. / За заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. Х.: Право, 2012. Т. 1. 768 с.

252. Антонов С. Отказ представителей несовершеннолетнего пациента от медицинских вмешательства. *З турботою про дитину*. 2009. № 4. С. 16–17.

253. Наказ Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України «Про затвердження Правил опіки та піклування» від 26.05.99. *Офіційний вісник України*. 1999. № 26. С. 115.

254. Миронова Г. А. Правило згоди пацієнта на медичне втручання: вплив європейських стандартів на законодавство України. *Забезпечення міжнародної приватноправової інтеграційної стратегії України*. Збірник наукових праць / За заг. ред. В. І. Короля та В. В. Кочина. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. 2017. С. 121–156.

255. Конвенція ООН про права осіб з інвалідністю від 13.12.2006 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g71#Text (дата перегляду: 12.07.2020).

256. Миронова Г. А. Реформування інституту недієздатності в Україні. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 18. Київ, 2018. С. 79–84.

257. Декларация ООН о правах умственно отсталых лиц, принята резолюцией 2856 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 20.12.1971 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_119 (дата перегляду: 12.07.2020).

258. Judgment of the European Court of Human rights Case of «Price v. The United Kingdom» (Application no. 33394/96): Strasburg. 10 July 2001. URL: <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/chronic-diseases/price-v-united-kingdom/#gsc.tab=0> (дата перегляду: 12.07.2020).

259. Judgment of the European Court of Human rights Case of «Thlimmenos v. Greece» (Application no. 34369/9). Strasburg. 6 April 2000. URL: <https://minorityrights.org/law-and-legal-cases/thlimmenos-v-greece-2> (дата перегляду: 12.07.2020).

260. Резолюція Парламентської асамблеї Ради Європи 1642 (2009) «Доступ до прав осіб з інвалідністю (з обмеженими фізичними або розумовими здібностями) та повна і активна участь цих людей в суспільстві». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz/docs/890_rez_1642.htm (дата перегляду: 12.07.2020).

261. Миронова Г. А. Особливості здійснення прав пацієнта у сфері надання паліативної допомоги. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 15. Київ, 2016. С. 61–65.

262. Миронова Г. А. Принцип особистої автономії у правовідносинах з надання паліативної допомоги. *Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції: збірник наукових праць / за заг. ред. Ю. В. Білоусова; НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Хмельницький університет управління та права. Хмельницький: ФОП Мельник А. А., 2015. С. 127–132.*

263. Резолюція Парламентської асамблеї Ради Європи 1649 (2009) «Паліативне лікування: модель для інноваційного підходу в соціальній політиці та в політиці в галузі охорони здоров'я». URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz2/docs/897_rez_1649.htm (дата перегляду: 12.07.2020).

264. Resolution of Europe Parliamentary Assembly 613 (1976) «Rights of the sick and dying». URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16026&lang=en> (дата перегляду: 12.07.2020).

265. Recommendation of Europe Parliamentary Assembly 779 (1976) «Rights of the sick and dying». URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14813&lang=en> (дата перегляду: 12.07.2020).

266. Recommendation of Europe Parliamentary Assembly 1418 (1999) «Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying». URL: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16722&lang=en> (дата перегляду: 12.07.2020).

267. Recommendation of the Committee of Ministers to Member States (2004)10 concerning the Protection of the Human Rights and Dignity of Persons with mental disorder. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168066c7e1> (дата перегляду: 12.07.2020).

268. Резолюція ООН № 46/119 «Защита лиц с психическими заболеваниями и улучшение психиатрической помощи». Принята Генеральной Ассамблеей ООН 17.02. 1992 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_905#Text (дата перегляду: 12.07.2020).

269. Рекомендация Парламентской ассамблеи Совета Европы 818 (1977) «О ситуации с психическими заболеваниями» от 08. 10. 1977 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_069 (дата перегляду: 12.07.2020).

270. Рекомендация Комитета министров государствам-участникам (83) 2 «Относительно правовой защиты лиц, страдающих психическими расстройствами, принудительно содержащихся в качестве пациентов» от 22.02.1983 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_074 (дата перегляду: 12.07.2020).

271. Рекомендация Комитета министров государствам-членам (99) 4 «О принципах правовой защиты совершеннолетних недееспособных лиц» от 23.02.1999 г. URL.: <http://base.garant.ru/70256052/> (дата перегляду: 12.07.2020).

272. Миронова Г. А. Європейські принципи захисту прав та гідності недієздатних пацієнтів. *Вісник Академії Адвокатури*. 2012. Число 2 (24). С. 55–62.

273. Імереллі Р. Е., Кравченко Р. І., Мойса Б. С. Права осіб із проблемами психічного здоров'я: відповідність національного законодавства міжнародним стандартам. Контекст дотримання пра людини у психоневрологічних інтернатах.

Аналітичний звіт Української Гельсінської спілки з прав людини. Українська Гельсінська спілка з прав людини. Київ, КВІЦ, 2015. 40 с.

274. Judgment of the European Court of Human rights Case of Mantovanelli v. France (Application no. 21497/93). Strasbourg. 18 march 1997. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/ENG#{ "itemid":\["001-55765"\] }](https://hudoc.echr.coe.int/ENG#{) (дата перегляду: 12.07.2020).

275. Постановление Еврпейского Суда по правам человека по делу «Штукатуров против России». (Заявление № 44009/05). Страсбург. 27.03. 2008г. URL: <http://docs.cntd.ru/document/902140946> дата перегляду: 12.07.2020).

276. «Міжнародній статистичній класифікації хвороб та проблем, пов'язаних зі здоров'ям, 10-го перегляду» (ВООЗ). URL: <http://www.surgery.org.ua/Documents/Details/aa535505-419d-4d67-a9e7-5c6d4b8f1ced?title=MizhnarodniiKodifikatorKhvorobMkhh10> (дата перегляду: 12.07.2020).

277. Аргунова Ю. Н. Права граждан с психическими расстройствами. 2-е изд.; перераб. и доп. М.: Фолиум, 2007. 147 с.

278. Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ (дата перегляду: 12.07.2020).

279. Постановление Конституционного Суда Республики **Молдова** «Об исключительном случае неконституционности некоторых положений Гражданского кодекса и Гражданского процессуального кодекса Республики Молдова» от 17.11.2016 г. № 33. URL: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=97527&lang=ru (дата перегляду: 12.07.2020).

280. Від виключення до рівності. Реалізація прав людей з інвалідністю. *Практичний посібник для парламентарів щодо Конвенції про права інвалідів та Факультативного протоколу до неї*. К.: ТОВ «Гранд-Преса». 2008. 173 с.

281. Мельник С. В. Шведський досвід формування та реалізації політики соціального забезпечення та страхування. *Соціальна політика*. 2008. № 4. С. 114–126.

282. Бартенев Д. Г. Помощь в реализации дееспособности людей с ментальной инвалидностью в свете новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации. *Независимый психиатрический журнал*. 2014. IV. С. 50–57.
283. Миронова Г. А. Право пацієнтів із психічними розладами на згоду на медичне втручання: міжнародні стандарти та вітчизняне законодавство. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 17. Київ, 2017. С. 34–40.
284. Загальні зауваження Комітету з прав інвалідів по статті 12 КПП. URL: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx> (дата перегляду: 12.07.2020).
285. Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Salontaji-Drobnjak v. Serbia» (Application no 36500/05). Strasbourg. 13 October 2009. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-94985"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (дата перегляду: 12.07.2020).
286. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Михайленко проти України» (Заява № 18389/03). Страсбург. 15.05.2008р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_465#Text (дата перегляду: 12.07.2020).
287. Judgment of the European Court of Human Rights in the case «X and Y v. Croatia» (Application no 5193/09). Strasbourg. 3 November 2011. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-107303"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{) (дата перегляду: 12.07.2020).
288. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Горшков проти України» (Заява № 67531/01). Страсбург. 19.04.2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_090#Text дата перегляду: 12.07.2020).
289. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Анатолій Руденко проти України» (Заява № 50264/08). Страсбург. 03.08.2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a10#Text (дата перегляду: 12.07.2020).
290. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Акопян проти України» (Заява № 12317/06). Страсбург. 05.06.2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a13#Text (дата перегляду: 12.07.2020).
291. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Федорова проти України» (Заява № 1853/08). Страсбург. 12.05.2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_927#Text (дата перегляду: 12.07.2020).

292. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень шостого речення частини першої статті 13 Закону України "Про психіатричну допомогу" від 20 грудня 2018 року № 13-р/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-18> (дата перегляду: 12.07.2020).

293. Білоусов Ю. В. Судові гарантії захисту прав фізичної особи при наданні їй психіатричної допомоги. *Проблеми здійснення та захисту особистих немайнових прав фізичної особи в умовах євроінтеграції*. Збірник наукових матеріалів круглого столу / Ред. Білоусов Ю.В., Бобрик В. І. Тернопіль: підручники і посібники, 2007. С. 35–41.

294. Закон України «Про психіатричну допомогу» від 22.02.2000р. № 1489-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1489-14#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).

295. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання психіатричної допомоги» від 14.11.2017 № 3305-УІІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2205-19#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).

296. Порядок проведення стерилізації недієздатних осіб. *Інформаційна довідка, підготовлена Європейським інформаційно-дослідницьким центром на запит народного депутата України*. URL: <http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/29315.pdf> (дата перегляду: 12.07.2020).

297. Стефанчук Р. О. Цивільна правоздатність та дієздатність як необхідні передумови здійснення особистих немайнових прав фізичних осіб. *Університетські наукові записки*. 2006. № 3–4. С. 114 – 123.

298. Осадчук С. Способи вираження волі у правовідносинах та їх наслідки. *Підприємництво, господарство, право*. 2011. № 5. С. 14 – 17.

299. Пивовар В. Трудова дієздатність фізичної особи. *Підприємництво, господарство і право*. 2011. № 7. С. 26 – 29.

300. *Теорія держави і права: навч. посібник для вузів* / Р. А. Ромашов, Н. М. Пархоменко, С. М. Легуша, Г. Н. Муртазаєва. К.: КНТ, 2007. 216 с.

301. Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: *автореф. дис. на здобуття наук. ступеня док. юрид. наук*: 12.00.03. К.: КНУ ім. Тараса Шевченка, 2007. 33 с.
302. Гайворонський В. М., Жушман В. П. Аграрне право України. *Підручник*. Харків: Право, 2003. 237 с. URL: <http://www.info-library.com.ua/books-book-112.html> (дата перегляду: 12.07.2020).
303. Харитонов Є. О, Старцев О. В. Цивільне право України. Підручник. К.: Істина, 2007. 816 с.
304. Радченко О. І. Статус народного депутата України: проблеми теорії і правового регулювання: *автореф. дис. на здобуття наук. ступеня док. юрид. наук*: 12.00.02. Національна академія внутрішніх справ України. Київ, 2005. 19 с.
305. Чутчева О. Громадяни як суб'єкти соціально забезпечувальних правовідносин: теорія і практика. *Право України. 2003. № 7. С. 65–69.*
306. Харитонova О. І. Деякі проблеми визначення творчоздатності фізичної особи у віці до 18 років. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права* (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 10 листопада 2011 р. К.: Алеута, 2012. С. 77–80.
307. Кетрарь А.А. Суб'єкти авторських відносин. Актуальні проблеми держави і права. 2012. № 64. С. 352–360.
308. Зозуляк О. І. Договoроздатність: постановка питання про необхідність дослідження та визначення елементів. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права* (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 10 листопада 2011 р. К.: Алеута, 2012. С. 195–198.
309. Миронова Г. А. Проблема визначення поняття «медична дієздатність пацієнта». *Приватне право і підприємництво*. Випуск 11. Київ, 2012. С. 62–68.
310. Миронова Г. А. Проблема визначення компетентності (медичної дієздатності) пацієнта як суб'єкта правовідносин з приводу медичного втручання. *Часопис Академії адвокатури України*. 2012. № 3. URL: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2012-3/content.html> (дата перегляду: 12.07.2020).

311. Сенюта. І. Право людини на особисту недоторканність у контексті надання медичної допомоги. *Медичне право України: проблеми становлення та розвитку*. Матеріали I Всеукраїнської науково-практичної конференції 19–20 квітня 2007 р., Львів. С. 272–279.
312. Mental Capacity Act 2005. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents> (дата перегляду: 12.07.2020).
313. Bellhouse J., Holland A., Clare I., Gunn M. Decision-making capacity in adults: its assessment in clinical practice. URL: <http://apt.rcpsych.org/content/7/4/294.full> (дата перегляду: 12.07.2020).
314. Миронова Г. А. Особливості договірної регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги в сучасних умовах. *Особливості правового забезпечення інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах системних суспільних криз*: збірник наукових праць / за заг. ред. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. Д. Крупчана. К., 2019. С. 95–130.
315. Бервено С. М. Проблеми договірної права України: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2006. 392 с.
316. Слипченко С. А. Оборотоспособность объектов личных неимущественных прав, обеспечивающих социальное бытие физического лица: монография. Харьков, 2011. 336 с.
317. Стефанчук Р. Перспективи договірної регулювання особистих немайнових відносин. *Право України*. 2012. № 9. С. 185–191.
318. Кохановська О. Розвиток доктрини немайнових відносин в Україні. *Право України*. 2019. № 1. С. 93–104.
319. Бобрик В. И. Договорное регулирование личных неимущественных отношений. *Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения*: Сб. статей и иных материалов / под ред. Р. А. Стефанчука. К: Юрінком Інтер, 2010. С. 229–245.
320. Горев В. О. Свобода договору як загальна засади цивільного законодавства України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.03. К., 2007. 20 с.

321. Зеліско А. В. Принципи договірної регулювання цивільних правовідносин у механізмі правового регулювання *Договір як універсальна форма правового регулювання*: монографія / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 95–111.
322. Покровский И. А. Обязательства из договоров. Проблема договорной свободы. *Основные проблемы гражданского права* / Редкол.: Козлова Н. В., Корнеев С. М., Кулагина Е. В., Панкратов П. А. М.: Статут, 2001. С. 245–276.
323. Яроцький В. Л. Нормативно-організаційні й самоорганізаційні засади правового регулювання цивільних відносин. *Проблеми законності*: Збірник наукових праць. 2009. Вип. 100. С. 114–122.
324. Сіщук Л. В. Роль договору у структурі механізму регулювання цивільних правовідносин. *Договір як універсальна форма правового регулювання*: монографія / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 111–126.
325. Погрібний С. О. До питання про визначення норми цивільного права. *Проблеми законності*: Збірник наукових праць. 2010. Вип. 109. С. 84–94.
326. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1. Общие положения. 3-е изд., стер. М.: Статут, 2011. 847 с.
327. Мельниченко Р. В. Обмеження договірної свободи сторін у цивільному праві України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія ПРАВО. Випуск 30. Том 1. 2015. С. 140–144.
328. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: *автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук*: 12.00.03. К., 2001. 18 с.
329. Кузнєцова Н. С. Правові наслідки порушення вимоги про відповідність змісту правочину ЦК України та іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2012. № 6. С. 51–56.
330. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: монографія. К.: КНТ, 2008. 48 с.
331. Кот О. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2016. № 4 (87). С. 127–137.

332. В. Біленко. Договірне регулювання відносин, що виникають у зв'язку із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій: *автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук*: 12.00.03. Київ, 2018. 20 с.
333. Миронова Г. А. Моральні засади суспільства як межа приватного розсуду суб'єктів договірних відносин у сфері надання медичної допомоги. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 20. Київ, 2020. С. 19–27.
334. Басай О.В. Принципи цивільного права України: теорія і практика: монографія. Івано-Франківськ. 2013. 428 с.
335. Крупчан О. Д. Сучасний стан та перспективи розвитку приватноправової сфери в Україні. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 11. К., 2012. С. 5–16.
336. Осакве К. Свобода договору в англо-американском праві: поняття, сутність обмеження. *Журнал російського права*. 2006. № 8. С. 131–143.
337. Беляневич О. А. Принцип свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України. *Вісник Київського нац. ун-ту імені Тараса Шевченка*. 2004. № 60/52. С. 64–69.
338. Бичкова С. С. Правові наслідки вчинення правочину з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 15. Київ, 2016. С. 29–34.
339. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Т. 1. [2-ге вид. перероб. і доп.]. К.: Юрінком Інтер, 2006. 831с.
340. Рушак І. В. Правочини, що порушують публічний порядок, і їх недійсність: *автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук.*: 12.00.03. К., 2012. 19 с.
341. Білан О. П. Моральні засади суспільства як категорія обмеження договірної свободи. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2013. Вип. 62. С. 211–220.
342. Закон України «Про захист суспільної моралі» від 20.11.2003 р. № 1296-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1296-15#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).

343. Указ Президента України «Про Клятву лікаря» від 15.06.1992 р. № 349. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/349/92#Text> (дата перегляду: 12.07.2020).
344. Рішення Дніпровського районного суду м. Херсона від 21.04.2015 р. (справа № 2/666/468/15). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43755984> (дата перегляду: 12.07.2020).
345. Рішення Шевченківського районного суду м. Чернівці від 05.02.2019 р. (справа № 727/2956/18 URL.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79712867> (дата перегляду: 12.07.2020).
346. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 16 січня 2019 року. (справа №592/6444/16-ц). URL.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79313693> (дата перегляду: 12.07.2020).
347. Стефанчук Р. Перспективи договірного регулювання особистих. *Право України*. 2012. № 9. С. 185–191.
348. Зобов'язальне право: теорія і практика. *Навч. посібн. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів* / За ред. О.В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 1998. 912 с.
349. Алексашина Ю. Види цивільно-правових договорів як регуляторів цивільних правовідносин. *Юридична Україна*. 2012. № 12. С. 68–74.
350. Васильєва В. А. Доктринальні питання систематизації договорів. *Договір як універсальна форма правового регулювання: монографія* / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 126–143.
351. Миронова Г. А. Особливості договірного регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги в сучасних умовах. *Особливості правового забезпечення інтересів держави та суб'єктів приватного права в умовах системних суспільних криз: збірник наукових праць* / За заг. ред. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. Д. Крупчана. К., 2019. С. 95–130.
352. Майданик Р., Бервено С. Нетипові договори. *Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб.* / за ред. О.В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2008. С. 393–429.
353. Діковська І. А. Свобода сторін укладати договори, не передбачені законодавством: підходи окремих країн. *Ученые записки Таврического*

національного університета ім. В. І. Вернадського. Серія «Юридические науки». 2013. Том 26 (65). № 2-1 (Ч. 1). С. 240–245.

354. Сурай Д Ю. Змішані договори та їх відмінності від інших договорів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія ПРАВО. Випуск 33. Том 1. 2015. С. 165–168.

355. Брагинский, М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М.: Статут, 2007. 79 с.

356. Мигалок Л. В. Непойменовані договори в цивільному праві України: автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2013. 19 с.

357. Мигалюк Л. В. Місце та роль непоіменованих договорів у цивільному праві України. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2 (38). С. 172–176.

358. Мигалюк Л. В. Особливості змісту непоіменованого договору. *Науково-інформаційний вісник Право*. 2012. № 6. С. 161–167.

359. Погрібний С. О. Цивільний кодекс як основний акт цивільного законодавства. *Право України*. 2005. № 1. С. 86–91.

360. Гейнц Р. М. Непойменовані договори. *Договір як універсальна форма правового регулювання*: монографія / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 193–218.

361. Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дисертація на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03. Острог, 2004. 203 с.

362. Кузнєцова Н. Розвиток договірної права України. *Договірне право України*. Загальна частина: навч. посіб. / за ред. О.В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2008. С. 4–10.

363. Миронова Г. А. Заблаговременное волеизъявление относительно медицинского вмешательства: опыт правового регулирования. *Медицинское право*. 2014. № 5. С. 50–54.

364. Recommendation of the Committee of Ministers to Member States (2009) 11 «Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity». URL: <https://www.coe.int/en/web/cdcj/activities/powers-attorney-advance-directives-incapacity> (дата перегляду: 12.07.2020).

365. Миронова Г. А. Право пацієнта на вибір методів лікування: «білі плями» українського законодавства. *Право України*. 2009. № 3. С. 59–64.
366. Резолюция Парламентской ассамблеи Совета Европы 1859 (2012) «Принятие во внимание заблаговременно высказанных пожеланий пациентов как средство защиты прав и достоинства человека». URL: [https://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/\[Russian_documents\]/%5B2012%5D/%5bJan2012%5d/Res1859_rus.asp](https://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/[Russian_documents]/%5B2012%5D/%5bJan2012%5d/Res1859_rus.asp) (дата перегляду: 12.07.2020).
367. Рекомендации Парламентской ассамблеи Совета Европы 1993 (2012) «Принятие во внимание заблаговременно высказанных пожеланий пациентов как средство защиты прав и достоинства человека». URL: [https://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/\[Russian_documents\]/%5B2012%5D/%5bJan2012%5d/Rec1993_rus.asp](https://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/[Russian_documents]/%5B2012%5D/%5bJan2012%5d/Rec1993_rus.asp) (дата перегляду: 12.07.2020).
368. Миронова Г. А. Цивільно-правовий інститут попереднього волевиявлення щодо медичного втручання. *Юридичний журнал*. 2010. № 8. С. 38–46.
369. Вулфел Чарльз Дж. Энциклопедия банковского дела и финансов. Перевод с английского. М.: Корпорация «Федоров», 2000. 1030с.
370. Medical Orders For Life Sustaining Treatment URL: https://www.health.ny.gov/professionals/patients/patient_rights/molst/ (дата перегляду: 12.07.2020).
371. Physician Orders For Life Sustaining Treatment. URL: <https://polst.org/> (дата перегляду: 12.07.2020).
372. Patient Self Determination Act. URL: <https://www.gapna.org/patient-self-determination-act-psda> (дата перегляду: 12.07.2020).
373. Patients' Bill of Rights. URL: https://www.healthsourceglobal.com/docs/Patient%20Bill%20of%20Rights_merged.pdf (дата перегляду: 12.07.2020).
374. New York Health Care Proxy Forms. URL: <https://ag.ny.gov/sites/default/files/advancedirectives.pdf> (дата перегляду: 12.07.2020).
375. Вопросы и ответы о доверенностях. URL: <https://www.washingtonlawhelp.org/languages/RU/health> (дата перегляду: 12.07.2020).

376. Questions and Answers on Living Wills. URL: https://www.washingtonlawhelp.org/files/C9D2EA3F-0350-D9AF-ACAE-BF37E9BC9FFA/attachments/01448F66-DCEF-4A9D-BFA6-EFCE88F81A48/9608ru_power-of-attorney-documents_russian.pdf (дата перегляду: 12.07.2020).
377. Maryland State Advance Directives Form (select a language). URL : <https://www.marylandattorneygeneral.gov/Pages/HealthPolicy/AdvanceDirectives.aspx> (дата перегляду: 12.07.2020).
378. Mental Capacity Act Code Of Practice. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/mental-capacity-act-code-of-practice> (дата перегляду: 12.07.2020).
379. Prof. Nikola Biller-Andorno, dr. Roberto Andorno. Country reports on advance directives. *ESF Exploratory Workshop Advance Directives: Towards a Coordinated European Perspective*. Institute of Biomedical Ethics, University of Zurich, Switzerland 18-22 June 2008. 107 p.
380. Sarah P. Die Patientenverfugung – uber den Selbstbestimmungsdiskurs am Lebensende. Waxmann Verlag GmbH. 2018. 205 s.
381. Ley basica reguladora de la autonomna del paciente y de derechos y obligaciones en materia de informaciyn y documentaciyn clnica. URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188> (дата перегляду: 12.07.2020).
382. P. Lorda, M. Tamayo-Velbzquez, I. M. Barrio-Cantalejo. Advance directives in Spain. Perspectives from a medical bioethicist approach. *Bioethics*. 2008. Vol. 22, № 6. P. 346–354. URL: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18479491/> (дата перегляду: 12.07.2020).
383. Akte van 22 augustus 2002 over de rechten van patienten URL: <https://www.health.belgium.be/nl/wet-van-22-augustus-2002-betreffende-de-rechten-van-de-patient> (дата перегляду: 12.07.2020).
384. Wet betreffende de euthanasie URL: <https://leif.be/vragen-antwoorden/wet-betreffende-euthanasie-2002/> (дата перегляду: 12.07.2020).

385. Wettekst Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO)
URL: [http://hulpguids.nl/recht/wettelijke-regelingen/wettekst-wet-op-de-geneeskundige-behandelingsovereenkomst-\(wgbo\).html](http://hulpguids.nl/recht/wettelijke-regelingen/wettekst-wet-op-de-geneeskundige-behandelingsovereenkomst-(wgbo).html) (дата перегляду: 12.07.2020).

386. Brauer S., Biller-Andorno N., Andorno R.. Country Reports on Advance Directives. *ESF- Exploratory Workshop on Advance Directives*, Zurich. 2008. 18 –22 June. 107 p.

387. Rights and Obligations of Patients (According to Act CLIV of 1997 on Health). URL: http://www.szozolo.hu/53/rights_and_obligations_of_patients.htm.

388. Act on The Status And Rights Of Patients. URL: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1992/en19920785.pdf> (дата перегляду: 12.07.2020).

389. Das Grundgesetz fur die Bundesrepublik Deutschland. URL: <https://www.bundestag.de/grundgesetz> (дата перегляду: 12.07.2020).

390. Patientenverfugung. URL: <https://www.bundesaerztekammer.de/patienten/patientenverfuegung/> (дата перегляду: 12.07.2020).

391. Burgerliches Gesetzbuch URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> (дата перегляду: 12.07.2020).

392. Nys H., Defloor S., Dierickx K., Goffin T. Patient Rights in the EU. URL: <http://www.eurogentest.org/fileadmin/templates/eugt/pdf/portugal.pdf> (дата перегляду: 12.07.2020).

393. Advanced treatment statements. URL: <https://www.rethink.org/advice-and-information/rights-restrictions/rights-and-restrictions/planning-for-your-care-advance-statements-and-advance-decisions/> (дата перегляду: 12.07.2020).

394. Patient Rights in Slovakia. *European Ethical-Legal Papers № 14*. URL: <http://www.eurogentest.org/index.php?id=676#l14> (дата перегляду: 12.07.2020).

395. Law on the Rights of Patients and of Compensation of the Damage to their Health of October 3. 1996. № I–1562. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.42491?jfwid=rivwzvrvpg> (дата перегляду: 12.07.2020).

396. Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 14.04.1986 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text (дата перегляду: 12.07.2020).
397. Кузнецова Н. Совершенствование механизма правового регулирования гражданских правоотношений. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права* (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 10 листопада 2011 року. К.: Алеута, 2012. С. 47–50.
398. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006. *Урядовий кур'єр*. 2006. 30 березня.
399. Права людини в галузі охорони здоров'я. Харків: Права людини, 2011. 176с.
400. Иоффе О. Обязательственное право. М.: Юридическая литература, 1975. 880 с.
401. Харитонов Є., Старцев О. Цивільне право України: *підручник*. К.: Істина, 2007. 816 с.
402. Миронова Г. А. Представництво пацієнта медичної установи у цивільному праві України. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 10. Київ, 2011. С. 69–73.
403. Цюра В. В. Теоретичні питання інституту представництва в цивільному праві України: монографія. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. К.: ФОП Мельник А. А., 2016. 492 с.
404. Миронова Г. А. Представництво пацієнта за довіреністю: цивільно-правова характеристика правочинів. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 3. С. 117–128.
405. Федорченко Н. В. Договір доручення: *дис. канд. юрид. наук*: 12.00.03. Інституту держави і права ім. В. М. Корецького. К., 2004. 223 с.
406. Кузнецова Н. С. Принципи сучасного зобов'язального права. *Українське комерційне право*. 2003. № 4. С. 9–15.

ДОДАТОК А
СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ АВТОРОМ ПРАЦЬ
ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Одноосібні монографії:

1. Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія. К.: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 309 с.

2. Миронова Г. А. Модернізація цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги: теоретичні засади та практика імплементації: монографія. К.: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 200 с.

Колективна монографія:

3. Миронова Г. А. Проблеми правового регулювання медичної діяльності у контексті європейських стандартів. *Цивільне законодавство України в контексті розвитку європейського приватного права*: монографія; за заг. ред. Ю. В. Білоусова. К.: Ред. журн. «Право України», 2013. С. 92–130.

Статті у вітчизняних наукових фахових виданнях:

4. Миронова Г. А. Етичні засади приватноправового регулювання відносин у біомедичній сфері: сучасні європейські стандарти. *Право України*. 2007. № 10. С. 106–110.

5. Миронова Г. А. Право пацієнта на вибір методів лікування: «білі плями» українського. *Право України*. 2009. № 3. С. 59–64.

6. Миронова Г. А. Теоретичні аспекти проблеми правової охорони гідності особи в умовах медичного втручання. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 9. Київ, 2010. С. 59–64.

7. Миронова Г. А. Представництво пацієнта медичної установи у цивільному праві України. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 10. Київ, 2011. С. 69–73.

8. Миронова Г. А. Представництво пацієнта за довіреністю: цивільно-правова характеристика правочинів. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 3. С. 117–128.

9. Миронова Г. А. Проблема визначення поняття «медична дієздатність пацієнта». *Приватне право і підприємництво*. Випуск 11. Київ, 2012. С. 62–68.
10. Миронова Г. А. Проблема визначення компетентності (медичної дієздатності) пацієнта як суб'єкта правовідносин з приводу медичного втручання. *Часопис Академії адвокатури України*. 2012. № 3. URL: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2012-3/content.html>.
11. Миронова Г. А. Європейські принципи захисту прав та гідності недієздатних пацієнтів. *Вісник Академії Адвокатури*. 2012. Число 2 (24). С. 55–62.
12. Миронова Г. А. Living will – новий інститут європейського приватного права. *Часопис Хмельницького університету управління та права Університетські наукові записки*. 2012. № 3. С. 47–54.
13. Миронова Г. А. Цивільно-правові засади права на медичну допомогу. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 12. Київ, 2013. С. 43–48.
14. Миронова Г. А. Право лікаря на відмову від здійснення законного абортів з міркувань совісті. *Юридична Україна*. 2013. № 5. С. 49–53.
15. Миронова Г. А. Право на медичну допомогу: цивільно-правова характеристика. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 13. Київ, 2014. С. 67–71.
16. Миронова Г. А. Право дитини на медичну інформацію. *Підприємництво, господарство, право*. 2014. № 5. С. 33–37.
17. Миронова Г. А. Приватні і публічні засади в правовому регулюванні правовідносин з надання медичної допомоги. *Юридична Україна*. 2014. № 8. С. 47–52.
18. Миронова Г. А. Методологічні аспекти приватноправового регулювання особистих немайнових відносин в сфері надання медичної допомоги. *Юридична Україна*. 2014. № 9. С. 52–58.
19. Миронова Г. А. Особливості здійснення прав пацієнта у сфері надання паліативної допомоги. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 15. Київ, 2016. С. 61–65.
20. Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у медичній сфері: деякі питання методології. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 16. Київ, 2016. С. 60–64.

21. Миронова Г. А. Право пацієнтів із психічними розладами на згоду на медичне втручання: міжнародні стандарти та вітчизняне законодавство. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 17. Київ, 2017. С. 34–40.

22. Миронова Г. А. Реформування інституту недієздатності в Україні. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 18. Київ, 2018. С. 79–84.

23. Миронова Г. А. Приватноправові норми у правових актах та медико-технологічних документах із надання медичної допомоги. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 19. Київ, 2019. С. 93–97.

24. Миронова Г. А. Моральні засади суспільства як межа приватного розсуду суб'єктів договірних відносин у сфері надання медичної допомоги. *Приватне право і підприємництво*. Випуск 20. Київ, 2020. С. 19–27.

Статті у наукових періодичних видання інших держав та виданнях, які включені до міжнародних наукометричних баз:

25. Миронова Г. А. Право врача на отказ от производства законного аборта: международные стандарты и законодательство Украины. *Медицинское право*. 2014. № 2. С. 53–56.

26. Миронова Г. А. Заблаговременное волеизъявление относительно медицинского вмешательства: опыт правового регулирования. *Медицинское право*. 2014. № 5. С. 50–54.

27. Миронова Г. А. Особенности получения согласия на медицинское вмешательство в отношении ребенка: международные стандарты и законодательство Украины. *Юридическая наука*. 2014. № 2. С. 136–143.

28. Миронова Г. А. Право пацієнта на відмову від лікування. *Scientific letters of academic society of Mishal Baludansky*. 2014. Volume 2. No 6/2014. P. 44–46.

Опубліковані праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

29. Миронова Г. А. Науково-практичний коментар до Глави II Згода Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (1997 р.). К: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2017. 96 с.

30. Миронова Г. А. Цивільно-правовий інститут попереднього волевиявлення щодо медичного втручання. *Юридичний журнал*. 2010. № 8. С. 38–46.

31. Миронова Г. А. Оформлення відмови дієздатного повнолітнього пацієнта від запропонованого медичного втручання. *Юридична газета*. 5 листопада 2013. № 45. С. 30–31.

32. Миронова Г. А. Права человека в медицине: правовые средства реализации. *Право и этика биомедицинской деятельности в России и за рубежом*: сб. науч. ст. / под ред. д-ра юрид. наук, проф. Г. Б. Романовского, канд. юрид. наук, проф. И. Я. Сенюты. Пенза: Изд-во ПГУ, 2014. С. 122–132.

33. Миронова Г. А. Принцип особистої автономії у правовідносинах з надання паліативної допомоги. *Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції: збірник наукових праць* / за заг. ред. Ю. В. Білоусова; НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Хмельницький університет управління та права. Хмельницький: ФОП Мельник А. А., 2015. С. 127–132.

34. Миронова Г. А. Правило згоди пацієнта на медичне втручання: вплив європейських стандартів на законодавство України. *Забезпечення міжнародної приватноправової інтеграційної стратегії України*. Збірник наукових праць / За заг. ред. В. І. Короля та В. В. Кочина. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України. 2017. С. 121–156.

35. Миронова Г. А. Застосування аналогії права у регулюванні особистих немайнових відносин медичної сфери. *Наукове електронне видання Ius privatum*. 2017. № 1. С. 43–53.

36. Миронова Г. А. Проблеми реалізації прав внутрішньо переміщених осіб у сфері охорони здоров'я. *Міжнародно-правові та законодавчі засади реалізації й захисту прав та інтересів учасників приватних відносин в умовах збройних конфліктів: збірник наукових праць* / За заг. ред. док. юрид. наук, проф. НАПрН України О. Крупчана. К., 2018. С. 66–101.

37. Миронова Г. А. Особливості договірному регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги в сучасних умовах. *Особливості правового забезпечення інтересів держави та суб'єктів приватного*

права в умовах системних суспільних криз: збірник наукових праць / За заг. ред. док. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. Д. Крупчана. К., 2019. С. 95–130.

Опубліковані праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

38. Миронова Г. А. Європейські стандарти в області біоетики як складова правової моделі сучасного громадянського суспільства. *Матеріали Третього національного конгресу з біоетики*, м. Київ, 8–11 жовтня 2007 р. К., 2007. С. 56–57.

39. Миронова Г. А. Правова охорона гідності людини у біомедичних відносинах. *Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні*. Матеріали ІХ Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Острог, 30–31 травня 2008 р. Острог, 2008. С. 347–351.

40. Миронова Г. А. Право людини на шанування її гідності у світлі положень Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини. *Загальні тенденції та особливості реалізації, охорони і захисту приватних прав в Україні та світі*. Збірник наукових матеріалів конференції, м. Київ, 12 листопада 2008 р. К., 2008. С. 48–56.

41. Миронова Г. А. Етичні стандарти правового регулювання відносин за участю пацієнтів як складова європейської людиноцентристської доктрини. *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*. Статті учасників Третього всеукраїнського «круглого столу», м. Львів, 23–24 листопада 2008 р. Львів: «СПОЛОМ». С. 233–244.

42. Миронова Г. А. Категорія «правові засоби» в системі нормативного забезпечення охорони гідності людини. *Методология приватного права: сучасний стан та перспективи розвитку*. Матеріали ІІ Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 22–23 травня 2009 р. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака, 2009. С. 104–109.

43. Миронова Г. А. Методологічні аспекти правової інтерпретації поняття «гідність людини» в контексті специфічних умов медичного втручання. *Антропология права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи)*. Статті учасників Четвертого всеукраїнського «круглого столу», м. Львів, 28–29 листопада 2008 р. Львів: Край, 2009. С. 162–174.

44. Миронова Г. А. Правові засоби охорони гідності людини в умовах медичного втручання. *Тези доповідей Четвертого національного конгресу з біоетики*, м. Київ, 20–23 вересня 2010 р. К., 2010. С. 67

45. Миронова Г. А. Проблема визначення медичної дієздатності. *Збірник тез доповідей Другого всеукраїнського конгресу з медичного права, біоетики та соціальної політики*, м. Київ, 14–15 квітня 2011 р. Київ, 2011. С. 61.

46. Миронова Г. А. Принципи захисту прав та гідності недієздатних пацієнтів. *Збірник тез доповідей Міжнародного (Третього всеукраїнського) конгресу з медичного права і фармацевтичного права, біоетики та соціальної політики*, м. Київ, 19–21 квітня 2012 р. Київ, 2012. С. 95.

47. Миронова Г. А. Право пацієнта на відмову від лікування у невідкладних ситуаціях. *Права людини в Україні в сучасних умовах: пошук нових механізмів утвердження та забезпечення*. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 10 грудня 2014 р. К.: Ліра-К, 2014. С. 176–182.

48. Миронова Г. А. Особисті немайнові відносини медичної сфери як предмет регулювання цивільного законодавства. *Методологія приватного права (теоретичний дискурс та практичне застосування)*. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 10 червня 2016 р. К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2016. С. 187–191.

49. Миронова Г. А. Правосуб'єктність неповнолітніх у медичних відносинах: гарячі питання сучасності. *Місце дитини в українському суспільстві*. Збірник матеріалів Міждисциплінарної конференції, м. Київ 18 листопада 2016 р. К.: МП Леся, 2016. С. 37–41.

50. Крупчан О. Д., Миронова Г. А. Приватноправове регулювання договірних відносин у сфері надання медичної допомоги. *Гармонізація приватноправового законодавства України із законодавством країн ЄС*. Збірник статей і тез ІХ Міжнародного цивілістичного форуму, м. Харків 11–12 квітня 2019 р. К., 2019. С. 140–150.

ДОДАТОК Б

Інформація для пацієнта щодо захворювання та запропонованого лікування

Пацієнт (ка) Василець Ольга Іванівна

Надійшов (ла) до лікувального закладу Зразківська міська лікарня № 1

Час, день, місяць, рік звернення 14 годин 48 хвилин 1 травня 2013 року

На підставах: біль справа внизу живота, нудота, температура тіла 38,0°C

Проведено обстеження збирання анамнезу, огляд, пальпація живота, УЗД черевної порожнини, загальний та біохімічний аналіз крові

за результатами якого поставлено діагноз та запропоновано лікування.

Під час розмови з пацієнтом йому було надано таку інформацію про:

1. Характер захворювання та діагноз гострий апендицит
2. Мету, назву, характер, тривалість медичного втручання лапароскопічне видалення червоподібного відростка (лапароскопічна апендектомія) протягом 2 годин після госпіталізації, виписування зі стаціонару через 2–4 доби
3. Очікуваний результат видужання
4. Можливі ризики та ускладнення розвиток запальних процесів у післяопераційному періоді, пошкодження судин передньої черевної стінки та внутрішніх органів
5. Існуючі альтернативні методи лікування та їх ефективність класична апендектомія, ефективність та сама, виписування зі стаціонару через 5–7 діб
6. Наслідки та перебіг захворювання в разі відмови від лікування розвиток гнійного перитоніту, септичного шоку

На запитання пацієнта було надано такі відповіді:

1. Консервативне лікування гострого апендициту не є ефективним
2. Що пізніше виконується операція, то вища ймовірність розвитку тяжких ускладнень
3. Пацієнт має право погодитись на оперативне втручання в будь-який час

Розмову проведено лікарем Якіменком Володимиром Григоровичем підпис

З пацієнтом Василець Ольгою Іванівною підпис

У присутності лікаря-хірурга Тарасюка Івана Васильовича підпис

Час, число, місяць, рік 17 годин 11 хвилин 01 травня 2020 року

ДОДАТОК В

**Інформована добровільна відмова пацієнта від запропонованого медичного
втручання**

Я, Василець Ольга Іванівна, проживаю за адресою: м. Зразкове, вул. Т. Шевченка, 22,
тел. 5-15-18

(ПІБ, місце проживання і контактна інформація)

заявляю про свою відмову від лікування (назва методу), методом лапароскопічної
апендектомії

запропонованого мені лікарем (ПІБ, посада, медичний заклад) хірургом Якіменком
Володимиром Григоровичем Зразківської міської лікарні № 1

Під час моєї розмови з лікарем я отримав(ла) інформацію про мій діагноз і прогноз
захворювання гострий апендицит

запропоновані методи лікування та очікуваний результат лапароскопічна
апендектомія, видужання

наслідки та перебіг захворювання в разі відмови від лікування розвиток гнійного
перитоніту, септичного шоку

Із розмови з лікарем я зрозумів (ла), що єдиним ефективним методом лікування та
усунення небезпеки для здоров'я на сьогодні є апендектомія

Запропонований метод є для мене цілком неприйнятним з причини (пункт
заповнюється за бажанням пацієнта) власних міркувань

Я розумію, що моя відмова від запропонованого лікарем лікування або зволікання
може спричинити значну шкоду для здоров'я та, можливо, небезпеку для життя. Я
взяв(ла) до уваги відповіді на мої запитання. Мені також зрозуміло поради щодо
подальшого способу життя та лікування.

Мені роз'яснено, що в будь-який момент я можу змінити прийняте рішення,
звернутися до закладу охорони здоров'я та пройти лікування.

О. І. Василець _____ Підпис

Добровільну інформовану відмову підтверджую:

В. Г Якіменко _____ Підпис

Час, число, місяць, рік 09 годин 05 хвилин 02 травня 2020 року

ДОДАТОК Г

Акт підтвердження відмови від медичного втручання
та від письмового оформлення відмови

Акт складено (ПІБ, посада) де і коли лікарем-хірургом Якіменком Володимиром Григоровичем у приймальному відділенні Зразківської міської лікарні №1

За участю свідків (ПІБ, контактна інформація):

1. Іваненко Сергій Іванович, м. Зразкове, вул. Лесі Українки, 30, тел. 7-12-32
2. Задорожний Петро Васильович, м. Зразкове, вул. Леніна, 19, тел. 7-32-47
3. Петрова Галина Іванівна, м. Зразкове, вул. Т. Шевченка, 15, кв.45, тел. 5-82-64

Цей документ складено відповідно до статті 43 Закону України «Основи законодавства України з охорони здоров'я» від 19.11.1992 № 2801-ХІІ для підтвердження обставин і фактів добровільної інформованої відмови пацієнта Василець Ольги Іванівни

від запропонованого лікування та від письмового оформлення такої відмови.

Пацієнта було прийнято до закладу охорони здоров'я на підставі самозвернення

У результаті проведення обстеження пацієнту було поставлено діагноз та запропоновано лікування. В ході розмови з пацієнтом йому було надано істотну інформацію у доступній формі про:

1. Характер захворювання та діагноз гострий апендицит
2. Мету, назву, характер, тривалість медичного втручання лапароскопічне видалення червоподібного відростка (лапароскопічна апендектомія) протягом 2 годин після госпіталізації, виписування зі стаціонару через 2-4 доби
3. Очікуваний результат виужання
4. Можливі ризики та ускладнення розвиток запальних процесів у післяопераційному періоді, пошкодження судин передньої черевної стінки та внутрішніх органів
5. Існуючі альтернативні методи лікування та їхню ефективність класична апендектомія, ефективність та сама, виписування зі стаціонару через 5-7 діб
6. Наслідки та перебіг захворювання в разі відмови від лікування розвиток гнійного перитоніту, септичного шоку

На запитання пацієнта було надано такі відповіді:

1. Лікування є безкоштовним.
2. Лікарня обладнана всім необхідним устаткуванням для проведення операції.
3. У разі відмови від лікування лікар не несе відповідальності за здоров'я хворого.

Пацієнт відмовився від лікування та від письмового підтвердження своєї відмови за таких обставин: Після проведення обстеження та консультації пацієнт відмовився від лікування без пояснення причини відмови та залишив територію Зразківської міської лікарні № 1

Викладені факти підтверджую:

<u>Якіменко Володимир Григорович</u>	Підпис лікаря
<u>Іваненко Сергій Іванович</u>	Підпис свідка
<u>Задорожний Петро Васильович</u>	Підпис свідка
<u>Петрова Галина Іванівна</u>	Підпис свідка

Час, число, місяць, рік 10 годин 11 хвилин 02 травня 2020 року

ДОДАТОК Д

ПРОЕКТ

ЗАКОН УКРАЇНИ

Про внесення змін до деяких законодавчих актів
України щодо забезпечення прав фізичних осіб
у сфері надання медичної допомоги

Верховна Рада України **п о с т а н о в л я є**:

I. Внести зміни до таких законодавчих актів України:

1. У Цивільному кодексі України (Відомості Верховної Ради України, 2003 р., №№ 40–44, ст. 356):

1) Статтю 284 викласти в такій редакції:

Стаття 284. Право на медичну допомогу

1. Фізична особа має право на надання їй медичної допомоги.

2. Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій.

3. Надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її згодою.

4. Повнолітня дієздатна фізична особа має право відмовитися від надання медичної допомоги.

5. У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю повнолітньої дієздатної фізичної особи, медична допомога надається без процедури отримання згоди за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди від самої особи або уповноважених нею осіб та за відсутності документів з попередніх розпоряджень.

У випадку відмови батьків, або осіб, що їх замінюють, від надання медичної допомоги неповнолітній особі, яка перебуває у невідкладному стані, суб'єкт надання медичної допомоги зобов'язаний негайно, протягом 2-х годин з моменту констатації невідкладного стану, звернутися до суду для захисту інтересів неповнолітнього.

2) Статтю 285 викласти в такій редакції:

Стаття 285. Право на інформацію про стан свого здоров'я

1. Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти, років має право на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я.

2. Батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на інформацію про стан здоров'я дитини або підопічного.

3. Якщо інформація про хворобу фізичної особи може погіршити стан її здоров'я, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право надати неповну інформацію пацієнту, обмежити можливість його ознайомлення з окремими медичними документами. За бажанням повнолітнього дієздатного пацієнта медична інформація в обсязі, визначеному пацієнтом, повинна надаватися уповноваженій ним особі.

4. У разі смерті фізичної особи члени її сім'ї або інші фізичні особи, уповноважені ними, мають право бути присутніми при дослідженні причин її смерті та ознайомитись із висновками щодо причин смерті, а також право на оскарження цих висновків до суду

2. У Законі України Основи законодавства України про охорону здоров'я (Відомості Верховної Ради України, 1993 р., № 4, ст. 19; 2000 р., № 19, ст. 143; 2007 р., № 33, ст. 440, № 34, ст. 445; 2013 р., № 30, ст. 340):

1) статтю 3 доповнити частиною такого змісту:

“Попередні розпорядження пацієнта – документ, що описує дозволені повнолітньою фізичною особою для проведення медичні втручання та процедури при зазначених медичних станах, складені на випадок нездатності пацієнтом приймати усвідомлені рішення або повідомляти про них”;

2) У статті 34:

після частини четвертої доповнити статтю новою частиною такого змісту:

«Лікар має право відмовитися від здійснення медичного втручання (крім невідкладних ситуацій), що суперечить його переконанням, якщо він попередньо зазначив про це застереження у трудовій угоді (контракті) або у власних локальних актах».

У зв'язку з цим частини п'яту вважати шостою;

3) Статтю 39 викласти в такій редакції:

Стаття 39. Обов'язок надання медичної інформації

Пацієнт, який досяг чотирнадцятирічного віку, має право на отримання достовірної і повної інформації про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються його здоров'я.

Батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на отримання інформації про стан здоров'я дитини або підопічного.

Медичний працівник зобов'язаний надати пацієнтові в доступній формі інформацію про стан його здоров'я, мету проведення запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі наявність ризику для життя і здоров'я.

Якщо інформація про хворобу пацієнта може погіршити стан його здоров'я, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право надати неповну інформацію про стан здоров'я пацієнта, обмежити можливість його ознайомлення з окремими медичними документами. За бажанням повнолітнього дієздатного пацієнта медична інформація в обсязі, визначеному пацієнтом, повинна надаватися уповноваженій ним особі.

4) Статтю 43 викласти в такій редакції:

Стаття 43. Згода на медичне втручання

Згода інформованого відповідно до статті 39 цих Основ пацієнта необхідна для застосування методів діагностики, профілактики та лікування. Щодо пацієнта віком до 14 років (малолітнього пацієнта), а також пацієнта, визнаного в установленому законом порядку недієздатним, медичне втручання здійснюється за згодою їх законних представників.

Згода повнолітнього дієздатного пацієнта не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи уповноваженої ним особи та за відсутності документів з попередніх розпоряджень пацієнта.

Якщо відсутність згоди може призвести до тяжких для пацієнта наслідків, лікар зобов'язаний йому це пояснити. Якщо і після цього пацієнт відмовляється від лікування, лікар має право взяти від нього письмове підтвердження, а при неможливості його одержання – засвідчити відмову відповідним актом у присутності свідків

Повнолітній дієздатний пацієнт має право відмовитися від надання медичної допомоги.

Якщо відмову дає законний представник пацієнта і вона може мати для пацієнта тяжкі наслідки, лікар повинен повідомити про це органи опіки і піклування. У випадку відмови батьків, або осіб, що їх замінюють, від надання медичної допомоги неповнолітньому пацієнту, який перебуває у невідкладному стані, заклад охорони здоров'я зобов'язаний негайно, протягом 2-х годин з моменту констатації невідкладного стану, звернутися до суду для захисту інтересів пацієнта.

5) Статтю 52 викласти в такій редакції:

Стаття 52. Визначення незворотної смерті людини та припинення активних заходів щодо підтримання життя пацієнта

Медичні працівники зобов'язані надавати медичну допомогу пацієнту, який знаходиться в невідкладному стані, на підставах та в обсязі, визначених законодавством, на основі клінічних протоколів і стандартів надання невідкладної та екстреної медичної допомоги, які затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері охорони здоров'я, та з урахуванням попередніх розпоряджень пацієнта. Дозволені активні заходи щодо підтримання життя пацієнта припиняються у разі, якщо стан людини визначається як незворотна смерть.

Моментом незворотної смерті людини є момент смерті її головного мозку або її біологічна смерть.

II. Прикінцеві положення

1. Цей Закон набирає чинності з дня, наступного за днем його оприлюднення.

2. Кабінету Міністрів України, Міністерству охорони здоров'я України у шестимісячний строк з дня набрання чинності цим Законом розробити та надати пропозиції проектів законів на засадах визнаних міжнародно-правових стандартів з прав людини щодо: призначення уповноважених осіб пацієнта та врахування попередніх розпоряджень; процедури відмови лікаря від здійснення медичного втручання, що суперечить його переконанням, з урахуванням дотримання прав пацієнта.

ПОРІВНЯЛЬНА ТАБЛИЦЯ

до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги»

Зміст норми Чинного законодавства	Зміст відповідної норми проекту акта
Цивільний кодекс України	
<p>Стаття 284. Право на медичну допомогу</p> <p>1. Фізична особа має право на надання їй медичної допомоги.</p> <p>2. Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій.</p> <p>3. Надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її згодою.</p> <p>4. <i>Повнолітня дієздатна фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій і може керувати ними, має право відмовитися від лікування.</i></p> <p>5. У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю <i>фізичної особи, медична допомога надається без згоди фізичної особи або її батьків (усиновлювачів), опікуна, піклувальника.</i></p>	<p>Стаття 284. Право на медичну допомогу</p> <p>1. Фізична особа має право на надання їй медичної допомоги.</p> <p>2. Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій.</p> <p>3. Надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її згодою.</p> <p>4. Повнолітня дієздатна фізична особа має право відмовитися від надання медичної допомоги.</p> <p>5. У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю повнолітньої дієздатної фізичної особи, медична допомога надається без процедури отримання згоди за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди від самої особи або уповноважених нею осіб та за відсутності документів з попередніх розпоряджень. У випадку відмови батьків, або осіб, що їх замінюють, від надання медичної допомоги неповнолітній особі, яка перебуває у невідкладному стані, суб'єкт надання медичної допомоги зобов'язаний негайно, протягом 2-х годин з моменту констатації невідкладного стану, звернутися до суду для захисту інтересів неповнолітнього.</p>
<p>Стаття 285. Право на інформацію про стан свого здоров'я</p> <p>1. <i>Повнолітня фізична особа</i> має право на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я.</p>	<p>Стаття 285. Право на інформацію про стан свого здоров'я</p> <p>1. Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я.</p>

<p>2. Батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на інформацію про стан здоров'я дитини або підопічного.</p> <p>3. Якщо інформація про хворобу фізичної особи може погіршити стан її здоров'я або <i>погіршити стан здоров'я фізичних осіб, визначених частиною другою цієї статті, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право дати неповну інформацію про стан здоров'я фізичної особи, обмежити можливість їх ознайомлення з окремими медичними документами.</i></p> <p>4. У разі смерті фізичної особи члени її сім'ї або інші фізичні особи, уповноважені ними, мають право бути присутніми при дослідженні причин її смерті та ознайомитись із висновками щодо причин смерті, а також право на оскарження цих висновків до суду.</p>	<p>2. Батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на інформацію про стан здоров'я дитини або підопічного.</p> <p>3. Якщо інформація про хворобу фізичної особи може погіршити стан її здоров'я, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право надати неповну інформацію пацієнту, обмежити можливість його ознайомлення з окремими медичними документами. За бажанням повнолітнього дієздатного пацієнта медична інформація в обсязі, визначеному пацієнтом, повинна надаватися уповноваженій ним особі.</p> <p>4. У разі смерті фізичної особи члени її сім'ї або інші фізичні особи, уповноважені ними, мають право бути присутніми при дослідженні причин її смерті та ознайомитись із висновками щодо причин смерті, а також право на оскарження цих висновків до суду</p>
---	---

Основи законодавства України про охорону здоров'я

<p>Стаття 3. Поняття і терміни, що вживаються в законодавстві про охорону здоров'я</p> <p>У цих Основах та інших актах законодавства про охорону здоров'я основні поняття мають таке значення:</p>	<p>Стаття 3. Поняття і терміни, що вживаються в законодавстві про охорону здоров'я</p> <p>У цих Основах та інших актах законодавства про охорону здоров'я основні поняття мають таке значення:</p> <p>...</p> <p>Попередні розпорядження пацієнта – документ, що описує дозволені повнолітньою фізичною особою медичні втручання та процедури при зазначених медичних станах, складені на випадок нездатності пацієнтом приймати усвідомлені рішення або повідомляти про них.</p>
<p>Стаття 34. Лікуючий лікар</p> <p>Лікуючий лікар - лікар закладу охорони здоров'я або лікар, який провадить господарську діяльність з медичної практики як фізична особа - підприємець і який надає медичну допомогу пацієнту в період його обстеження та лікування.</p> <p>Лікуючий лікар обирається пацієнтом або призначається йому в установленому цими Основами порядку. Обов'язками лікуючого лікаря є своєчасне і кваліфіковане обстеження та лікування пацієнта. Пацієнт вправі вимагати заміни лікаря.</p> <p>Лікар має право відмовитися від подальшого ведення пацієнта, якщо останній не виконує</p>	<p>Стаття 34. Лікуючий лікар</p> <p>Лікуючий лікар - лікар закладу охорони здоров'я або лікар, який провадить господарську діяльність з медичної практики як фізична особа - підприємець і який надає медичну допомогу пацієнту в період його обстеження та лікування.</p> <p>Лікуючий лікар обирається пацієнтом або призначається йому в установленому цими Основами порядку. Обов'язками лікуючого лікаря є своєчасне і кваліфіковане обстеження та лікування пацієнта. Пацієнт вправі вимагати заміни лікаря.</p> <p>Лікар має право відмовитися від подальшого ведення пацієнта, якщо останній не виконує медичних приписів або правил внутрішнього</p>

<p>медичних приписів або правил внутрішнього розпорядку закладу охорони здоров'я, за умови, що це не загрожуватиме життю хворого і здоров'ю населення.</p> <p>Лікар не несе відповідальності за здоров'я хворого в разі відмови останнього від медичних приписів або порушення пацієнтом встановленого для нього режиму.</p> <p>Нормативи навантаження лікуючих лікарів затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я.</p>	<p>розпорядку закладу охорони здоров'я, за умови, що це не загрожуватиме життю хворого і здоров'ю населення.</p> <p>Лікар не несе відповідальності за здоров'я хворого в разі відмови останнього від медичних приписів або порушення пацієнтом встановленого для нього режиму.</p> <p>Лікар має право відмовитися від здійснення медичного втручання (крім невідкладних ситуацій), що суперечить його переконанням, якщо він попередньо зазначив про це застереження у трудовій угоді (контракті) або у власних локальних актах.</p> <p>Нормативи навантаження лікуючих лікарів затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я.</p>
<p>Стаття 39. Обов'язок надання медичної інформації</p> <p>Пацієнт, який досяг <i>повноліття</i>, має право на отримання достовірної і повної інформації про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються його здоров'я.</p> <p>Батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на отримання інформації про стан здоров'я дитини або підопічного.</p> <p>Медичний працівник зобов'язаний надати пацієнтові в доступній формі інформацію про стан його здоров'я, мету проведення запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі наявність ризику для життя і здоров'я.</p> <p>Якщо інформація про хворобу пацієнта може погіршити стан його здоров'я <i>або погіршити стан здоров'я фізичних осіб, визначених частиною другою цієї статті</i>, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право надати неповну інформацію про стан здоров'я пацієнта, обмежити можливість їх ознайомлення з окремими медичними документами.</p>	<p>Стаття 39. Обов'язок надання медичної інформації</p> <p>Пацієнт, який досяг чотирнадцятирічного віку, має право на отримання достовірної і повної інформації про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються його здоров'я.</p> <p>Батьки (усиновлювачі), опікун, піклувальник мають право на отримання інформації про стан здоров'я дитини або підопічного.</p> <p>Медичний працівник зобов'язаний надати пацієнтові в доступній формі інформацію про стан його здоров'я, мету проведення запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі наявність ризику для життя і здоров'я.</p> <p>Якщо інформація про хворобу пацієнта може погіршити стан його здоров'я, зашкодити процесові лікування, медичні працівники мають право надати неповну інформацію про стан здоров'я пацієнта, обмежити можливість його ознайомлення з окремими медичними документами. За бажанням повнолітнього дієздатного пацієнта медична інформація в обсязі, визначеному пацієнтом, повинна надаватися уповноваженій ним особі.</p>
<p>Стаття 43. Згода на медичне втручання</p> <p>Згода інформованого відповідно до статті 39 цих Основ пацієнта необхідна для застосування методів діагностики, профілактики та лікування. Щодо пацієнта віком до 14 років (малолітнього пацієнта), а</p>	<p>Стаття 43. Згода на медичне втручання</p> <p>Згода інформованого відповідно до статті 39 цих Основ пацієнта необхідна для застосування методів діагностики, профілактики та лікування. Щодо пацієнта віком до 14 років (малолітнього пацієнта), а також пацієнта, визнаного в</p>

<p>також пацієнта, визнаного в установленому законом порядку недієздатним, медичне втручання здійснюється за згодою їх законних представників.</p> <p><i>Згода пацієнта чи його законного представника на медичне втручання не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю пацієнта за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи його законних представників.</i></p> <p>Якщо відсутність згоди може призвести до тяжких для пацієнта наслідків, лікар зобов'язаний йому це пояснити. Якщо і після цього пацієнт відмовляється від лікування, лікар має право взяти від нього письмове підтвердження, а при неможливості його одержання - засвідчити відмову відповідним актом у присутності свідків.</p> <p><i>Пацієнт, який набув повної цивільної дієздатності і усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними, має право відмовитися від лікування.</i></p> <p><i>Якщо відмову дає законний представник пацієнта і вона може мати для пацієнта тяжкі наслідки, лікар повинен повідомити про це органи опіки і піклування.</i></p>	<p>установленому законом порядку недієздатним, медичне втручання здійснюється за згодою їх законних представників.</p> <p>Згода повнолітнього дієздатного пацієнта не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи уповноваженої ним особи та за відсутності документів з попередніх розпоряджень пацієнта.</p> <p>Якщо відсутність згоди може призвести до тяжких для пацієнта наслідків, лікар зобов'язаний йому це пояснити. Якщо і після цього пацієнт відмовляється від лікування, лікар має право взяти від нього письмове підтвердження, а при неможливості його одержання – засвідчити відмову відповідним актом у присутності свідків</p> <p>Повнолітній дієздатний пацієнт має право відмовитися від надання медичної допомоги.</p> <p>Якщо відмову дає законний представник пацієнта і вона може мати для пацієнта тяжкі наслідки, лікар повинен повідомити про це органи опіки і піклування. У випадку відмови батьків, або осіб, що їх замінюють, від надання медичної допомоги неповнолітньому пацієнту, який перебуває у невідкладному стані, заклад охорони здоров'я зобов'язаний негайно, протягом 2-х годин з моменту констатації невідкладного стану, звернутися до суду для захисту інтересів пацієнта.</p>
<p>Стаття 52. Визначення незворотної смерті людини та припинення активних заходів щодо підтримання життя пацієнта</p> <p><i>Медичні працівники зобов'язані надавати медичну допомогу у повному обсязі пацієнту, який знаходиться в невідкладному стані. Активні заходи щодо підтримання життя пацієнта припиняються у разі, якщо стан людини визначається як незворотна смерть.</i></p> <p>Моментом незворотної смерті людини є момент смерті її головного мозку або її біологічна смерть.</p>	<p>Стаття 52. Визначення незворотної смерті людини та припинення активних заходів щодо підтримання життя пацієнта</p> <p>Медичні працівники зобов'язані надавати медичну допомогу пацієнту, який знаходиться в невідкладному стані, на підставах та в обсязі, визначених законодавством, на основі клінічних протоколів і стандартів надання невідкладної та екстреної медичної допомоги, які затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері охорони здоров'я, та з урахуванням попередніх розпоряджень пацієнта. Дозволені активні заходи щодо підтримання життя пацієнта припиняються у разі, якщо стан людини визначається як незворотна смерть.</p> <p>Моментом незворотної смерті людини є момент смерті її головного мозку або її біологічна смерть.</p>

ПОЯСНЮВАЛЬНА ЗАПИСКА

до проекту Закону України

«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги»

Резюме

Метою прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прав фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги» є: **усунення колізій** у різних законодавчих актах та узгодження існуючого нормативного регулювання прав фізичних осіб при наданні медичної допомоги на єдиних засадах європейського приватного права; регламентація прав фізичних осіб, передбачених міжнародно-правовими стандартами: **права пацієнта на врахування попередніх розпоряджень, права лікаря на відмову від надання медичної допомоги з особистих переконань**; нормативно-правове визначення умов надання згоди та відмови при наданні медичної допомоги повнолітнім дієздатним та неповнолітнім фізичним особам.

I. Обґрунтування необхідності прийняття акта

1. Усунення колізій у цивільному законодавстві.

1.1. Правові умови надання згоди неповнолітньою особою віком від 14 років у цивільному законодавстві України не відпрацьовані належним чином, то ж мають в собі непродуктивні протиріччя. З одного боку, законодавець надав такій особі право на згоду на медичне втручання, з іншого – позбавив права на інформацію щодо стану свого здоров'я. Слід спиратися на правила п. 3 ст. 284 ЦК України та п. 1 ст. 43 Основ, за якими надання медичної допомоги фізичній особі, яка досягла чотирнадцяти років, провадиться за її згодою. Правомірність згоди на медичне втручання пов'язується у доктрині та законодавстві з дотриманням відповідних вимог щодо інформованості пацієнта. До того ж п. 2 ст. 6 спеціального Закону України «Про протидію поширенню хвороб, обумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, № 11, ст.152) передбачено, що «тестування осіб віком від 14 років і старше проводиться добровільно, за наявності усвідомленої інформованої згоди особи, отриманої після надання їй попередньої консультації щодо особливостей тестування, його результатів і можливих наслідків, з дотриманням умов щодо конфіденційності персональних даних, у тому числі даних про стан здоров'я особи».

Отже, згода неповнолітнього без його інформованості є неправомірною та юридично неповноцінною, тож не може тягнути за собою юридично значущі наслідки, тому у проекті запропоновано *послідовно прив'язати вік 14 років до визначеного обсягу дієздатності фізичної особи та узгодити всі статті, які стосуються даного предмета.*

Також у проекті пропонується конкретизувати норми щодо додаткового захисту прав та інтересів неповнолітніх від 14 років *при відмові законних*

представників від невідкладного медичного втручання. Запропоновано додаткові засоби захисту – обов'язок медичної установи протягом 2-годин звернутися до суду для захисту життя неповнолітньої особи.

1.2. Статтею 16. Прикінцеві положення Закону України «Про екстрену медичну допомогу» (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 30, ст.340) було внесено зміни у ст. 43 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», якими запроваджено нову концепцію законодавства відносно регулювання надання згоди пацієнтами, які опинилися у ситуації невідкладного стану. Формулювання «У невідкладних випадках, коли реальна загроза життю хворого є наявною, згода хворого або його законних представників на медичне втручання не потрібна» було замінено на нове: «Згода пацієнта чи його законного представника на медичне втручання не потрібна лише у разі наявності ознак прямої загрози життю пацієнта за умови неможливості отримання з об'єктивних причин згоди на таке втручання від самого пацієнта чи його законних представників».

Цю нову норму статті спеціального закону не було продубльовано у ЦК України, як того вимагають правила законодавчої техніки. Тому у проекті запропонована нова редакція ст. 43 Основ законодавства України про охорону здоров'я та аналогічні зміни до ст. 284 ЦК України.

II. Забезпечення прав фізичних осіб при наданні медичної допомоги на засадах європейського приватного права.

Правове регулювання може бути ефективним та доречно виконувати соціальне замовлення, коли в його основі – відображення закономірностей та актуальних потреб суспільного розвитку. З огляду на це, важливо будувати модель правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги в контексті бажаного вектору руху суспільного життя. Для України це є вектор західноєвропейського розвитку. Правовий напрямок євроінтеграційного руху України включає в себе, серед іншого, впровадження міжнародних правових стандартів у сфері забезпечення прав людини, в тому числі шляхом приведення вітчизняного законодавства у відповідність із положеннями міжнародних договорів за участю України та приєднання до європейських правових угод з цих питань. Так на порядку денному стоїть питання про *ратифікацію підписаної Україною Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини від 4 квітня 1997 р. (994-334)*. Актуальність даної події підтверджено постановою Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань на тему «Про реформу охорони здоров'я в Україні» від 21 квітня 2016 року № 1338-УІІ, якою у п. 3.8 Кабінету міністрів України надано рекомендацію стосовно підготовки пропозицій щодо ратифікації цієї європейської угоди. У зв'язку із даним завданням юридична наука прагне забезпечити розроблення та супровід нормативних актів, спрямованих на реалізацію реформування системи надання медичної допомоги.

Початок цієї важливої нормотворчої роботи – це внесення змін до деяких законів з метою запровадження регулювання для тих прав людини у сфері надання медичної допомоги, які ще не знайшли свого відображення у законодавстві України – у першу чергу ЦК України та Основах законодавства України про охорону здоров'я. Отже метою проекту закону в цій частині є *узгодження правового*

регулювання щодо окремих суб'єктивних прав фізичних осіб при наданні медичної допомоги: права повнолітньої дієздатної фізичної особи на згоду, відмову та врахування попередніх розпоряджень; прав та інтересів неповнолітніх фізичних осіб; права лікаря на відмову від надання деяких видів медичної допомоги з особистих переконань.

2.1. Обґрунтування права повнолітньої дієздатної фізичної особи від надання медичної допомоги та врахування попередніх розпоряджень.

Так виходячи з норм ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних (стосовно права на приватність) та ст. 9 Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини (стосовно прав осіб, які неспроможні дати згоду) та, повнолітня дієздатна фізична особа має право на відмову від надання медичної допомоги та на складання та врахування документів з попередніх розпоряджень пацієнта. Так ст. ст. 9 Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини передбачено: «якщо на час втручання пацієнт перебуває у стані неспроможності висловити свої побажання, враховуються побажання щодо медичного втручання, висловлені ним раніше». В Україні особисте немайнове право фізичної особи на інформований вибір при наданні медичної допомоги є проекцією природного фундаментального та конституційного права людини на гідність та недоторканність, що гарантовані статтями 28 та 29 Конституції України. Тому право пацієнта на згоду та відмову підлягає обмеженням тільки у виключних обставинах та на спеціально визначених у законі підставах. Такими підставами, зокрема, у європейському приватному праві визнається невідкладний стан пацієнта та його неспроможність висловити свою волю за відсутності чинних документів з попередніх розпоряджень.

З 2009 року у Раді Європи розпочинається рух за впровадження у національних правових системах механізмів врахування документів з попередніх розпоряджень пацієнтів. Спеціальні принципи щодо статусу та юридичних механізмів інституту завчасного планування лікування та догляду викладені у низці правових актів Ради ЄС, які мають характер рекомендацій. Зокрема, у Рекомендаціях Комітету міністрів Rec (2009) 11 «Про принципи, що стосуються довготривалих доручень та попередніх розпоряджень на випадок недієздатності» зазначено, що держави повинні сприяти завчасному самовизначенню дієздатних дорослих людей (на випадок їх нездатності у майбутньому) за допомогою відповідних доручень та попередніх розпоряджень. Питання про пріоритетність цих методів перед іншими запропоновано розглядати в контексті принципів самовизначення пацієнтів та субсидіарності заходів захисту. Складені у легітимній формі особисті директиви, повинні мати пріоритет серед інших рішень. Попередні директиви, які не мають обов'язкової сили, слід розглядати як заяви про бажання, яким необхідно приділяти належну повагу.

В період травень – грудень 2011 р. у Парламентській Асамблеї Ради Європи (далі – ПАРЄ) тривали слухання на тему «Living wills and the protection of health and human rights» (Прижиттєві волевиявлення та захист здоров'я і прав людини), результатом яких стало прийняття важливих документів – Резолюції 1859 (2012) та Рекомендацій 1993 (2012) під спільною назвою «Захист прав та гідності людини з урахуванням раніше висловлених побажань пацієнтів».

Зокрема, у Резолюції 1859 (2012) ПАРЄ рекомендує державам-членам: підписати, ратифікувати і повністю виконувати Конвенцію про права людини та біомедицину, якщо вони ще цього не зробили (п. 6.1); застосовувати Рекомендації Комітету Міністрів CM/Rec (2009) 11 (п. 6.2); переглянути у разі необхідності відповідне національне законодавство з метою його поліпшення (п. 6.3); для країн, які не мають спеціального законодавства з цього питання, необхідно: розробити плани заходів з кінцевою метою прийняття відповідного законодавства стосовно попередніх розпоряджень – прижиттєвого волевиявлення та довготривалої довіреності з питань охорони здоров'я; передбачити інформаційно-просвітницьку кампанію для широкої громадськості, а також медичних та юридичних працівників з метою роз'яснення нових положень та реалізації нового законодавства на практиці (п. 6.3.1); заохочувати самовизначення дієздатних дорослих людей за допомогою попередніх розпоряджень та надавати цим формам пріоритет над іншими заходами захисту (п. 7.1); забезпечити доступність попередніх розпоряджень у формі медичного заповіту або довіреності, отже, уникати складних форм або інших формальностей (п. 7.5).

Ратифікація міжнародних договорів України здійснюється відповідно до закону України «Про міжнародні договори України» № 1906-IV від 29 червня 2004 р. та проходить декілька обов'язкових етапів, визначених у статті 9. Зокрема, необхідним кроком є вимога привести національне законодавство у відповідність із нормами та принципами договору, що ратифікується. Для проведення процедури ратифікації Конвенції необхідно законодавчо закріпити належні юридичні механізми складання документів з попередніх розпоряджень та критеріїв для їх чинності. Зокрема, у подальшому у спеціальному законі слід: розробити положення і механізми, які можуть бути необхідними для забезпечення достовірності документів; врегулювати порядок чинності довіреності; встановити процедури та критерії визначення дієздатності пацієнтів; розглянути питання про введення системи сертифікації, реєстрації та/або повідомлення стосовно видачі, скасування, чинності, припинення дії доручень; передбачити механізми врегулювання конфліктів інтересів довірителя та представника; вирішити, якою мірою завчасні директиви повинні мати обов'язкову силу; розглянути, за яких обставин постійна довіреність втрачає силу та які заходи захисту слід вчинити за таких обставин; встановити питання про ситуації, які виникають у разі істотної зміни обставин.

В Україні перший крок до легітимації інституту попередніх розпоряджень Наказом МОЗ від 05.06.2019 № 1269 затверджено новий клінічний протокол «Екстрена медична допомога: догоспітальний етап», яким введено у правову систему попередні розпорядження пацієнта. Попередні розпорядження визначаються у протоколі як «документ, що описує дозволені для проведення процедури при зазначених медичних станах, включно усіх або лише частково з наведених: що робити при зупинці серця, чи дозволене штучне живлення, бажання бути донором або ні, діаліз, а також інші параметри». Пункт 4.4 даного протоколу містить вимогу до надавачів екстреної медичної допомоги визнати та підтримувати різноманітні способи, якими пацієнти можуть висловити свої побажання.

У світлі наведеного проектом передбачено регулювання *прав повнолітніх дієздатних фізичних осіб на згоду, відмову при наданні медичної допомоги та складання попередніх розпоряджень.*

2.2. Обґрунтування права лікаря відмовитися від здійснення медичного втручання (крім невідкладних ситуацій), що суперечить його переконанням.

Проблема заперечення лікаря з міркувань совісті в рамках надання законної медичної допомоги пов'язана із ситуаціями, коли переконання лікарів стають на заваді їхньої готовності виконувати окремі види медичних втручань. Такі моральні переконання, частіше за все, пов'язані із релігією, яку вони сповідують. Здебільшого практика відмови з міркувань совісті стосується здійснення штучного переривання вагітності, репродуктивних технологій та призупинення життєзабезпечувальних процедур для невиліковних хворих.

Аргумент на користь врахування міркувань совісті полягає в тому, що медичні працівники мають визнані міжнародною спільнотою права людини, зокрема, право на свободу совісті та особисту автономію. Так, міжнародними та європейськими правовими стандартами визнане право людини на свободу релігії, совісті та думки, а також обов'язок держави поважати це право. На європейському рівні ст. 9 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.) (995-004) гарантує право на свободу думки, совісті та релігії. Однак це право не є абсолютним та підлягає обмеженням, «що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, для охорони публічного порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

В контексті розв'язання даної проблеми ПАРЄ ухвалила Резолюцію «Право на заперечення з міркувань совісті при наданні легальної медичної допомоги» № 1763 (2010). Цим документом ПАРЄ закликає держави європейської спільноти гарантувати право лікаря на відмову здійснювати аборт, викидень або евтаназію на підставі власних заперечень совісті. Разом з цим, ПАРЄ вказує на небезпеку, що нерегульоване використання заперечення з міркувань совісті може нерозмірно вплинути на права жінок у сфері надання медичної допомоги – особливо тих, які мають низькі доходи або мешкають у сільській місцевості.

У європейському правовому просторі ведеться робота з легалізації інституту заперечення з міркувань совісті. Більшість країн, що регулюють таку практику, визнають право на лікаря на відмову лише або головним чином в контексті здійснення абортів, оскільки це найбільш поширене медичне втручання, проти якого медичні працівники добросовісно заперечують. У багатьох державах-членах було прийнято етичні кодекси або закони, що гарантують право на заперечення з міркувань совісті у медичних закладах. Національні суди деяких країн сформували відповідну практику з цього питання. Аналіз нормативних актів та судової практики окремих європейських країн надає змогу виокремити такі правила стосовно практики відмови від здійснення законного абортів, які необхідно у подальшому реалізувати на рівні спеціального закону: право на заперечення з міркувань совісті мають тільки фізичні особи, воно не застосовується до юридичних осіб; право на заперечення застосовується лише до виконання процедур та не застосовується до надання інформації, виконання супутніх послуг та екстрених випадків, пов'язаних із

рятуванням життя; медичні працівники зобов'язані інформувати завчасно про будь-які заперечення з міркувань совісті та без зволікань направляти пацієнтів до іншого виконавця медичних послуг. Таким чином, у законодавстві України необхідно забезпечити прості та прозорі механізми реалізації права лікаря відмовитися від здійснення медичного втручання (крім невідкладних ситуацій), що суперечить його переконанням, процедури нагляду та оскарження, які відіграють істотну роль в забезпеченні того, щоб практика заперечення з міркувань совісті здійснювалася у законний спосіб.

III. Прогноз соціально-економічних та правових наслідків прийняття акта

Реалізація акта матиме вплив на суспільні відносини в сфері реалізації прав фізичних осіб при отриманні необхідної медичної допомоги.

Важливим позитивним прогнозом впливу законопроекту на національну правову систему є **наближення вітчизняного законодавства до міжнародних правових стандартів** у сфері забезпечення прав людини. Реалізація акта сприятиме прозорості, послідовності та **узгодженості цивільного законодавства** України у сфері правосуб'єктності фізичних осіб при наданні медичної допомоги.

Прийняттям акта буде закладено **правовий фундамент для ратифікації підписаною Україною у 2002 році Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини** від 04.04.1997 р. та напрацювання у подальшому нових нормативно-правових актів, спрямованих на розроблення механізму реалізації окремих прав фізичних осіб, що передбачено цією європейською угодою.

IV. Вплив на бюджет

Прийняття проекту акта не потребуватиме додаткових видатків із державного та місцевих бюджетів.

ДОДАТОК Е



ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ

Комітет з питань здоров'я нації, медичної допомоги
та медичного страхування

01008, м.Київ-8, вул. М. Грушевського, 5, тел.: 255-91-59, тел./факс: 255-92-21

*Попович Т.Г.
до звіту.
О. Григорів*

Ученому секретарю науково-дослідного
інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака
Попович Т.Г.

вул. Раєвського, 23-а, а/с 136, м. Київ, 01042

Шановна Тетяно Григорівно!

Розглянувши Вашого листа з пропозиціями стосовно внесення змін до законів України, що регулюють особисті немайнові права в сфері охорони здоров'я, зокрема, у частині забезпечення прав фізичних осіб на надання згоди та відмову від медичного втручання, а також отримання інформації щодо стану свого здоров'я, повідомляємо, що відповідно до Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» та Положення про Міністерство охорони здоров'я України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 березня 2015 р. № 267, Комітет направив надані пропозиції до Міністерства охорони здоров'я України для їх вивчення та інформування вас та Комітету щодо доцільності/недоцільності їх урахування та втілення у життя.

Принадно інформуємо Вас, що нині на розгляді Верховної Ради України знаходиться проект Закону України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прав та інтересів дітей, а також осіб, визнаних недієздатними, у сфері охорони здоров'я (реєстр. № 3625), поданий Кабінетом Міністрів України. Комітет Верховної Ради України з питань здоров'я нації, медичної допомоги та медичного страхування, який визначено головним з розгляду цього законопроекту, рекомендував Верховній Раді України за результатами розгляду у першому читанні прийняти цей законопроект за основу, врахувавши в ньому, серед іншого, норми щодо забезпечення права осіб, які досягли чотирнадцяти років, на отримання достовірної і повної інформації про стан свого здоров'я (зміни до статті 39 Основ законодавства України про охорону здоров'я) та забезпечення права осіб у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років самостійно вчиняти та виконувати правочини, що пов'язані із отриманням медичної допомоги та медичного втручання, права фізичних осіб, які набули повної цивільної дієздатності, відмовитися від лікування тощо (зміни до статей 32, 284-286 Цивільного кодексу України). З повним текстом законопроекту реєстр. № 3625 та проекту Постанови Верховної Ради України реєстр. № 3625/П можна ознайомитися на офіційному веб-порталі Верховної Ради України у розділі «Законотворчість» (<https://portal.rada.gov.ua/>).

З повагою

Голова Комітету

М.Б. Радущкий

Ростовцева 255 92 78

НДІ приватного права і підприємництва АПРНУ
Вхідний № 01-8/188
від "08" "08" 2010 р.

ДОДАТОК Ж



Національна академія правових наук України
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ
ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф.Г. БУРЧАКА

Україна, 01042, Київ, вул. Раєвського, 23-а, а/с – 136 код 19485263
тел (044) 286-70-98 факс (044) 284-87-35 E-Mail: ndippp@adamant.net

21.11.2016/ № 01-9/2-256

Генеральному директору
ТОВ «Редакція газети «Ваше здоров'я»
Юлії Новгородській

Вельмишановна пані Юлія Борисівна!

Направляємо для використання у практичній діяльності Вашого товариства науково-аналітичну записку «Правові та організаційні засади надання паліативної допомоги в Україні» на додаток до надісланих раніше «Попередні розпорядження пацієнта: питання теорії та практики», «Відмова лікаря від надання медичної допомоги з міркувань совісті», «Юридична відповідальність лікаря за неналежне надання медичної допомоги», які було підготовлено старшим науковим співробітником відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства Мироною Г. А. у межах фундаментальної науково-дослідної теми Інституту «Правове забезпечення регіональних інтеграційних стратегій України в контексті модернізаційної політики держави».

З повагою,

Директор,
академік НАПрН України

О.Д. Крупчан



ТОВ «Редакція газети «Ваше здоров'я»

Юридична адреса: 04211, м. Київ, вул. Оболонська набережна, б.11, корпус 1.

Поштова адреса: 04211, м. Київ, а/с 138. Тел./факс: (044) 428-02-20

Р/р 26001011005034 в ПАТ «БТА БАНК» м. Київ, МФО 321723, ЄДРПОУ 13687369, ІПН 136873626577, Свідоцтво № 36365225

Вих. № 161130/1 від «30» 11 2016 р.

«ЗАТВЕРДЖУЮ»

Генеральний директор

ТОВ «Редакція газети «Ваше здоров'я»

Ю. Ю. Новгородська

«30» 11 2016 р.

А К Т

впровадження результатів наукового дослідження

Комісія у складі:

генерального директора Ю. Новгородської,

редактора відділу наукової інформації Т. Приходько,

видавничого редактора І. Хомчук,

підтверджує, що у практичній діяльності редакції газети, спрямованій на підготовку інформаційних і аналітичних матеріалів та консультування працівників державного сектору сфери охорони здоров'я, були використані наукові розробки Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України у межах теми «Правове забезпечення регіональних інтеграційних стратегій України в контексті модернізаційної політики держави» щодо:



- правової легітимності медичного заповіту пацієнта в умовах надання невідкладної медичної допомоги;
- правових аспектів оформлення відмови пацієнта від медичного втручання;
- правового визначення лікарської помилки та юридичної відповідальності медичних працівників за неналежне надання медичної допомоги;
- правових підстав відмови лікаря від надання медичної допомоги за законодавством України.

Голова комісії:


Генеральний директор


_____ (Ю. Новгородська)
**Члени комісії:**

редактор відділу наукової інформації


_____ (Т. Приходько)

видавничий редактор


_____ (І. Хомчук)