

*Науково-дослідний інститут
приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України*

Г. А. Миронова

МОДЕРНІЗАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА
У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ:
ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ТА ПРАКТИКА ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ

Монографія

Київ 2020

Рекомендовано до друку Вченою радою

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (протокол № 3 від 26 лютого 2020 р.)

РЕЦЕНЗЕНТИ:

Луць Володимир Васильович – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, головний науковий співробітник відділу проблем приватного права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України;

Булеца Сібілла Богданівна – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права та процесу юридичного факультету Ужгородського національного університету;

Махінчук Віталій Миколайович – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

М 64 **Миронова Г. А.**

Модернізація цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги: Монографія / Г. А. Миронова. К., 2020. 200 с.

ISBN 978-617-7087-81-5

У новій монографії, присвяченій дослідженню приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, автором розглядаються сучасні проблемні аспекти модернізації (оновлення) цивільного законодавства України на засадах концепту приватного права західної традиції та міжнародно-правових стандартів. Проаналізовано методологічні засади, новітні джерела, сучасні тенденції правового регулювання досліджуваних відносин.

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 договірного регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

Видання розраховано на вчених-правознавців, суддів, викладачів, студентів юридичних та медичних спеціальностей, а також всіх, хто цікавиться сучасними проблемами цивільно-правового регулювання медичної галузі.

УДК 347.121.1.132.6:614.2](477)

ISBN 978-617-7087-81-5

DOI: 10.32849/978-617-7087-81-5

- © Миронова Г. А., 2020
- © Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020

ЗМІСТ

ВСТУП. Забезпечення прав приватних осіб у сфері надання медичної допомоги: завдання для цивілістичної науки	4
РОЗДІЛ 1. Теоретико-методологічні засади дослідження приватно-правових відносин у сфері надання медичної допомоги	10
1.1. Основні елементи методології правового дослідження: система методів пізнання та світоглядний компонент	10
1.2. Концепт приватного права західної традиції як методологічна основа для дослідження та правового регулювання приватних відносин у сфері надання медичної допомоги	17
1.3. Джерела приватноправового регулювання у світлі концепту приватного права західної традиції	33
РОЗДІЛ 2. Новітні джерела приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.....	56
2.1. Цивільно-правовий договір як регулятор особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги: сучасні тенденції застосування.....	56
2.2. Приватноправові норми у правових актах та медико-технологічних документах зі стандартизації медичної допомоги.....	98
РОЗДІЛ 3. Модернізація цивільно-правового інструментарію забезпечення автономії вибору суб'єктів приватних відносин у сфері надання медичної допомоги.....	112
3.1. Сучасні тенденції законодавчої регламентації приватного розсуду та меж автономії лікаря	112
3.2. Проблемні аспекти імплементації міжнародно-правових стандартів у сфері автономії вибору пацієнта	120
РОЗДІЛ 4. Оновлення цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги повнолітнім недієздатним особам.....	146
4.1. Міжнародно-правові стандарти приватноправового регулювання відносин при наданні медичної допомоги повнолітнім особам з вадами волі та волевиявлення	146
4.2. Основні напрями реформування інституту недієздатності в цивільному праві України	157
4.3. Законодавче забезпечення права на вільний вибір у сфері надання медичної допомоги недієздатним фізичним особам	170
ВИСНОВКИ.....	186

ВСТУП.

Забезпечення прав приватних осіб у сфері надання медичної допомоги: завдання для цивілістичної науки

Країна, 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 громадянського суспільства до терпимості. Адже кожна людина – це своєрідний мікрокосмос, який вміщує свою систему цінностей та особливий світогляд зі стійким набором поглядів. З точки зору порівняння систем цінностей, яке невідворотно відбувається у процесі зіткнення окремих суб'єктів соціальної взаємодії, один світогляд може здаватися неправильним, помилковим або недостатньо обґрунтованим відносно іншого. В самому процесі порівняння, як і в умовиводах, які за ним слідують, криється небезпека критичної оцінки як самих поглядів, так і вчинків, способу життя, які ним обумовлюються, та, врешті-решт, негативного ставлення до самої людини як володільця певної системи цінностей, особливо це стосується представників окремих субкультурних утворень, переважно маргінального характеру.

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 прямо стосується також і такої особливої сфери суспільної взаємодії, як медична діяльність, адже медична сфера взагалі є більш чутливою до індивідуальних особливостей, оскільки дотична до найбільш внутрішніх, інтимних сторін життя людини. Учасники правовідносин медичної сфери є, насамперед, людьми, тож членами сучасного громадянського суспільства, 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). 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 толерантний суб'єкт солідарної взаємодії, за яким суспільство визнає автономію вільного вибору.

З цього випливає, що сучасна етична парадигма взаємовідносин суб'єктів сфери надання медичної допомоги ґрунтується на таких положеннях: 1) 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; 2) 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.

Враховуючи новітні соціокультурні орієнтири, спеціальне соціальне замовлення на розроблення актуальної проблематики сучасного цивільно-правового інструментарію у сфері надання медичної допомоги 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 інтерес до проблем правового регулювання суспільних відносин у сфері надання медичної допомоги методом 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. Для України це є вектор західноєвропейського розвитку. Правовий напрям євроінтеграційного розвитку України включає в себе, серед іншого, впровадження міжнародних правових стандартів у сфері забезпечення прав учасників приватних відносин у сфері надання медичної допомоги, 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, якою у п. 3.8 Кабінету Міністрів України надано рекомендацію стосовно підготовки пропозицій щодо ратифікації даної європейської угоди. У зв'язку із даним завданням Уряду юридична наука має забезпечити розроблення та супровід нормативних актів, спрямованих на реалізацію реформування сфери охорони здоров'я та її побудови як орієнтованої на пацієнта системи. Серед таких наукових напрацювань – представлене дисертаційне дослідження, результати якого є внеском у розроблення правових положень, які будуть покладені в основу напрацювань проектів нормативних актів, необхідних для проходження процедури ратифікації Конвенції Ов'єдо.

Крім того, окремим аспектом актуалізації досліджень правового регулювання приватних 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; комерціалізацію медицини та фармацевтики. З цього часу в європейському співтоваристві було арикульовано нагальну потребу у напрацюванні адекватних ефективних механізмів для правового реагування на ці виклики.

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. Розвиток реаніматології та інтенсивної терапії в останні десятиліття призвів до позитивних зрушень в сфері охорони здоров'я, удосконалення методів реанімації надають можливість продовжити виживання людини, відкласти момент смерті. Інтенсифікація боротьби за життя хворих, які знаходяться в критичних станах, стимулювала розвиток досліджень природи і механізмів змін, що виникають в організмі після термінального стану і

реанімації, та сприяла створенню низки принципово нових концепцій патогенезу згаданих змін і розробити схеми адекватного лікування.

Проте можливості терапії критичних станів не безмежні. 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 їх основного захворювання. Іноді виходить так, що пацієнт ледве вижив внаслідок активного лікування, ніби для того, щоб померти невдовзі після цього. Вважається, що пересадка кісткового мозку та трансплантація стовбурових клітин вбивають до 30% пацієнтів-одержувачів.

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 інтенсивним застосуванням найсучасніших методів продовження життя. Адже можливості медицини не безмежні. За даними Всесвітньої організації охорони здоров'я, 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 ризику, 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 з великою ймовірністю актуалізується реалізація небезпечного сценарію, коли успіхи у сфері біології та медицини можуть використовуватись не на благо теперішнього та прийдешніх поколінь. Зокрема, призвести до ситуацій, які поставили б під загрозу людську гідність та фундаментальні права людини у сфері здійснення медичної діяльності. Тобто швидкий та постійний прогрес

медичної науки створюватиме проблеми і навіть може представляти певні загрози по відношенню до основних прав як хворих людей, так й всього людства.

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 пацієнта, який згодом було закріплено у вигляді правила згоди пацієнта як попередньої умови будь-якого медичного втручання. 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 – в бік визнання цінності психологічного й фізичного комфорту пацієнта, а також до поваги права хворого на нездійснення лікарської допомоги. Сучасний етап ознаменувався остаточною 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.

Результатом осмислення наявного «пакету» соціально-правових умов стала унікальна нормативна робота з напрацювання універсальних принципів вирішення сучасних проблем, які можна і потрібно реалізувати в юридичних нормах національного законодавства. Ця робота певною мірою торкнулася й нашої країни. Право на медичну допомогу та автономію вибору суб'єктів правовідносин з надання медичної допомоги набули в Україні статусу фундаментальних прав людини та законодавчого закріплення.

Звісно, що правова доктрина та практика правового регулювання не можуть стояти осторонь існуючих проблем, тому напрацювання нових ефективних інструментів для приватноправового впливу на особисті немайнові відносини, що виникають при наданні медичної допомоги, є актуальним завданням правових досліджень. У зв'язку з наведеним не викликає сумнівів актуальність та необхідність виконаного автором завдання з формування наукової концепції приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги та наданих на цій основі пропозицій щодо модернізації (оновлення) оновлення цивільного законодавства України на сучасному етапі.

Спеціальне відокремлення автором саме цивільно-правового аспекту надало змогу більш ретельно дослідити особисті немайнові відносини у сфері

надання медичної допомоги у ракурсі можливостей для прояву правової свободи учасників даного суспільного сегмента. Зокрема, більш детально проаналізувати такі прояви цієї правової свободи, як інформований вибір пацієнта та встановлення ним меж втручання у власну приватність; сучасні особливості регулювання правосуб'єктності осіб, що мають вади волі та волевиявлення; можливості приватного розсуду з боку лікаря; сучасні тенденції щодо розширення нормативності джерел правового регулювання відносин медичної сфери. Особливої уваги у дослідженні приділено аналізу сучасного стану, можливостей та актуальних перспектив договірного регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

Терміни «медичне втручання» та «медична допомога» вживаються у даній праці, 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.

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРИВАТНОПРАВОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

1.1. Основні елементи методології правового дослідження: система методів пізнання та світоглядний компонент

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 будь-які надійні орієнтири щодо достовірності отриманого знання та його застосовності до вирішення як теоретичних, так й практичних завдань.

Методологія буквально означає вчення про методи, способи і стратегії дослідження предмета. 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 складаної 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-Фатеева 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»¹. 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 розв'язання 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 і єдність, спадкоємність, послідовність наукових пошуків та доведеність окремих наукових суджень.

Отже, елементами методології, які викладені у даному розділі та утворюють вихідний шар відправних засад для подальшого дослідження предмета – приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги, є, по-перше, система методів як шляхів отримання наукового знання, по-друге, концептуальні, світоглядні положення, що становлять аксіоматичну базу заявленого предмета дослідження.

Методи, які використовувалися при проведенні дослідження, прямо 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 предмета, що досліджується. Так, особисті немайнові відносини медичної сфери розглядаються автором не ізольовано від соціального контексту та не однобічно з точки зору формального нормативістського ракурсу, а у зв'язку із суттєвими ознаками історичної доби та соціального запиту з боку суспільства до актуального набору фундаментальних ідей, цінностей та принципів, які висувають відповідні вимоги до правового регулювання відносин сфери надання медичної допомоги методом приватного права. Зокрема, застосування діалектичного методу до аналізу приватноправового регулювання інформованої згоди фізичної особи на

¹ 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. Слип-ченко. Харьков: Право. 2017. С. 124.

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. Вказана повнота досягнута, по-перше, щодо суб'єктів надання згоди (повнолітніх дієздатних осіб, неповнолітніх осіб, повнолітніх осіб з вадами волі та волевиявлення), трьох спеціальних форм згоди пацієнта на медичне втручання в умовах невідкладного випадку: припущеної згоди, відкладеної згоди, попередньої згоди та трьох правових режимів інформованої добровільної відмови від медичного втручання повнолітнього дієздатного пацієнта на підставі критерію юридичного значення вільного волевиявлення пацієнта: актуальної відмови, відмови в умовах невідкладного стану та завчасної відмови.

Метод абстрагування надав можливість 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. Під час аналізу приватноправового регулювання особистих немайнових відносин з надання медичної допомоги у праці застосовуватиметься відомий у науці підхід абстрагування, або «методологічної відособленості», або «принцип методологічної індіферентності». Сутність даного підходу-принципу полягає у тому, що під час аналізу певного явища умовно допускається «логічне відволікання» від одних сторін предмета задля більш ретельного розгляду інших. Тому, досліджуючи особливості 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 праці – розроблення концепту приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах західної традиції приватного права; напрацювання ключових доктринальних положень.

Метод дедукції, зазвичай, згадується разом зі своїм антагоністом – методом індукції. Проте просте узагальнення індуктивного ряду та підведення його під спільний знаменник не є власне науковим методом, радше прийомом практичного розуму, який керується повсякденним досвідом та найпростішим рівнем елементарних умовиводів. Насамперед саме дедуктивний метод як наукове обґрунтування нових положень, які логічно та правомірно виводяться із відомих або доведених загальних, здатен забезпечити приріст наукового знання. Так, завдяки застосуванню дедуктивного методу шляхом складних умовиводів діалектичної логіки вдалося аргументувати віднесення приватно-правових відносини з 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.

Також завдяки дедуктивному методу обґрунтовано, що принцип особистої автономії як основний принцип приватного права західноєвропейської традиції відбивається у сфері особистих немайнових відносин при наданні медичної допомоги як правова можливість для приватної особи, з одного боку, на власний розсуд визначати свою поведінку в межах, наданих законом, та, з іншого, – забороняти вплив та втручання інших осіб у межі власної приватності.

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.

Разом із дедуктивним загальнонауковий метод сходження від абстрактного до коректного є важливим шляхом забезпечення достовірності знання щодо суттєвих ознак та тенденцій розвитку досліджуваного явища, які нелінійно та неочевидно виводяться з загальних властивостей більш широкого соціального та правового контексту. Зокрема, завдяки застосуванню даного методу сформовано загальну структуру як самого дослідження, так і тексту дисертаційної роботи, 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 праввідносин 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 у сфері надання медичної допомоги. Отже, у двох початкових розділах викладено найбільш абстрактні фундаментальні питання, які стосуються методологічної бази дослідження та джерел приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги. В наступних розділах за допомогою розробленого інструментарію 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; особливостей приватноправового регулювання відносин при наданні медичної допомоги неповнолітнім особам та повнолітнім фізичним особам із вадами волі та волевиявлення; договірного регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги. Зрештою, завдяки діалектичному доповненню методів дедукції та сходження від абстрактного до

конкретного вдалося на високому науковому рівні обґрунтувати та надати основні контури правового регулювання таких нових для цивільного права України інститутів, як спеціальна медична дієздатність та договірне представництво фізичних осіб у правовідносинах з надання медичної допомоги.

Ров'язання проблемних ситуацій правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги можливе тільки шляхом використання результатів відкритого мультидисциплінарного дискурсу фахівців з цивільного та медичного права, біоетики, медицини. Тому 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 вектора – вдосконалення механізму правового регулювання об'єкта з урахуванням досліджених аспектів. Відносини у сфері надання медичної допомоги, будучи формою людських взаємовідносин, об'єктивно набувають як соціально-етичної форми, оскільки здійснюються як акти людської взаємодії, так й правової, оскільки здійснюються як акти юридично унормованої взаємодії. Правове регулювання відносин медичної сфери має відбуватися 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, а й потребують конкретного врахування при формуванні юридичних засобів впливу на поведінку їх учасників.

Новітні критерії науковості дедалі більше виключають ізольований розгляд окремих явищ, адже властивості об'єкта напряму пов'язані з його структурно-функціональним розташуванням у родовій структурі більш високого рівня організації. Тому 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, що вимагає врахування багатьох чинників, в тому числі позаправового характеру, зокрема, необхідність дослідження суспільних відносин медичної сфери, які включені не тільки до правового контексту, але й до соціального, етичного, медичного.

Природно, що зрозуміти та адекватно природі описати ці властивості об'єкта можна лише у разі врахування усього спектра як горизонтальних, так і вертикальних зв'язків. Цінність системно-структурного підходу ґрунтується на об'єктивній діалектиці цілого і частини, адже властивості частини найбільш повною мірою можна впізнати через закономірності цілого. Так, зрозуміти правову природу та місце договірних відносин у сфері надання медичної допомоги сьогодні неможливо без залучення як морально-етичного, так й суто медичного аспектів. Це стосується правової суті та ролі моральних цінностей та моральних імперативів у правовідносинах медичної сфери. Наприклад,

неможливо на сьогодні дослідити механізм правового регулювання відносин з приводу згоди на медичне втручання без залучення етичних категорій гідності, автономії, свободи вибору в їх сучасному вимірі. Також неможливо надати належного правового регулювання та напрацювати адекватні (ефективні) механізми без врахування природи та суті сучасних медичних протоколів – співвідношення загальної нормативності (імперативності) та свободи вибору у рекомендаціях щодо алгоритму лікування окремих нозологій. Вдосконалення правового регулювання приватноправових відносин, що складаються у процесі застосування доказової медицини, теж неможливо поза межами дослідження соціального, етичного, медичного та правового контекстів, взятих в їх природній єдності.

У підсумку, цінність системно-структурного підходу знайшла у роботі свій вияв у тому, що предмет – приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги – було досліджено та змодельовано у форматі, максимально наближеному до середовища його природного існування із урахуванням усіх істотних зв'язків як у середині об'єкта, так і ззовні. Завдяки чому було досягнуто дві важливі мети одночасно – науково-теоретична та практична. По-перше, розроблено цілісну адекватну природі об'єкта концепцію, по-друге, сформульовано доктринальні положення щодо нового для українського цивільного права інституту представництва пацієнта за довіреністю, які можна покласти у ґрунт вдосконалення механізму договірної регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги.

За допомогою формально-логічного методу вдалося якісно сформулювати деякі визначення важливих понять та категорій, які мають істотне значення для формування сучасного українського концепту приватноправового регулювання. Зокрема, вдосконалено визначення поняття «прогалина законодавства» для цілей приватноправового регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги. Враховуючи, що на практиці відсутність позитивної норми для учасників окремих цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги може закрити шлях до легалізації ефективного регулювання правомірних відносин, є необхідність удосконалити поняття «прогалина» у цивільно-правовому регулюванні у такий спосіб. Прогалина у цивільному законодавстві – відсутність 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. Конкретизовано визначення та основні ознаки поняття «джерела приватноправового регулювання» в аспекті західноєвропейської традиції приватного права України для цілей удосконалення понятійного апарату та приватноправового регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери. 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); та їх приватноправовий характер. Під зазначене визначення підпадають усі, як усталені, так і новітні актуальні форми вираження приватноправових норм, як то: припис закону; принцип застосовного м'якого права; норма правочину.

Використовуючи порівняльний метод, було проведено аналітично-порівняльну роботу із принципами та нормами Конвенції Ов'єдо, 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 даної угоди.

За допомогою методу прогнозування висунуто основні гіпотези дослідження, які є формами ймовірного знання, науковими припущеннями високого рівня достовірності, що ґрунтується на творчій авторській інтуїції, в основі якої – глибоке знання предмета та перспектив його розвитку.

Методологія правового дослідження виконує своє важливе завдання через базовий набір постулатів, на засадах яких вирішуються актуальні проблеми правового регулювання. Тому найважливішу частину методології правового дослідження складає теоретико-світоглядний рівень, який, утворюючи своєрідний «методологічний імператив дослідження»² 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 правильному напрямі і шляхом визначених логічних операцій реалізують кінцеву мету дослідження – забезпечення теоретичної обґрунтованості та валідності результатів та висновків.

Викладення методологічних засад дослідження проблем правового регулювання приватних відносин у сфері надання медичної допомоги включає

² 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.13.

розгляд концептуально важливих питань, які безпосередньо впливають на формування ідеальної моделі відповідного правового явища, а також на сучасну практику правового регулювання суспільних відносин, які досліджуються. Основні концептуальні елементи методології представленого дослідження включають обраний автором набір доведених у науці доктринальних постулатів щодо: концепції приватного права західної традиції; співвідношення приватних і публічних засад у правовому регулюванні; особливостей застосування приватноправового методу для потреб регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги; розширення кола джерел приватного права.

1.2. Концепт приватного права західної традиції як методологічна основа для дослідження та правового регулювання приватних 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 застовуються для напрацювання фундаментальних концентрованих суджень, за допомогою яких науковою мовою відображаються сутність певного правового явища, а також зміст і спрямованість правового регулювання.

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 інтересів³.

Як зазначають Є. Харитонов та О. Харитонova, приватне право «своїм походженням і характеристикою завдячує Європейській цивілізації», тому у цивілізаційному контексті «приватне право можна розуміти як елемент

³ Пахман С. В. О значеніе личности в области гражданского права // Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: Сб. статей и иных материалов / Под ред. Р.А. Стефанчука. К.: Юр Инком Интер, 2010. С. 16.

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»⁴. 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»⁵. 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 з приводу медичного втручання складають фундаментальні ідеї та принципи, на яких базується концепт сучасного приватного права західного типу. Як зазначає в 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»⁶.

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 нової редакції Договору

⁴ Харитонов Є. О. Харитонova О. І. Приватне прав як концепт: пошук парадигми. Одеса: Фенікс, 2014. С. 110, 97.

⁵ Кузнецова 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.

⁶ Майданик Р. А. Розвиток приватного права України: монографія. К.: Алеута, 2016. С. 24.

про Європейський Союз (Лісабонського договору) 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 присилання 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 Лісабонського договору про Євросоюз). Держави, що бажають вступити до ЄС, мають поважати цінності Союзу і взяти на себе зобов'язання запроваджувати їх у життя (ст. 49 Лісабонського договору про Євросоюз).

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. Незважаючи 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.

Вказані особливості істотним чином впливають на правове регулювання приватноправових відносин у медичній сфері. Як влучно зазначає 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»⁷. С. По-ґрібняк 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

⁷ Харитонов Є. О. Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» // Часопис цивілістики. 2013. Вип. 14. С. 8.

прагнення до співробітництва тощо»⁸. Правовий статус людини в медичній сфері 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.

Ціннісні поняття за своєю метою та значенням є моральними орієнтирами для суспільних практик. Взяті самі по собі ціннісні поняття індиферентні у правовому розумінні, 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.

Аксіологічні 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 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 людини у сфері надання медичної допомоги ґрунтується на принципі інформованої свідомої згоди пацієнта. Цей принцип, який є доктринальним для всієї сфери надання медичної допомоги, вводиться у правову площину за допомогою системи спеціальних правових засобів, що юридично забезпечують самовизначення та моральну автономію особи у приватноправових відносинах з приводу медичного втручання.

Актуальний інтерес в контексті викладення методологічних засад представляє проблема взаємодії приватноправового та публічно-правового методів впливу на суспільні відносини в сфері надання медичної допомоги.

⁸ Погрібняк С. Втілення принципу гуманізму в праві // Вісник Академії правових наук України. 2007. № 1. С. 33– 42.

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»⁹. 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»¹⁰.

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

⁹ Кузнецова Н. С., Кохановська О. В. Сучасне приватне право України: вектори європейського розвитку // Вісник Національної академії правових наук України. 2016. № 3 (86). С. 53.

¹⁰ Посикалюк О. О. Особисті немайнові права фізичних осіб в романській, германській, англо-американській системах приватного права: монографія. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. С. 4.

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»¹¹.

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 тому числі, від сваволі держави); 4) виходить з можливості вільного волевиявлення приватних суб'єктів при реалізації їхніх прав; 5) ґрунтується 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»¹². 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.

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 крізь призму суспільно

¹¹ Харитонов Є. О. Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» // Часопис цивілістики 2013. Вип. 14. С. 8.

¹² Харитонов Є. О. Приватне право як «європейський концепт»: підґрунтя та кореляти // Часопис цивілістики. 2016. Вип. 20. С.11.

значущого правового досвіду спільноти, викликають до життя й потрібні методи (шляхи, прийоми) правового регулювання у потрібному напрямі. Отже, метод правового регулювання є похідним від соціального змісту (навантаження) відносин, що регулюються. 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 особи¹³. 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»¹⁴.

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»¹⁵. Це означає, що історично та географічно змінювалися межі дії приватноправової та публічно-правової складових правової сфери, зокрема, деякі відносини з часом із приватноправових перетворювалися на публічно-правові, деякі – навпаки.

¹³ 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. 165.

¹⁴ 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. 48.

¹⁵ Довгерт А. С. Система приватного права України між минулим та майбутнім // Університетські наукові записки. 2005. № 4. С. 66.

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. Иоффе вирізняє як основну рису цивільно-правового методу юридичну рівність учасників правовідносин¹⁶. В той час як С. С. Алексєєв¹⁷, О. А. Красавчиков¹⁸, В. Ф. Яковлев¹⁹ 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 Н. Кузнецова, «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»²⁰. 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»²¹.

Об'єктивною та визнаною є сучасна тенденція, згідно з якою роль і питома вага приватноправового методу регулювання суспільних відносин в Україні поступово збільшуються, і це відбувається на фоні дії соціальних чинників загального та правового значення: ускладнення та диференціація

¹⁶ Иоффе О. С. Советское гражданское право. М.: Юрид. Лит. 1967. С. 12 – 13.

¹⁷ Алексєєв С. С. Предмет советского социалистического гражданского права // Ученые труды Свердловского юридического института. Т. 1. Свердловск. 1959. С. 252 – 330.

¹⁸ Красавчиков О. А. Советское гражданское право: Учебник. М.: Высшая школа. 1968.

¹⁹ Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. М.: Статут. 2006. 240 с.

²⁰ Кузнецова Н. С. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5-ти т. Т. 3: Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. С. 34.

²¹ Кузнецова Н. С., Онищенко Н. Н. Роль правовой инициативы в становлении гражданского общества // Вісник Національної академії правових наук України. 2018. № 1. Том 25. С. 123.

суспільних відносин, збільшення ролі приватного інтересу, розширення кола осіб 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 ще зовсім 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.

У 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»²².

Між публічним та приватним правом немає різкої лінії розмежування, та без публічного права немає та не може бути права приватного. У публічному

²² Харитонов Є. О. Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» // Часопис цивілістики. 2013. Вип. 14. С. 9.

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. М. Ю. Чижев вважає, 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»²³.

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»²⁴.

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

²³ 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. 31.

²⁴ Рабінович П. М. Приватне право як явище соціально-природне та явище юридичне (теоретико-методологічні аспекти дослідження) // 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. 8.

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.

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 логічно доводить 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»²⁵. 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

²⁵ Харитонов Є. О. Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» // Часопис цивілістики. 2013. Вип. 14. С. 10.

(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»²⁶.

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». 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 право може обмежуватися диспозитивним методом правового регулювання, тоді як у цивільно-правовому регулюванні в кожній державі, у тому числі в Україні, мають місце імперативні елементи, наявність яких зумовлена необхідністю захисту публічного інтересу в цивільних

²⁶ Харитонов Є. О. Проблемні питання визначення співвідношення понять «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законодавство» // Часопис цивілістики. 2013. Вип. 14. С. 12.

відносинах, вимогами дотримання процедурних правил, можливістю застосування державного примусу тощо»²⁷.

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».²⁸ 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»²⁹. Цілком логічно у даному дослідженні послуговуватимемось таким визначенням 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.

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

²⁷ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Принципи цивільного права України в контексті їхнього співвідношення з DCFR // Актуальні проблеми держави і права. 2015. С 304 – 305.

²⁸ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Приватне прав як концепт: пошук парадигми. Одеса: Фенікс. 2014. С. 133.

²⁹ Там само. С. 138.

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.

Є вагомі підстави вважати, що наявність прогалин у цивільному законодавстві є нормальним для цієї галузі явищем. Як зазначають Н. Кузнецова 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»³⁰.

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 Цивільного кодексу України (далі – 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 стосовно відсутності повноти у цивільно-правовому регулюванні «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»³¹.

Дійсно, враховуючи наведені вагомі аргументи та у світлі основних доктринальних положень щодо особливостей приватного (цивільного) права, неповноти регулювання у кожному конкретному випадку немає. Але це є таким

³⁰ Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Сучасне цивільне законодавство України: добутки, проблеми, перспективи // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2014. № 1. С. 53.

³¹ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Приватне прав як концепт: пошук парадигми. О., 2014. С. 153.

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.

Часто не тільки пересічні громадяни, а й науковці, 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 до тексту 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 у такий спосіб. Прогалина у цивільному законодавстві – відсутність ефективного регулювання цивільних відносин, які прямо не передбачені цивільним

законодавством, що може призвести на практиці до реальної неможливості суб'єктів ефективно реалізувати свої права та законні інтереси.

Диспозитивний та імперативний методи діалектично поєднуються у цивільно-правовому регулюванні, тому співвідношення та розмежування приватного та публічного у правовому регулюванні приватних відносин медичної сфери є не завжди очевидним. Хоча об'єктами правовідносин медичної сфери є і суспільно, і індивідуально-значущі немайнові блага, все ж предметом правового регулювання в конкретних ситуаціях певного типу є різні за своєю природою правовідносини медичної сфери. 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 в регулюванні медичної діяльності.

Природно, що сучасний механізм правового регулювання відносин медичної сфери в цілому забезпечується єдністю конституційного, адміністративного та цивільно-правового рівнів, тобто як за допомогою публічного, так і приватного права. Суб'єкти правовідносин медичної галузі (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. Приватні права у сфері надання медичної допомоги віднесені у Цивільному кодексі до групи особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи, які регулюються нормами Глави 21 ЦК України. У такий спосіб законодавець визнав, що особисті немайнові відносини при наданні медичної допомоги регулюються властивим цивільному праву методом, включаючи регламентацію, охорону та захист.

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 відносин у сфері надання медичної допомоги у роботі застосовуватиметься відомий у науці підхід абстрагування, або «методологічної відособленості», який В. Спасибо-Фатеєва вслід за І. Ільїним називають «принцип методологічної індиферентності»³². Сутність даного підходу-принципу полягає у тому, що при аналізі певного явища умовно допускається «логічне відволікання» від одних сторін предмета 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 праці – розроблення концепції приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах західної традиції приватного права та напрацювання ключових доктринальних положень щодо: джерел приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги; сучасних тенденції законодавчого забезпечення автономії волевиявлення лікаря та пацієнта; напрямів оновлення цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги повнолітнім недієздатним особам; особливостей договірної регулювання особистих немайнових відносин медичної сфери.

1.3. Джерела приватноправового регулювання у світлі концепту приватного права західної традиції

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-

³² Спасибо-Фатеєва 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. 125.

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»³³. Отже, для цієї галузі характерна юридична децентралізація, тут діють принципи вільного волевиявлення особистості, свободи договорів. Тому особливу роль у виборі джерел приватно-правового 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»³⁴, або, іншими словами, де шукати норму права, А. Дрішлюка – «якою є підстава зобов'язуючої сили чинного права, у чому полягає дієвість права і які критерії такої дієвості?»³⁵, О. Первомайського – «у який спосіб та у якому вигляді (формі) постає перед нами право»³⁶. Отже, завдання полягає у тому, щоб визначити «роль та значення джерел права в аспекті якості формального закріплення приписів»³⁷.

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»³⁸. Тобто терміни «джерела права» та «форми права» є синонімами.

³³ Кузнєцова Н. С. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5-ти т. Т 3: Цивільно-правові науки. Приватне право / за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. С. 34.

³⁴ Майданик Р. Вчення про джерела цивільного права України // Право України. 2017. № 6. С. 54.

³⁵ Дрішлюк А. І. Щодо актуальності дослідження системи джерел цивільного права України (огляд літератури та постановка проблеми) // Актуальні проблеми держави і права. 2012. Вип. 65. С. 362.

³⁶ Первомайський О. Поняття источника гражданского права в контексте современного правопонимания // Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право. 2011. С. 176.

³⁷ Там само. С. 179.

³⁸ Майданик Р. А. Система источников гражданского права // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у двох томах, Київ, 19 жовтня 2012 р. Т. 1. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. с.

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. Глибина прояву цієї новітньої тенденції надала змогу Н. Кузнецовій та А. Довгерту стверджувати про справжній «переворот у поглядах на джерела цивільного права»³⁹. 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»⁴⁰. 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 деперсоніфікації адресатів, а саме у встановленні нового обов'язкового правила поведінки, не передбаченого і не забороненого законом»⁴¹. 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.

Розробники нового ЦК України усвідомлювали, що «джерела цивільного права далеко не вичерпуються актами цивільного законодавства, як це було за

³⁹ Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Сучасне цивільне законодавство України: здобутки, проблеми, перспективи // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2014. № 1. С. 59.

⁴⁰ Джурицький О. В. Нетрадиційні джерела господарського права України // Право і громадянське суспільство. 2015. № 2. С. 43 – 44.

⁴¹ Майданик Р. Вчення про джерела цивільного права України // Право України. 2017. № 6. С. 54.

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; (іі) 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); (ііі) 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»⁴².

Таким чином, сучасне розуміння джерел приватноправового регулювання істотно змінюється під впливом чинників як правового, так й загально соціального характеру, що надає усі підстави сформулювати 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 об'єктивація (зовнішнє вираження); правомірність, тобто відсутність протиріч із нормами застосовного права (природного, позитивного); їх приватноправовий характер. Під дане визначення підпадають усі, як усталені,

⁴² Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Сучасне цивільне законодавство України: здобутки, проблеми, перспективи // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2014. № 1 С. 60.

так і новітні актуальні форми вираження приватноправових норм, як то: припис закону; принцип застосовного м'якого права; норма правочину тощо.

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 акт⁴³. 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»⁴⁴.

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 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 ієрархії та ранжування джерел є вельми практично важливою, особливо в умовах конкуренції чинних норм.

Взята за основу інтерпретація поняття джерела права О. Первомайським як моменту, аспекту пізнання права як об'єктивного явища, в результаті чого цей акт пізнання закріплюється у формальному вигляді у принципі, законі, договорі, не надає підстави стверджувати, що «закон як нормативний

⁴³ Майданик Р. А. Джерела цивільного права України: поняття, система, види // Право України. 2013. № 5. С. 294 – 309.

⁴⁴ Іваненко О. В. Вплив глобалізаційних процесів на джерела приватного права // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. 2015. Випуск 5. Том 1. С. 18.

юридичний акт є результатом більшого пізнання права, ніж, наприклад, договір як індивідуальний юридичний акт». 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»⁴⁵.

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: ступінь пізнання та втілення у даному джерелі права приватноправової природи та мети відносин, тобто властивість даного джерела у найвищий ступінь та у найбільш прийнятний спосіб реалізувати приватний інтерес учасників відносин. 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»⁴⁶.

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 відмінюють

⁴⁵ Первомайский О. Понятие источника гражданского права в контексте современного правопонимания // Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право. 2011. С. 187 – 188.

⁴⁶ Там само. С. 185, 186.

диспозитивні норми закону тощо»⁴⁷. «В договірній сфері ЦК відсуває закон на друге місце, віддаючи перевагу договірному регулюванню»⁴⁸.

Також цю важливу доктринальну позиція підтримують О. Кізлова і С. Бервено. О. Кізлова зазначає: «при колізії моделі норми позитивного права та договору пріоритет надається договору»⁴⁹. 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 статті 6 і 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»⁵⁰.

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.

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

⁴⁷ Кузнецова Н. С., Довгєрт А.С. Сучасне цивільне законодавство України: добутки, проблеми, перспективи // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2014 № 1. С. 61.

⁴⁸ Ромовська З. В. Проблеми загальної теорії права у проєкті ЦК України // Кодифікація цивільного (приватного) права України. К. 2000. С. 42.

⁴⁹ Кізлова О. С. Використання дефініції «договірні зобов'язання» у сучасному законодавстві // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2013. № 6. Т. 2. С. 31.

⁵⁰ Бервено С. М. Науковий коментар ст. 626 Цивільного Кодексу України // Право і безпека. 2005/4'5. С. 120.

представляє більш глибокий, ґрунтовний вихідний феномен у житті людей, джерелом якого є сам природний порядок речей – у суспільстві та природі» [переклад автора]⁵¹. 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»⁵².

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. *principium* – 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».⁵³

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 практик⁵⁴.

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

⁵¹ Алексеев С. С. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1995. С. 117 – 118.

⁵² Явор О. Я. Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції: монографія. Х : Право. 2016. С. 158.

⁵³ Радзівілл О.А. Загальноправові принципи як джерела міжнародного економічного права // Юридична наука. 2014. № 2. С. 55.

⁵⁴ Махінчук В. Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні. К : Юрінком Інтер. 2013. С. 170 – 171.

декларативні гасла, «саме принципи мають стати нормами прямої дії, якою б мірою абстракції вони не володіли»⁵⁵. Це підкреслює і 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»⁵⁶. 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. 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 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.) (далі – Європейська конвенція) 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. Харитонової, 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»⁵⁷.

Найважливішими принципами або засадами цивільного законодавства України як частини європейського приватного права є «фундаментальні ідеї, згідно з якими здійснюється регулювання відносин, що складають предмет

⁵⁵ Махінчук В. Приватноправове регулювання підприємницьких відносин в Україні. К : Юрінком Інтер. 2013. С. 170.

⁵⁶ Майданик Р. А. Вчення про джерела цивільного права України // Право України. 2017. № 6. С. 57.

⁵⁷ Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Принципи цивільного права України в контексті їхнього співвідношення з DCFR // Актуальні проблеми держави і права. 2015. С. 303.

цивільного права. У кожній із таких засад проявляється бачення сутності даних відносин, висуваються ті чи інші вимоги до забезпечення правового становища приватної особи»⁵⁸. Такими фундаментальними «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 укласти договори (або утримуватися від укладення договорів) і визначати їх зміст на свій розсуд відповідно до досягнутої з контрагентом домовленості»⁵⁹. «Загальні принципи цивільного законодавства впливають з природних прав особи і міжнародних правових документів про охорону життя людини»⁶⁰.

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»⁶¹.

Ці принципи (засади) цивільно-правового регулювання у своїй сукупності: а) відтворюють модель правового регулювання, закладену в основу

⁵⁸ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Принципи цивільного права України в контексті їхнього співвідношення з DCFR // Актуальні проблеми держави і права. 2015. С. 303.

⁵⁹ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Приватне прав як концепт: пошук парадигми. Одеса: Фенікс. 2014. С. 158.

⁶⁰ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За ред. В. М. Коссака. К., 2004. С. 4.

⁶¹ Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Сучасне цивільне законодавство України: здобутки, проблеми, перспективи // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2014. № 1. С. 55 – 56.

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. Частина цих прав закріплені у ст. 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»⁶².

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 свідомо згода зацікавленої особи згідно з процедурами, закладеними в законі; заборона євгенічних практик; заборона використовувати тіло людини та його частини як джерело фінансової винагороди; заборона репродуктивного клонування людини»⁶³.

Наріжним серед норм-принципів, які містяться у Європейській конвенції та основою для виявлення Європейським судом з прав людини (далі – 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. Важливість та пряма застосовність принципу автономії до відносин з приводу медичного втручання було підтверджено ЄСПЛ, який у справі «Arskaya v. Ukraine» (2014) зазначив: «право погоджуватись або не погоджуватись на лікування є ключовим в аспекті самовизначення та особистої автономії».

⁶² Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2-х ч./ За заг. ред. Я. М. Шевченко. К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре». 2004. Ч. 1. С. 9, 10.

⁶³ Хартія основних прав Європейського Союзу. Торжественная прокламация (Ницца, 7 декабря 2000 года). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524 (дата звернення: 01.02.2020).

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 можливість для суб'єктів приватного права юридичну можливість 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 здійснено⁶⁴.

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 зміст⁶⁵. 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 Конвенції Ов'єдо⁶⁶, 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 про права людини та біомедицину 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

⁶⁴ Стефанчук Р. О. Цивільне право України: навчальний посібник. К.: Прецедент. 2005.

⁶⁵ Ханік-Посполітак Р. Ю. Принцип свободи договору в європейському праві // Наукові записки. 2006. Том 53. Юридичні науки. С. 128.

⁶⁶ Конвенція про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину. Ов'єдо, 4 квітня 1997. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_334. (дата звернення: 01.02.2020).

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 спеціальний регулятор – етичні цінності та морально-етичні норми. 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.

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»⁶⁷. 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»⁶⁸.

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

⁶⁷ Сенюта І. Я. Джерела правового регулювання цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія. Львів: Видавництво ЛОБФ «Медицина і право». 2018. С. 114.

⁶⁸ 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. 281.

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 захисту⁶⁹.

Етичні норми, найбільш актуальні та затребувані у певному соціокультурному середовищі, з часом набувають своєї юридичної легітимації у нормах національного права. Майже усі етичні положення приватного права європейської традиції знайшли своє відображення в нормах цивільного законодавства України, та стали джерелами регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги. Як слушно зазначає 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 нормами⁷⁰.

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 логічно 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»⁷¹.

⁶⁹ Рогова О. Г. Застосування етичних кодексів у медицині // Вісник Академії адвокатури України. 2012. Число 2 (24). С. 30.

⁷⁰ Там само. С. 31.

⁷¹ Погрібний С. Регулювання договірних відносин у цивільному праві України: співвідношення їх внутрішнього (саморегулювання) ті зовнішнього (державного) регулювання // Право України. 2012. № 9. 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»⁷². 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.

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 деперсоніфікації 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»⁷³.

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»⁷⁴. 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.

⁷² Кривов'яз О. М. Правочин як джерело цивільного права // Часопис цивілістики. 2015. Вип.18. С. 71.

⁷³ Майданик Р.А. Джерела цивільного права України: поняття, система, види // Право України. 2013. № 5. С. 304.

⁷⁴ Майданик Р. Вчення про джерела цивільного права України // Право України. 2017. № 6. С. 59.

Провідну роль правочину та договору у регулюванні приватноправових відносин визнають більшість видатних українських дослідників цивілістів: Н. Кузнєцова, В. А. Васильєва, А. Гриняк, І. Венедиктова, 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»⁷⁵. В. В. Васильєва зазначає, що цивільно-правовий договір «визначає зміст та обсяг договірних зобов'язань, 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»⁷⁶. Отже, договір «є джерелом індивідуальних правил поведінки для сторін, своєрідною програмою дій учасників»⁷⁷.

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»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»⁷⁹. Також О. Кривов'яз зазначає, 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»⁸⁰. На думку дослідника загальнотеоретичних проблем договору В. 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»⁸¹.

⁷⁵ Кузнєцова Н. С. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Право України. 2012. № 9. С. 14.

⁷⁶ 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. 39.

⁷⁷ Там само. С. 49.

⁷⁸ Венедиктова І. Реалізація охоронюваних законом інтересів у договірних правовідносинах // Право України. 2012. № 9. С. 78.

⁷⁹ Гриняк А. Б. Особливості договірних регулювань приватноправових відносин // Приватне право і підприємництво. Вип. 18. К. 2018. С. 123

⁸⁰ Кривов'яз О. М. Правочин як джерело цивільного права // Часопис цивілістики. 2015. Вип. 18. С. 71.

⁸¹ Іванов В. В. Общая теория договора. М.: Юристъ. 2006. 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»⁸². Договори, на думку Р. Шишки, є «мононормами права»⁸³. О. Кізлова додає, що вони «регулюють відносини між сторонами цього договору та є обов'язковими для застосування судами при вирішенні спорів»⁸⁴. 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»⁸⁵. 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 закладів надання медичної допомоги.

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. Алексєєв⁸⁶ пропонував поділяти односторонні правочини на односторонньо-уповноважуючі та односторонньо-зобов'язуючі. Дана класифікація є актуальною і дотепер та слугує ключем для

⁸² Майданик Р. Вчення про джерела цивільного права України // Право України. 2017. № 6. С. 59.

⁸³ Цивільне право України: курс лекцій: у 6-ти т. / Р. Б. Шишка, Л. В. Красицька, В. В. Сергієнко, О. В. Смотров, О. Р. Шишка. за ред. Р. Б. Шишки. Т. 5. Кн. 1. Загальні положення зобов'язального права. Харків.: Еспада. 2005. 177 с.

⁸⁴ Кізлова О. С. Використання дефініції «договірні зобов'язання» у сучасному законодавстві // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2013. № 6-1. Т. 2. С. 31.

⁸⁵ 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. 63.

⁸⁶ Алексєєв С. С. Наука права // Ибранное. М.: Статут. 2003. С. 21.

з'ясування особливостей односторонніх правочинів у регулюванні особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги. 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 правочини конкретизують закріплені у цивільному законодавстві норми, якими регулюються особисті немайнові права та відносини, що виникають у зв'язку із наданням медичної допомоги. Згідно зі ст. 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-УІІІ⁸⁷ 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 «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 року № 503 було затверджено Порядок вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу. За своєю правовою природою Декларація про вибір лікаря є одностороннім правочином, «який 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»⁸⁸. 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 процедурою Декларації про вибір лікаря.

Також правочини мають важливу нормативну функцію усунення прогалин у цивільно-правовому регулюванні. 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 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992 р. № 2801-ХІІ (далі – Основи) 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

⁸⁷ Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 р. № 2168-УІІІ. Відомості Верховної Ради України. 2018 № 5. Ст. 31.

⁸⁸ Сенюта І. Правочин як підстава виникнення цивільних правовідносин у сфері надання медичної допомоги // Підприємництво, господарство, право. 2018. № 6. С. 68.

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.

Запити (протоколи) уникнення лікування 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»⁸⁹.

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

⁸⁹ Бергер М. Джек, Зелман Володимир, Амаїа Родольфо Накази DNR (Do Not Resuscitate – Не Реанімувати): Концепція клінічної етики // Біль, знеболення та інтенсивна терапія. 2016 р. № 3. С. 15.

наслідком успішної серцевої ресусціції, особливо у термінально хворих пацієнтів»⁹⁰. 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 набув 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 причислюються 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»⁹¹. 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.

Особлива група сучасних правочинів має на меті врегулювати приватні відносини у сфері надання медичної допомоги з правомірним відступленням від існуючого нормативного регулювання. Оскільки правочини цієї групи не

⁹⁰Бергер М. Джек, Зелман Володимир, Амаїа Родольфо Накази DNR (Do Not Resuscitate – Не Реанімувати): Концепція клінічної етики // Біль, знеболення та інтенсивна терапія. 2016 р. № 3. С. 14.

⁹¹ Гончар М. О., Ріга О. О., Пеньков А. Ю. Принципи надання паліативної допомоги дітям. Харків: ХНМУ, 2016. С. 60, 62.

врегульовані у законодавстві України та не часто застосовуються суб'єктами приватних відносин медичної сфери, то науковий аналіз та систематизація вказаного виду правочинів наразі триває. 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 України правовий механізм завчасного волевиявлення особи став несподівано актуальним у світлі прийняття нового Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині від 17.05.2018 р. № 2427-УІІ, що набрав чинності 01. 01. 2019 р. 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.

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» № 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» від 17.05.2018 р. № 2427-VІІІ.

РОЗДІЛ 2.

НОВІТНІ ДЖЕРЕЛА ПРИВАТНОПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

2.1. Цивільно-правовий договір як регулятор особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги: сучасні тенденції застосування

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 ЦК України, ґрунтується на сучасному розумінні і баченні нових суспільних пріоритетів.

Віддзеркаленням нової суспільної реальності стала помітною 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 влучно підмітив 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»⁹². 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»⁹³. 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. Перша, ортодоксальна, яку репрезентував С. Бервено, є категоричною стосовно того, що договірному регулюванню підлягають тільки майнові відносини, оскільки зобов'язальні відносини регулюють безпосередньо процеси товарообігу⁹⁴. 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 цінності⁹⁵. 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».

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

⁹² Погрібний С. Регулювання договірних відносин у цивільному праві України: співвідношення їх внутрішнього (саморегулювання) та зовнішнього (державного) регулювання // Право України. 2012. № 9. С. 30.

⁹³ Кізлова О. С. Використання дефініції «договірні зобов'язання» у сучасному законодавстві і // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2013. № 6-1. Т. 2. С. 30.

⁹⁴ Бервено С. М. Проблеми договірного права України: Монографія. К: Юрінком Інтер, 2006. С. 273.

⁹⁵ Сліпченко С. А. Оборотоспособность объектов личных неимущественных прав, обеспечивающих социальное бытие физического лица: монография. Харьков, 2011. С. 231.

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 укладати договір повинна відображатися у статиці та динаміці 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»⁹⁶. При цьому, на думку вченого, «під договірне регулювання підпадають лише відносні особисті немайнові відносини»⁹⁷.

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 втратять, 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»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. І. 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»⁹⁹.

Втім, виходячи з особливостей приватного права та цивільно-правового регулювання, можна дійти висновку щодо принципової можливості та

⁹⁶ Стефанчук Р.. Перспективи договірного регулювання особистих немайнових відносин // Право України. 2012. № 9. С. 187, 190.

⁹⁷ Там само. С. 186.

⁹⁸ Кохановська О. Розвиток доктрини немайнових відносин в Україні // Право України. 2019. № 1. С. 98.

⁹⁹ 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: ЮрИнком Интер, 2010. С. 234 – 235.

прийнятності договірному регулюванню особистих немайнових відносин, не пов'язаних з майновими, зокрема, у сфері надання медичної допомоги. Правова можливість договірному регулюванню 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. О. 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»¹⁰⁰.

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»¹⁰¹. 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, та, зокрема, договірному»¹⁰².

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 немайновими. При цьому договір виступає в якості підстави для їх виникнення. Це, в свою чергу, потребує перегляду переважної

¹⁰⁰ Горєв В. О. Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства України: Автореф. дис. ... на здобуття ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» К., 2007. С. 15.

¹⁰¹ Кузнецова Н. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Право України. 2012. № 9. С. 17.

¹⁰² 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: ЮрИнком Интер, 2010. С. 235 – 236.

позиції у цивілістиці відносно виключно майнової природи зобов'язань». Вчений слушно 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»¹⁰³.

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. В. Зеліско говорить про «перманентно притаманну цивільним правовідносинам диспозитивність, адже змоделювати 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»¹⁰⁴.

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»¹⁰⁵. Але вчений пішов далі, обґрунтувавши можливість договорів немайнового змісту, адже: «принцип договірної свободи означає право приватних осіб укладати 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

¹⁰³ Там само. С. 244 – 245.

¹⁰⁴ 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. 97.

¹⁰⁵ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_29.html#18. (дата звернення: 01.02.2020).

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»¹⁰⁶.

В. Л. Яроцький теж зауважує, що «структура правового регулювання приватноправових відносин обумовлена загальнодозвільною спрямованістю приписів управомочуючих 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»¹⁰⁷. 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»¹⁰⁸.

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»¹⁰⁹.

Принцип договірної свободи передбачає надання приватним особам широких правомочностей для встановлення будь-яких юридичних відносин, за

¹⁰⁶ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_29.html#18. (дата звернення: 01.02.2020).

¹⁰⁷ Яроцький В. Л. Нормативно-організаційні й самоорганізаційні засади правового регулювання цивільних відносин // Проблеми законності: збірник наукових праць. 2009. Вип. 100. С. 121.

¹⁰⁸ 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. 114

¹⁰⁹ Погрібний С. О. До питання про визначення норми цивільного права // Проблеми законності: збірник наукових праць. 2009. Вип. 109. С. 121.

умови, що вони не суперечитимуть приписам закону, ustalеним звичаям цивільного обороту та моральним основам суспільства. М. І. Брагінський та В. 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 укладати 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 моделлю¹¹⁰.

Аналіз п. 3 ст. 3, ст. 6, 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 укладати договори, а також вирішувати юридичну долю укладених ними договорів»¹¹¹. Зокрема, у ч. 1 ст. 6 ЦК України закріплено право учасника цивільних відносин укладати 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. В. Луць слушно зауважує, що «зміст договірної свободи повністю не розкривається у ст. 6 та 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 договірного зобов'язання (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)»¹¹².

Крім наведеного, вагомим аргументом на користь правомірності договорів,

¹¹⁰ Брагинский М. И. Договорное право: Кн. 1: общие положения М.: Статут, 2008. С. 53 – 154.

¹¹¹ Мельниченко Р. В. Обмеження договірної свободи сторін у цивільному праві України // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. Вип. 30. Том 1. 2015. С. 142.

¹¹² Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.03. К., 2001. 18 с.

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 прав вільно, на власний розсуд»¹¹³. 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-правовий 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 непротиріччі вчиненої дії нормам і принципам права»¹¹⁴. 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,

¹¹³ Погрібний С. Регулювання договірних відносин у цивільному праві України: співвідношення їх внутрішнього (саморегулювання) ті зовнішнього (державного) регулювання // Право України. 2012. № 9. С. 31.

¹¹⁴ 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. 40.

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, договірне регулювання особистих немайнових відносин є органічною складовою приватноправового регулювання відносин, що складаються 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 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.

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»¹¹⁵. За словами М. О. Стефанчука, межі здійснення права «відображають позитивний аспект у здійсненні суб'єктом свого права, тобто ними встановлюються можливі (дозволені чи незаборонені) варіанти поведінки суб'єкта»¹¹⁶.

Обмеженість свободи договірного розсуду сторін випливає 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

¹¹⁵ Кузнецова 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. 52.

¹¹⁶ Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: монографія. К.: КНТ, 2008. С. 62.

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)»¹¹⁷. 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»¹¹⁸.

М. І. Брагінський та В. В. Вітрянський теж відзначають, що укладаючи договір, сторони повинні погоджувати його умови, що визначають права та обов'язки контрагентів. Поряд з цим внаслідок укладеного ними договору, сторони виявляються пов'язаними й такими правами та обов'язками, які передбачені нормами загальної частини Цивільного кодексу, загальної частини зобов'язального права та глав Цивільного кодексу, присвячених відповідному договору. Безумовним елементом юридичного зв'язку сторін за укладеною угодою є весь масив імперативних цивільно-правових норм, а за відсутності інших вказівок у конкретному договорі вважається, що сторони підпорядкували свої відносини і нормам диспозитивним, а також квазінормативним регуляторам у вигляді ділових звичаїв та установлені між ними юридичної практики¹¹⁹.

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»¹²⁰.

¹¹⁷ Гриняк А. Б. Особливості договірного регулювання приватноправових відносин // Приватне право і підприємництво. Вип. 18. Київ, 2018. С. 123.

¹¹⁸ 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. 124.

¹¹⁹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. М.: Издательство «Статут», 1997. С. 14,15.

¹²⁰ Гриняк А. Б. Особливості договірного регулювання приватноправових відносин // Приватне право і підприємництво. Вип. 18. Київ, 2018. С. 123.

На думку О. Кота, «аналіз норм цивільного законодавства і доктрини дає підстави стверджувати, що натепер 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»¹²¹. 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 ст. 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

¹²¹ Кот О. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав // Вісник Національної академії правових наук України. 2016. № 4 (87). С. 133.

сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, 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.

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 Європейської конвенції, 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 таких 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»¹²².

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

¹²² Біленко В. Договірне регулювання відносин, що виникають у зв'язку із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій. Автореферат дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Київ, 2018. С. 4.

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»¹²³.

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. Це правило обґрунтовується, зокрема, необхідністю «забезпечення балансу інтересів усіх учасників цивільного обігу, захисту інтересів держави та суспільства»¹²⁴. 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»¹²⁵.

¹²³ 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: ЮрИнком Интер, 2010. С. 236.

¹²⁴ Басай О. В. Принципи цивільного права України: теорія і практика: монографія. Івано-Франківськ, 2013. С. 275.

¹²⁵ Крупчан О. Д. Сучасний стан та перспективи розвитку приватноправової сфери в Україні // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 11 Київ, 2012. 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 обмежуючим 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»¹²⁶.

К. Осаке 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»¹²⁷.

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. Кузнецова, О. Беяневич.

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?»¹²⁸.

¹²⁶ Мельниченко Р.В. Обмеження договірної свободи сторін у цивільному праві України // Науковий вісник Ужгородського національного університету, Серія ПРАВО. Випуск 30. Том 1. 2015. С. 141.

¹²⁷ Осаке К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность ограничения // Журнал российского права. 2006. № 8. С. 131.

¹²⁸ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_29.html#18.(дата звернення: 01.02.2020).

На думку Н. Кузнецової, «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)»¹²⁹.

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»¹³⁰. 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»¹³¹.

І. Покровський наводить міркування щодо змістовної невизначеності та навіть не правового 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

¹²⁹ Кузнецова 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. 55.

¹³⁰ Беяневич 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.

¹³¹ Мельниченко Р. В. Обмеження договірної свободи сторін у цивільному праві України // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: ПРАВО. Вип. 30. Том 1. 2015. С. 144.

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»¹³².

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»¹³³. 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»¹³⁴. 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»¹³⁵. 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»¹³⁶, по-друге, «якщо антиморальність правочинних дій

¹³² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_29.html#18. (дата звернення: 01.02.2020).

¹³³ Там само.

¹³⁴ Бичкова С. С. Правові наслідки вчинення правочину з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства // Приватне право і підприємництво. Вип. 15. Київ, 2016. С. 33.

¹³⁵ Там само. С. 30.

¹³⁶ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. / [Кузнецова Н. С., Дзера І. О., Коссак В. М. та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. [2-ге вид. перероб.і доп.]. К: Юрінком Інтер, 2006. Т. 1. С. 347.

прямо передбачена законом»¹³⁷.

Таку саму позицію обстоює О. П. 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 (ч. 1 ст. 203, ч. 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»¹³⁸.

Додатковим аргументом на користь даної позиції може бути вказівка на природу етичної поведінки та моральності суб'єктів соціальної взаємодії. Адже 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 позицію підтримує 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»¹³⁹.

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.

¹³⁷ Рушак І. В. Правочини, що порушують публічний порядок, і їх недейсність: автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». К., 2012. С. 6, 7.

¹³⁸ Білан О. П. Моральні засади суспільства як категорія обмеження договірної свободи // Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2013. Вип. 62. С. 220.

¹³⁹ Сенюта І. Я. Джерела правового регулювання цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія. Львів: Видавництво ЛОБФ «Медицина і право», 2018. С.112, 116.

Втім примушування до моральної поведінки у правовий спосіб майже не можливо, адже, як вже було доведено, моральні норми ефективно діють лише через внутрішні спонукання суб'єкта.

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. 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 «покладати на медичних працівників обов'язок дотримуватись вимог професійної етики і деонтології буде неправомірно»¹⁴⁰, адже дотримання етичних норм має бути добровільним.

На цю позицію не можна пристати з наступних 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, справедливості та несправедливості, гідності 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»¹⁴¹.

Тому у приватноправовому регулюванні особистих немайнових відносин сфери надання медичної допомоги етичні та деонтологічні норми є

¹⁴⁰ Сенюта І. Я. Джерела правового регулювання цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія. Львів: Видавництво ЛОБФ «Медицина і право», 2018. С. 111.

¹⁴¹ 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. 45.

безпосередньо джерелом правового регулювання відносин. Це передбачає, по-перше, юридичну обов'язковість їх дотримуватися, по-друге, тягне за собою настання відповідальності у разі недотримання. Саме цю юридичну обов'язковість передбачено в Основах, основному нормативно-правовому акті, яким регулюються відносини у сфері надання медичної допомоги, в якому у ст. 78 закріплено професійний обов'язок медичних та фармацевтичних працівників дотримувати вимог професійної етики і деонтології.

Цей висновок підтверджено судовою практикою у вирішенні трудових та цивільних спорів. На сайті судових рішень за запитом «медична деонтологія» висвітлюється 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. Херсона¹⁴² встановлено, що позивач звернулась 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 та 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 ознайомена, 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 застосоване до позивача не може бути. 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.

¹⁴² 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 звернення: 03.02.2020).

В іншій справі¹⁴³ 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 ст. 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 дотримуватися 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 виражалася нецензурними словами в приміщенні КМУ «Міська дитяча стоматологічна поліклініка» в присутності неповнолітніх дітей та їх батьків.

Урешті, у свіжій 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 № 61-27802св18¹⁴⁴ 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.

¹⁴³ Рішення Шевченківського районного суду м. Чернівці від 05.02.2019 р.(справа № 727/2956/18 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79712867>).

¹⁴⁴ 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 звернення: 03.02.2020).

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, договірною 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.

З метою виключення зловживань та неправомірного обмеження приватного розсуду необхідно максимально звужити 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 заборонаю 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»¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_29.html#18 (дата звернення: 01.02.2020).

Теоретично неправильним та неприпустимим, а практично помилковим 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.

Також необхідно визнати за доцільне виключити з практики правового регулювання та судового розсуду дублювання зусиль, спрямованих на відшукування норми застосованого права щодо відносин, нормативне регулювання яких, включаючи заборони та обмеження, є повним. Поза цими нормативно встановленими межами вважати неприпустимим ще додатково залучати посилення на публічний інтерес та моральні засади суспільства як обмежувач свободи розсуду суб'єктів приватноправових договірних відносин. Адже це вже буде становити другий шар регулювання тих самих відносин, що за суттю є неприпустимим у сучасному демократичному суспільстві подвійним регулюванням, або надрегулюванням.

Договір дедалі 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»¹⁴⁶. Наприклад, на

¹⁴⁶ Кузнецова Н. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Право України. 2012. № 9. С. 12.

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». 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. Адже «право має забезпечувати юридичним механізмом ті договірні відносини, які цього вимагають. Саме в такому випадку правове регулювання буде ефективним. У зв'язку з цим законодавець має своєчасно створювати нові типи (види, підвиди) договорів, необхідні для розвитку цивільного обороту»¹⁴⁷.

Зважаючи на те, що натеper 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»¹⁴⁸. 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

¹⁴⁷ Алексашина Ю. Види цивільно-правових договорів як регуляторів цивільних правовідносин // Юридична Україна. 2012. № 12. С. 70.

¹⁴⁸ Зобов'язальне право: теорія і практика: навч. посібн. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць та інші; За ред. О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 1998. С. 32.

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 вилучення 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»¹⁴⁹.

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»¹⁵⁰, то, беручи до уваги цей критерій, авторка слушно пропонує поділ договорів на групи, типи види. Групи: ті, що опосередковують економічні відносини з передачі майна; ті, що опосередковують зобов'язання

¹⁴⁹ Алексашина Ю. Види цивільно-оправових договорів як регуляторів цивільних правовідносин // Юридична Україна. 2012. № 12. С. 68.

¹⁵⁰ 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.132.

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 договірної 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»¹⁵¹. 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.

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

¹⁵¹ 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.140.

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»¹⁵².

У таких договорах, як правило, за допомогою умов, якими регулюються особисті немайнові відносини, 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 існуючим нормативними зразками позитивного права.

Перша група договорів конкретизує закріплені у цивільному законодавстві норми, якими регулюються особисті немайнові права та

¹⁵² 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: ЮрИнком Интер, 2010. С . 239.

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 ст. 43 Основ. 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 від 27.09.2009р., 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 числу

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 словами Н. С. Кузнецової, вже не закон або інший акт цивільного законодавства, а сам договір є джерелом того правового стандарту, який буде визначати модель належної поведінки сторін¹⁵³.

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 абзац 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 впливає 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

¹⁵³ Кузнецова Н. С. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Право України. 2012. № 9. С. 12–18.

окремих видів за критерієм визначеності або невизначеності у законодавстві, то слід наголосити на тому, що більшість з таких договорів є непоіменованими та змішаними. 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. Як слушно зазначає Й. Покровський, «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»¹⁵⁴.

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»¹⁵⁵. 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 договорів, визначених у законодавстві, то – глави особливої частини ЦК України, що належать до зазначеного виду договорів. В такому випадку «вибрати доречно той варіант тлумачення, який дозволить вирішити конкретний казус»¹⁵⁶.

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»¹⁵⁷. 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

¹⁵⁴ Майданик Р., Бервено С. Нетипові договори // Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2008. С. 397.

¹⁵⁵ Діковська І. А. Свобода сторін укладати договори, не передбачені законодавством: підходи окремих країн // Ученые записки Таврического национ. университета им. В. И. Вернадского Серия «Юридические науки». Том 26 (65). 2013. № 2-1 (Ч. 1). С. 240.

¹⁵⁶ Сурай Д. Ю. Змішані договори та їх відмінності від інших договорів // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: ПРАВО. Вип. 33. Том 1. 2015. С. 167.

¹⁵⁷ 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. 120, 121.

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. І. 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 відображення¹⁵⁸.

На думку Л. В. 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»¹⁵⁹.

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»¹⁶⁰. 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,

¹⁵⁸ Брагінський, М. І. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М.: Статут, 2007. С. 48.

¹⁵⁹ Мигалок Л. В. Непойменовані договори в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. К., 2013. С. 4.

¹⁶⁰ Мигалок Л. В. Місце та роль непоіменованих договорів у цивільному праві України // Університетські наукові записки: часопис / Хмельницьк. ун-т. упр. та права. 2011. № 2 (38). С. 173

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»¹⁶¹.

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 непоіменованій 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»¹⁶². Але це не означає, що непоіменованій 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 нерегульовані»¹⁶³. 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

¹⁶¹ Мигалюк Л. В. Особливості змісту непоіменованого договору // Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського Університету імені Короля Данила Галицького. 2012. № 6. С. 161,162.

¹⁶² Мигалюк Л. В. Місце та роль непоіменованих договорів у цивільному праві України // Університетські наукові записки: часопис / Хмельницький ун-т. упр. та права. 2011. № 2 (38). С. 173.

¹⁶³ Алексашина Ю. Види цивільно-правових договорів у цивільному праві України // Юридична Україна. 2012. № 2. С. 69.

цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом. Відповідно до коментаря С. О. Погрібного під законами України, які підпадають під ознаки актів цивільного законодавства у розумінні ст. 4 ЦК України (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 прийняті відповідно до ЦК України, тобто відповідають основним його положенням»¹⁶⁴. 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»¹⁶⁵.

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»¹⁶⁶.

Отже, щодо регулювання непоіменованих договорів, то це складний процес поєднання наявних 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, «договірна конструкції непоіменованих договорів створюється 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

¹⁶⁴ Погрібний С. О. Цивільний кодекс як основний акт цивільного законодавства // Право України. 2005. № 1. С. 88.

¹⁶⁵ Гейнц Р. М. Непоіменовані договори // Договір як універсальна форма правового регулювання: монографія / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 200.

¹⁶⁶ Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03; Національний ун-т «Острозька академія». Острог, 2004. С. 56.

договору визначається належністю останнього до групи абсолютно непоіменованого чи відносно непоіменованого договорів»¹⁶⁷.

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 договірної представництва, врегульовані ч. 3 ст. 237 – 239, 244 (представництво за довіреністю), 145 (форма довіреності), 247 – 249, 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.

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 договірної 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 загальновизнані підходи»¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Гейнц Р. М. Непоіменовані договори // Договір як універсальна форма правового регулювання: монографія / за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 217 – 218.

¹⁶⁸ Кузнєцова Н. Розвиток договірної права України // Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К.: Юрінком Інтер. 2008. 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 ефективного захисту прав та гідності окремих категорій хворих (паліативних, у стані зниженої здатності до волевиявлення тощо).

Необхідними заходами захисту пацієнтів, що рекомендуються Радою Європи, є спеціальні правові засоби, які особа, що володіє дієздатністю, може використовувати для врегулювання майбутніх правовідносин на випадок недостатності своїх особистих здібностей. 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. Такі попередні медичні розпорядження фізичної особи повинні мати пріоритет перед іншими формами захисту прав неповносправних пацієнтів.

Основне призначення та юридична цінність медичних директив – надати надавачам медичних послуг 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)¹⁶⁹ та Рекомендацій 1993 (2012)¹⁷⁰ 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,

¹⁶⁹ Resolution «Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients» RES 1859 (2012). URL: http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11402 (дата звернення: 05.02.2020).

¹⁷⁰ Recommendation «Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients» REC 1993 (2012). URL: http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11401 (дата звернення: 05.02.2020).

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.

Україна не ратифікувала Конвенцію Ов'єдо, і, відповідно, не має суворого юридичного обов'язку легітимізувати раніше висловлені побажання пацієнта, передбачені ст. 9. Проте навіть на даний момент за умови не проходження повної процедури ратифікації даної 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 Європейською конвенцією, 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 Ов'єдо. По-друге, Віденською конвенцією про право міжнародних договорів (1969 р. Чинність для України від 14.04.86 р)¹⁷¹ у ст. 18 передбачено, що держава, яка підписала договір, має обов'язок не позбавляти договір його об'єкта і мети. Це означає,

¹⁷¹ Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. Відомості Верховної Ради Української РСР. 1986. № 17. Ст. 343.

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 правовідносин з попередніх медичних розпоряджень особи та договору про представництво пацієнта в компаративістському аспекті. Це 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 межах юрисдикції України 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. 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. Це насправді вже відбувається, що видно на прикладі того, як одна з релігійних громад за відсутністю визначених правових механізмів у законі все ж знайшла легітимні шляхи для реалізації права пацієнта на завчасну відмову від надання медичної допомоги.

Йдеться про вже названу правову форму «Волевиявлення щодо медичного втручання – жодної крові», в тексті якої міститься розпорядження щодо медичного втручання на майбутнє та призначення довіреної особи (медичного представника) пацієнта. За своєю юридичною природою «Волевиявлення щодо медичного втручання» є непоіменованим змішаним правочином, що містить два окремі елементи, які підпорядковані досягненню єдиної мети: 1) заява-розпорядження до медичних працівників, що ґрунтується на договорі про надання медичних послуг; 2) довіреність, якою уповноважуються два медичних представники, що ґрунтується на договорі про представництво пацієнта.

Хоча даний вид договірних відносин не передбачено у законодавстві України та навіть зустрічає нерозуміння та певний опір у медичній та суддівській спільноті, все ж до нього застосовні доктринальні положення про цивільно-правовий договір. Зокрема, за словами Н. С. 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 сторін¹⁷².

До того ж, як було зазначено, документи з попередніх розпоряджень щодо медичного втручання на майбутнє розглядаються ЄСПЛ не як «забобони», а в реальному європейському контексті фундаментальних прав людини на свободу релігійних переконань, на фізичну недоторканність, на особисту автономію з питань охорони здоров'я. В окремих пунктах Постанови ЄСПЛ у справі *Jehovahs Witnesses of Moscow v Russia* 10. 06.2010 обґрунтовано як загальні доктринальні складові фундаментального права людини на згоду на медичне втручання та відмову від будь-якого окремого методу взагалі, так і конкретні юридичні, за яких дані документи набувають легітимного значення в юрисдикції ЄСПЛ. Оскільки під такою юрисдикцією перебуває держава Україна, то Рішення є чинним в Україні, тож документ «Волевиявлення щодо медичного втручання» логічно набуває легітимного статусу й в Україні.

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» № 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

¹⁷² Кузнецова Н. С. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Право України. 2012. № 9. С. 12 – 18.

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 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 біоімплантатів. Цей новий суб'єкт правовідносин з надання медичної допомоги отримав правове визначення та обґрунтування у Законі України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 17.05.2018 № 2427-VIII (далі – Закон № 2427-VIII) та у Постанові Кабінету Міністрів «Деякі питання реалізації Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 27.12. 2018 р. № 1211 (далі – Постанова № 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 № 1211 прописані усі ключові процедурні етапи призначення, відкликання повноважного представника, його повноваження та підстави їх набуття та припинення.

Відповідно до Закону № 2427-VIII 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 № 2427-VIII 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.

Щодо представництва померлої особи, яка за життя не визначила свого повноважного представника, то відповідно до ст. 16 Закону № 2427-VIII 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 № 1211 розроблено зразки необхідних до заповнення форм, які свідчать про вчинення відповідних правочинів та угод. Кожна заява реєструється у спеціальному державному Реєстрі. 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.

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»¹⁷³. 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»¹⁷⁴.

Актуальність даного завдання підтверджується насамперед тією незручністю, яку утворює для учасників приватноправових відносин відсутність належної та достатньої урегульованості правом окремих договірних

¹⁷³ Кузнецова Н.. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Право України. 2012. № 9. С. 12.

¹⁷⁴ Стефанчук Р. Перспективи договірного регулювання особистих немайнових відносин // Право України. 2012. № 9. С. 185.

конструкцій, які мають певний інтерес для суб'єктів сфери надання медичної допомоги. Цю особливість вимірів національного правового менталітету Н. Кузнєцова 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 впливає з договору. Розробники нового ЦК 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»¹⁷⁵.

2.2. 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;

¹⁷⁵ Кузнєцова Н. С. Принципи сучасного зобов'язального права // Українське комерційне право. 2003. № 4. С. 11.

- 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 закладів охорони здоров'я, а також для фізичних осіб – підприємців, що провадять господарську діяльність з медичної практики 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. № 751¹⁷⁶ 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»¹⁷⁷ від 29.12. 2016 року № 1422, яким українським лікарям дозволено використовувати у своїй роботі міжнародні клінічні протоколи. Наразі наказом

¹⁷⁶ Наказ 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 // Офіційний вісник України від 21.12.2012 – 2012 р. № 95. С. 145. Ст. 3857 Код акта 64805/2012.

¹⁷⁷ Наказ МОЗ України «Про внесення змін до наказу Міністерства охорони здоров'я України від 28 вересня 2012 року № 751 «Про внесення змін до наказу Міністерства охорони здоров'я України від 28 вересня 2012 року № 751 від 28.04.2017 – 20 17 р. № 34. С. 163. Ст. 1103. Код акта 85835/2017.

МОЗ України від 26.09.2018 р. № 1752¹⁷⁸ 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.

Оснoву 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

¹⁷⁸ Наказ МОЗ «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 від 02.11.2018 – 2018 р., № 84. С. 271. Ст. 2789 Код акта 91939/201.

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.

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 (наданої за формою, наведеною у додатку 9 до Методики) 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»¹⁷⁹. «Техніко-юридичні норми мають яскраво виражений публічний характер і стосуються невизначеного кола осіб»¹⁸⁰.

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»¹⁸¹. «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

¹⁷⁹ Сенюта І. Стандарти у сфері охорони здоров'я як джерело правовідносин із надання медичної допомоги // Медичне прав. 2017. № 3. С. 117.

¹⁸⁰ Там само. С. 116 – 117.

¹⁸¹ Довженко Є. В. Теоретико-правова характеристика технічних норм // Юридичний вісник. 2016. № 4 (41). С. 43 – 44.

норм, а посилається на них та встановлює відповідальність за порушення їхнього змісту»¹⁸².

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 документів, 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 України «Про створення та впровадження медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги в системі Міністерства охорони здоров'я України» № 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

¹⁸² Довженко Є. В. Теоретико-правова характеристика технічних норм // Юридичний вісник. 2016. № 4 (41). С. 46.

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 застосування будь-яких клінічних інструментів сучасного процесу прийняття медичних рішень. Тому для адекватного розуміння природи відносин по застосуванню технологій доказової медицини необхідно застосувати мультидисциплінарний та системно-структурний методи 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 феномена доказової медицини, який включений до соціального, етичного, медичного та правового контекстів.

У технологічно розвинених демократичних країнах «технології ДМ визнані та прийняті як наріжний принцип побудови національних моделей медицини»¹⁸³, їхнє значення вважається переважним у створенні ефективних стратегій поліпшення якості надання медичної допомоги. Вхідження 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, «уприду 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»¹⁸⁴.

¹⁸³ 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). С. 11.

¹⁸⁴ Вульф Х. Р. История развития клинического мышления // Международный журнал медицинской практики. 2005. № 1. 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 пропонуваніх клінічних рішень. Так, за визначенням відомого українського лікаря, професора та вченого 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 практик¹⁸⁵. 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 рішення при наданні медичної допомоги на базі сучасної, найбільш суттєвої та достовірної, наукової інформації. Таке рішення має прийматися пацієнтом на основі наданої йому лікарем інформації»¹⁸⁶. Американський професор Джей Сівек, 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»¹⁸⁷.

Нині нові медичні технології на засадах доказової медицини загально визнані 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 його властивість бути похідною ознакою від сучасної індустріальної доби, коли конвеєр став основою найбільш ефективного

¹⁸⁵ 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). С. 14.

¹⁸⁶ Dawes M. G., Summerskill W., Glasziou P., Cartabellotta A., Martin J., Hopayian 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 звернення: 01.02.2020).

¹⁸⁷ Siwek Jay. Evidence-Based Medicine: Common Misconceptions, Barriers, And Practical Solutions // Am Fam physician. 2018. Sep 15. № 98 (6). P. 343 – 344.

виробництва¹⁸⁸. 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 побудована 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.

Суть даного підходу можна проілюструвати на прикладі «Оновлених рекомендацій American Heart Association по Серцево-легеневій реанімації при серцево-судинних захворюваннях від 2015 р.»* Характерно, що у змісті документа 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.

¹⁸⁸ 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). С. 14.

* 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.

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. Дедалі 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 життя¹⁸⁹.

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 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. Вихідна клінічна ситуація, яка є унікальною проекцією певного відомого та описаного у науці патологічного стану на організм 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»¹⁹⁰, характеризується пріоритетом вибору пацієнта при

¹⁸⁹ 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 звернення: 01.02.2020).

¹⁹⁰ 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). С. 17 – 18.

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 лінійними. 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. Тож з цієї позиції довести наявності причинного зв'язку між подіями можна, якщо є статистично значуща кореляція між частотою подій А і Б. 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 експерименті¹⁹¹.

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;

¹⁹¹ Вульф Х. Р. История развития клинического мышления // Международный журнал медицинской практики. 2005. № 1. С. 18.

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»¹⁹² журналу *American Family Physician* доктори медицини Медичного центру Джорджтаунського університету Керолайн Уелберрі та Ребека Мак-Аттер 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 «неоціненним 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

¹⁹² Wellbery Caroline, Mc Ateer Rebecca. 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 звернення: 01.02.2020).

лікування залишається інформований вибір пацієнта. То ж «технології ДМ мають займати провідне місце у процесі прийняття клінічного рішення. Якісні клінічні рекомендації стають певним зразком при лікуванні відповідного захворювання. Також 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».¹⁹³ 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»¹⁹⁴.

Таким чином, результати проведеного аналізу щодо сутності сучасних технологій доказової медицини, їхньої ролі у прийнятті клінічних рішень, також існування сучасних етичних моделей прийняття клінічного рішення, дають змогу зробити такі висновки. Сучасна модель прийняття клінічних рішень на засадах доказової медицини передбачає: 1) певну свободу дискреції лікаря щодо варіантів ведення пацієнта та застосування щодо даного окремого випадку наявних методів з арсеналу доказової медицини, 2) обговорення з пацієнтом існуючих пропозицій та рекомендацій лікаря, включаючи наявні альтернативи, ризики, можливі прогнози та ймовірність їхньої реалізації, 3) інформований вибір пацієнта.

Складний процес вибору методів лікування включає клінічний, етичний та юридичний компоненти. У правовому вимірі дана модель містить часткове регулювання відносин щодо вибору методів лікування на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення як лікаря, так і пацієнта, що надає можливість кваліфікувати даний сегмент відносин як приватноправових.

¹⁹³ 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). С. 18.

¹⁹⁴ Dawes M. G., Summerskill W., Glasziou P., Cartabellotta A., Martin J., Hopayian 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 звернення: 01.02.2020).

РОЗДІЛ 3.

МОДЕРНІЗАЦІЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ІНСТРУМЕНТАРІЮ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АВТОНОМІЇ ВИБОРУ СУБ'ЄКТІВ ПРИВАТНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

3.1. Сучасні тенденції законодавчої регламентації приватного розсуду та меж автономії лікаря

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. І. Белоколодова, вказані особливості надають можливість 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»¹⁹⁵. 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»¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Белоколодова Т. И. Современный трудово-правовой статус медицинского работника и его особенности. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Санкт-Петербургский государственный университет, 2017. С. 156.

¹⁹⁶ Там само. С. 126.

Лікарську дискрецію як елемент правового статусу лікаря можна визначити як автономію та незалежність лікаря при здійсненні ним на власний розсуд певного кола 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, 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 проявитися у суворо визначених межах, що пов'язано із особливим регламентним характером медичної діяльності, яка регулюється не тільки правовими нормами, а й 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: автономії лікаря щодо формування клінічних рекомендацій, на основі яких пацієнт прийматиме рішення про вибір методів лікування; автономії 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 англійська 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.

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»¹⁹⁷.

Як зазначає К. Воробйов щодо ролі доказової медицини, «головним завданням ДМ є визначення ступеню придатності опублікованих даних для використання біля ліжка конкретного хворого».¹⁹⁸ Це пов'язано із низкою чинників, які тягнуть за собою вихідну обмеженість технологій доказової медицини, що передбачає творче та вибіркове 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»¹⁹⁹. 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

¹⁹⁷ Dawes M. G., Summerskill W., Glasziou P., Cartabellotta A., Martin J., Hopayian 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 звернення: 01.02.2020).

¹⁹⁸ 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). С.16.

¹⁹⁹ 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 звернення: 01.02.2020).

формування клінічного рішення та вибору на його основі методу лікування, що запропонована К. П. Воробйовим²⁰⁰, 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, застосованих 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

²⁰⁰ 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 звернення: 01.02.2020).

фактор»²⁰¹. 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»²⁰².

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 впроваджувати результати, отримані у клінічному дослідженні, або мета-аналізі, до даного конкретного випадку, чи припустимо вважати 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 Джей Сібек, 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

²⁰¹ Воробьев К. П. Проблемы вхождения технологий доказательной медицины в украинское здравоохранение. Часть 2. Влияние технологий доказательной медицины на организацию клинической науки // Український медичний часопис. 2006. м№ 4 (54– VII/VIII). С. 17.

²⁰² Вульф Х. Р. История развития клинического мышления // Международный журнал медицинской практики. 2005. № 1. С. 17 – 18.

присутні декілька аналогічних ефективних варіантів. Іноді пацієнти свідомо заперечують проти того, що вважає кращим лікар і замість цього обирають те, що є кращим для них, ґрунтуючись на тому, як саме вони оцінюють конкретні вигоди та шкоду»²⁰³. Стосовно відношення лікаря до різноманітних клінічних інструментів доказової медицини, професор Джей Сівек 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 Rec (2001) 13 Комітету Міністрів урядам держав-членів щодо розробки методології для розробки настанов з найкращої медичної практики²⁰⁴ 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.

²⁰³ Siwek Jay. Evidence-Based Medicine: Common Misconceptions, Barriers, And Practical Solutions // Am Fam hysician. 2018. Sep 15. № 98 (6). P. 343 – 344.

²⁰⁴ Recommendation Rec (2001)13 of the Committee of Ministers to member states on developing a methodology for drawing up guidelines on best medical practices. URI: [http://mtd.dec.gov.ua/images/doc/Rec\(2001\)13.pdf](http://mtd.dec.gov.ua/images/doc/Rec(2001)13.pdf) (дата звернення: 05.02.2020).

²⁰⁵ Єреванская декларация о последовательном продвижении принципов доказательной медицины. URL: <http://ultrasound.net.ua/materiali/organi-ta-sistemi/teorija-ultrazvukovoji-diagnostiki/inshe/erevanskaja-deklaracija-o-posledovatelnom-prodvizhenii-principov-dokazatelnoi-mediciny/> (дата звернення: 01.02.2020).

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, вважаємо доведеним те, що 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.

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 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.

Отже, 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» № 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 № 411²⁰⁶ протягом трьох робочих днів уповноважені працівники медичної інформаційної систем мають перевірити заяву та внести до центральної бази даних запрошені 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.

Мірою вияву приватноправового розсуду лікаря є право 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.

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

²⁰⁶ Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання електронної системи охорони здоров'я» від 25.04.2018 № 411 // Офіційний вісник України від 15.06.2018 р. № 46. С. 14. Ст. 1604. Код акта 90457/2018.

особистих немайнових відносин. Українським законодавством юридичне право лікаря на відмову від здійснення деяких видів медичних втручань, наприклад абортів, з міркувань совісті прямо не передбачено. Хоча на доктринальному рівні окремі положення вітчизняної нормативної бази можна пристосувати для обґрунтування права лікаря на відмову від здійснення абортів, все ж така практика в Україні є цілковито неврегульованою. Тому є потреба у розробленні нового для України правового інституту на рівні як теоретичних засад, так і юридичних засобів. Зокрема, такі теоретичні положення мають бути прийняті вітчизняною доктриною та втілені у норми законодавства для впровадження в Україні приватноправового інституту заперечення лікаря з міркувань совісті. 1. Право на заперечення з міркувань совісті мають тільки фізичні особи, воно не застосовується до юридичних осіб. 2. 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. 3. Медичні працівники зобов'язані інформувати завчасно про будь-які заперечення з міркувань совісті та спрямовувати пацієнтів до іншого виконавця медичних послуг. 4. У національному законодавстві необхідно забезпечити прості та прозорі механізми нагляду та оскарження, які відіграють істотну роль у забезпеченні того, щоб практика заперечення з міркувань совісті здійснювалася у законний спосіб. Вказані нововведення нададуть можливість ефективно гарантувати повагу до прав та інтересів як медичних працівників, так і пацієнтів, які бажають отримати якісну законну медичну допомогу.

3.2. Проблемні аспекти імплементації міжнародно-правових стандартів у сфері автономії вибору пацієнта

Важлива особливість правовідносин з 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 – хворий та адекватною формою правової захищеності пацієнта, який довіряє лікарю своє 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»²⁰⁷. 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.²⁰⁸ 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 лікарів²⁰⁹.

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»²¹⁰. На сьогодні правило згоди має принципове та доктринальне значення в системі правового регулювання

²⁰⁷ Михайлов С. В.. Цивільно-правова відповідальність у сфері надання медичних послуг. Автореферат дис. на здобуття ступеня канд. юрид. наук. Харків, 2010. С. 5.

²⁰⁸ Казакова Е. Б. О проблеме информированного согласия в медицине // Медицинское право. 2011. № 4.

²⁰⁹ Меднис Д. Согласие на медицинское вмешательство. Отказ от медицинского вмешательства: практические рекомендации по подготовке документов. Образцы документов. К.: ЗАО «ВПОЛ», 2007. С. 9.

²¹⁰ Юдин О. Ю. Информированное согласие: отказ от ответственности врача или защита прав пациента? // Український медичний часопис. 1(1) (123) I/II 2018. URI: <https://www.umj.com.ua/article/120112/informirovannoe-soglasie-otkaz-ot-otvetstvennosti-vracha-ili-zashhita-prav-patsienta> (дата звернення: 01.02.2020).

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»²¹¹. 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.

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 лікувального 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» (patientoriented) критерій, згідно з яким інформація має бути наданою пацієнтові у доступній формі та включати три параметри: 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

²¹¹ Нюрнберзький кодекс 1947 г. URI: <http://www.psychopravo.ru/law/int/nyurnbergsjij-kodeks.htm> (дата звернення: 01.02.2020).

скандали мали великі соціальні наслідки, зокрема, затвердили в американській медицині правило інформованої згоди за будь-яких медичних втручань²¹².

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»²¹³ – 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 (ВООЗ) з прав пацієнтів прийняла документ «Декларація про політику в сфері забезпечення прав пацієнтів в Європі»²¹⁴, 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, конфіденційність та релігійні переконання і моральні цінності (п. 1.5).

До основ концепції прав пацієнта в Європі віднесено засадниче 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.

²¹² Силуянова И. Современная медицина и православие. М.: Моск. подворье Св.-Троиц.Сергиевой Лавры, 1998. URI: <http://lib.eparhia-saratov.ru/books/17s/siluanova/medicine/contents.html> (дата звернення: 01.02.2020).

²¹³ Лиссабонская декларация относительно прав пациента 1981 г. URI: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/990_016 (дата звернення: 01.02.2020).

²¹⁴ Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe (1994). URI: <http://www.healthrights.am/eng/more/124/> (дата звернення: 01.02.2020).

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).

Значним подальшим кроком на шляху формування та запровадження європейських правових стандартів прав пацієнтів стало ініціювання та підписання у 1997 році Конвенції Ов'єдо. Укладання договору 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 і 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 документі 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 втручання 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.

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 спеціального закону «Основи законодавства України про охорону здоров'я» знайшли конкретизацію 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.

Окремим аспектом здійснення права на згоду є правова можливість для пацієнта відмовитися від медичного втручання. 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. 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 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 Основ).

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 та 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.

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; Інформована добровільна відмова пацієнта від запропонованого лікування; Акт підтвердження відмови від медичного втручання та письмового оформлення відмови – на випадок, якщо пацієнт відмовляється задокументувати свою відмову.

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 підготовлені 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 на пропонуване лікування 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.), в якій 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».

У разі відмови пацієнта приймального відділення від госпіталізації для додержання юридичної процедури розумно дотриматися такого порядку дій: оформити медичну карту стаціонарного хворого; забезпечити огляд хворого лікарем профільного відділення; докладно описати в історії хвороби результати огляду (обстеження); повідомити про відмову керівництво – завідувача профільним відділенням або чергового лікаря; заповнити форму інформованої добровільної відмови пацієнта від запропонованого лікування.

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. У невідкладних випадках, за наявності реальної загрози життю фізичної особи, 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-VI²¹⁵ : 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, норма п. 5 ст. 284 ЦК України можна зрозуміти таким чином, що відмова від життєво необхідного лікування в Україні під заборону.

Чи можна тлумачити вказані положення у такий спосіб, що тільки сам факт невідкладності медичного втручання, тобто існування загрози для життя або здоров'я, 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. Наприклад: «навіть у випадку відмови медичні працівники повинні пам'ятати, що Клятва Гіппократа та Кодекс медичної етики зобов'язують діяти на благо

²¹⁵ Закон України «Про екстрену медичну допомогу» від 05.07.2012 р. № 5081-VI // Відомості Верховної Ради України. 2013. № 30. Ст. 340.

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.)²¹⁶.

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».²¹⁷ 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».²¹⁸

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 представників»²¹⁹. У тій самій площині розмірковує В. О. Сакало: «законодавство України передбачає, що у виключних випадках згода на медичне втручання не є потрібною, тобто мова іде про безпосереднє обмеження цього права»²²⁰.

Також Г. Гаро, роз'яснюючи положення законодавця розтлумачує: «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»²²¹. Зокрема, до таких випадків авторка відносить ситуації, що загрожують життю пацієнта.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ 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. С. 472 .

²¹⁸ Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: У 2-х ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. Ч. 1. С. 385.

²¹⁹ Сенюта І. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги: питання теорії і практики: монографія. Львів: Видавництво ЛОБФ «Медицина і право», 2018. С. 112, 122.

²²⁰ 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 звернення: 01.02.2020).

²²¹ 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>

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, зауважує А. Дворніченко²²².

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: «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)»²²³.

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. 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

dozvolenogo-medichnogo-vtruchannya-likarya-bez-zgodi-patsienta-ta-abo-jogo-zakonnikh-predstavnikiv (дата звернення: 04.02.2020).

²²² Дворніченко А. С. Особливості медичного втручання без інформованої згоди пацієнта // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2014. Вип. 12 (2). С. 34.

²²³ 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 звернення: 05.02.2020).

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.). Свобода погодитися або відмовитися від конкретного методу лікування або вибрати альтернативний метод лікування має першорядне значення для принципів самовизначення й особистої автономії (п. 136 Постанова 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 ст. 8 Європейської конвенції (п. п. 62 и 63 Постанови у справі *Pretty v. the United Kingdom*; та Рішення Європейської комісії від 10 грудня 1984 р. у Постанові *Acmanne 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).

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 Naciyn*) 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 тлумачення стосовно прав 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 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. 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 наблизилася 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. 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. 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), консультуватися 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, організують 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»²²⁴.

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 № 2610/25254/2012²²⁵ 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 ревізійне 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

²²⁴ Вовк Т., Мамчин В. Лікування Свідків Єгови – етичний та клінічний виклик, який можна з успіхом подолати // Хірургія України. 2010. № 4. С. 100 – 101.

²²⁵ Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 13.05.2013 р.(справа № 2610/25254/2012). URI: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31253050> (дата звернення: 05.02.2020).

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 надав свою згоду.

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»²²⁶.

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

²²⁶ 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 звернення: 04.02.2020).

обґрунтуванні своєї позиції щодо обмеження права на згоду В. О. 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»²²⁷.

Така позиція є 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 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.

Перша теза виходить з того, що конституційні абсолютні права людини не можуть бути обмеженими, крім випадків, передбачених Конституцією України. Згода на медичне втручання є застосуванням принципу автономії волі як провідної засади європейського громадянського правопорядку та цивільного права України. Згода 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, як було показано, підтверджено міжнародними договорами, судовою практикою та законодавством України.

Право фізичної особи на згоду на медичне втручання в Україні є абсолютним правом людини та конституційним правом, які мають спеціальні умови обмеження. По-перше, конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. По-друге, 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, які стосуються абсолютного права на гідність та пов'язаного з цим права на згоду на медичне втручання.

Друга теза полягає у тому, що не можна обмежити суб'єктивне цивільне право, якого не передбачено законодавством. Правило згоди не поширюється на примусові та обов'язкові заходи медичного характеру. Дані відносини регулюються нормами публічного права, у суб'єктів даних правовідносин немає права на згоду.

²²⁷ 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 звернення: 01.02.2020).

Правовідносини, що виникають при наданні медичної допомоги пацієнту всупереч його волі виходять за межі цивільно-правового регулювання, оскільки підставами для їх виникнення є норми публічного права. Так, підставами для виникнення зобов'язання з надання медичної допомоги всупереч волі пацієнта можуть бути рішення суду про примусову госпіталізацію (примусове годування), адміністративний акт про ізоляцію хворого. Порядок прийняття рішень про надання медичної допомоги всупереч волі пацієнта відносно осіб, що страждають на захворювання, що представляють небезпеку для оточуючих, визначається нормами спеціального законодавства. Наприклад, статтею 11 Закону України «Про протидію захворюванню на туберкульоз» від 05.07.2001 р. № 2586-III²²⁸ регламентуються умови та порядок примусової госпіталізації хворих на заразні форми туберкульозу за рішенням суду. 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 № 352²²⁹.

Отже, правові відносини, 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 абсолютного права людини на згоду на медичне втручання, не про обмеження права фізичної особи на згоду на медичне втручання.

Якщо не вірно вести мову про обмеження права фізичної особи на згоду на медичне втручання, то якими можуть бути юридичні поняття та конструкції, 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.

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 дії лікаря в умовах крайньої необхідності. В літературі неодноразово висловлювалася думка, що правовідносини

²²⁸ Закон України «Про протидію захворюванню на туберкульоз» від 05.07.2001 р. № 2586-III // Відомості Верховної Ради України. 2001. № 49. Ст. 258.

²²⁹ 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.

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 втручання²³⁰. 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». «Зобов'язок лікаря – діяти саме так обумовлено тим, що надання послуг у такій ситуації має бути кваліфіковано як дії в чужому інтересі без доручення (negotiorum gestio). Даний випадок дій в чужому інтересі передбачає дотримання правил щодо надання медичних послуг в умовах медичного втручання»²³¹.

Такі недоговорні 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 з деяких серйозних зауважень 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 наступним чином 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»²³².

²³⁰ Малєїна М. Н. Человек и медицина в современном праве. М.: Бек, 1995. С. 29.

²³¹ 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.394, 395.

²³² 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>

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 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.

Виходячи з наведеного, правовідносини із надання медичної допомоги у невідкладних та екстрених випадках потребують спеціального регулювання. У зв'язку із зазначеним запропоновано виключити з предмета правового регулювання ЦК України відносини з надання медичної допомоги у невідкладному стані та обмежитися відсилочними нормами ст. 284 ЦК України, наприклад: «5. У невідкладних (екстрених) випадках медична допомога регулюється на засадах спеціального закону».

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 – курсив наш – Г. М.] на користь особи у таких умовах»²³³. 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»²³⁴.

У «Декларації про права пацієнта» Світового лікарського товариства також пропонується легалізувати та стандартизувати інститут замісного приймача рішення щодо медичного обслуговування, який є реальною альтернативою лікарського патерналізму. Закони деяких країн встановлюють відповідних замісних приймачів рішення у низхідному порядку: представник,

²³³ Стеценко С. Г. Медичне право України. URI: http://pidruchniki.com.ua/15840720/pravo/medichne_pravo_ukrayini_-_stetsenko_sg. (дата звернення: 04.02.2020).

²³⁴ Підручник з лікарської етики / Переклад з другого англійського видання 2009 р. за редакцією академіка АМН України, Голови Комітету з лікарської етики Всеукраїнського лікарського товариства (ВУЛТ) Любомира Пирога. Українське видання БФ «Третє Тисячоліття», 2009. С. 51.

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 V 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 лікарі не можуть діяти довільно, тобто вони повинні мати вагомі причини не брати до уваги законні побажання пацієнта, виражені у попередніх директивах.

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 про права людини та біомедицину), зокрема, відносно вирішення двох важливих питань стосовно статусу документів попередніх медичних розпоряджень. Перше питання: якими є мінімальні законні вимоги для легітимації попередніх розпоряджень? Сюди можуть включатися 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. Друге питання: що має бути законною підставою для чинності попередніх медичних розпоряджень? Іншими словами, йдеться про з'ясування того, що означає в юридичних термінах вираз «враховувати», який вжито у тексті ст. 9 Конвенції Ов'єдо. Ці запитання включають необхідність юридичного вирішення того, які саме причини дають законне право медичному працівникові на невиконання переваг пацієнтів. Серед причин, що дають лікарям право не брати до уваги заздалегідь складені директиви, деякими місцевими законами вказані 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. З цієї причини є потреба нагадати деякі доктринальні міркування, які слугують меті обґрунтування легітимності відмови пацієнта від будь-якого виду медичного втручання, в тому числі такого, що є невідкладним або екстреним. Це цілком стосується також й попередньої відмови дієздатної повнолітньої особи на майбутні випадки втрати здатності до волевиявлення.

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 правоздатного 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.

РОЗДІЛ 4.

ООНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ ПОВНОЛІТНІМ НЕДІЄЗДАТНИМ ОСОБАМ

4.1. Міжнародно-правові стандарти приватноправового регулювання відносин при наданні медичної допомоги повнолітнім особам 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 ХХІ 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 питаннями 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. 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 для правового регулювання відносин за участю осіб із вадами волі (проблемами психічного здоров'я, інтелектуальною недостатністю та інвалідністю) є: Конвенція ООН про права осіб з інвалідністю (13.12.2006 р.), 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 статей 3, 5, 6, 8 Європейської конвенції, внутрішнє законодавство з відповідних питань. Додатковими джерелами, які надають тлумачення або роз'яснюють окремі положення застосованих 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.

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 психіатричних хворих та осіб із інтелектуальними формами інвалідності, є застосовними також і до сфери надання медичної допомоги повнолітнім особам з вадами волі та потребують концептуальної та нормативної інтерпретації і введення в оновлене цивільне законодавство України.

У Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю (далі – Конвенція ООН) запропоновано нове розуміння інвалідності, рівності стосовно прав, усунення дискримінації, реальних механізмів підтримки у прийнятті рішень, в тому числі щодо вибору у сфері охорони здоров'я та лікування. 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 перепорою.

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 системи ізоляції та механізмів прийняття заміщених рішень. Цей «бар'єрний» підхід до визначення інвалідності передбачає налаштування 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»²³⁵ від 20.12.1971 р., 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,

²³⁵ Декларация о правах умственно отсталых лиц, принята резолюцией 2856 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 20 декабря 1971 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_119 (дата звернення: 05.02.2020).

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 й 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) суд визнав обов'язок держави враховувати потреби осіб з інвалідністю у державних установах. А у справі *Thlimmenos v. Greece* (6 April 2000) 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.

Презумпція дієздатності повнолітніх осіб з інвалідністю повинна мати законодавче підтвердження у нормах національного права. Юридичні процедури повинні включати легітимність механізмів позбавлення дієздатності та встановлення опіки, спрямованих на пошуки альтернативних правових та соціальних алгоритмів допомоги особам із обмеженими можливостями у самостійному визначенні стосовно як правових, так й інших питань.

Виключення механізмів повної недієздатності та суцільної опіки передбачає, що ніхто не може бути автоматично позбавлений можливості вирішувати питання своєї життєдіяльності, зокрема, участі у правосудді, вибору у сфері охорони здоров'я тощо, з причини інвалідності та встановлення опіки. Позбавлені дієздатності особи з інвалідністю повинні мати можливість брати участь в обговоренні та вирішенні питань повсякденного життя, в тому числі таких важливих, як поміщення у закриті спеціалізовані медичні та соціальні заклади, вибір та відхилення методів лікування. Це включає в себе також право на підтримку у прийнятті рішень: методики донесення інформації, допомога у розумінні та виборі тощо.

Одним із запропонованих у Конвенції ООН механізмів підтримки у прийнятті власних рішень є концепція «розумного пристосування», якою пропонується 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 ООН означає внесення, коли це потрібно в конкретному випадку, необхідних і схожих модифікацій і коректив, що не стають надмірним чи невиправданим 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 системи 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 інтелектуальною 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 трапляються 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.

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»²³⁶ 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 сприяти наданню рівних можливостей особам 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 стану 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 інвалідів та її Факультативний протокол особи під опікою не побачили себе позбавленими фундаментальних прав (включно з їх правом отримати власність, мати 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 побажань; 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

ПАРЄ вимагає від держав-членів забезпечити 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

²³⁶ Доступ до прав осіб з інвалідністю (з обмеженими фізичними або розумовими здібностями) та повна і активна участь цих людей в суспільстві. Резолюція 1642 (2009). URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz/docs/890_rez_1642.htm (дата звернення: 05.02.2020).

лікування; необхідно пильнувати за тим, щоб: 15.1) уся відповідна інформація надавалася їм у зрозумілий спосіб.

Належний механізм охорони прав психічно хворих є предметом багатьох міжнародних та європейських документів «м'якого» права, які містять керівні принципи та правові процедури для використання у нормах національного права.

«Принципи захисту осіб з психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги», прийняті Генеральною Асамблеєю ООН 17 грудня 1991 року у Резолюції № 46/119, вказують на недопустимість 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 № 46/119 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)²³⁷, Рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи «Стосовно правового захисту осіб, які страждають на психічні розлади, що примусово утримуються як пацієнти» R (83) № 2²³⁸, «Про принципи правового захисту повнолітніх недієздатних осіб» R (99) № 4²³⁹, «Про захист прав людини і гідності осіб з психічними розладами» R (2004) 10²⁴⁰, також вказується, що особи з психічними розладами повинні мати можливість здійснювати всі цивільні та політичні права, а обмеження цих прав допускаються 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

²³⁷ Рекомендация 818 (1977) о ситуации с психическими заболеваниями от 08.10.1977 г. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_069 (дата звернення: 05.02.2020).

²³⁸ Рекомендация Комитета Министров государствам-участникам относительно правовой защиты лиц, страдающих психическими расстройствами, принудительно содержащихся в качестве пациентов, № R (83) 2. Принята Комитетом министров 22 февраля 1983 г. на 356-м совещании заместителей министров. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_074 (дата звернення: 05.02.2020).

²³⁹ Рекомендация № R (99) 4 Комитета Министров государствам-членам относительно принципов правовой защиты совершеннолетних недееспособных лиц от 23.02.1999 г.. URL : <http://www.npar.ru/rights/incap-rce.htm>

²⁴⁰ Рекомендация № Rec (2004) 10 Комитета министров государствам-членам в отношении защиты прав и достоинства лиц, страдающих психическими расстройствами, (принята Комитетом Министров 22 сентября 2004 г. на 896-м заседании заместителей министров). URL: <https://rm.coe.int/rec-2004-10-psu-ru/168066caa8> (дата звернення: 05.02.2020).

іншій, має бути забезпечено право бути вислуханою та що на випадок можливого порушення у провадженні має брати участь адвокат

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. Для забезпечення ефективного захисту цих осіб необхідні додаткові правові умови, за яких вони можуть бути піддані медичному втручанням. 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. Відповідна особа у міру можливості бере участь у процедурі надання дозволу.

Особливість та складність застосування даної норми полягає у тому, що сучасні стандарти захисту прав людини передбачають, що не можна повністю позбавляти можливості брати участь у виборі методів лікування, догляду 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». 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, ПАРЕС.

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.

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» стосується 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 ст. 5 Конвенції Ов'єдо.

Для захисту осіб, які не здатні давати згоду, передбачено декілька основних принципів: 1) втручання має здійснюватися у безпосередньому інтересі даної особи; 2) тільки із дозволу її представника або органу влади, або особи, або закладу, визначеного законом яким надається відповідна інформація згідно із прийнятими стандартами; 3) не можна повністю позбавляти нездатних повнолітніх можливості приймати власні рішення, але залучати їх до процедур отримання згоди, адаптованих до конкретних осіб та умов необхідного втручання. Ці загальні принципи стають зобов'язаннями для сторін угоди, які повинні втілювати їх у норми національного права.

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 сенсі 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 належать 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.

Врегулюванню прав пацієнтів 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 статті 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 тексті угоди 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 процесуальні 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 № 10 (2004) та здійснюється захист осіб з психічними розладами. Зокрема, було виявлено наявність юридичних прогалів у законодавстві деяких країн – членів Ради Європи стосовно правових норм, спрямованих на регулювання заходів захисту підчас 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) Європейської конвенції 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 міжурядовим Комітетом з біоетики, який доручив робочій групі підготувати попередній проект документа. 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 Конвенції про захист прав людини і основних свобод, які є чинними для України.

Конвенція ООН підняла дуже високо планку дотримання прав та поваги до гідності низки категорії осіб, запровадивши далекоглядні зміни у самому розумінні проблем інвалідності, правоздатності людей з інвалідністю, сучасного концепту рівності у правах. Вона є для України юридично зобов'язуючим нормативним актом, в якому реалізовано перехід від формули заміщеного рішення до підтримки у прийнятті власних рішень для осіб з інвалідністю. І цей концепт, як і уся нормативна частина угоди, є складовими законодавства України. То ж усі норми Конвенції ООН мають бути реалізовані на рівні як доктрини, так й нормативних положень вітчизняної правової системи.

Як видно, сучасною позитивною тенденцією є прогресуюче усвідомлення не правового характеру поставлення осіб, визнаних недієздатними, у повну правову залежність від волі та рішень інших. 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, дедалі більшого врахування волі та побажань цих осіб. 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»²⁴¹. 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 ст. 5, 6, 8 Європейської конвенції та ст. 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 цивільних відносин за участю фізичних осіб із вадами волі та волевиявлення та з ментальними формами інвалідності, в тому числі недієздатних. Ця нова модель передбачає відпрацювання, принаймні, таких обов'язкових елементів, як реформа інституту недієздатності; визнання у правовій доктрині та законодавстві самостійності та автономності фізичних осіб, визнаних недієздатними, у деяких сферах правовідносин.

4.2. Основні напрями реформування інституту недієздатності в цивільному праві України

Тема правового регулювання позбавлення та обмеження дієздатності фізичної особи не входить до предмета даного дослідження, все ж є потреба висвітлити окремі недоліки, які тягнуть за собою 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 та окремі міркування та пропозиції вдосконалення діючого в Україні інституту недієздатності представлені у мінімально необхідному обсязі для вирішення поставлених у роботі завдань за такими напрямками: недоліки чинної системи недієздатності та опіки, реформування окремих елементів інституту

²⁴¹ Імереллі Р. Е., Кравченко Р. І., Мойса Б. С. Права осіб із проблемами психічного здоров'я: відповідність національного законодавства міжнародним стандартам. Контекст дотримання прав людини у психоневрологічних інтернатах // Аналітичний звіт Української Гельсінської спілки з прав людини. Українська Гельсінська спілка з прав людини. Київ: КВІЦ, 2015. С. 20.

недієздатності фізичної особи (критерії оцінки дієздатності фізичної особи, процесуальні гарантії забезпечення прав людини, введення правових режимів парціальної дієздатності).

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 зачинає шлях до порушення суб'єктивних прав даної особи та перетворення її в об'єкт маніпуляцій, в додаток до чийось уподобань, мінімізує можливість злочинних зловживань з боку недобросовісного оточення. Саме з тієї 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 и 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 перетворився 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.

Парадоксальність системи суцільної опіки, що існує в Україні, полягає в тому, що будучи націленою на усунення зловживань, вона породжує чи не ще більші зловживання. 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 № R (99)4. 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 цивільного процесуального кодексу України (далі – 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 у 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.

Процесуальний порядок розгляду справи про визнання фізичної особи недієздатною включає два етапи (ст. 298 та 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, ст. 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 поновилася 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*, 18 марта 1997 г.). 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*, 27 March 2008).

Також цей порядок не відповідає Рекомендації Комітету Міністрів № 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 ПАРЄ Res № 818, Рекомендації Комітету Міністрів 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, ПАРЄ. Ключові недоліки стосуються недиференційованого обмеження дієздатності, відсутності

належних альтернатив, слабких процесуальних гарантії, відсутності належного правового регулювання поновлення дієздатності та ущербності правозастосовної практики.

Отже, для того, щоб забезпечити права людей із ментальними обмеженнями 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. 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, та який потрібно не доводити або спростовувати, але, не гаючи часу, відразу брати до роботи. 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 принципів, які необхідно спочатку відкрито заявити та в адекватний спосіб вводити у законодавство та правозастосовчу практику. Ці принципи стосуються вимог максимального збереження дієздатності; індивідуалізації заходів захисту; турботи про розвиток дієздатності фізичної особи. Розглянемо, у який саме спосіб можлива практична реалізація даних ключових принципів 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. 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. 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.

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 особі 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», 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 сукупності критеріїв, які, на нашу думку, можна поділити на медичний, юридичний та соціальний.

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»²⁴². Саме наявність таких наслідків психічного розладу становить юридичний критерій недієздатності.

Оцінка судом індивідуалізованої повноти наявності юридичного критерію має дуже важливе значення як додаткова гарантія захисту прав фізичних осіб, які страждають на психічні розлади. 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 вольової нездатності особи, яка на тепер 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 компонента та доповнити юридичний критерій соціальним. Введення даного компонента надасть правові підстави для впровадження різних рівнів обмеження дієздатності та наблизить законодавство до індивідуалізованих потреб психічнохворих осіб.

Важливість введення до законодавства додатково ще соціального 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

²⁴² Аргунова Ю. Н. Права граждан с психическими расстройствами. 2-е изд.; перераб. и доп. М.: Фолиум, 2007.

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 усі 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 соціального критерію на дану конкретну ситуацію: наявні ризики, потреба у допомозі інших, готовність сприйняти таку допомогу. Виходячи з цього, соціальний критерій здатності/нездатності особи до самостійності у прийнятті як фактичних, так і юридичних рішень у своєму житті можна розподілити на три компоненти: 1) наявні ризики зловживань становищем особи, в тому числі довільного відчуження майна, схилення 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 соціальний критерій, 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 соціального 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 соціального 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 соціального критеріїв потребує правової формалізації на засадах відповідних норм матеріального та процесуального права. 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 медичного, юридичного та соціального 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). Соціальний 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 даних 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.

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 обмеження дієздатності ґрунтується на засадах критерію ступеня здатності фізичної особи розуміти значення своїх дій та керувати ними. Так, особа може бути такою, що: 1) здатна самостійно розуміти значення своїх дій та керувати ними, 2) здатна розуміти значення своїх дій та керувати ними за допомогою інших осіб, 3) не здатна розуміти значення своїх дій та керувати ними.

Інтерес представляє досвід Республіки Молдова у напрацюванні як концепції реформування інституту недієздатності, так і нормативних механізмів її втілення. 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 ООН було створено робочу групу з питань внесення змін до законодавства. Фактично з цього часу було ініційовано реформу інституту цивільної дієздатності.

Постановою Конституційного Суду Республіки Молдова від 17.11.2016 р. № 33 було надано офіційне тлумачення, що визнання недієздатності стосується тільки осіб, які цілком позбавлені здатності розуміти значення своїх дій та керувати ними та щодо яких застосування інших заходів захисту є неефективним. Для усунення існуючих розбіжностей парламент Республіки Молдова прийняв у першому читанні проект закону щодо внесення змін до 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. Законопроектом 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

Новітнім трендом у сфері охорони прав людей з обмеженими можливостями є необхідність 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». 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»²⁴³.

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. Законодавче забезпечення права на вільний вибір у сфері надання медичної допомоги недієздатним фізичним особам

Як було показано, чинне законодавство страждає на такий суттєвий недолік, що ґрунтується на спрощеному розумінні 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 праввідносин. 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 витіснити 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 мають на увазі обидві можливості – мати права та здійснювати їх. Це положення означає, що право на згоду на медичне втручання є фундаментальним правом людини,

²⁴³ 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. 54-55.

яке поширюється без дискримінації також і на осіб з інвалідністю, серед яких особи із проблемами психічного здоров'я та інтелектуальною недостатністю. Також Комітет Конвенції ООН у коментарі до ст. 12 спеціально підкреслює застосовність даних 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 (наприклад опікун), не приймала рішення замість нього²⁴⁴.

Зміни у парадигмі реалізації правоздатності фізичними особами із фізичними або інтелектуальними вадами, що передбачені Конвенцією про права осіб з інвалідністю, в першу чергу, стосуються осіб, хворих на психічні захворювання, оскільки наявність психічного розладу є однією з підстав для призначення інвалідності та визнання особи недієздатною. Відповідні вимоги до національного законодавства держав – учасниць передбачено п. 4 ст. 12: «Держави – учасниці забезпечують, щоб усі заходи, пов'язані з реалізацією правоздатності, передбачали належні та ефективні гарантії недопущення зловживань відповідно до міжнародного права з прав людини. Такі гарантії повинні забезпечувати, щоб заходи, пов'язані з реалізацією правоздатності, орієнтувалися на повагу до прав, волі та переваг особи, були вільні від конфлікту інтересів і недоречного впливу, були співрозмірними обставинам цієї особи й пристосовані до них, застосовувалися протягом якомога меншого строку й регулярно перевірялися компетентним, незалежним та безстороннім органом чи судовою інстанцією. Ці гарантії повинні бути пропорційними мірі, якою такі заходи зачіпають права та інтереси цієї особи».

Отже, за концепцією Конвенції ООН здатність мати права автоматично тягне за собою можливість самостійно 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 правосуб'єктності осіб, хворих на психічні захворювання, в їхніх правовідносинах із закладами охорони здоров'я.

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»

²⁴⁴ Загальні зауваження Комітету з прав інвалідів по статті 12 КПІ. URL: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGCArticles12And9.aspx> (дата звернення: 05.02.2020).

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*, 27 March 2008). За тлумаченням суду, визнання особи недієздатною не повинно бути перешкодою для її участі у прийнятті рішень стосовно лікування (*Salontaji-Drobnjak v. Serbia*, 13.10.2009).

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 самостійності 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 недієздатною, самостійно звернутися до суду з питання поновлення дієздатності (*Mykhailenko v Ukraine*, 30.04.2013). Хоча рішення національних судів мають ґрунтуватися на медичному висновку щодо оцінки ступеня недієздатності, саме суддя, а не лікар-психіатр, повинен врахувати та оцінити наявні факти для прийняття рішення щодо визнання особи недієздатною (*Shtukaturov v Russia*, *X and Y v Croatia*, 3 November 2011). Також, на думку суду, 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*, *M v Ukraine*

19.04.2012, Rudenko v Ukraine 3.08.2014, Akopyan v Ukraine 5.06.2014, Fedorov, Fedorova v Ukraine 7.07.2011).

Рішенням № 2-рп/2016 від 01.06.2016 Конституційного Суду вперше в Україні представника було визнано порушенням конституційних прав пануючу в Україні практику «добровільної» госпіталізації недієздатної 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 Рішенні²⁴⁵ КС зауважив: «Аналіз положень шостого речення частини першої ст. 13 Закону дає підстави стверджувати, що недієздатну 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» від 22 лютого 2000 року № 1489-III 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 сформулювати та висловити власну 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

²⁴⁵ 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-п/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-18> (дата звернення: 05.02.2020).

довільно, а відповідно до прописаних законодавчих процедур.

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.

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 профілю; 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 опікуну, 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.

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

* 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.

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 значення своїх рішень та дій, в тому числі їх наслідків для свого здоров'я, життя, особистого благополуччя тощо; в) здатність 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 критерію «нездатності особи за своїм станом» висловити думку (або зробити вибір). 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 здійснити шляхом узаконення вмотивованого висновку лікуючого лікаря, який надає психіатричну медичну допомогу. У висновку, на підставі 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. Найбільш вразливими сферами правового регулювання 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 застосуванні недобровільної стерилізації. Розглянемо їх окремо.

Правило згоди при наданні психіатричної допомоги недієздатної особі регулюється принципами та нормами Закону України «Про психіатричну допомогу» від 22.02.2000 № 1489-III. 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.

Останні 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).

Ключовий принцип щодо пріоритету думки самої недієздатної особи неявно, або за суттю міститься у низці статей нової редакції Закону «Про психіатричну допомогу». 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 мірою 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.

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 про права осіб з інвалідністю 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.

Крім того, саме формулювання норм статей 7, 11, 12, 13 Закону України «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 ще 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 законодавства України про охорону здоров'я», оскільки недієздатні пацієнти, що хворіють на психічні розлади, набули прав, якими не володіють недієздатні пацієнти соматичного профілю. В оновленій редакції Закону України «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 (ст. 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 України «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 закони («Про психіатричну допомогу», 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.

Правовий режим недобровільної госпіталізації у психіатричний стаціонар непротестних пацієнтів повинен включати обов'язкові гарантії, що випливають 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 (у справі Н.Л. проти Сполученого королівства від 5.10.2004). 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, прогнозований термін лікування тощо.

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 в Україні на практиці тривалий час не існувало. 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.

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 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 заборону, 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.

Попри етичну складність проблеми недобровільної стерилізації, законодавство більшості країн Європи містить інститут стерилізації недієздатних осіб²⁴⁶. 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

²⁴⁶ 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 звернення: 06.02.2020).

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 Консультативної 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 договірної 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 фундаментальне право на материнство (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 при застосуванні критерію найкращого інтересу особи, – «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.

ВИСНОВКИ

Складний механізм правового регулювання завжди міцно ґрунтується на методології, 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 іншому випадку, без належного обґрунтування методології, відсутні будь-які надійні орієнтири щодо достовірності отриманого знання та його застосовності до розв'язання як теоретичних, так й практичних завдань.

Основні концептуальні елементи методології представленого дослідження включають обраний автором набір доведених у науці доктринальних постулатів щодо: концепту приватного права західної традиції як доктринальної основи для дослідження та правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги, основних аспектів щодо співвідношення приватних і публічних засад, особливостей приватноправового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги.

Визнання прав та гідності людини основою праворозуміння є ознакою західноєвропейської традиції права. Правове тлумачення абсолютних цінностей – гідність, цілісність, недоторканність людини у проекції на сферу надання медичної допомоги відбувається через поняття свободи, вільного волевиявлення та автономії, а також передбачає правову можливість для людини самостійно користуватися і розпоряджатися своїм тілом, окремими органами та частинами тіла та дозволяти або обмежувати доступ до них.

Принцип особистої автономії як основний принцип приватного права та приватних правовідносин відображається 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. Тому правова поведінка приватної особи у відносинах з приводу медичного втручання включає в себе як позитивну свободу – вільне волевиявлення та автономія вибору (лікаря, методів лікування тощо), так й обмеження інших осіб щодо недоторканності власної приватності (відмова від медичного втручання).

Під час надання медичної допомоги та здійснення медичного втручання 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

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, тлумачені скрізь призму суспільно значущого правового досвіду спільноти, викликають до життя й потрібні методи (шляхи, прийоми) правового регулювання у потрібному напрямі. Зважаючи на об'єктивно існуючий поділ права на приватне і публічне, віднесення тих чи інших правовідносин медичної сфери до області регулювання методу приватного або публічного права обумовлено об'єктивним правопорядком, яким дані відносини віддані або на вільний розсуд приватних осіб, або на регламентацію з боку публічної влади.

Враховуючи наведені у дослідженні вагомні аргументи, а також у світлі основних доктринальних положень щодо особливостей приватного (цивільного) права України доводиться, що об'єктивною закономірністю розвитку вітчизняного цивільного права як європейського концепту приватного права є розширення сфери застосування приватноправового методу у регулюванні відносин медичної сфери. Дана тенденція виявляє себе у розширенні кола суб'єктів приватноправових відносин з приводу надання медичної допомоги, зокрема, за рахунок пацієнтів із проблемами психічного здоров'я та інтелектуальною недостатністю, а також визнаних судом недієздатними.

Цивільне право України ґрунтується на засадах приватного права західної традиції та є втіленням останнього у практичній площині правового регулювання, але все ж таки не збігається з ним повністю. 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 й імперативні засоби впливу на учасників цивільних відносин. Тому у дослідженні автор послуговувалась таким визначенням 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

Віднесення правовідносин у сфері надання медичної допомоги до предмета цивільно-правового регулювання підтверджується також 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.

Помітною тенденцією сучасного етапу розвитку вчення про джерела права є розширене розуміння нормативності джерел приватноправового регулювання. Таке розширення кола джерел цивільного права України пов'язується з такими тенденціями: з розширенням кола відносин, які регламентуються цивільним законодавством, розширенням кола суб'єктів нормотворчості. 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.

Здатність приватноправової норми чинити правовий вплив на певні відносини, тобто упорядковувати (врегульовувати) їх не є однопорядковою та однаковою. Якщо традиційно у теорії права для юридичних актів критерієм їх ієрархії за ознакою юридичного пріоритету суб'єкту, який їх видав, то, виходячи з методологічного постулату стосовно джерела права як способу його пізнання, таким критерієм задовольнитися не видається розумним. Придатним та таким, що відповідає особливості впливу приватноправових норм на суспільні відносини, що будуються на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення, є інший критерій: ступінь пізнання та втілення у даному джерелі права приватноправової природи та мети відносин, тобто властивість правової форми у найбільший 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. Наступний 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 чинне діюче право. 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.

Спеціальні норми-принципи для цілей регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги 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. Ці принципи доктринально містяться у ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Важливість та пряма застосовність принципу автономії до відносин з приводу медичного втручання було підтверджено ЄСПЛ.

Принцип особистої автономії у разі його проекції на площину цивільного права перетворюється на принцип автономії волі, який означає і на нормативному рівні, і на рівні правозастосування можливість для суб'єктів приватного права вибору варіантів правомірної поведінки. При цьому цей принцип діє як на стадії формування цивільно-правового відношення (вибір контрагента), так і при виборі варіанта правомірної поведінки у здійсненні суб'єктивного цивільного права (вибір прав та обов'язків, розпорядження своїми суб'єктивними правами, визначення моменту часу для виникнення, зміни, припинення правовідношення). Особливим вираженням принципу особистої автономії є закріплений у ЦК України принцип свободи договору.

Природне право особливим способом впливає на поведінку приватних осіб у сфері надання медичної допомоги через спеціальний регулятор – етичні

цінності та морально-етичні норми. З одного боку, вони є джерелами регулювання даних відносин на засадах рівності, диспозитивності та вільного волевиявлення, з іншого – виступають в якості етичної межі свободи розсуду учасників відносин при наданні медичної допомоги. Другий шлях впливу етичних норм відбувається через спеціальні етичні нормативні акти – кодекси, регламенти, директиви різної сили правової обов'язковості. Етичні кодекси відіграють важливу роль у формуванні та підтриманні етичного мислення у лікарів, надають орієнтири та інструменти для прийнятного вирішення етичних дилем.

У дослідженні відстоюється правова позиція щодо можливого уникнення застосування окремих категорій «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» в якості обмежувачів приватноправової ініціативи суб'єктів договірних цивільно-правових відносин у сфері надання медичної допомоги. З метою мінімізації багатозначності тлумачення вказаних позанормативних регуляторів запропоновано визнати за необхідне: 1) 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; 2) 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; 3) виключити з практики правового регулювання та судового розсуду дублювання зусиль, спрямованих на відшукування норми застосованого права щодо відносин, нормативне регулювання яких, включаючи заборони та обмеження, є повним.

Чинним законодавством України регулюється система стандартів організації та надання медичної допомоги населенню. 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 становлять приватноправові норми, які ґрунтуються на

принципах вільного волевиявлення приватних осіб та диспозитивності у виборі ними власної поведінки.

Проведений науковий аналіз щодо приватноправових аспектів вибору клінічних рішень (методів лікування) дає змогу зробити висновок, що сучасна модель прийняття клінічних рішень на засадах доказової медицини передбачає певну свободу дискреції лікаря щодо варіантів ведення пацієнта та застосування щодо даного окремого випадку наявних методів з арсеналу доказової медицини; обговорення з пацієнтом існуючих пропозицій та рекомендацій лікаря, включаючи наявні альтернативи, ризики, можливі прогнози та ймовірність їхньої реалізації; інформований вибір пацієнтом методу лікування. У правовому вимірі дана модель містить часткове регулювання відносин щодо вибору методів лікування на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення як лікаря, так і пацієнта, що надає можливість кваліфікувати даний сегмент відносин як приватноправових.

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 акта, створюючи норму права, яка визначатиме правову модель належної поведінки та джерело регулювання приватноправових відносин.

Односторонні правочини поділяються у доктрині на односторонньо-уповноважуючі та односторонньо-зобов'язуючі. 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 надавати згоду на медичне втручання у визначених випадках. 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.

Односторонні зобов'язуючі правочини може здійснювати фізична особа, яка перебуває у договірних відносинах з іншою особою. Такі правочини

належать 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.

Договірне регулювання приватних відносин є органічною складовою приватноправового регулювання відносин, що складаються 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 між суб'єктами приватного права: не заборонено приписами права, відповідає загальним засадам, предмету та методу цивільного права; 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.

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 договорів є непоіменованими та змішаними. Оскільки більшість договірних конструкцій, якими регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, особливо ті, які належать до другої групи у класифікаційній системі, не передбачені та не врегульовані у ЦК України. Приватноправове регулювання непоіменованих договорів є складним процесом поєднання наявних 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.

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.

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 наданні 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.

На підставі проведеного аналізу зроблено висновок про те, що, виходячи із принципу диспозитивності цивільно-правового регулювання, 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. Інше питання, 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. 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.

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. Хоча Україна не ратифікувала Конвенцію «Про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини» (Ов'єдо, 1997) все ж таки на фоні зростаючого міжнародного значення дотримання прав людини та в світлі відповідних нормативних актів Ради Європи існує об'єктивна потреба щодо інстиляції нового інституту у вітчизняне правове поле та використання його у практиці клінічної діяльності та етичних взаємин. Зокрема, в українському праві назріла необхідність адаптувати цивільно-правові інститути представництва, довіреності, заповіту до потреб

регулювання правовідносин медичної сфери, отже, доктрину і систему прав пацієнтів необхідно доповнити новими поняттями та інститутами: медична дієздатність, медична довіреність, представник пацієнта, попередні розпорядження щодо медичного обслуговування. Ці інститути є цивілізованим сучасним засобом реалізації права пацієнта на вибір методів лікування у випадку його недієздатності та покликані бути додатковими механізмами реалізації фундаментального права людини на самовизначення та повагу до своєї гідності.

Правило згоди має принципове та доктринальне значення в системі правового регулювання приватних відносин у сфері надання медичної допомоги права на засадах вільного волевиявлення, диспозитивності та рівності. За результатами проведеного аналізу встановлено, що у концепті приватного права західної традиції існують три правових режими відмови від медичного втручання повнолітнього дієздатного пацієнта на підставі критерію юридичного значення вільного волевиявлення пацієнта. Правове регулювання відносин, що виникають під час такого прояву автономії волевиявлення пацієнта, як його відмова від лікування, 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. То ж йдеться про існування суттєвих відмінностей, які визначено для застосування різних правових ситуацій: актуальної відмови, відмови в умовах невідкладного стану та завчасної відмови.

Законодавство і правова 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. Втім автором доведено, що пануюча в українській цивілістиці позиція про наявність законодавчих обмежень приватного права фізичної особи на згоду при наданні медичної допомоги є помилковою як на доктринальному теоретичному рівні, так і на рівні правового регулювання. Адже, по-перше, конституційні абсолютні права людини на гідність та на згоду на медичне втручання, які передбачені ст. 28 та 29 Конституції України, не можуть бути обмеженими навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану. По-друге, не можна обмежити уявне суб'єктивне цивільне право, якого не передбачено

законодавством. Так, правило згоди не поширюється на примусові та обов'язкові заходи медичного характеру, які регулюються нормами публічного права, у суб'єктів даних правовідносин немає права на згоду.

Приватноправові відносини з надання медичної допомоги без процедури отримання згоди від повнолітнього дієздатного пацієнта регулюються 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 відсутності 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.

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 фізичної особи – лікаря. Приватну лікарську дискрецію як елемент правового статусу лікаря можна визначити як автономію та незалежність лікаря при здійсненні ним на власний розсуд певного кола дозволених повноважень, спрямованих на надання медичної допомоги пацієнту. Дискреція вибору лікаря може у законний спосіб проявлятися у суворо визначених межах, що пов'язано із особливим регламентним характером медичної діяльності, яка регулюється як правовими нормами, так і спеціальними стандартами професійної діяльності. Приватноправова ініціатива та автономія вибору лікаря у доктрині та нормативній частині цивільного права України передбачена 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.

Мірою вияву приватноправового розсуду лікаря є право 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 дослідженні виокремлено доктринальні та нормативні правові підстави для правомірної можливості приватної

дискреції лікаря щодо відмови від здійснення законного аборту, які, незважаючи на відсутність прямої норми, об'єктивно існують у цивільному законодавстві України.

За результатами аналізу особливостей приватноправового регулювання відносин з надання медичної допомоги за участю повнолітніх осіб з вадами волі та волевиявлення обґрунтовано, що право на згоду на медичне втручання є фундаментальним правом людини, яке поширюється без дискримінації також і на осіб, які мають дефекти волі внаслідок будь-якої причини – інтелектуальної недостатності, психічного захворювання, невиліковної хвороби тощо.

Встановлено, що практична реалізація ст. 7 Конвенції про права людини щодо біомедицини із урахуванням ст. 12 Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю у нормах національного права має відбуватися за такими трьома актуальних напрямками: 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 дієздатності пацієнтів з психічними розладами.

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.

Необхідність практичної реалізації положень застосованих міжнародно-правових стандартів у нормах вітчизняного права актуалізує наукове завдання щодо формування ґрунтовних пропозицій для вдосконалення цивільно-правової доктрини та законодавства. Зокрема, є нагальна потреба у створенні нової правової моделі регулювання цивільних відносин за участю фізичних осіб із вадами волі та волевиявлення та з ментальними формами інвалідності, в тому числі недієздатних. Ця нова модель передбачає відпрацювання таких обов'язкових елементів, як реформа інституту недієздатності; визнання у правовій доктрині та законодавстві самостійності недієздатних фізичних осіб, у сфері надання медичної допомоги.

Нова модель інституту недієздатності фізичної особи передбачає відпрацювання таких обов'язкових елементів, як формування загальної

концепції, законодавчого визначення основних критеріїв визнання фізичної особи недієдатною, процесуальних гарантій дотримання прав людини, нормативне закріплення спеціальних заходів, спрямованих на підтримку та розвиток дієдатності.

На підставі того, що ступінь та міра наявності інтелектуального та волевого критеріїв недієдатності конкретної фізичної особи мають індивідуалізовану варіативність, необхідно доповнити юридичний критерій соціальним. Введення такого додаткового компонента надасть правові підстави для впровадження різних рівнів обмеження дієдатності та наблизить законодавство до індивідуалізованих потреб психічнохворих осіб.

Оцінка дієдатності людини у світлі запропонованих факторів та вирішення питання про обрання обмежувальних заходів відбуватиметься на підставі оцінки судом конкретних індивідуальних обставин конкретної людини, підсумком якої буде відповідь на два основних питання: 1) в яких саме сферах життя дана особа потребує захисту (у світлі наявної впевненості, що відсутність призначених заходів матиме серйозні ризики для виникнення проблем як майнового, так й особистого характеру) та 2) які саме заходи формальної та неформальної підтримки можуть бути використані.

Самостійна реалізація правоздатності має принципове значення для попередження неправомірних посягань на права та гідність, недомірного втручання у приватність недієдатних 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. 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, то ж опікуни автоматично уповноважуються приймати всі рішення у сфері охорони здоров'я, які передбачають вільну інформовану згоду пацієнта.

Право недієдатної особи давати згоду або відмову у сфері надання медичної допомоги є фундаментальним правом людини та підлягає реалізації на умовах, спеціально регламентованих законодавством задля додаткової охорони прав та гідності таких осіб. Право погодитися або відмовитися від надання медичної допомоги має бути визнаним за недієдатними фізичними особами, які за своїм станом можуть сформулювати та висловити власну 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.

Право на врахування своєї думки застосовне до усіх видів правовідносин, в яких неієздатна особа підлягає втручанню у свій організм спеціальними засобами медичних технологій. Правовий режим врахування думки неієздатної особи у сфері надання медичної допомоги повинен ґрунтуватися на основному засадничому правилі добровільного інформованого вибору, яке має бути застосовним в усіх правовідносинах при наданні медичної допомоги неієздатній особі: у соматичній медицині та психіатрії, в тому числі для госпіталізації або поміщення у спеціальний заклад (наприклад, психоневрологічний інтернат), а також щодо таких спеціальних медичних втручань, як трансплантація, штучне переривання вагітності, стерилізація, вакцинація тощо. Відповідні норми мають бути уніфіковані на єдиних засадах європейської концепції приватного права та відповідних принципах, які стосуються становища приватної особи, її фундаментальних прав та гарантій держави щодо їх дотримання. І тільки у тих виключних випадках, коли особа не здатна висловити 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.

Особливого значення набуває необхідність закріплення у законодавстві спеціальних правових гарантій на випадок примусової госпіталізації осіб, які не здатні за своїм станом висловити думку. Актуалізація даного завдання обумовлена тим об'єктивним станом, що ступінь втрати свободи такими пацієнтами, а також рівень потенційних зловживань їхніми суб'єктивними правами є неймовірно високими навіть у порівнянні із правовим становищем осіб, які тримаються під вартою. Необхідні адекватні процедурні гарантії, прописані у законі: чіткі процедури формалізації госпіталізації з обов'язковим вказанням щодо: конкретної мети, права ініціювати, обмежень щодо терміну лікування, критеріїв клінічної оцінки психічних розладів, що потребують примусової госпіталізації.

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.

Враховуючи проведений науковий аналіз проблеми приватноправового регулювання відносин з надання згоди на медичне втручання особами з вадами волі та волевиявлення та з метою підготовки України до ратифікації Конвенції про права людини та біомедицину, необхідно розробити та закріпити у нормах національного законодавства спеціальні процедури вимірювання та оцінки індивідуальних здібностей повнолітніх некомпетентних осіб.

Наукове видання

Галина Анатоліївна Миронова

МОДЕРНІЗАЦІЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА
У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ:
ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ТА ПРАКТИКА ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ

монографія

Редактор А. М. Шадріна
Комп'ютерна верстка Т. Г. Попович

Підписано до друку 18.03.2020 р. Формат 60x84/16
Обл.-вид. арк. 12,45 Тираж 300 прим. Зам. № 20-003

Видавець: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
вул. Раєвського, 23-а, м. Київ, 01042
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру
видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції,
серія ДК № 4758 від 07.08.2014 р.