

18. Medicus. Buergerliches Recht, 21, Aufl. 2007, Rn. 5.
19. Koerber. Zivilrechtliche Fallbearbeitung in Klausur und Praxis, Jus 2008, 289 (291).
20. Koerber. JuS 2008, 289 (291).
21. Schwertfeger. Oeffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl. 2008, Rn. 784 f.
22. Малишев Б. В., Москалюк О. В. Застосування норм права (теорія і практика): навч. посіб. / За заг. ред. Б. В. Малишева. К.: Реферат, 2010. 260 с.
23. Lehrbuch Beoh. BGB AT S. Rn. 24. URL: www.peterfelixschuster.de/juraag/at-rechtsg.pdf, Справу там відкрито на RGZ 104, 266 («Weinsteinsäure»).
24. Боднарчук О. Г. Упровадження кейс-методу як засобу формування професійних компетенцій майбутніх юристів-господарників // Юридичний науковий електронний журнал. 2019. – № 1. С. 79–83. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lsej.org.ua/1_2019/21.pdf
25. Прутченков А. С. Кейс-метод в преподавании экономики в школе. Экономика в школе. 2007. – № 2. С. 22–41.

МОРАЛЬНІ ЗАСАДИ СУСПІЛЬСТВА ЯК МЕЖА ПРИВАТНОГО РОЗСУДУ СУБ'ЄКТІВ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

УДК 347.440

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.3>

Миронова Г. А.,

кандидат філософських наук, старший науковий співробітник

НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

Myronova G. Moral principles of society as limit of private discretion of subjects of contractual relations in the field of grant of medicare

Individual and contractual regulation are the part of private relations in the field of medical care. However, freedom of lawful discretion of parties in private law contracts is not unlimited. The limits of freedom of contractual discretion of the subjects of private law are the following legal factors: imperative prescriptions of positive law (principles, norms of legal acts, binding law enforcement acts) and outside legal factors: public order, moral principles of society. An effective by introducing moral foundations of society directly in the legal plane is the inclusion of ethical and deontological rules to the content of the rights and obligations related entities that arise when providing medical care. Because the scope of care is particularly sensitive to the ethical component and moral consciousness directly involves actors to content relationships.

Therefore, in private regulation of personal non-property relations in the sphere of medical care, ethical and deontological norms are directly the sources of legal regulation. This involves, firstly, legally binding them to follow, secondly, entails the liability in the event of non-compliance. That is the legally binding stipulated in the Basic Laws of Ukraine on healthcare: Article 78 stipulates the duty of professional medical and pharmaceutical workers to comply with the requirements of professional ethics and deontology.

This provision is supported by jurisprudence in addressing labor and civil disputes. The courts of Ukraine confirmed the conclusion that medical ethics and deontology included in the structure of doctors' labor discipline are the same ethical factors that limit the discretion of the legal entity of care. In the Resolution of January 16, 2019, the Supreme Court, as part of the panel of judges of the Second Trial Chamber of the Court of Cassation, in Case No. 592/6444/16-c of proceedings No. 61-27802sv18 confirmed the correctness of the Court of Appeal's finding that the plaintiff had twice been discharged misconduct, which is corroborated by written evidence and consisted of a violation of ethics, deontology and relevant points of duty.

Referred to Article arguments and conclusions reasonably argue logical consistency and completeness of the scientific position, whereby such extralegal forms of restriction of private initiative as «public order» and «the moral foundations of society» can and should be avoided, if it is possible. This can well be done through direct instructions in the legal acts on prohibitions and certain types of restrictions on private law regulation, in particular, on the contractual regulation of relations with regard to personal non-property benefits. As it is, for example, made regarding the prohibition of euthanasia, abortion restrictions, some activities related to the human genome, human cloning and more.

Theoretically wrong, unacceptable and practically wrong is to spread impact restrictive regulatory moral foundations of society in those relationships that are specifically regulated by norms of positive law in international legal acts or regulations of domestic law. In the case of recognized institutions of the Council of Europe legal standards to regulate private relations in the field of medical care, you need to give them priority,

including terms of interpretation of the moral principles that are laid in the soil of this type of relationship. For example, this applies to cases of failure of medical treatment of the patient with personal philosophical, moral or religious reasons. There is generally recognized European private law, which has actually legal standards applicable to the regulation of private relations regarding medical intervention, for which consent or refusal competent adult individual takes precedence over any other considerations. Including considerations before on mandatory observance of moral standards recognized by most people. Such paternalistic schemes of medical decision-making in Ukraine need to be eliminated, first of all, at the level of regulatory regulation.

It is also necessary to recognize it appropriate to exclude the practice of legal regulation and judicial discretion duplication of efforts to vidshukuduvannya rules on applicable law relationship, the regulation of which including prohibitions and restrictions is complete. Beyond these statutory boundaries, it should be considered inadmissible to additionally include references to a public interest and moral principles of society as a restriction on the freedom of discretion of subjects of private law contractual relations. After all, this will already be the second layer of regulation of the same relations, which is essentially unacceptable in modern democracy to society by double regulation or sub-regulation.

Keywords: limits of free discretion of individuals, moral principles of society, contractual regulation of private relations in the field of medical care

У статті здійснено аналіз проблеми застосування позаправових меж договірної свободи учасників приватних відносин у сфері надання медичної допомоги. Доведено, що таких обмежувачів приватноправової ініціативи як «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» потрібно уникати. Для досягнення цієї мети запропоновано 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.

Ключові слова: межі вільного розсуду приватних осіб, моральні засади суспільства, договірне регулювання приватних відносин у сфері надання медичної допомоги.

Індивідуальне та договірне регулювання особистих немайнових відносин є органічною складовою приватноправового регулювання відносин, що складаються у сфері надання медичної допомоги. Адже договірне регулювання особистих немайнових відносин між суб'єктами приватного права не заборонено приписами права, відповідає загальним засадам, предмету та методу цивільного права, а також є суб'єктивним правом фізичної особи.

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. Як видно з аналізу положень, сформульованих у науці приватного права, а також норм діючого права, межами свободи договірного 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.

По-перше, сторони приватноправових договорів, якими регулюються особисті немайнові відносини у сфері надання медичної допомоги, мають підкорятися імперативним приписам закону. 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» [1, с. 275].

Так, 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» [2, 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». 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» [3, с. 141]. К. Осаке теж підтримує цю позицію, констатує, що «в умовах сучасного цивільного обороту свобода договору закінчується там, де починається захист публічного інтересу. Мета договірного права полягає в тому, щоб належним чином розмежувати ці конкуруючі постулати» [4, с. 131].

Загальний суспільний інтерес як позаправова межа договірної свободи приватних осіб знаходить свій вияв у захисті соціальних, правових та моральних устоїв суспільства та у правовому вимірі

позначається категоріями «публічний порядок», «інтереси держави і суспільства», «моральні засади суспільства» тощо. Хоча категорії «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» дещо розділені у законодавстві України та згадуються іноді окремо в різних статтях ЦК України, їхню вихідну спорідненість та фактичну змістовну нероздільність, яка проявляється, серед іншого, у визначенні одного через друге, відзначають багато науковців. При цьому важливо вказати на 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, але й з боку деяких позазаконних критеріїв. В якості таких, як правило, наводяться «суспільний порядок» та «добрі звичаї (нрави)». У такому способі закон, начебто, не довіряє власній пильності, та залучає в ролі додаткових контролерів інші інстанції» [5]. 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 правочиною 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)» [6, с. 55].

О. Беяневич наголошує на труднощах тлумачення судовими інстанціями відповідних категорій, які є зазвичай оціночними за своєю природою: «в окремих актах чинного законодавства такими обмежувачами називаються «суспільний порядок», «публічний порядок», «публічні інтереси», «принципи гуманності та моралі». Застосування в судовій практиці саме таких обмежувачів свободи є найбільш складним через абстрактність формулювання та оціночний характер» [7, с. 64–69]. 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» [3, с. 144].

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 межю здійснення цивільних прав. Замість цього пропонує конкретно «визначити все те, що є необхідним для підтримання суспільного порядку у правових категоріях закону, і тоді, природно, що усілякі правочини, що суперечать суспільному порядку, стануть неможливими в силу того, що вони суперечать закону. Створювати ще якийсь додатковий контроль з точки зору «умов суспільного життя» – це означає намагатися поставити життя громадян перед цілковитою невизначеністю» [5].

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 є завжди добрим, адже спрямовують суддівський розсуд від «юрисдикції закону» у бік «юрисдикції почуттів» [5]. 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» [8, с. 33]. З цієї причини окремі вчені справедливо пропонують «унікати розширеного тлумачення аналізованого поняття, оскільки, ... це може призвести до довільного визнання недійсним правочину, в якому поведінка його учасників не містить ознак

істотної суспільної небезпеки» [8, с. 30]. У зв'язку із аналізованою проблемою очевидно доцільною є пропозиція, за якою правочин має визнаватися недійсним як такий, що суперечить моральним засадам суспільства, по-перше, «якщо ці моральні засади прямо чи в загальній формі закріплені нормативно» [9, с. 347], по-друге, «якщо антиморальність правочинних дій прямо передбачена законом» [10, с. 6–7].

Таку ж 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 (частина 1 статті 203, частина 3 статті 228 ЦК України), не можна вважати вдалим. Очевидно, що зазначені норми повинні бути переглянуті на законодавчому рівні на предмет доцільності закріплення такого критерію обмеження договірної свободи у Цивільному кодексі України» [11, с. 220].

Додатковим аргументом на користь даної позиції може бути пояснення суті природи 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.

Цю позицію підкреслює 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» [12, с. 112, 116].

Представлена аргументація підтверджує висновок, що «моральні засади», включені у законодавство в якості примусового обмежувача приватноправового розсуду, автоматично перестають бути саме моральним регулятором, перетворюючись на свою протилежність – правовий примус. Втім примушування до моральної поведінки у правовий спосіб майже не можливо, адже моральні норми ефективно діють лише через внутрішні спонуки суб'єкта.

Даний висновок можна наочно проілюструвати прикладом, з якого наочно представлено, яким чином моральні норми, закріплені у нормативно-правовому акті у вигляді абстрактних етичних принципів, але які не стали внутрішнім переконанням суб'єкта права, залишаються юридично непрацюючими. У законодавстві України на сьогодні наявні етичні норми, які знайшли у такий спосіб певний рівень юридичної формалізації. Так, у Законі України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р. представлені деякі орієнтири щодо змістовного навантаження категорії «моральні засади» в умовах сучасного українського суспільства. Відповідно до ст. 2 на території України забороняються виробництво та поширення продукції, яка: 1) має порнографічний характер; 2) пропагує війну, національну та релігійну ворожнечу, зміну шляхом насильства конституційного ладу або територіальної цілісності України; 3) пропагує фашизм та неофашизм; 4) принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою; 5) пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь; 6) принижує особистість, є проявом знущання з приводу фізичних вад (каліцтва), з душевнохворих, літніх людей; 7) пропагує невігластво, неповагу до батьків; 8) пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, *тютюнопаління та інші шкідливі звички*. Очевидно, що ці ознаки неморальності важко пристосувати для встановлення правомірної межі вільного розсуду сторін у приватних договірних відносинах медичної сфери.

В іншому нормативному акті – Указі президента України «Про Клятву лікаря» від 15.06.1992 р. № 349 юридично закріплено етичні норми, якими відображено моральні принципи-вимоги, яких лікар повинен дотримуватися у своїй професійній діяльності: «усі знання, сили та вміння віддавати справі охорони і поліпшення здоров'я людини, лікуванню і запобіганню захворюванням; незмінно керуватися у своїх діях і помислах принципами загальнолюдської моралі, бути безкорисливим і чуйним до хворих, визнавати свої помилки, гідно продовжувати благородні традиції світової медицини; зберігати лікарську таємницю, не використовувати її на шкоду людині; додержуватись правил професійної етики, не приховувати правди, якщо це не зашкодить хворому; постійно поглиблювати і вдосконалювати свої знання та вміння, у разі необхідності звертатися за допомогою до колег і самому ніколи їм у цьому не відмовляти, бути справедливим до колег; *власним прикладом сприяти вихованню фізично і морально здорового покоління, утверджувати високі ідеали милосердя, любові, злагоди і взаємоповаги між людьми*».

Про те, що дані норми не працюють у правовому контексті, свідчить простий приклад. Тютюнопаління можна цілком впевнено вважати поведінкою, що суперечить моральним засадам суспільства на тих підставах, що як мінімум у двох нормативних актах позитивного права міститься його характеристика як неморальної поведінки. По-перше, у п. 8) ст. 2 Закону України «Про захист суспільної моралі» під забороною знаходиться виробництво та поширення продукції, яка пропагує наркоманію, токсикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички. По-друге, в Указі Президента України «Про Клятву лікаря» лікар, набувши професії лікаря та усвідомивши важливість обов'язків, що покладаються на нього, в присутності учителів і колег урочисто приймає на себе серед інших такої обов'язок: власним прикладом сприяти вихованню фізично і морально здорового покоління. Тобто обов'язок не палити є складовою його власного прикладу та набуває для лікаря майже обов'язкового характеру з огляду на те, що він закріплений на рівні юридичного правового акта – Указу Президента. До того ж підписаний випускником текст Клятви лікаря зберігається в його особистій справі. В дипломі робиться відмітка про прийняття Клятви лікаря, текст якої вкладається в диплом.

Проте відомо, що прямої юридичної заборони щодо паління та правових наслідків недотримання такої заборони юридично не прописані. Поряд з цим, обов'язок зберігати лікарську таємницю набув свого юридичного врегулювання (визначення та закріплення відповідних механізмів) у низці нормативно-правових актів, що перетворили даний обов'язок на юридичний з усіма наслідками, що випливають з його недотримання.

Ефективним шляхом впровадження моральних засад суспільства безпосередньо у юридичну площину є включення етичних та деонтологічних норм до змісту прав та обов'язків суб'єктів відносин, що виникають під час надання 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» [12, с. 111], адже дотримання етичних норм має бути добровільним.

На цю позицію не можна пристати з таких міркувань. Сфера надання медичної допомоги є особливо чутливою до етичної складової та безпосередньо включає моральну свідомість суб'єктів до змісту правовідносин, саме чим 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 ж 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» [13, с. 45].

Тому у приватноправовому регулюванні особистих немайнових відносин сфери надання медичної допомоги етичні та деонтологічні норми є безпосередньо джерелом правового регулювання відносин. Це передбачає, по-перше, юридичну обов'язковість їх дотримуватися, по-друге, тягне настання відповідальності у разі недотримання. Саме цю юридичну обов'язковість передбачено в основному нормативно-правовому акті, яким регулюються відносини у сфері надання медичної допомоги, Основах законодавства України про охорону здоров'я, в якому у ст. 78 закріплено професійний обов'язок медичних та фармацевтичних працівників дотримуватися вимог професійної етики і деонтології.

Таким правовим документом, що містить норми професійної етики медичних працівників, є Етичний кодекс лікаря України, прийнятий та підписаний Всеукраїнським з'їздом лікарських організацій та Х з'їздом Всеукраїнського лікарського товариства (ВУЛТ) в м. Євпаторія 27.09.2009 р. Правовий статус даного нормативного документа не є беззаперечним. З одного боку, в ньому закріплено, що контроль та санкції за невиконання мають морально-етичний характер: п. 1.2. Підтримувати і контролювати виконання Кодексу повинні етичні комісії та комітети при закладах охорони здоров'я і наукових установах; медичних та наукових федераціях, асоціаціях, товариствах та інших громадських організаціях у галузі охорони здоров'я, що визнають цей Кодекс; п. 1.3. У разі порушення Кодексу лікарями медичних, наукових, освітніх закладів, членами федерацій, асоціацій, товариств або інших громадських організацій, що діють у галузі охорони здоров'я та визнають цей Кодекс, до них можуть бути застосовані санкції з боку етичних комісій або комітетів цих закладів і

організації. Крайньою формою громадського осуду порушення фахових і загальнолюдських морально-етичних принципів є виключення лікаря або науковця з професійної асоціації, членом якої він є.

З іншого боку, у документі містяться конкретні обов'язки лікаря щодо пацієнта, які, на відміну від абстрактних моральних принципів, викладені у форматі правових вимог: лікар несе відповідальність, лікар повинен, лікар не повинен, лікар зобов'язаний, лікар не має права тощо. Зокрема, до змісту обов'язків лікаря у п. 3.6. належать: лікар повинен поважати честь і гідність пацієнта, його право на невтручання в особисте життя, ставитися до нього доброзичливо, з розумінням приймати занепокоєння рідних і близьких станом хворого; лікар, як й інші особи, які беруть участь у наданні медичної допомоги, зобов'язаний зберігати лікарську таємницю навіть після смерті пацієнта. Деякі з обов'язків лікаря закріплені в Етичному кодексі лікаря України навіть у найбільш суворий спосіб, ніж у нормативно-правових актах. Зокрема, 3.9. Практичну діяльність лікар повинен здійснювати тільки під власним прізвищем, не вказуючи неофіційно наданих титулів, ступенів, звань. Лікар зобов'язаний перебувати поряд з вмираючим хворим до останньої миті його життя. 3.13 Лікар не може залишати без уваги будь-які прояви жорстокості або приниження людської гідності. 3.15. Лікар повинен мати належний зовнішній вигляд, який має позитивно впливати на пацієнта. Наведені специфічні ознаки роблять Етичний кодекс лікаря України унікальним нормативним документом, якому для повноцінного введення у правовий обіг заважає хіба що відсутність такого рівня його правової легітимації, як затвердження з боку Міністерства юстиції України. Не дивно, що останнім часом суб'єкти здійснення медичної діяльності включають положення Кодексу у локальні нормативно-правові акти: колективні договори, правила внутрішнього розпорядку, посадові інструкції тощо. Цілком очевидно, що у такому вигляді етичні норми набувають правової формалізації та стають обов'язковими для виконання.

Даний висновок підтверджено судовою практикою у вирішенні трудових та цивільних спорів. На сайті судових рішень за запитом «медична деонтологія» висвітлюються понад 300 судових справ, що стосуються спорів у разі накладення дисциплінарних стягнень та відшкодування моральної шкоди за порушення норм медичної деонтології.

Наприклад, у справі з категорії «Спори, що виникають з трудових відносин» Дніпровським районним судом м. Херсона [14] встановлено, що позивач звернулася до суду з вказаним позовом, посилаючись на те, що їй на підставі скарги громадянки, при огляді якої позивач допустила неетичну поведінку, була оголошена догана за неналежне виконання своїх посадових обов'язків, порушення норм медичної етики та деонтології. При винесенні рішення Судом було взято до уваги, що за змістом ст. 139–140 Кодексу законів про працю України працівники зобов'язані дотримуватися 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.

В іншій справі [15] 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 висловлювалася 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 наступних 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 виражалась нецензурними словами в приміщенні КМУ «Міська дитяча стоматологічна поліклініка» в присутності неповнолітніх дітей та їх батьків.

Зрештою, 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 № 61-27802св18 [16] було підтверджено правильність висновку суду апеляційної інстанції, що позивачем двічі протягом року скоєно дисциплінарні проступки, які підтверджені письмовими доказами та полягали у порушенні етики і деонтології та відповідних пунктів посадової інструкції.

Тобто судами підтверджуються висновки, що медична етика і деонтологія входять до структури трудової дисципліни лікаря, то ж є тими етичними чинниками, які обмежують правовий розсуд суб'єкта надання медичної допомоги.

Наведені аргументи та висновки обґрунтовано доводять логічну послідовність та завершеність наукової позиції, згідно з якою таких позапозаправових форм обмеження приватноправової ініціативи, як «публічний порядок» та «моральні засади суспільства» і можна, і потрібно за можливістю уникати. Це цілком можна зробити через прямі вказівки у нормативно-правових актах щодо заборон та певних видів обмежень приватноправового регулювання, зокрема, договірного регулювання відносин щодо особистих немайнових благ. Як це, приміром, зроблено стосовно заборони евтаназії, обмеження штучного переривання вагітності, деяких видів діяльності, пов'язаної із геномом людини, клонуванням людини тощо.

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.

На 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 до них, 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 позапозаправових 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» [5].

Теоретично невірним 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 посилання 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.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Басай О. В. Принципи цивільного права України: теорія і практика: монографія. Івано-Франківськ, 2013. 428 с.
2. Крупчан О. Д. Сучасний стан та перспективи розвитку приватноправової сфери в Україні // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 11, 2012 р. / редкол.: Крупчан О. Д. (гол. ред.) та ін. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2012. С. 5–16.
3. Мельниченко Р. В. Обмеження договірної свободи сторін у цивільному праві України // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. Вип. 30. Том 1. 2015. С. 140–144.
4. Осаке К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность ограничения // Журнал российского права. 2006. № 8. С. 84–93.
5. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_29.html#18 (дата звернення: 25.09.2019).
6. 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. 51–56.
7. 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.
8. Бичкова С. С. Правові наслідки вчинення правочину з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства // Приватне право і підприємництво. Випуск 15. Київ, 2016. С. 29–34
9. 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. 1048 с.
10. Рушак І. В. Правочини, що порушують публічний порядок, і їх недійсність: 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. 19 с.
11. Білан О. П. Моральні засади суспільства як категорія обмеження договірної свободи // Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2013. Вип. 62. С. 211–220.
12. Сенюта І. Джерела правового регулювання цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги: монографія. Львів: Видавництво ЛОБФ «медицина і право», 2018. 416 с.
13. 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. 67–83.
14. 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: 25.09.2019).
15. Рішення Шевченківського районного суду м. Чернівці від 05.02.2019 р. (справа № 727/2956/18 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79712867> (дата звернення: 25.09.2019).
16. Постанова Верховного Суду України 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: 25.09.2019).