

«Адвокат — це вартівий
усієї правоохоронної системи»



**ВАСИЛЬ
ФАРИННИК,**
СТАРШИЙ ПАРТНЕР
АО CREDENCE,
АДВОКАТ, Д.Ю.Н.

Стор. 4

«Вважаю за необхідне розробити й
прийняти Медичний кодекс України»



ІРИНА СЕНЮТА,
ГОЛОВА КОМІТЕТУ
МЕДИЧНОГО І
ФАРМАЦЕВТИЧНОГО
ПРАВА ТА БІОЕТИКИ
НААУ, Д.Ю.Н.,
КЕРУЮЧИЙ ПАРТНЕР
АО «MEDLEX»

Стор. 8

«Останніми роками медичне
право стало «модною темою»



**РАДМИЛА
ГРЕВЦОВА,**
АДВОКАТ, К.Ю.Н.,
ДОЦ., КЕРУЮЧИЙ
ПАРТНЕР ЮК
«КОНКОРДІЯ»,
ГОЛОВА КОМІТЕТУ
ААУ з ПРАВА
ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

Стор. 40



Сурогатне материнство: проблеми правового регулювання та судової практики



ТАЛІНА КРАВЦОВА,
ПАРТНЕР ASTERS

МАРИНА КОРНІЄНКО,
МОЛОДШИЙ ЮРИСТ ASTERS



Щороку послугами сурогатного материнства у світі користуються тисячі пар, які не можуть мати дітей. Можливість скористатися послугами сурогатної матері є дуже важливою та необхідною для таких пар. Багато знаменитостей стали батьками в результаті програм сурогатного материнства, а саме: Кім Кардашьян та Канье Вест, Ніколь Кідман, Сара Джессіка Паркер, Тайра Бенкс, Люсі Лью та багато інших.

Сурогатне материнство — це методика лікування безпліддя, вид допоміжних репродуктивних технологій (далі — ДРТ), у разі застосування якого жінка (сурогатна матір) добровільно погоджується завагітніти з метою виносити й народити біологічно чужу їй дитину, яку потім передадуть на виховання іншим особам (генетичним батькам), та з якою сурогатна матір більше не буде пов'язана ні правами, ні обов'язками.

Продовження на стор. 28

«Вважаю за необхідне розробити й прийняти Медичний кодекс України»



Якими є найбільші проблеми в галузі медичного права в Україні? Які прогалини були виявлені в системі охорони здоров'я України під час спалаху коронавірусу? Як можна притягнути лікаря до відповідальності? Про все це у своєму інтерв'ю для «Юридичної Газети» розповіла **Ірина СЕНЮТА**, д.ю.н., доцент, завідувач кафедри медичного права Львівського національного медичного університету імені Данила Галицького, голова Комітету медичного і фармацевтичного права та біоетики НААУ, член Правління Європейської асоціації медичного права, президент ГО «Фундація медичного права та біоетики України», керуючий партнер АО «MEDLEX»

— Ірино, які найбільші проблеми в галузі медичного права в Україні Ви могли б виділити?

— Проблем у галузі медичного права, тобто в галузі, яка охоплює правовідносини у сфері медичного обслуговування, в Україні є чимало, адже їх незліченна кількість у системі охорони здоров'я. Звичайно, одна з найважливіших проблем — це законодавча, адже якісний нормативний фундамент є запорукою належної правореалізації й правозастосування. В Україні відбувається медична реформа, точкою відліку якої став Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 р. №2168-VIII. Сьогодні в Конституційному Суді України відкрито конституційне провадження у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України від 07.02.2018 р. щодо відповідності Конституції України (конституційності) цього Закону. Для української системи охорони здоров'я це буде знакове рішення, якого очікують уже понад 2 роки.

На мою думку, норми Закону №2168 в частині обсягу медичної допомоги, яка надаватиметься безоплатно за програмами державних гарантій, не відповідають ст. 49 Конституції Украї-

ни трансплантації, генетичного тестування й біомедичних досліджень. Чому не вистачило волі законодавця за понад 18 років вирішити це питання — незрозуміло.

Ще одна проблема — це хаотичність, фрагментарність і турбулентність нормотворців, що породжує прогалини, контроверзії та «нормативні мотрійки». Наведу приклад практично з-під нормативного пера — проект Закону №3671 від 17.06.2020 р. (прийнятий 03.07.2020 р.). У Законі, зокрема, йдеться про те, що в закладах охорони здоров'я медична допомога для забезпечення освітнього процесу зможе надаватися науково-педагогічними працівниками закладів вищої (післядипломної) освіти, які здійснюють підготовку кадрів у сфері охорони здоров'я, якщо вони мають сертифікат лікаря-спеціаліста й отримали погодження керівника закладу охорони здоров'я на надання медичної допомоги пацієнту. З огляду на таку пропозицію змін до ст. 33 Основ законодавства України про охорону здоров'я, відзначу: а) участь професорсько-викладацького складу впливає не тільки на забезпечення освітнього процесу, але й на процес медичного обслуговування й на підвищення його якості б) морально застарілий, проте чинний Наказ МОЗ від 05.06.1997 р. №174 закладає паритетність засад співпраці закладу охорони здоров'я й закладу вищої медичної освіти. А при такому законодавчому положенні, що визначає необхідність двох умов для роботи, оскільки викладено через сполучник «та», на практиці породиться чимало труднощів. Адже непогодження стане перепорою для роботи професорсько-викладацького складу, від чого залежатиме «погодження» керівника лікарні й чи не може це породити свавілля — залишимо риторичним питанням.

Не можу не відзначити ще один важливий аргумент проти такої «конфліктноінтересної» норми: уявімо собі професора кафедри, який є членом клініко-експертної комісії з оцінки якості надання медичної допомоги в департаменті охорони здоров'я і якому слід об'єктивно, неупереджено оцінювати якість допомоги, яка надається, а потім підпадати під «погодження»! Чи достатньо лише сертифікату лікаря, чи все ж такі фахівці мають відповідати єдиним кваліфікаційним вимогам, проходити атестацію, що є й на сьогодні. Це лише кілька зауважень. Відсутність паритетної співпраці науки й практики негатив-

но вплине як на освітній процес, так і на якість надання медичної допомоги пацієнтам. Але нормативне підґрунтя має бути належним, аби не породжувати свавілля й конфлікт інтересів.

Звичайно, не можна оминати увагою й проблеми медичної і юридичної практик, що пов'язані з правореалізацією й правозастосуванням. Значною прогалиною в медичній практиці вважаю практичну відсутність стандартів у сфері охорони здоров'я. Приміром, сьогодні кесарський розтин медичні працівники здійснюють без стандарту, адже Наказ МОЗ від 27.12.2011 р. №977 втратив чинність ще 08.05.2014 р. Якщо до 01.03.2021 р. МОЗ не напрацює стандартів, то система охорони здоров'я втратить 90 актів, тобто залишимося без стандартів, адже 28.02.2020 р. був прийнятий Наказ МОЗ №590, який набере чинності з 01.03.2021 р. і скасує численні стандарти.

А в юридичній практиці для встановлення правильності надання медичної допомоги у випадках притягнення до кримінальної відповідальності медичних працівників за «професійні правопорушення» необхідно провести комісійну судово-медичну експертизу, а часом і не одну. А законодавець при створенні Кримінального процесуального кодексу України «забув» включити право на повторну чи додаткову експертизу. Отже, таке право я виводжу зі ст. 4 Закону України «Про судову експертизу», де передбачена можливість призначення повторної судової експертизи.

— Як ці проблеми можна було б вирішити на законодавчому рівні?

— Україні потрібно виважене нормопроєкування. Але, як правило, усе похапцем, без системного підходу до нормативно-правової бази. Негативний ефект такого поспіху відображається, насамперед, на ключових суб'єктах — на медичному працівникові й на пацієнтові.

Як можна вирішити питання на законодавчому рівні? За допомогою професійного нормопроєкування, бо останнім часом загострилися бажання, щоб нові акти не продукувалися через їх «якість». Що можна сказати, приміром, про проект №3625 від 10.06.2020 р., яким передбачено зміни до ст. 43 Основ, а відповідно, він тягне зміни до ЦК України (а саме до ст. 284), але не передбачає їх внесення до кодифікованого акта, всупереч ч. 2 ст. 4 ЦК України.

Важливо, щоб у пориві агонального нормотворення не настав колапс системи

ни й призводять до звуження конституційного права кожного на безоплатну медичну допомогу. Ще одним важливим питанням, яке має каталізувати національного нормотворця, має бути ратифікація Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: Конвенції про права людини й біомедицину від 04.04.1997 р., яку Україна підписала 22.03.2002 р., але так і не ратифікувала. До Конвенції є чотири протоколи, які детально регламентують проблеми заборони клонування,

Вважаю за необхідне розробити й прийняти Медичний кодекс України, який зможе комплексно охопити регулюванням усі правовідносини у сфері медичного обслуговування, а відтак зменшить прогалини й контрверсії в нормативному забезпеченні. Провести інвентаризацію нормативно-правової бази й залежно від обраної законодавчої стратегії приймати чи удосконалювати чинні акти. Нормативна техніка, що застосовується сьогодні органами влади, не витримує жодної критики. Отож, професійність має превалювати перед лобізмом інтересів і турбулентністю. Важливо, аби в пориві агонального нормотворення не настав колапс системи, про що вже сигналізує один із нормативних шедеврів — проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відшкодування шкоди за біль і жаль №3605 від 05.06.2020 р. Вірю, що «біль і жаль» все ж трансформується на професійність і виваженість, адже від цього залежать права людини.

— Які питання у сфері медичного права є найбільш дискусійними в судовій практиці? У яких питаннях суддям важко притримуватися єдиного підходу?

— Таких питань багато, адже медицина — дуже складна сфера, а ще й законодавчі рифи, які підсилюють проблеми й призводять до значних труднощів при правозастосуванні. Я наведу лише по одному прикладу з цивільного і кримінального судочинства.

• Хто є цивільним відповідачем у цивільних позовах у кримінальному провадженні? В медичних справах таким цивільним відповідачем має бути заклад охорони здоров'я, із яким медичний працівник, який обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення, перебував у трудових відносинах, що передбачено ст. 1172 ЦК України. А медичний працівник має бути третьою особою на стороні цивільного відповідача. На підтвердження позиції використовую Постанову Верховного Суду України від 22.06.2017 р. у справі №6-501цс17. Проте на практиці є різні варіації. Як-от у вироку від 14.05.2019 р. при визнанні винною Особа_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 140 КК України, суд вирішив солідарно з Особа_1 й районної лікарні стягнути відшкодування моральної й матеріальної шкоди (URL <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81700555>), що неправильно. Для закладу після відшкодування шкоди почне працювати механізм регресу з працівника.

• Чи можна поєднати договірну й делікту відповідальність? Дуже радію цьому новому алгоритму, закладеному в Постанові Верховного Суду в складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 27.02.2019 р. у справі №755/2545/15-ц, що слугував перетворенню теорії в практичну площину і максимально спектральному захисту прав людини. У науці цивільного права була усталеною позиція про розмежування договірної й деліктної відповідальності за правилом, згідно з яким за наявності передумов для договірної позову недоговірний відпадає. Проте Верховний Суд зазначив, якщо у разі ненадання чи неналежного надання медичної допомоги пацієнтові завдана шкода каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, то застосовуються правила як про договірну, так і про деліктну відповідальність.

— Які прогалини були виявлені в системі охорони здоров'я України під час спалаху коронавірусу? Чи почали ці проблеми вирішуватися?

— Коронавірус особливо яскраво загострив проблеми з епідеміологічним наглядом, інфекційним контролем і безпекою, внутрішньолікарняним



інфікуванням, а також із донорством крові (із тотальною її нестачею). Також коронавірус показав, що у нас так і не відбулося належного становлення інституту громадського здоров'я, є проблеми з досягненням балансу інтересів між приватним і публічним інтересом, захистом персональних даних. Проблеми з «короною» наклалися на впровадження другого етапу медичної реформи, що стало загрозливим і важким випробуванням для усієї системи.

Органи влади, працюючи, звичайно, в непростих умовах, роблять спробу гасити перманентні «пожежі», тому виходять кризові рішення з не завжди омріяним ефектом.

12.02.2020 р. на громадське обговорення було подано Наказ МОЗ «Про організацію профілактики інфекцій та інфекційного контролю в закладах охорони здоров'я», проте цей документ так і залишається проектом.

24.04.2020 р. було прийнято постанову КМУ №331 від 24.04.2020 р., яка закріпила, що кошти, передбачені для закупівлі медичних послуг, пов'язаних із наданням медичної допомоги пацієнтам з COVID-19 за програмою державних гарантій, насамперед, спрямовуються на здійснення додаткових доплат медичним та іншим працівникам закладів охорони здоров'я в розмірі до 300% заробітної плати. А на практиці все залежить від фінансування: у закладі визначають, що таке «до 300%», оскільки це і 299, і 250, а для медика це кошти, за які він ризикує життям і здоров'ям, рятуючи життя пацієнтів.

ЗНАЧНОЮ ПРОГАЛИНОЮ В МЕДИЧНІЙ ПРАКТИЦІ ВВАЖАЮ МАЙЖЕ ПОВНУ ВІДСУТНІСТЬ СТАНДАРТІВ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

Позитивно, що прийнято Закон України від 07.05.2020 р. №588-IX, який заклав гарантії для медичних працівників і членів їхніх сімей при професійному захворюванні. Приміром, усі члени сім'ї медичного працівника, який помер від коронавірусної хвороби внаслідок виконання професійних обов'язків, мають право на отримання одноразової допомоги у розмірі 1,576 млн грн. Форми заяв про призначення страхових виплат затверджено Наказом виконавчої дирекції Фонду №283-од від 22.06.2020 р.

— Поступово Україна стає Меккою сурогатного материнства. Які правові проблеми супроводжують цей процес?

— Проблем і тут чимало. Отож, зверну увагу на кілька з них.

- Сурогатне материнство на сьогодні регламентоване, зокрема, у ст. 123 Сімейного кодексу України, у наказі МОЗ України №787 від 09.09.2013 р., проте немає спеціального закону, який би регламентував застосування допоміжних репродуктивних технологій.

- Єдиним договором, який став обов'язковим на підставі Наказу МОЗ №787, є договір про сурогатне материнство між замовниками/замовником і виконавцем (сурогатною матір'ю). Цей документ не потребує обов'язкового нотаріального посвідчення, що вважаю неправильним.

- Не передбачена кримінальна відповідальність за порушення порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій, у тому числі сурогатства, як, приміром, за незаконну трансплантацію й насильницьке донорство крові.

- Позиціонування, у тому числі посадовими особами, сурогатного материнства з чорним фоном, наприклад, як торгівлю дітьми.

- Відсутність коректної інформаційної політики, аби підвищувати правову обізнаність, зокрема й у тому, що всі ДРТ — це методи лікування безпліддя.

— А взагалі як розвивається репродуктивне право в Україні?

Зацікавленість інститутом репродуктивного права в Україні є значною як із наукової, так і з практичної точок зору. На зрізі дисертаційних тем, які стають предметом наукових розвідок, проблематика ДРТ, здійснення репродуктивних прав є однією з топових.

04.03.2020 р. у Комітеті медичного й фармацевтичного права та біоетики НААУ було створено секцію репродуктивного права, отож, тепер будемо більш прицільно фокусувати увагу на цих темах, готуючи необхідні науково-практичні висновки, навчальні продукти для адвокатів, аби впроваджувати на базі ВША НААУ.

26-27.06.2020 р. відбувся II Міжнародний конгрес із репродуктивного права, який об'єднав науковців і практиків із різних куточків світу, аби мобілізувати для пошуку рішень законодавців, практиків і науковців, які б створили правову репродуктивну медицину, що охоронятиме такі цінності як життя і здоров'я, батьківство, материнство й дитинство.

— Відповідальність лікарів: як в Україні працює цей механізм? Чи реально притягнути лікаря до відповідальності за неякісно надану медичну допомогу/лікарську помилку?

— Так, в Україні реально притягнути до юридичної відповідальності медичних працівників, проте це довготривалі й виснажливі процеси. У Єдиному державному реєстрі судових рішень є чимало рішень, які стосуються правовідносин у сфері надання медичної допомоги як в порядку кримінального, так і в порядку цивільного судочинства.

У порядку кримінального судочинства, якщо особа або родичі (у разі її смерті) вважають, що вчинено професійний злочин, то звертаються із заявою до органів поліції. А після внесення в Єдиний реєстр досудових розслідувань розпочинається досудове розслідування. На цьому етапі виникає чимало питань експертного характеру, адже проводиться клініко-експертна оцінка якості наданої медичної допомоги й медичного обслуговування на рівні департаменту охорони здоров'я області. У разі потреби в порядку оскарження така оцінка проводиться в КЕК МОЗ. Окрім того, призначається комісійна судово-медична експертиза і здійснюватиметься низка інших необхідних слідчих дій. При встановленні на етапі досудового розслідування складу злочину справа з обвинувальним актом переходить у суд, де здійснюється судовий розгляд і ухвалення рішення у справі. У такій справі обов'язково слід подати цивільний позов у кримінальному провадженні для відшкодування моральної й матеріальної шкоди. Якщо йдеться про лікарську помилку, то настане саме цивільно-правова відповідальність, справа розглядатиметься в порядку цивільного судочинства. У порядку цивільного судочинства слід пам'ятати про презумпцію вини відповідача, тобто закладу охорони здоров'я.

Варто зауважити, що для оптимального процесуального проходження справ необхідно детально переглянути алгоритми зовнішнього контролю якості медичної допомоги й проведення комісійних судово-медичних експертиз; змінити редакцію ст. 140 КК України, яка передбачає відповідальність за неналежне надання медичної допомоги, адже сьогодні злочин за ч. 1 ст. 140 є нетяжким, а строк притягнення до відповідальності 3 роки (враховуючи комплекс процесуальних заходів і складність просування справ, які тривають роками, вкласти в нього практично неможливо); більш ефективно впроваджувати альтернативне розв'язання конфліктів у цій царині, адже це особлива чутлива категорія справ, де йдеться про посягання на конституційні цінності: життя, здоров'я, честь, гідність, недоторканність і безпеку. У цій категорії справ важливо швидко визнати професійну помилку й максимально відшкодувати шкоду, тоді й кримінально-правові засоби не знадобляться. Така позиція є в рішеннях Європейського суду з прав людини, зокрема «Марчук проти України», а також у Рекомендаціях

Комітету міністрів РЄ країнам-членам стосовно управління безпекою пацієнтів і запобігання небажаним явищам у сфері охорони здоров'я.

— Як вплинула медична реформа на розвиток медичного права? Чи стало у юристів в цій сфері більше роботи?

— Медична реформа породила багато новітніх інструментів (зокрема, договір про медичне обслуговування за програмою медичних гарантій, декларація про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу), які вплинули на розвиток окремих інститутів галузі. Медична реформа призвела до ґрунтового оновлення законодавства і правового статусу суб'єктів медичних правовідносин. Отже, це лише старт нових викликів, з якими зустрічатиметься галузь. Звичайно, правники мають більше роботи, адже було багато трансформаційних процесів, які потребували юридичного супроводу, щоб їх впровадити, а тепер, щоб шукати вихід з нелегких практичних питань.

— Яким чином, на Вашу думку, має розвиватися система охорони здоров'я в нашій країні? Досвід яких країн є еталонним?

— Я вважаю, що жоден досвід не можна просто імпортувати та імплементувати. Потрібно вивчати досвід інших країн та обирати ті механізми, які необхідні Україні, враховуючи її особливості. Приміром, законодавство Республіки Казахстан щодо регулювання сурогатного материнства здається прогресивним. Думаю, що досвід цієї країни буде цікавим при законотворенні, враховуючи реалії регламентації цього інституту в Україні. Тому, у процесі законотворення в цьому напрямку слід враховувати реалії регламентації цього інституту в Україні. Я думаю, що досвід цієї країни буде цікавим. Зверну увагу, що у Швейцарії на рівні Конституції регламентовані питання репродуктивної медицини й генної технології із залученням людини з численними заборонами, зокрема сурогатного материнства. Досвід цікавий, але з законодавчими традиціями України в цій сфері не корелює.

Як рухатися в охороні здоров'я далі, стане більш зрозумілим після рішення Конституційного Суду України, про яке я говорила раніше. Відтак, можна буде розуміти, наскільки серйозні зміни знадобляться. Без сумніву, що в Україні слід реформувати галузь, проте з належним нормативним підґрунтям, аби вся ця «нова реформована споруда» міцно стояла, а надбудова була надійною й гарантувала безпеку, доступну й якісну медичну допомогу. Вважаю, що реформа вторинної ланки потребує ґрунтовної корекції, адже зміна парадигми фінансування не врахувала можливостей Державного бюджету України покривати реальну вартість послуг. Також на часі розробка страхових механізмів (від загальнообов'язкового страхування до страхування професійної відповідальності), але з одночасною зміною культури страхового бізнесу.

— Зважаючи на цифровізацію суспільства, чи може лікар стати фрілансером/відкрити власну практику онлайн-консультацій? Що йому для цього потрібно?

— Законодавство України дає право лікарю практикувати після реєстрації фізичної особи-підприємця й отримання ліцензії на провадження господарської діяльності з медичної практики. Медична практика проводиться за видами медичної допомоги, отож, можна обрати первинну медичну допомогу, яка передбачає за обсягом консультування (ст. 35-1 Основ). [Ю](#)

Підготувала **Дарина СИДОРЕНКО**, редактор «Юридичної Газети»