

DOI: <https://doi.org/10.25040/medicallaw2017.02.059>

УДК 340.6 : 614.25

СЕНЮТА ІРИНА ЯРОСЛАВІВНА

кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри медичного права Львівського національного медичного університету імені Данила Галицького, головний редактор науково-практичного журналу «Медичне право», адвокат, Голова Комітету з медичного і фармацевтичного права та біоетики Національної асоціації адвокатів України, президент ГО «Фундація медичного права та біоетики України», член Всесвітньої асоціації медичного права та Європейської асоціації медичного права

ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА ТА РЕГУЛЯТОР ВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

Досліджено особливості правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги крізь призму правових звичаїв. За юридичними джерелами проаналізовано підходи до трактування поняття правового звичаю та його характерних ознак. Наведено приклади застосування правових звичаїв у сфері надання медичної допомоги на сучасному етапі з посиланнями на відповідну судову практику. Запропоновано визначення поняття правового звичаю у сфері надання медичної допомоги.

Ключові слова: правовий звичай, джерело права, правовідносини у сфері надання медичної допомоги.

У фокус ученого, який досліджує джерела правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги, обов'язково потрапляє правовий звичай. Незважаючи на те, що на сучасному етапі розвитку цивілістичної правової науки та підходів до правового регулювання цивільних правовідносин сфера дії та роль правових звичаїв щоразу звужується [1, с. 101], все ж вважаємо за доцільне з'ясувати роль правового звичаю в регламентації правовідносин у сфері надання медичної допомоги. Це не лише дасть змогу дослідити значення правового звичаю для регулювання цього виду суспільних відносин, а й сприятиме комплексному дослідженню джерел правового регулювання правовідносин з надання медичної допомоги.

Аналіз юридичної літератури дає підстави твердити про існування чималої кількості наукових праць, присвячених проблематиці правового звичаю у системі джерел права України. Серед теоретиків права, які досліджували природу правового звичаю і його місце в системі джерел правового регулювання, можна виокремити таких учених, як К. Алимжан, С. Вильнянський, Р. Давид, К. Жоффре-Спінозі, С. Комаров, Л. Луць, М. Марченко, Д. Мейер, В. Озель, С. Пахман, Н. Толкачова, Г. Шерше-

невич, А. Шибанов та ін. Місце і роль правового звичаю в системі джерел правового регулювання цивільних правовідносин було предметом дослідження учених-цивілістів А. Гриняка, Р. Зумбулідзе, Н. Кузнецової, В. Луця, Р. Майданика, Р. Прилуцького, А. Смітюха та ін. Водночас у вітчизняній цивільно-правовій науці комплексних досліджень правового звичаю як регулятора правовідносин у сфері надання медичної допомоги немає, що й зумовило актуальність цієї статті.

Метою публікації є висвітлення значення правового звичаю як джерела правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги, характерних ознак правового звичаю з проекцією на сферу суспільних відносин з надання медичної допомоги й окреслення правових звичаїв, які слугують регуляторами цивільних правовідносин у цій сфері.

У наукових джерелах правовий звичай справедливо характеризується як найперше, а протягом тривалого часу і єдине, джерело права. Серед основних джерел права правовий звичай є історично першим, властивим усім правовим системам світу минулого, правової характеристики він набув внаслідок тривалого застосування і визнання органами державної влади. Сучасне розуміння і місце правового звичаю в системі джерел права є результатом його еволюції, яка в різних правових системах відбувалася по-різному [2]. Ставлення до звичаю в європейському праві переживало своєрідні цикли: домінування звичаєвих норм, заперечення застосування звичаїв і визнання їх як субсидіарного, а в наш час – основного джерела права, рівного закону. На думку Н. Толкачової, ставлення до звичаю змінюється щоразу, коли зростає чи спадає напруга між чинним позитивним, писаним правом і практикою відносин, що склалась. Проте, крім причин економічного характеру, змінність поглядів на звичаєве право зумовлена ще й ідеологічними причинами, які найчастіше спотворюють реальну картину змін, що відбуваються у структурі права [3].

Аналізуючи сутність правового звичаю як джерела права, Р. Давид і К. Жоффре-Спінозі зазначали, що правовий звичай ніколи не був вивчений достатньою мірою, оскільки в минулі роки наука першорядного значення надавала римському праву, а сьогодні – національним кодексам. Правовий звичай втратив характер самостійного джерела права, про нього згадують лише тоді, коли постає потреба тлумачення закону. Уявлення про роль правового звичаю виникне тоді, коли перестануть ототожнюватись право та закон. Насправді, судді повсюдно поводяться так, немов закон є чи не єдиним джерелом права. Водночас звичаєві надається набагато більшого значення, ніж видається на перший погляд [4, с. 94].

Право Стародавнього Риму відносило правові звичаї до категорії усних джерел права (*jus non scriptum*). З поживленням законодавчої діяльності держави звичай значною мірою втратив своє значення, хоч і не перестав слугувати джерелом права. Римські юристи розрізняли кілька видів правових звичаїв: звичаї *secundum legem* (на додаток закону), які відіграють найважливішу роль, сприяють розумінню змісту тих термінів і висловів закону чи судового рішення, які вжито в особливому, відмінному від загальноприйнятого значенні (зловживання правом, розумна ціна тощо); звичаї *praeter legem* (крім закону) застосовуються у випадку виникнення прогалин у праві/законодавстві; звичаї *contra legem* та *adversus legem* (проти закону), наявні при колізії закону та звичаю, відіграють незначну роль у правовій системі [2].

Етнологічна та історико-правова наука застосовують два підходи до трактування звичаю: перший – нормативістський, другий – соціологічний та антропологічний. Перший базується на сприйнятті звичаю як незмінної обов'язкової норми, прихильники другого вважають визначальними ознаками звичаю гнучкість, варіабельність, адаптивність. Поділ дослідників правового звичаю на нормативістів і, висловлюючись сучасною термінологією, соціологів або антропологів права окреслився ще в ХІХ ст. Більшість правознавців дотримувалася нормативістської позиції, тому їхні дослідження зі звичаєвого права є спробами вкласти звичаї в прокрустове ложе незмінних норм і правил [5, с. 10].

Аналізуючи розвиток категорії правового звичаю у національному контексті, в юридичній літературі справедливо відзначають, що фактично з другої половини ХХ ст. радянська правова доктрина стала на позицію цілковитого заперечення значення правового звичаю як джерела чинного національного права, допускаючи його використання лише в міжнародному праві [3]. Використання правового звичаю як правової категорії при правозастосуванні стало можливим після ухвалення низки законодавчих актів, якими було санкціоновано використання правових звичаїв для регулювання суспільних відносин. Йдеться насамперед про чинний Цивільний кодекс України, у ст. 7 якого законодавчо закріплено визначення поняття правового звичаю: звичаєм визнається правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Водночас ч. 1 цієї статті передбачає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту, що дає підстави твердити про існування невичерпного кола видів правових звичаїв, які можуть застосовуватись до регулювання цивільних правовідносин, зокрема у сфері надання медичної допомоги. Покликання на звичай при регулюванні цивільних правовідносин міститься, зокрема, в таких нормах Цивільного кодексу України: в ч. 1 ст. 28 (звичай національної меншини); ст. 213, 526 (звичай ділового обороту); ст. 333 (місцевий звичай); ч. 1 ст. 444 (звичай як такий). Отож, Цивільний кодекс України розрізняє чотири види звичаїв, які можуть бути застосовані при регулюванні цивільних правовідносин.

Попри існування законодавчого визначення поняття правового звичаю у юридичній літературі терміносполучення «правовий звичай» тлумачиться по-різному. Так, В. Хропанюк під правовим звичаєм розуміє санкціоновані державою правила поведінки, які раніше склалися внаслідок довготривалого повторення людьми певних дій і завдяки цьому закріпилися як стійка норма [6, с. 184]. На думку С. Комарова, правовим звичаєм є санкціоноване державою правило поведінки, затверджене суспільством як простий звичай внаслідок довготривалої в часі повторюваності, який став традицією [7, с. 148]. Згідно з визначенням, запропонованим Н. Толкачовою, правовим звичаєм є правова норма, не передбачена законодавством, яка склалась і стала обов'язковою у певній сфері діяльності внаслідок багаторазового й одноманітного повторення відомої поведінки, забезпечена соціальним примусом (авторитетом) і використовується для регулювання конкретних цивільно-правових відносин в установленому порядку з санкції держави [3]. Г. Шершеневич визначає звичаєве право як юридичні норми, що склалися силою побутових відносин, незалежно від верховної влади і набули в свідомості суспільства обов'язкового значення.

Щоб звичаєве право можна було визнати джерелом права, Г. Шершеневич вважає необхідним існування таких умов: звичай має бути заснований на усвідомленні його необхідності як правила поведінки, на переконанні, що слід чинити саме так, а не інакше в інтересах співжиття; як правило поведінки такий звичай має застосовуватись неодноразово [8, с. 46]. На думку Р. Майданика, правовим звичаєм є додаткове формально-юридичне джерело права, що застосовується у таких випадках: 1) прогалини у позитивному праві за умови «мовчазної згоди» влади; 2) відсилання закону до звичаю; 3) прийняття на підставі звичаю судового чи адміністративного рішення [2].

Незважаючи на плюралізм у тлумаченні правового звичаю, все ж можемо констатувати, що більшість запропонованих доктриною підходів до виокремлення сутнісних ознак правового звичаю як юридичної категорії подібні. До таких ознак пропонуємо віднести: 1) *тривалість застосування* (правило поведінки, яким є звичай, повинно застосовуватись протягом певного періоду часу, якщо звичай перестав застосовуватись, то закріплена в ньому соціальна норма забувається, а сам звичай припиняє своє існування); 2) *систематичність застосування* (неодноразовість) (правовий звичай повинен застосовуватись постійно); 3) *усталеність* (правовий звичай, внаслідок багатократного застосування, сприймається суспільством або значною частиною суспільства як правило поведінки, якого дотримуються без додаткової формалізації, зокрема в силу історичних, національних, суспільних традицій); 4) *визначеність змісту* (на відміну від нормативного акта, який закріплений письмово, правовий звичай закріплюється у свідомості людей і не обов'язково повинен бути зафіксований у документі (ст. 7 Цивільного кодексу України)); 5) *санкціонування державою* (звичай санкціонується державою і стає джерелом права, що свідчить про те, що правовими можуть бути не всі звичаї, а лише ті, які відповідають інтересам держави та суспільства); 6) *гарантованість дотримання звичаю* (юридична сила правового звичаю, як і будь-якої правової норми, гарантується можливістю застосування державного примусу).

Умовами застосування правового звичаю є: 1) законодавча або договірна неврегульованість суспільних відносин; 2) відсутність його суперечностей договору або актам цивільного законодавства.

Важливим для з'ясування природи правового звичаю є порядок санкціонування такого звичаю державою, адже, як уже зазначено, лише санкціонований державою звичай, набуває характеру правового звичаю і може бути застосований до регулювання суспільних відносин, за відсутності законодавчого та договірного регулювання. Існують різні форми санкціонування правових звичаїв. Звичай стають обов'язковими для застосування учасниками відносин за умови попередньої домовленості між ними. Крім того, правовий звичай можна вважати санкціонованим, якщо на нього є пряма вказівка в нормативно-правовому акті [2]. У цьому контексті не погоджуємось із запропонованим у юридичній літературі виокремленням фіксованої форми санкціонування правових звичаїв, що передбачає формулювання змісту звичаєвої норми в певному нормативному акті. В такому випадку звичаєве право як сукупність звичаєвих норм сприймається й адаптується законодавством. Санкціоновані в такий спосіб звичаєві норми функціонують у подальшому так само, як інші законодавчі акти [3]. Вважаємо, що за таких обставин правовий звичай стає об'єктивованим у

нормі права, а, відтак, застосуванню підлягатиме саме ця норма права, а не правовий звичай. Іншими словами, звичай трансформувався у приписи нормативного акта, який є окремим джерелом права. Також в юридичній літературі викладена позиція, згідно з якою звичай санкціонується державою у процесі судової або адміністративної діяльності шляхом офіційного закріплення у нормативних актах можливості використання звичаю для регулювання певних суспільних відносин або «мовчазної згоди» влади на факт застосування звичаю у певних правовідносинах, або включення звичаю у законодавчі акти – зводи звичаєвого права [9].

Дослідивши загальне поняття правового звичаю, вважаємо за доцільне акцентувати увагу на правових звичаях, які можуть бути застосовані до регулювання правовідносин у сфері надання медичної допомоги. Цивільний кодекс України не містить норм, які б відсилали до правових звичаїв, що стосуються сфери надання медичної допомоги. В юридичній літературі за формою вираження правові звичаї пропонується поділити на дві групи: 1) звичаї, зафіксовані у відповідних документах; 2) звичаї, не зафіксовані в документах, тобто правові аксіоми. До першої групи, відповідно, належать різноманітні кодифікації етичних норм, прийняті професійними корпораціями в Україні, до другої – правові аксіоми, які ніде прямо не зафіксовані, але їх завжди беруть до уваги сторони договорів [2]. Аналізуючи поняття правового звичаю, Ю. Сергеев зазначив: «У юридичній літературі звичаї позначаються як більш-менш усталені правила, що виникли історично і стосуються поведінки людей у суспільстві, їхнього способу життя, побуту, встановлені внаслідок багаторазового застосування цих правил людьми, передаються ними від покоління до покоління й охороняються силою суспільної думки». Науковець вважав це визначення поняття правового звичаю придатним для застосування до норм медичної етики: оскільки ці норми є стійкими, характеризуються багатократністю застосування і передаються у межах професійної медичної спільноти [10, с. 37]. Окреслену позицію вважаємо дискусійною. Спираючись на прийнятий у юридичній літературі критерій поділу соціальних норм за сферою регулювання, можемо твердити, що в системі соціальних норм правові норми і норми етики, або, як їх ще називають, морально-етичні норми, мають своє окреме місце [11]. Водночас санкціонований державою правовий звичай належить до системи джерел права, а отже, містить, насамперед, норму права. Це пояснюється тим, що норма, закріплена у правовому звичаї, покликана регламентувати найважливіші суспільні відносини, які становлять інтерес як для держави, так і для суспільства, на відміну від норм професійної етики та деонтології. Своєю чергою, норми професійної етики та деонтології як самостійне джерело соціальних норм можуть і виступати самостійними регуляторами суспільних відносин, і доповнювати чинні на певний момент норми права, об'єктивовані в конкретному нормативному акті. Такого висновку можна дійти, проаналізувавши преамбулу Етичного кодексу лікаря України, прийнятого і підписаного на Всеукраїнському з'їзді лікарських організацій та X З'їзді Всеукраїнського лікарського товариства (ВУЛТ) в м. Євпаторія від 27.09.2009 р. У ній зазначено: «Керуючись Клятвою лікаря України, враховуючи особливий характер взаємовідносин лікаря та пацієнта і необхідність доповнення механізмів правового регулювання цих взаємовідносин нормами медичної етики і деонтології, а також

моральну відповідальність лікаря перед медичною спільнотою та суспільством за свою професійну діяльність, Всеукраїнський з'їзд лікарських організацій приймає цей Етичний кодекс лікаря України» [12]. Отже, у цьому документі, який є збірником етичних норм лікарів України, чітко вказано, що, по-перше, морально-етичні норми, які стосуються лікарської професії, є самостійними регуляторами; по-друге, морально-етичні норми покликані доповнити чинний механізм правового регулювання. Саме обов'язок лікарів дотримуватись норм професійної етики та деонтології підкреслено в положенні п. «г» ч. 1 ст. 78 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (далі – Основи). Відтак, ми не поділяємо думку, що норми професійної етики слід вважати правовими звичаями, адже норми етики та норми правових звичаїв є самостійними регуляторами суспільних відносин.

Важливим видається провести розмежування понять «звичай», «звичай медичної практики» та «правовий звичай у сфері надання медичної допомоги». Як справедливо відзначено в юридичній літературі, правовим стає не кожний звичай, а лише той, що відповідає інтересам держави, спільноти або суспільства загалом. Отже, основна відмінність між поняттями «звичай» і «правовий звичай» полягає у визнанні та санкціонуванні таких звичаїв державою [1, с. 98]. Звичаєм є правило поведінки людей, що склалося у процесі співжиття людей внаслідок фактичного його застосування упродовж тривалого часу. В основі звичаю лежать елементи суспільної необхідності, які на початкових етапах роблять його близькою до реальних потреб людей формою регулювання їхніх дій. Унаслідок багаторазового повторення звичай закріплюється у побуті та свідомості окремої соціальної групи чи всього суспільства [9]. Своєю чергою, поняттям «звичай медичної практики», на нашу думку, позначаються усталені правила поведінки, які розроблені медичним співтовариством і використовуються медичними працівниками при організації надання чи при наданні медичної допомоги населенню. Водночас поняття правового звичаю у сфері охорони здоров'я є вужче за обсягом і стосується лише тих правил поведінки, які визнані та легалізовані державою за відсутності позитивного або договірною регулювання відповідних відносин у сфері надання медичної допомоги.

Заслуговує уваги точка зору О. Тихомирова, який стверджує, що саме звичай медичної практики є основоположним джерелом професійних настанов, якими повинен керуватись суд, оцінюючи правомірність дій медичного працівника. На думку вченого, звичай медичної практики формують перевірені практикою, загальновизнані і загальноприйняті правила медицини, що викладені в джерелах інформації або усно передаються з-поміж колег за професією. Звичаї медичної практики можуть бути викладені в актах професійних об'єднань представників медичних спеціальностей, посилання на які може міститись у законі або спеціальному правилі. Так, на думку О. Тихомирова, загальновизнаними і загальноприйнятими в медицині є заборона переливання несумісних груп крові, заборона призначення лікарських засобів у токсичній дозі, заборона ігнорування перитоніту тощо [13, с. 245]. Однак наведена О. Тихомировим як приклад таких звичаїв медичної практики заборона переливання несумісних груп крові уже давно об'єктивована в нормах права на рівні стандартів медичної допомоги, тобто вже не є неписаним правилом медичної спільноти, звичаєм медичної практики. Зокрема, в Інструкції з пере-

ливання крові та її компонентів, затвердженій Наказом МОЗ України від 05.07.1999 р. № 164, передбачено, що консервовану кров та її компоненти можна переливати тільки в тому разі, якщо група та резус-належність у донора та реципієнта співпадають. У всіх випадках до початку переливання еритроцитів (крові) обов'язковим є проведення лабораторної проби на індивідуальну сумісність, клінічної та біологічної проби (р. 2).

З огляду на те, що правила професійної етики не можна вважати правовими звичаями, цілком слушно постає запитання: що ж у такому разі можна вважати правовим звичаєм у сфері правовідносин з надання медичної допомоги? Відразу ж зауважимо, що звичаїв, які б застосовувались при регулюванні цього виду суспільних відносин і відповідали ознакам правового звичаю, небагато. Наведемо приклади звичаїв, які, на нашу думку, можна вважати правовими, і більш детально зупинимось на їх сутності та значенні для регулювання суспільних відносин у сфері надання медичної допомоги.

До таких правових звичаїв належить, зокрема, правило щодо існування у закладах охорони здоров'я палатного лікаря. Чинним законодавством інститут палатного лікаря детально не регламентований, на відміну від законодавчо закріпленого поняття «лікуючий лікар».

Аналіз судової та правозастосувальної практики також дає підстави твердити, що сьогодні в багатьох закладах охорони здоров'я поняття «палатний лікар» активно застосовується при закріпленні за лікарським персоналом окремих палат стаціонару. Наділення лікарів обов'язками палатного лікаря, як правило, відбувається у такий спосіб: у стаціонарному відділенні закладу охорони здоров'я палати стаціонару розподіляються між лікарями цього ж відділення. Це означає, що, в переважній більшості випадків (трапляються й винятки), пацієнти конкретного лікаря перебувають у закріпленій за цим лікарем палаті, де й отримують лікування. На практиці між лікуючими і палатними лікарями нерідко виникають спірні ситуації, якщо це різні медичні працівники, зокрема, з приводу надання медичної допомоги пацієнту та відповідальності за неналежне надання такої допомоги.

Водночас, виконуючи функції палатного лікаря, медичний працівник несе відповідальність не тільки за стан здоров'я своїх пацієнтів, а й за дотримання пацієнтами цієї палати правил внутрішнього розпорядку, за виконання вимог санітарного режиму тощо. Ці функції, хоча й не належать до безпосередніх обов'язків медичного працівника, передбачених посадовими інструкціями, проте покладаються на нього в силу сформованого звичаю організації процесу надання медичної допомоги в закладах охорони здоров'я різних населених пунктів України. Поняття «палатний лікар» знайшло відображення й у судовій практиці, що підтверджують рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 28.01.2013 р. у справі № 2601/9073/12: *«Дані покази не можуть, на думку суду, свідчити про те, що діти в той час не спілкувались з батьком, не опікувались ним, оскільки свідок ОСОБА_12 не був палатним лікарем хворого ОСОБА_5, що підтверджується випискою з історії хвороби, а очолював відділення, де проходив курс лікування ОСОБА_5»* [14]; рішення Личаківського районного суду м. Львова від 04.02.2013 р. у справі № 2/463/3/13: *«Вона, третя особа ОСОБА_6, і палатний лікар намагались переконати позивачку не відмовлятися від подальшого*

лікування та перебування в стаціонарі, проте позивачка настояла на виписці її з стаціонару» [15].

Аналізуючи поняття палатного лікаря у нормативній площині, варто згадати, що в Інструкції по медичному відбору хворих, які перенесли гострий інфаркт міокарда і направляються на доліковування в санаторії профспілок (додаток № 10 до Наказу МОЗ України від 30.12.1992 р. № 206, який втратив чинність) зазначалось: «У відділення доліковування хворі направляються безпосередньо зі спеціалізованих відділень лікарень і клінік науково-дослідних інститутів. Медичний відбір хворих проводиться комісією в складі головного лікаря лікувального закладу, завідуючого відділенням і палатного лікаря». Проте правовий статус палатного лікаря у цьому нормативному акті не окреслений. Сьогодні лікарі в закладах охорони здоров'я звично виконують функції палатних лікарів, а сама посада палатного лікаря означає, що йдеться про лікуючого лікаря, який надає медичну допомогу пацієнтам у закріпленій за ним палаті та несе відповідальність, зокрема, за дотримання в цій палаті правил внутрішнього розпорядку, санітарного режиму тощо.

Ще одним звичаєм у сфері надання медичної допомоги, який можна вважати правовим, є правило, згідно з яким у закладах охорони здоров'я запроваджено консиліум лікарів. Для сфери охорони здоров'я це поняття вже давно є усталеним, хоча чинне законодавство не містить визначення поняття «консиліум лікарів». У медико-правовій літературі під цим терміном прийнято розуміти нараду лікарів одного або декількох фахів, яка скликається для з'ясування питань стосовно характеру хвороби та методів і засобів лікування [16, с. 221]. Також під консиліумом розуміють форму організації надання медичної допомоги, яка полягає у тому, що не менше як три медичних працівники діють спільно, спрямовуючи зусилля на забезпечення права пацієнта на охорону здоров'я [17].

Незважаючи на те що національне законодавство використовує терміносполучення «консиліум лікарів», чіткої процедури, яка б визначала порядок скликання консиліуму і примірного переліку випадків, за яких рекомендовано скликати консиліум лікарів, воно не містить. Наприклад, передбачено, що консиліум у складі завідувача відділення скеровуючого закладу охорони здоров'я, лікуючого лікаря, лікаря(ів) виїзної акушерсько-гінекологічної бригади і представника скеровуючого закладу охорони здоров'я (за потреби) скликається у разі відмови жінки, її родичів або батька дитини від транспортування між закладами охорони здоров'я (п. 8 розділу 7 Порядку транспортування вагітних, роділь та породіль в Україні, затвердженого Наказом МОЗ України від 06.02.2015 р. № 51). Також обов'язковим визнано скликання консиліуму в разі вирішення питання про взяття кісткового мозку в живого донора. В такому разі консиліум готує відповідний висновок (п. 3 Порядку узяття, зберігання і використання кісткового мозку, затвердженого Наказом МОЗ України від 04.05.2000 р. № 96). Спектр підстав для скликання консиліумів різний, різними також можуть бути вимоги до суб'єктного складу консиліуму та ініціатора його скликання.

На думку В. Савченка, одним із основних нормативних актів, що регулює питання скликання консиліуму лікарів, є Методичні вказівки про порядок організації консультацій та консиліумів у медичних закладах (затверджені Наказом Міністерства охорони здоров'я СРСР від

14.11.1982 р.). Хоча цей документ уже втратив чинність, медичні працівники продовжують використовувати викладені у ньому методичні вказівки як звичаєві норми, оскільки порядок та умови скликання консилиуму лікарів законодавством України не регламентовані [18, с. 135]. Отже, питання консилиуму лікарів регламентується як відповідними нормами законодавства у сфері охорони здоров'я, так і правовим звичаєм, що склався у медичній практиці. Правовий звичай щодо консилиуму може й не застосовуватись, якщо порядок його скликання регламентований локальним актом закладу охорони здоров'я, нормативного забезпечення у такому випадку цілком достатньо. Правовою підставою застосування консилиуму лікарів слугує норма п. «е» ч. 1 ст. 78 Основ, яка передбачає, що медичні працівники зобов'язані надавати консультативну допомогу своїм колегам та іншим працівникам охорони здоров'я. Окрім того, в п. «к» ч. 1 ст. 6 Основ закріплено право пацієнта, який перебуває на стаціонарному лікуванні в закладі охорони здоров'я, на допуск до нього інших медичних працівників. Також в Указі Президента України «Про Клятву лікаря» від 15.06.1992 р. передбачено обов'язок медичних працівників у разі необхідності звертатися за допомогою до колег і самому ніколи їм у цьому не відмовляти, бути справедливим до колег (п. 5 ч. 1).

Нормативне регулювання інституту консилиуму лікарів поступово витісняє відповідний правовий звичай, адже щоразу ухвалюються нові нормативні акти, покликані детальніше регламентувати питання умов і порядку скликання консилиуму. Так, у Порядку організації медичної допомоги на первинному, вторинному (спеціалізованому), третинному (високоспеціалізованому) рівнях із застосуванням телемедицини, затвердженому Наказом МОЗ України від 19.01.2015 р. № 681, закріплено поняття «телемедичний консилиум», який застосовується у разі, коли постає потреба в обговоренні клінічного випадку більше ніж одним лікарем-консультантом. Окрім того, у цьому нормативному акті визначено порядок та умови проведення телемедичного консилиуму. Наведений приклад яскраво ілюструє процес перетворення правового звичаю у норму права і фактичне припинення існування такого правового звичаю.

На підставі аналізу правового звичаю як регулятора правовідносин у сфері надання медичної допомоги пропонуємо дефініцію цього поняття з урахуванням його сутнісних ознак. *Правовий звичай у сфері надання медичної допомоги* – це санкціоноване державою усталене правило поведінки, яке внаслідок його багатократного використання стало обов'язковим і використовується у закладах охорони здоров'я при організації надання і наданні медичної допомоги пацієнтам.

Проведене дослідження дало підстави дійти таких висновків: 1) як правило, звичай, що згодом стає правовим, за відсутності законодавчого і договірною регулювання, створюють самі медичні працівники; 2) правові звичаї у сфері надання медичної допомоги застосовуються тоді, коли немає позитивного регулювання і за так званої мовчазної згоди влади (приклади використання судами правових звичаїв для обґрунтування своїх рішень за такої мовчазної згоди наведені вище); 3) правила, які формують правові звичаї, створюються з метою оптимізації процесу організації надання і надання медичної допомоги населенню; 4) з появою нормативної бази, сформованої за принципом правової визначеності, звичаєве регулювання зникатиме, а правові звичаї можуть бути трансформовані в нормативну площину.

Висвітлення питань правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги крізь призму правових звичаїв є актуальним з огляду на численні недоліки і прогалини позитивного регулювання царини охорони здоров'я. Подальше наукове дослідження цієї проблематики сприятиме трансформації звичаїв у правові звичаї, які, своєю чергою, ставитимуть законодавчими нормами, створюючи максимально визначені гарантії прав людини. Викристалізований обсяг поняття «правовий звичай» слугуватиме нормотворцю своєрідним вказівником при обранні вектора нормопроєктування.

1. *Гриняк А. Б.* Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин [Електронний ресурс] / А. Б. Гриняк, В. В. Проценко // Приватне право і підприємництво. – 2015. – Вип. 14. – С. 98–102. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2015_14_26 (*Груняк А. В. Zvychay yak dzherelo pravovoho rehulyvannya dohovirnykh vidnosyn [Elektronnyy resurs] / A. B. Hrunyak, V. V. Protsenko // Pryvatne pravo i pidpryyemnytstvo. – 2015. – Vyp. 14. – S. 98-102. – Rezhym dostupu: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2015_14_26.*)

2. *Майданик Р. А.* Цивільне право: Загальна частина. Вступ у цивільне право [Електронний ресурс] / Р. А. Майданик // Алерта – Режим доступу: <http://westudents.com.ua/knigi/477-tsivlne-pravo-maydanik-PA.html> (*Maydanyk R. A. Tsyvil'ne pravo: Zahal'na chastyna. Vstup u tsyvil'ne pravo [Elektronnyy resurs] / R. A. Maydanyk // Alerta – Rezhym dostupu: http://westudents.com.ua/knigi/477-tsivlne-pravo-maydanik-PA.html.*)

3. *Толкачова Н. Є.* Правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту – форми права сучасної України: проблеми застосування [Електронний ресурс] / Н. Є. Толкачова // Соціологія права. – 2011. – Режим доступу: <http://dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/39603> (*Tolkachova N. Ye. Pravovyy zvychay, uzvychayenist', zvychay dilovoho oborotu – formy prava suchasnoyi Ukrainy: problemy zastosuvannya [Elektronnyy resurs] / N. Ye. Tolkachova // Sotsiolohiya prava. – 2011. – Rezhym dostupu: http://dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/39603.*)

4. *Давид Р.* Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; пер. с фр. В. А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 1999. – 400 с. (*David R. Osnovnyie pravovyye sistemyi sovremennosti / R. David, K. Zhoffre-Spinozi; per. s fr. V.A. Tumanova. – M.: Mezhdunar. otnosheniya, 1999. – 400 s.*)

5. *Гримич М. В.* Звичаєве цивільне право українців XIX – початку XX століття / М. В. Гримич. – К.: Арістей, 2006. – 560 с. (*Hrymych M.V. Zvychayeve tsyvil'ne pravo ukrayintsiv XIX – pochatku XX stolittya / M.V. Hrymych. – K.: Aristey, 2006. – 560 s.*)

6. Теория государства и права : учеб. пособие для вузов / В.Н. Хропанюк. – Москва : Отечество, 1993. – 343 с. (*Teoriya gosudarstva i prava : [ucheb. posobie dlya vuzov] / V.N. Hropanyuk. – Moskva : Otechestvo, 1993. – 343 s.*)

7. *Комаров С. А.* Общая теория государства и права : курс лекций / С. А. Комаров. – 2-е изд., исправ. и допол. – Москва : Манускрипт, 1995. – 312 с. (*Komarov S. A. Obshchaya teoriya gosudarstva i prava : kurs lektsiy / S. A. Komarov. – 2-e izd., isprav. i dopol. – Moskva : Manuskript, 1995. – 312 s.*)

8. *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – Тула: Автограф, 2001. – 719 с. (*Shershenevich G. F. Kurs grazhdanskogo prava / G. F. Shershenevich. – Tula: Avtograf, 2001. – 719 s.*)

9. *Шемшученко Ю. С.* Звичай правовий : юридична енциклопедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://leksika.com.ua/12521228/legal/zvichaypravoviy> (*Shemshuchenko Yu.S. Zvychay pravovyy : yurydychna entsyklopediya [Elektronnyy resurs]. – Rezhym dostupu: http://leksika.com.ua/12521228/legal/zvichaypravoviy.*)

10. Основы медицинского права России : учебное пособие / под ред. Ю. Д. Сергеева. – Москва: МИА, 2007. – 140 с. (*Osnovyi meditsinskogo prava Rossii : uchebnoe posobie / pod red. Yu. D. Sergeeva. – Moskva: MIA, 2007. – 140 s.*)

11. Коваленко А. И. Мораль и право в медицине [Електронний ресурс] / А. И. Коваленко, А. И. Пискун, Т. В. Тимошенко. – 2007. – Режим доступу: https://www.amursma.ru/upload/docs/teoreticheskie%20kafedry/moral_pravo.pdf (Kovalenko A. I. *Moral i pravo v meditsine [Elektronnyy resurs]* / A. I. Kovalenko, A. I. Piskun, T. V. Timoshenko. – 2007. – Rezhim dostupu: https://www.amursma.ru/upload/docs/teoreticheskie kafedry/moral_pravo.pdf).

12. Етичний кодекс лікаря України, прийнятий та підписаний на Всеукраїнському з'їзді лікарських організацій та X З'їзді Всеукраїнського лікарського товариства (ВУЛТ) (Євпаторія, АР Крим, 27.09.2009 р.) // Медичне право. – 2010. – 5(1). – С. 115–123 (*Etychnyy kodeks likarya Ukrayiny, pryynyaty ta pidpysany na Vseukrayins'komu z'yizdi likars'kykh orhanizatsiy ta X Z'yizdi Vseukrayins'koho likars'koho tovarystva (VULT)* (Yevpatoriya, AR Krym, 27.09.2009 r.) // *Medychne pravo*. – 2010. – 5(1). – S. 115–123).

13. Тихомиров А. В. Медицинское право : практическое пособие / А. В. Тихомиров. – Москва : Статут, 1998. – 418 с. (*Tihomirov A. V. Meditsinskoє pravo : prakticheskoe posobie* / A.V. Tihomirov. – Moskva : Statut, 1998. – 418 s.).

14. Рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 28.01.2013 р. у справі № 2601/9073/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29145794> (*Rishennya Holosiyiv'skoho rayonnoho sudu m. Kyyeva vid 28.01.2013 r. u spravi № 2601/9073/12 [Elektronnyy resurs]*. – Rezhym dostupu: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29145794>).

15. Рішення Личаківського районного суду м. Львова від 04.02.2013 р. у справі № 2/463/3/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29249144> (*Rishennya Lychakivs'koho rayonnoho sudu m. Lvova vid 04.02.2013 r. u spravi № 2/463/3/13 [Elektronnyy resurs]*. – Rezhym dostupu: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29249144>).

16. Медико-правовий тлумачний словник / за ред. І. Я. Сенюти. – Львів: ЛОБФ «Медицина і право», 2010. – 540 с. (*Medyko-pravovyy tumachnyy slovnyk / za red. I. Ya. Senyuty*. – Lviv: LOBF «Medytsyna i pravo», 2010. – 540 s.).

17. Сенюта І. Я. Консультативна допомога у сфері охорони здоров'я: деякі питання її надання [Електронний ресурс] / І. Я. Сенюта // Український медичний часопис. – 2012. – Режим доступу: <http://www.umj.com.ua/article/26028/konsultativna-dopomoga-u-sferi-okhoroni-zdorov-ya-deyaki-pitannya-ii-nadannya> (*Senyuta I. Ya. Konsul'tatyvna dopomoha u sferi okhorony zdorov'ya: deyaki pytannya yiyi nadannya [Elektronnyy resurs]* / I. Ya. Senyuta // *Ukrayins'kyy medychnyy chasopys*. – 2012. – Rezhym dostupu: <http://www.umj.com.ua/article/26028/konsultativna-dopomoga-u-sferi-okhoroni-zdorov-ya-deyaki-pitannya-ii-nadannya>).

18. Савченко В. О. Правова природа консиліуму лікарів / В. О. Савченко // Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна. Серія Право. – 2015. – № 1151. – Вип. 20. – С. 133–136 (*Savchenko V. O. Pravova pryroda konsyliumu likariv / V. O. Savchenko // Visnyk Kharkivs'koho natsional'noho universytetu im. V. N. Karazina. Seriya Pravo*. – 2015. – № 1151. – Vyp. 20. – S. 133–136).

Сенюта І. Я.

Правовой обычай как источник права и регулятор отношений в сфере оказания медицинской помощи

Исследованы особенности правового регулирования отношений в сфере оказания медицинской помощи сквозь призму правовых обычаев. Проанализированы содержащиеся в юридических источниках подходы к пониманию понятия «правовой обычай» и его характерных признаков. Условиями применения правового обычая определены отсутствие законодательного или договорного регулирования общественных отношений и противоречий договору или актам гражданского законодательства. Приведены примеры применения правовых обычаев в сфере оказания

медицинской помощи на современном этапе со ссылками на соответствующую судебную практику. Подробно освещены два правовых обычая: существование должности палатного врача и использование в медицинской практике консилиума врачей. Проведено разграничение понятий «обычай», «обычай медицинской практики» и «правовой обычай в сфере оказания медицинской помощи». Понятие «правовой обычай в сфере оказания медицинской помощи» определено как санкционированное государством установившееся правило поведения, которое в результате многократного использования стало обязательным и используется в учреждениях здравоохранения при организации предоставления и оказании медицинской помощи пациентам.

Ключевые слова: правовой обычай, источник права, правоотношения в сфере оказания медицинской помощи.

Senyuta I. Y.

Legal Custom as a Source of Law and Regulator of the Relations in the Sphere of Medical Care Provision

The issues of legal regulation of the relations in the sphere of medical care provision by means of legal custom were researched in article. Different approaches, which exist in the legal literature, on understanding the notion and specific features of a legal custom were analyzed. Conditions of applying the legal custom were elucidated. Such conditions are as follows: absence of the legislative and contractual regulation of the relations and such legal customs do not contradict the contract and acts of civil legislation. Examples of application of the legal customs in the sphere of medical care provision with a reference to a court practice were provided. Two legal customs were elucidated in detail: the existence of a hospital ward doctor and a concilium of doctors. The differentiation between the notions “custom”, “custom of medical practice”, “legal custom in the sphere of medical care provision”. The definition of a legal custom in the sphere of medical provision was formulated. Under the term legal custom in the sphere of medical care provision one shall understand an established rule of behavior, which is sanctioned by the state, as a result of being applied multiple times and became obligatory and is used in the health care facilities in the course of organization and provision of medical care to patients.

Key words: legal custom, source of law, legal relations in the sphere of medical care provision.

Стаття надійшла до редакції 18.05.2017

Прийнята до друку 08.06.2017