Медицинская деятельность как объект правового регулирования

ДАНИЛОВ Егор Олегович, профессор кафедры организации здравоохранения Санкт-Петербургского института стоматологии последипломного образования, кандидат медицинских наук, магистр юриспруденции, доцент

Россия, 191025, г. Санкт-Петербург, Невский просп., 82

E-mail: Danilov@medi.spb.ru

Сегодня в отечественной юридической науке нет единого подхода к пониманию сущности медицинской деятельности и определению метода ее правового регулирования, что обуславливает актуальность исследований данной проблемы.

Цель исследования — изучить медицинскую деятельность как правовую категорию и объект правового регулирования. Задачи исследования: провести анализ содержания легальной дефиниции «медицинская деятельность» и смежных понятий; рассмотреть имеющиеся подходы к пониманию сущности правового регулирования медицинской деятельности; определить источники правового регулирования медицинской деятельности; выявить существующие проблемы в исследуемой сфере.

При проведении исследования наряду с общенаучными логическими методами познания использовались формально-юридический и сравнительно-правовой методы.

В статье проведен анализ понятия «медицинская деятельность» в его соотношении с понятиями «охрана здоровья», «здравоохранение», «медицинская помощь». Отмечено, что медицинская деятельность включает разнообразные виды профессиональной активности, объектом которой является здоровье людей, однако основной предмет медицинской деятельности связан с выполнением различных работ (услуг) по оказанию медицинской помощи. Представлен обзор разных точек зрения относительно понимания правовой природы медицинской деятельности, дана характеристика основных источников ее правового регулирования. Обращено внимание, что Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» закрепляет выраженное доминирование административных регуляторов медицинской деятельности, устанавливает режим централизованного администрирования и жесткого нормирования. При этом весьма большим регулирующим воздействием обладают подзаконные нормативные акты, среди которых наибольший удельный вес имеют приказы Минздрава России. Вместе с тем немаловажную роль играют обычаи медицинской практики, а также этические принципы медицинской профессии. Отстаивается идея о признании медицины особым видом социально значимой профессиональной деятельности, обеспечивающей конституционное право граждан на охрану здоровья и медицинскую помощь и поэтому требующей специального правового регулирования.

Ключевые слова: правовое регулирование, медицинская деятельность, медицинская помощь, охрана здоровья, этические нормы в законе.

Для цитирования: Данилов Е.О. Медицинская деятельность как объект правового регулирования // Журнал российского права. 2019. № 6. С. 126—136. DOI: 10.12737/jrl.2019.6.12

Medical Activity as an Object of Legal Regulation

E.O. DANILOV, St. Petersburg Institute of Dentistry of Postgraduate Education, St. Petersburg 191025, Russian Federation

E-mail: Danilov@medi.spb.ru

Today in the Russian legal science there is no single approach to understanding the essence of medical activity and determining the method of its legal regulation, which determines the relevance of research on this problem.

The purpose of the research is to study medical activity as a legal category and an object of legal regulation. The research tasks are: to analyze the content of the legal definition of “medical activity” and

related concepts; consider existing approaches to understanding the essence of the legal regulation of medical practice; identify the sources of legal regulation of medical activity; identify existing problems in the area under study.

During the research, along with general scientific logical methods of cognition, formal legal and comparative legal methods were used.

The article analyzes the concept of “medical activity” in connection with the concepts of “health protection”, “health care”, “medical care”. It is noted that medical activity includes various types of professional activity, the object of which is human health, but the main subject of medical activity is associated with the performance of various works (services) in providing medical care. The review of different points of view concerning the understanding of the legal nature of medical activity is presented. The characteristic of the main sources of legal regulation of medical activity is given. Attention is drawn to the fact that the Federal Law of November 21, 2011 No. 323-FZ “On the basis of health protection in the Russian Federation” stated the expressed dominance of administrative regulators of medical activity, established a regime of centralized administration and strict regulation. At the same time, by-laws have a great regulatory impact, including the orders of the Russian Ministry of Health. However, the important role played by the customs of medical practice, as well as the ethical principles of the medical profession. The author upholds the idea of recognition of medicine as a special kind of socially significant professional activity, providing the constitutional right of citizens to health protection and medical care and therefore requiring special legal regulation.

Keywords: legal regulation, medical activity, medical care, health protection, ethical norms in law.

For citation: Danilov E.O. Medical Activity as an Object of Legal Regulation. *Zhurnal rossijskogo prava* = *Journal of Russian Law*, 2019, no. 6, pp. 126—136. (In Russ.). DOI: 10.12737/jrl.2019.6.12

Медицина — это область науки и практическая деятельность, направленные на сохранение и укрепление здоровья людей, предупреждение и лечение болезней¹.

По определению п. 10 ст. 2 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — Закон № 323-ФЗ) *медицинская деятельность* — это профессиональная деятельность по оказанию медицинской помощи, проведению медицинских экспертиз, медицинских осмотров и освидетельствований, санитарно-противоэпидемических (профилактических) мероприятий и профессиональная деятельность, связанная с трансплантацией (пересадкой) органов и (или) тканей, обращением донорской крови и (или) ее компонентов в медицинских целях. Как следует из данного определения, медицинская деятельность, включая

разные виды социальной активности, является прежде всего профессиональной, т. е. ее осуществляют профессионалы — медицинские работники, имеющие соответствующую квалификацию.

В юридическом смысле медицинскую деятельность можно представить как совокупность различных по сложности специфических правоотношений, характерным признаком которых является то, что они возникают и существуют главным образом по поводу личных нематериальных благ человека — его жизни и здоровья. Между тем, как отмечает Н.В. Путило, «отношения по охране здоровья граждан многоаспектны, многосубъектны, и не все из них априори могут иметь правовую форму, быть опосредованы юридическими нормами и превратиться в правоотношения, где субъективному праву одной стороны соответствует юридическая обязанность другой. Признаваемые юридической наукой различия между фактическими отношениями в связи с охраной здоровья граждан и их правовой формой требуют дальнейшего ис-

¹ См.: Большой энциклопедический словарь. URL: <https://www.vedu.ru/bigencdic/37588/> (дата обращения: 05.10.2018).

следования пределов правового регулирования»².

Итак, медицинская деятельность осуществляется по поводу здоровья людей, причем ее объектом является не общественное здоровье в целом, а здоровье каждого человека в отдельности. В связи с этим важно определиться с понятием здоровья и установить соотношение понятия медицинской деятельности с такими понятиями, как «охрана здоровья» и «здравоохранение».

Согласно п. 2 ст. 2 Закона № 323-ФЗ под *охраной здоровья граждан* понимается система мер политического, экономического, правового, социального, научного, медицинского, в том числе санитарно-противоэпидемического (профилактического), характера, осуществляемых органами государственной власти и местного самоуправления, организациями, их должностными лицами, гражданами в целях профилактики заболеваний, сохранения и укрепления физического и психического здоровья каждого человека, поддержания его долголетней активной жизни, предоставления ему медицинской помощи.

С понятием охраны здоровья граждан тесно связано понятие здравоохранения. Несмотря на то что законом тождество этих понятий не установлено, а понятие здравоохранения не раскрыто, в специальной литературе охрана здоровья по смыслу нередко приравнивается к здравоохранению. Так, С.Н. Братановский определяет здравоохранение как систему социально-экономических и медицинских мероприятий, цель которых сохранить и повысить уровень здоровья каждого отдельного человека и населения в целом³.

Между тем А.В. Тихомиров дифференцирует понятия охраны здоровья и здравоохранения. Согласно его точке зрения, если охрана здоровья, безусловно, близка медицине как системе научных знаний и практических мер по поводу здоровья, то здравоохранение — это функция государства. Отсюда следует, что медицина не равнозначна здравоохранению и не является его частью, она как явление международное, не знающее границ, существует и развивается по своим профессиональным правилам, которые в общем и целом одинаковы в самых разных странах⁴.

В соответствии с логикой законодателя основным предметом медицинской деятельности является медицинская помощь. Рассматривая понятие «медицинская деятельность» через призму понятия «медицинская помощь», следует обратиться к соответствующим дефинитивным нормам п. 3, 4 и 5 ст. 2 Закона № 323-ФЗ:

«медицинская помощь — комплекс мероприятий, направленных на поддержание и (или) восстановление здоровья и включающих в себя предоставление медицинских услуг;

медицинская услуга — медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств, направленных на профилактику, диагностику и лечение заболеваний, медицинскую реабилитацию и имеющих самостоятельное законченное значение;

медицинское вмешательство — выполняемые медицинским работником и иным работником, имеющим право на осуществление медицинской деятельности, по отношению к пациенту, затрагивающие физическое или психическое состояние человека и имеющие профилактическую, исследователь-

² Путило Н.В. Законодательство Российской Федерации об охране здоровья граждан: на пороге перемен // Журнал российского права. 2010. № 10. С. 45.

³ См.: Братановский С.Н. Административное право. Особенная часть: учебник. М., 2013. С. 256—257.

⁴ См.: Тихомиров А.В. Обязательственная организация медицинской деятельности // Главный врач: хозяйство и право. 2012. № 4. С. 29.

скую, диагностическую, лечебную, реабилитационную направленность виды медицинских обследований и (или) медицинских манипуляций, а также искусственное прерывание беременности».

В подзаконных актах установлено соотношение вышеперечисленных понятий. Согласно п. 3 Положения о лицензировании медицинской деятельности, утвержденного постановлением Правительства РФ от 16 апреля 2012 г. № 291, медицинскую деятельность составляют работы (услуги), которые выполняются при оказании разных видов медицинской помощи. В связи с этим следует учесть, что согласно нормам общего законодательства, регулирующего деятельность в экономике, работы (§ 1—2 гл. 37 ГК РФ с учетом ст. 783 ГК РФ) и услуги (гл. 39 ГК РФ) как объекты гражданских прав могут свободно отчуждаться, если они не ограничены в обороте (п. 1 ст. 129 ГК РФ).

Вопрос о соотношении между понятиями «медицинская помощь», «медицинская услуга» и «медицинское вмешательство», как и относительно допустимости использования термина «медицинская услуга» при регулировании отношений, связанных с оказанием бесплатной медицинской помощи, остается спорным уже на протяжении многих лет. Очевидно, на развитие данной дискуссии в какой-то мере влияют особенности понимания правовой природы отношений, возникающих между субъектом медицинской деятельности и пациентом.

Как известно, в советскую эпоху, когда организация бесплатной медицинской помощи населению рассматривалась как особая государственная функция, отношения в сфере здравоохранения носили преимущественно административно-правовой характер. В современных условиях рыночной экономики и многоукладности здравоохранения представляется, что возникающие между медицинской органи-

зацией и пациентом отношения по сути являются гражданско-правовыми и характеризуются равноправием сторон. Сегодня к этим отношениям нередко применяются положения действующего гражданского законодательства о договоре возмездного оказания услуг, по которому исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги (ст. 779 ГК РФ).

Любая услуга есть полезное действие, направленное на удовлетворение потребности того, кто в ней нуждается. Следовательно, медицинской услугой (платной или бесплатной для пациента) можно признать любое профессиональное действие (медицинское вмешательство или комплекс медицинских вмешательств), осуществляемое с профилактической, диагностической, лечебной и (или) реабилитационной целью.

Анализ Закона № 323-ФЗ указывает на отсутствие четкого правового разграничения понятий «медицинская помощь» и «медицинская услуга», а также на то, что первое из этих понятий включает в себя второе.

Примечательно, что в законодательных актах некоторых стран СНГ, в частности в Кодексе Республики Казахстан от 18 сентября 2009 г. № 193-IV «О здоровье народа и системе здравоохранения» и в Законе Республики Беларусь от 18 июня 1993 г. № 2435-XII «О здравоохранении», медицинская помощь тоже понимается как комплекс медицинских услуг. Между тем в Законе Азербайджанской Республики от 30 декабря 1999 г. № 789-IQ «О частной медицинской деятельности» наблюдается разграничение этих понятий и медицинской услугой признается лишь «оплачиваемая медицинская помощь, оказываемая по определенному виду и в опреде-

ленном объеме в соответствии с договором».

По смыслу российского законодательства «медицинская услуга» и «медицинская помощь» — очень близкие, но не идентичные категории. Несмотря на то что ими обозначают действия, имеющие одинаковую направленность, «медицинская помощь» как комплекс мероприятий — понятие более широкое, чем понятие «медицинская услуга». При этом если термин «медицинская услуга» присущ больше сфере частного права, то термин «медицинская помощь» — скорее сфере публичного права. Неслучайно в Конституции РФ (ст. 41) используется словосочетание «медицинская помощь» и не упоминаются медицинские услуги, которые, в свою очередь, регулируются правилами ГК РФ (гл. 39).

Таким образом, понятия «медицинская услуга» и «медицинская помощь» нельзя признать полностью тождественными и, очевидно, проблема их соотношения нуждается в отдельном теоретическом исследовании. Вместе с тем заслуживает внимания мнение С.И. Помазковой о том, что «понимание “медицинской помощи” и “медицинской услуги” как тождественных категорий позволит сблизить правовую позицию лиц, получающих их как на возмездной, так и безвозмездной основе, и распространить действие законодательства о защите прав потребителей на эти обе категории»⁵.

По общему правилу медицинская деятельность осуществляется в договорной форме оказания услуг (гл. 39 ГК РФ), например в рамках плановой помощи, и в квазидоговорной форме действий в чужом интересе без поручения (гл. 50 ГК РФ), например при оказании экстренной помощи. Неблагоприятные правовые

последствия медицинской деятельности, как указывает А.В. Тихомиров, в той и другой форме в случае причинения вреда имеют внедоговорный (деликтный) характер. Особенностью медицинской деятельности является то, что объектом равно договорных (квазидоговорных) и внедоговорных обязательств при ее осуществлении остается здоровье⁶.

Таким образом, медицинская деятельность сложна как правовая категория, включает разнообразные виды профессиональной активности, объектом которой является здоровье людей. При этом предмет медицинской деятельности в основном связан с выполнением различных работ (услуг) по оказанию медицинской помощи.

Решение многих проблем правоприменительной практики требует ответа на вопросы: каким видом экономической деятельности является медицинская деятельность и может ли она быть отнесена к предпринимательству?

А.В. Мелихов и А.А. Мохов полагают, что медицинская деятельность по общему правилу является частным и особым случаем предпринимательской деятельности. По их мнению, предпринимательство в сфере здравоохранения можно отнести к разновидности социального предпринимательства, особенностью которого является одновременно и частный, и публичный характер оказываемых услуг, а также «потребность в достаточно жестком регулировании»⁷.

⁶ См.: Тихомиров А.В. Обязательственная организация медицинской деятельности. С. 30.

⁷ Мелихов А.В., Мохов А.А. Деятельность по оказанию медицинских услуг — разновидность деятельности предпринимательской // Медицинское право. 2006. № 2. С. 27—33; Мохов А.А. Медицинская деятельность — вид социального предпринимательства // Медицинское право. 2016. № 1. С. 6—10.

⁵ Помазкова С.И. О значении соотношения понятий «медицинская помощь» и «медицинская услуга» для реализации права граждан на охрану здоровья // Юридический мир. 2012. № 11. С. 38.

Согласно нормам гражданского права предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

В.А. Лаптев, отмечая, что содержание медицинской деятельности выходит за рамки гражданско-правовых отношений, а доход при ее осуществлении носит прежде всего компенсационный характер, тем не менее с учетом отсутствия единого подхода к рассматриваемой проблематике предлагает рассматривать медицинскую деятельность как один из особых видов предпринимательской деятельности, регулируемой нормами предпринимательского права⁸. При этом автор обращает внимание, что медицинской деятельности, помимо определяющих для предпринимательской деятельности признаков (самостоятельность, систематичность, рискванность, прибыльность, легитимация), присущ профессиональный и добросовестный характер⁹.

Поскольку законодатель не дает четкого ответа на вопрос об отношении медицинской деятельности к предпринимательской, это порождает расхождение мнений, свидетельствующее о том, что вопрос о месте медицинской деятельности в системе видов экономической деятельности остается во многом дискуссионным.

Заслуживает внимания точка зрения, согласно которой существует определенное сходство между медицинской деятельностью и деятельностью по оказанию юри-

дической помощи. Так, А.С. Мнацканян полагает, что медицинская деятельность сравнима по своей общественной значимости с нотариальной и адвокатской деятельностью с той лишь разницей, что указанные виды деятельности носят публичный характер в отличие от медицинских услуг¹⁰. При этом обращается внимание, что согласно ст. 1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате¹¹ нотариальная деятельность не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли. В пункте 2 ст. 1 Федерального закона от 31 мая № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» также указано, что адвокатская деятельность не является предпринимательской.

Деятельность по оказанию юридической помощи имеет, несомненно, важное социальное значение, обеспечивая защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц. Представляется, что медицинская деятельность имеет по крайней мере не меньшую социальную значимость и в связи с этим ее можно рассматривать как особый вид социально значимой экономической деятельности, которая по существу является основным средством обеспечения закрепленного в ч. 1 ст. 41 Конституции РФ права каждого на охрану здоровья и медицинскую помощь.

Как известно, в правовой системе России применяются нормативные договоры, общие принципы права и правовые обычаи, однако основным источником национального права признается нормативный правовой акт.

⁸ См.: Лаптев В.А. Медицинская деятельность: правовая природа и источники правового регулирования // Медицинское право. 2013. № 3. С. 17.

⁹ Там же.

¹⁰ См.: Мнацканян А.С. Юридическая оценка медицинской деятельности в структуре гражданско-правовой ответственности // Общество и право. 2008. № 1. С. 111.

¹¹ Утв. Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1.

Сегодня отечественное медицинское законодательство представлено нормативными правовыми актами разной юридической силы, среди которых особое место занимает Закон № 323-ФЗ, определяющий правовые, организационные и экономические основы охраны здоровья граждан, полномочия и ответственность органов государственной власти и органов местного самоуправления в сфере охраны здоровья, а также права и обязанности различных субъектов отношений в сфере охраны здоровья.

В действовавших ранее (до 2012 г.) Основах законодательства РФ об охране здоровья граждан 1993 г. использовались такие понятия, как «медицинская деятельность», «медицинское вмешательство», «медицинская помощь», «медицинская услуга», не имевшие тогда точного определения. Этот пробел был восполнен в дефинитивных нормах ст. 2 Закона № 323-ФЗ.

Между тем, как справедливо отмечает Т.Я. Хабриева, Закон № 323-ФЗ так и не смог в полной мере заменить ранее действовавшие Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан, «которые координировали, направляли и подчиняли себе нормы, касавшиеся того же предмета регулирования, но содержащиеся в других нормативных правовых актах»¹².

Еще более критичен в своих оценках А.В. Тихомиров, полагающий, что Закон № 323-ФЗ «не только не улучшил, но в значительной мере ухудшил состояние правового регулирования отрасли, подчинив ее ведомственному диктату» и «в силу многочисленных отсылок к полномочиям отраслевого ведомства, по существу, оформил приоритет бюрократического усмотрения не только над нормами права, и не только этого

закона, а и конституирующих гражданский оборот актов общего законодательства, но и над гражданскими правами и свободами участников этого оборота в отрасли»¹³.

По мнению А.В. Тихомирова, Законом № 323-ФЗ «ведомству предоставляются юридические инструменты административной субординации гражданско-правовых институтов в сфере охраны здоровья»¹⁴. При этом Закон «подчиняет сферу охраны здоровья приоритетам здравоохранения, смешивая деятельность публичных структур с медицинской деятельностью субъектов частного права»¹⁵.

Очевидно, что путем такого «смешивания» элементов публичного и частного права закрепляется выраженное доминирование административных регуляторов медицинской деятельности, устанавливается режим ее централизованного администрирования и жесткого нормирования через положения о порядках и стандартах оказания медицинской помощи, о контроле качества и безопасности медицинской деятельности и др.

Необходимо отметить, что правовые нормы, так или иначе регулирующие отношения в медицине, содержатся не только в Конституции РФ и Законе № 323-ФЗ, но также в кодифицированных законодательных актах (ГК РФ, ТК РФ, КоАП РФ, УК РФ) и ряде других федеральных законов. Между тем, весьма большое регулирующее воздействие на эти отношения оказывают подзаконные нормативные акты, среди которых наибольший удельный вес занимают приказы Минздрава России.

В настоящее время согласно ст. 37 Закона № 323-ФЗ медицинская по-

¹² Хабриева Т.Я. Основные векторы и проблемы развития социального законодательства // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 9.

¹³ Тихомиров А.В. Законодательная реформа здравоохранения: обсуждение и выводы // Главный врач: хозяйство и право. 2012. № 2. С. 40.

¹⁴ Там же. С. 42.

¹⁵ Там же. С. 43.

мощь должна организовываться и оказывается в соответствии с порядками оказания медицинской помощи, которые обязательны для исполнения на территории России всеми медицинскими организациями, а также на основе стандартов медицинской помощи (за исключением медицинской помощи, оказываемой в рамках клинической апробации). Эти порядки и стандарты, являющиеся по существу нормативно-техническими документами, утверждаются Минздравом России и обладают большим потенциалом регулирующего воздействия на содержание прав и обязанностей субъектов медицинских правоотношений. На данный момент утверждено уже около 60 порядков оказания медицинской помощи и более 900 стандартов медицинской помощи.

Поскольку согласно п. «ж» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ координация вопросов здравоохранения находится в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов, в регионах издаются соответствующие нормативные правовые акты по вопросам охраны здоровья, например постановления губернатора Санкт-Петербурга от 25 октября 2013 г. № 61-пг «Об утверждении Административного регламента предоставления Комитетом по здравоохранению государственной услуги “Осуществление лицензирования медицинской деятельности медицинских организаций (за исключением медицинских организаций, подведомственных федеральным органам исполнительной власти)”» или приказ Департамента здравоохранения г. Москвы от 31 августа 2012 г. № 946 «О дальнейшем совершенствовании организации оказания трансплантологической помощи в городе Москве».

В массиве нормативной правовой базы, регулирующей отношения в сфере медицины, значительное место занимают локальные правовые акты медицинских организаций,

детализирующие общие правовые нормы и действующие в рамках отдельно взятого юридического лица. Фактически именно локальные акты, как отмечает Н.Ш. Хзанян, «способствуют достижению оптимального баланса между централизованным и децентрализованным управлением»¹⁶. По мнению В.К. Самигуллина, локальный акт, обозначаемый как «нормативный правовой акт», при определенных условиях, даже если он противоречит действующему федеральному или региональному законодательству, может быть признан правовым, следовательно, и источником права¹⁷.

В иерархии локальных актов основным является устав, содержащий сведения о наименовании, организационно-правовой форме, месте нахождения, порядке управления, а также в предусмотренных законом случаях о предмете и цели деятельности организации. Для решения текущих управленческих задач локальные акты обычно издаются в виде приказов, положений, правил, распоряжений, указаний, инструкций. Поскольку в настоящее время нет обязательной унифицированной системы документации для разработки локальных правовых актов, каждая медицинская организация может разрабатывать их самостоятельно.

В правовом регулировании медицинской деятельности особую роль традиционно играют правовые обычаи, которые в России применяются как источник права только в порядке исключения, когда такая возможность прямо предусмотрена законом. При этом содержание самих обычаев в текстах нормативных правовых актов не раскрывается.

¹⁶ Хзанян Н.Ш. Локальные правовые акты медицинских учреждений // Журнал российского права. 2014. № 11. С. 43.

¹⁷ См.: Самигуллин В.К. Локальное нормативное правовое регулирование: состояние и перспективы // Журнал российского права. 2016. № 4. С. 20.

Обычаем медицинской практики можно признать исторически сложившееся и широко применяемое в профессиональной медицине правило поведения при осуществлении тех или иных медицинских вмешательств. Медицинские обычаи могут закрепляться в письменной форме (в специальной медицинской литературе, в документах медицинских организаций), а также в виде традиций, не имеющих документального закрепления.

Наряду с обычаями медицинской практики среди источников правового регулирования медицинской деятельности в специальной литературе упоминается медицинский прецедент, которым признается случай в медицинской практике, ставший образцом поведения в аналогичных ситуациях. По мнению В.А. Лаптева, иногда «данные источники права являются более “существенным” регулятором данных отношений для правильного и справедливого регулирования медицинской деятельности, нежели нормативные правовые акты», поскольку «только они позволяют сделать вывод о “врачебной ошибке”, “профессиональном преступлении”, а также установить иные обстоятельства, не вписывающиеся в понимание существующих нормативных правовых актов»¹⁸.

Сегодня в России принято немало правовых актов, предназначенных регулировать отношения в медицине, но проблема заключается в том, что они зачастую неэффективно работают. Одной из причин этой ситуации является то, что современное российское законодательство об охране здоровья граждан, несмотря на довольно интенсивное обновление в последние годы, все еще остается пробельным и нуждается в дальнейшем совершенствовании.

Для оперативного преодоления пробелов в процессе правоприменения можно использовать институт

правовой аналогии. Как известно, различают два вида правовой аналогии (два способа преодоления пробелов): аналогию закона и аналогию права¹⁹. Об аналогии закона говорят, когда к неурегулированному отношению применяется законодательная норма, регулирующая сходные отношения. В свою очередь аналогия права имеет место, когда при отсутствии нормы закона, регулирующей сходные отношения, к неурегулированному конкретному нормой отношению применяются общие начала и смысл законодательства.

По точному выражению А.А. Белкина, «аналогия в праве — это вообще искусство в том смысле, что она подразумевает выход мышления за рамки стандартизированного применения норм»²⁰. При этом алгоритм разрешения дела исходя из общих начал законодательства (аналогия права) существенно отличается от алгоритма применения норм права по аналогии (аналогия закона). В.В. Лазарев отмечает: «При аналогии права “общие начала и смысл законодательства” подлежат конкретизации через общие или специальные принципы. В случае если такие принципы не выражены в законодательстве *expressis verbis*, они выводятся с соблюдением логических правил дедукции»²¹.

Для преодоления пробелов российского законодательства об охране здоровья граждан, при отсутствии норм закона, регулирующих сходные отношения, важное значение имеют основополагающие морально-этические принципы медицинской профессии. В связи с этим представляет интерес зарубежный опыт. Так, во Франции законодательно на всех врачей возложена обязанность соблюдать Кодекс медицинской этики (деонтологии)

¹⁹ См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.

²⁰ Белкин А.А. Аналогия в государственном праве // Правоведение. 1992. № 6. С. 18.

²¹ Лазарев В.В. Указ. соч. С. 175.

¹⁸ Лаптев В.А. Указ. соч. С. 18.

(Code de déontologie médicale), который является составной частью Кодекса общественного здравоохранения (Code de la Santé Publique)²².

По мнению И.Г. Галь, морально-этические нормы служат «для определения разумного баланса прав и обязанностей участников обязательства по оказанию медицинской услуги с учетом ее лично-доверительного характера», при этом «факт закрепления текста клятвы врача свидетельствует о возможности ее применения в юридической практике, в частности для обоснования ответственности исполнителя при нанесении вреда вследствие упущения или иных ошибок в лечении пациента»²³.

В связи с этим особую актуальность приобретают слова из текста Клятвы врача, закрепленной в ст. 71 Закона № 323-ФЗ: «быть всегда готовым оказать медицинскую помощь» и «внимательно и заботливо относиться к пациенту, действовать исключительно в его интересах». Не-

²² URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665> (дата обращения: 05.10.2018).

²³ Галь И.Г. Обязательство по оказанию медицинской услуги: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 16—17.

смотря на то что этические нормы этой клятвы содержат только моральные обязательства, они могут служить критерием для объективной оценки выполнения врачом профессиональных обязанностей.

Как отмечает Н.В. Путило, «симбиоз права и этики в медицинской деятельности настолько очевиден, что ...медицинскому работнику весьма сложно провести классификацию норм, под воздействием которых он подпадает, однако это не аргумент для того, чтобы границы между правом и иными регуляторами были размыты или не признавались вовсе»²⁴.

Соглашаясь с данным тезисом, вместе с тем следует заметить, что факт закрепления этических норм врачебной профессии в законе может служить определенным аргументом в пользу признания медицинской деятельности не обычным коммерческим предпринимательством, направленным на извлечение прибыли, а особым видом социально значимой профессиональной деятельности, которая обеспечивает конституционное право граждан на охрану здоровья и медицинскую помощь и поэтому нуждается в специальном правовом регулировании.

²⁴ Путило Н.В. Указ. соч. С. 45.

Библиографический список

- Белкин А.А. Аналогия в государственном праве // Правоведение. 1992. № 6.
- Большой энциклопедический словарь. URL: <https://www.vedu.ru/bigencdic/37588/> (дата обращения: 05.10.2018).
- Братановский С.Н. Административное право. Особенная часть: учебник. М., 2013.
- Галь И.Г. Обязательство по оказанию медицинской услуги: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014.
- Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974.
- Лаптев В.А. Медицинская деятельность: правовая природа и источники правового регулирования // Медицинское право. 2013. № 3.
- Мелихов А.В., Мохов А.А. Деятельность по оказанию медицинских услуг — разновидность деятельности предпринимательской // Медицинское право. 2006. № 2.
- Мнацаканян А.С. Юридическая оценка медицинской деятельности в структуре гражданско-правовой ответственности // Общество и право. 2008. № 1.
- Мохов А.А. Медицинская деятельность — вид социального предпринимательства // Медицинское право. 2016. № 1.
- Помазкова С.И. О значении соотношения понятий «медицинская помощь» и «медицинская услуга» для реализации права граждан на охрану здоровья // Юридический мир. 2012. № 11.

Путило Н.В. Законодательство Российской Федерации об охране здоровья граждан: на пороге перемен // Журнал российского права. 2010. № 10.

Самигуллин В.К. Локальное нормативное правовое регулирование: состояние и перспективы // Журнал российского права. 2016. № 4.

Тихомиров А.В. Законодательная реформа здравоохранения: обсуждение и выводы // Главный врач: хозяйство и право. 2012. № 2.

Тихомиров А.В. Обязательственная организация медицинской деятельности // Главный врач: хозяйство и право. 2012. № 4.

Хабриева Т.Я. Основные векторы и проблемы развития социального законодательства // Журнал российского права. 2014. № 8.

Хзаян Н.Ш. Локальные правовые акты медицинских учреждений // Журнал российского права. 2014. № 11.

References

- Belkin A.A. Analogy in Public Law. *Pravovedenie*, 1992, no. 6, pp. 13—24. (In Russ.)
- Big Encyclopedic Dictionary. (In Russ.). Available at: <https://www.vedu.ru/bigencdic/37588/> (accessed 05.10.2018).
- Bratanovskiy S.N. Administrative Law. Special part. Moscow, 2013. 503 p. (In Russ.)
- Gal I.G. Obligation to provide medical service. Cand. diss. Moscow, 2014. 24 p. (In Russ.)
- Khabrieva T.Y. Main Vectors and Problems of Development of Social Legislation. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2014, no. 8, pp. 5—15. (In Russ.)
- Khzyanyan N.Sh. Local Legal Acts of Medical Institutions. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2014, no. 11, pp. 41—50. (In Russ.)
- Laptev V.A. Medical activity: legal nature and sources of legal regulation. *Meditinskoe pravo*, 2013, no. 3, pp. 15—18. (In Russ.)
- Lazarev V.V. Gaps in the Law and Ways to Eliminate Them. Moscow, 1974. 184 p. (In Russ.)
- Melikhov A.V., Mokhov A.A. Activities for the provision of medical services — a kind of entrepreneurial activity. *Meditinskoe pravo*, 2006, no. 2, pp. 27—33. (In Russ.)
- Mnatsakanyan A.S. Legal Evaluation of Medical Activity in the Structure of Civil Liability. *Obshchestvo i pravo*, 2008, no. 1, pp. 111—113. (In Russ.)
- Mokhov A.A. Medical Activities as a Kind of Social Entrepreneurship. *Meditinskoe pravo*, 2016, no. 1, pp. 6—10. (In Russ.)
- Pomazkova S.I. On the Significance of the Relationship between the Concepts of “Medical Care” and “Medical Services” for the Realization of the Rights of Citizens to Health Protection. *Yuridicheskiy mir*, 2012, no. 11, pp. 35—38. (In Russ.)
- Putilo N.V. Legislation of the Russian Federation on Health Protection of Citizens: on the Threshold of Change. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2010, no. 10, pp. 36—45. (In Russ.)
- Samigullin V.K. Local Normative Legal Regulation: Status and Perspectives. *Zhurnal rossijskogo prava = Journal of Russian Law*, 2016, no. 4, pp. 15—24. (In Russ.)
- Tikhomirov A.V. Legislative Reform of Health Care: Discussion and Conclusions. *Glavnyy vrach: khozyaystvo i pravo*, 2012, no. 2, pp. 40—48. (In Russ.)
- Tikhomirov A.V. Mandatory Organization of Medical Activities. *Glavnyy vrach: khozyaystvo i pravo*, 2012, no. 4, pp. 28—52. (In Russ.)
-