

Тихомиров А.В. Недостаточность специального законодательства в сфере охраны здоровья граждан //Главный врач: хозяйство и право. – 2010. – № 2. - С.27-35.

1. ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СФЕРЕ ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ.

Почти два десятилетия прошло с того момента, когда другой стала страна, изменилась правовая доктрина, возникла рыночная экономика. Однако социальная сфера в целом и здравоохранение в частности остались социалистическим анклавом в капиталистическом окружении новых реалий.

Основы законодательства об охране здоровья граждан¹ от 22 июля 1993 г. в существующем виде появились на полгода ранее действующей Конституции РФ (12 декабря 1993 года), затем многократно подвергались изменениям, но так и не стали «законом жизни» отрасли.

Причин тому много, но основные – это несоответствие специального законодательства действующему общему законодательству, требованиям к правовому закону и фактической товарной организации отрасли.

1. Несоответствие специального законодательства действующему общему законодательству.

1.1. Основы не дифференцируют сферу действия *публичного* и *частного* права в здравоохранении. Границей между ними является форма результата деятельности соответствующих субъектов – нетоварная в сфере действия публичного права и товарная в сфере действия частного права. Разделяя системы здравоохранения (ст.ст.12, 13, 14), Основы объединяют в государственной и муниципальной системах соответственно государственные и муниципальные органы управления здравоохранением и государственные и муниципальные учреждения здравоохранения вместо того, чтобы отделить государственные и муниципальные органы управления здравоохранением от субъектов практического здравоохранения – равно государственных и муниципальных учреждений здравоохранения и частных медицинских организаций.

Государство в Основых выступает исключительно в *публичном* качестве власти, а не в качестве участника *гражданско-правовых* отношений на равных началах с гражданами и юридическими лицами (п.1 ст.124 ГК), являясь плательщиком в пользу граждан (ст.430 ГК).

1.2. Основы отдают предпочтение *публичному* праву перед *частным* в сфере охраны здоровья граждан. Рассматривая компетенцию в области охраны здоровья граждан Российской Федерации, республик в составе Российской Федерации, автономной области, автономных округов, краев, областей, городов Москвы, Санкт-Петербурга и органов местного самоуправления (раздел II), организацию охраны здоровья граждан в Российской Федерации (раздел III) Основы выражают через полномочия высших органов государственной власти и управления Российской Федерации в области охраны здоровья граждан; финансирование охраны

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. - 1993. - N 33. - Ст. 1318.

здоровья граждан; санитарно-эпидемиологическое благополучие населения; системообразование здравоохранения; лицензирование медицинской и фармацевтической деятельности и комитеты (комиссии) по вопросам этики в области охраны здоровья граждан.

1.3. Основы не соответствуют действующему гражданскому законодательству и не развивают его действие применительно к специфике сферы охраны здоровья граждан.

1.3.1. Основы перечисляют **права** отдельных групп населения в области охраны здоровья (раздел V), права граждан при оказании медико-социальной помощи (раздел VI), а также права медицинских и фармацевтических работников (раздел X), но не приводят корреспондирующие им **обязанности**, круг обязанных и механизм реализации правомочий.

1.3.2. Основы установили, что право на занятие медицинской и фармацевтической деятельностью Российской Федерации имеют лица, получившие высшее или среднее медицинское и фармацевтическое образование в Российской Федерации, имеющие диплом и специальное звание, а также сертификат специалиста и **лицензию** на осуществление медицинской или фармацевтической деятельности (ст.54), тем самым привязывая наличие лицензии на осуществление медицинской деятельности к положению профессионала, а не хозяйствующего субъекта, притом что (п.1 ст.49 ГК) отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законом, юридическое лицо может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии), как и гражданин, осуществляющий без образования юридического лица предпринимательскую деятельность, к которой соответственно применяются правила Гражданского кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения (п.3 ст.23 ГК).

1.3.3. Товарообмен, т.е. предоставление услуг за плату, в Основах не представлен. Единичные ссылки в отношении услуг имеются только применительно к вопросам:

- сертификации (п/п.12 ст.5);
- права граждан на информацию о продукции, работах, услугах, их соответствии санитарным нормам и правилам, которая «предоставляется местной администрацией через средства массовой информации или непосредственно гражданам по их запросам в порядке, устанавливаемом Правительством Российской Федерации» (ст.19);
- права граждан на дополнительные медицинские и иные услуги на основе программ добровольного медицинского страхования, а также за счет средств предприятий, учреждений и организаций, своих личных средств и иных источников, не запрещенных законодательством Российской Федерации (ст.20);
- права пациента при обращении за медицинской помощью на получение медицинских и иных услуг в рамках программ добровольного медицинского страхования (п/п.10 ст.30);

- тарифов «на медицинские услуги в системе обязательного медицинского страхования и деятельности фондов обязательного медицинского страхования», в соглашениях по которым принимают участие «профессиональные медицинские и фармацевтические ассоциации» (п/п.3 ст.62).

Оказание медицинских услуг признается Основами прерогативой медицинских работников «вне учреждений государственной и муниципальной систем здравоохранения за счет личных средств граждан или за счет средств предприятий, учреждений и организаций, в том числе страховых медицинских организаций, в соответствии с заключенными договорами» в порядке частной медицинской практики (ст.56).

1.3.4. Обязательственная организация гражданского оборота в сфере охраны здоровья граждан Основами не раскрыта.

Упоминание о договорах Основы допускают только применительно к договорам «обязательного и добровольного медицинского страхования» (ст.30), «со страховыми медицинскими организациями» (ст.38), лишь частной медицинской практике позволяя действовать в соответствии просто «с заключенными договорами» (ст.56), в то время как граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе; они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора (п.2 ст.1 ГК).

Несмотря на то, что ответственности за причинение вреда здоровью граждан посвящен отдельный раздел Основ (XII), в нем никак не детализируются правила о внедоговорных (деликтных) обязательствах, возникающих при осуществлении деятельности, предметом которой является не случайное причинение повреждений, а целенаправленное профессиональное воздействие на здоровье. Нормы об основаниях возмещения вреда, причиненного здоровью граждан, и об ответственности медицинских и фармацевтических работников за нарушение прав граждан в области охраны здоровья отсылают к положениям общего законодательства Российской Федерации. Оставшиеся – такие же бланкетные – нормы (возмещение затрат на оказание медицинской помощи гражданам, потерпевшим от противоправных действий; право граждан на обжалование действий государственных органов и должностных лиц, ущемляющих права и свободы граждан в области охраны здоровья) к медицинской деятельности не относятся.

1.3.5. К частной системе здравоохранения Основы относят лечебно-профилактические и аптечные **учреждения**, имущество которых находится в частной собственности, а также лица, занимающиеся частной медицинской практикой и частной фармацевтической деятельностью, притом что учреждением называются основанные на несовременном имуществе организации (ст.120 ГК), организационно-правовая форма которых частной медициной категорически не используется (за исключением бывших ведомственных медицинских подразделений акционированных предприятий

естественных монополий), а отнесение к числу которых юридических лиц других форм не является правомерным.

2. Несоответствие специального законодательства требованиям к правовому закону – Основы не содержат надлежащей формальной определенности положений.

2.1. Основы установили, что **сертификат специалиста** выдается на основании послевузовского профессионального образования (аспирантура, ординатура), или дополнительного образования (повышение квалификации, специализация), или проверочного испытания, проводимого комиссиями профессиональных медицинских и фармацевтических ассоциаций, по теории и практике избранной специальности, вопросам законодательства в области охраны здоровья граждан (ст.54), притом что правовое значение названного документа в законе не установлено. Законодательству об образовании такой вид документа неизвестен.

2.2. К ведению Российской Федерации и республик в составе Российской Федерации в вопросах охраны здоровья граждан относятся выдача разрешений на применение **новых** медицинских технологий (п/п. 12 ст.5, п/п. 12 ст.6), использование **сложных** медицинских технологий (ст.40), притом что в практике здравоохранения используются методы профилактики, диагностики, лечения, **медицинские технологии**, лекарственные средства, иммунобиологические препараты и дезинфекционные средства, разрешенные к применению в установленном законом порядке (ст.43). Эти понятия никак не раскрыты Основами, в связи с чем, что признавать медицинскими технологиями, какие относить к числу сложных, только ли новые подлежат разрешению и каковы признаки новизны и т.д., не ясно.

2.3. Основы ввели правовую категорию **независимой** экспертизы, которая признается таковой, если производящие ее эксперт либо члены комиссии не находятся в служебной или иной зависимости от учреждения или комиссии, производивших медицинскую экспертизу, а также от органов, учреждений, должностных лиц и граждан, заинтересованных в результатах такой экспертизы (ст.53). Значит ли это, что остальные виды экспертиз – временной нетрудоспособности (ст.49), медико-социальную (ст.50), военно-врачебную (ст.51), судебно-медицинскую и судебно-психиатрическую (ст.52) – Основы относят к числу зависимых (и в этом случае, почему они все-таки допускаются к производству), не ясно.

3. Несоответствие специального законодательства фактической товарной организации отрасли.

3.1. Основы отдают предпочтение ведомственной перед товарной организацией отрасли: при заболевании, утрате трудоспособности и в иных случаях граждане имеют право на бесплатную медицинскую помощь в государственной и муниципальной системах здравоохранения в соответствии с законодательством Российской Федерации, республик в составе Российской Федерации и правовыми актами автономной области, автономных округов, краев, областей, городов Москвы и Санкт-Петербурга. Гарантированный объем бесплатной медицинской помощи предоставляется гражданам в

соответствии с программами государственных гарантий оказания гражданам Российской Федерации бесплатной медицинской помощи (ст.20). То обстоятельство, что бесплатная для граждан в рамках государственных гарантий медицинская помощь оплачивается государством за счет налоговых поступлений, в том числе от тех же граждан, Основы не упоминают.

3.2. Основы порождают теневой товарообмен, сосредоточиваясь на фигуре врача (лечащего врача – ст.58, семейного врача – ст.59) и опуская правовую категорию хозяйствующего субъекта.

3.3. Существование и организация рынка в сфере охраны здоровья Основами обойдены молчанием.

Таким образом, Основы законодательства об охране здоровья граждан не соответствуют существующим в стране политическим, экономическим и правовым реалиям и нуждаются в радикальной переработке и приведении в соответствие с правилами товарной организации общества и отражении в них действительной специфики медицины.

2. ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ РЫНКА МЕДИЦИНСКИХ УСЛУГ.

В существующем виде рынок медицинских услуг, специфика продукции которого чрезвычайно значима для общества, регулируется по правилам общего, но не специального законодательства. Основы не содержат тех положений, потребность в которых испытывает товарообмен в отрасли, и, наоборот, содержат те, которые противоречат общему законодательству и (или) характеру товарных отношений в отраслевом обороте.

Особенностью этих отношений в социальной сфере является то, что на стороне заказчика представлены не совпадающие, как правило, в одном лице получатель и плательщик за услуги. Такие отношения оформляются договором в пользу третьего лица (ст.430 ГК). Получателем медицинских услуг всегда является физическое лицо, гражданин. Плательщиком в пользу граждан может быть государство, в том числе в отношениях социального (обязательного медицинского) страхования, работодатель, благотворительная организация и т.д.

Другой особенностью отраслевого хозяйственного оборота является то, что на стороне исполнителя медицинских услуг всегда выступает корпоративный (юридическое лицо) или некорпоративный (предприниматель без образования юридического лица) хозяйствующий субъект, имеющий лицензию на осуществление медицинской деятельности. Отсюда значение профессиональной составляющей правового положения хозяйствующего субъекта в отраслевом обороте в сфере охраны здоровья граждан чрезвычайно значимо.

Следующей особенностью этого оборота является продукт медицинской деятельности, объект обращения – медицинская услуга. Во-первых, услуга – это товар особого рода, не имеющий материального воплощения и результата. Во-вторых, медицинская услуга в части медицинской помощи подчинена требованиям профессии (а не юридическим установлениям). В-

третьих, в отличие от любой другой, допускающей случайное причинение вреда здоровью, медицинская деятельность состоит в целенаправленном воздействии на здоровье, польза или вред которого определяется мерой бережно предотвращенного вреда от развития патологии.

Еще одной особенностью отраслевого оборота в сфере охраны здоровья граждан в этой связи является разрешительный режим допуска в оборот расходных средств (например, лекарственных) и средств производства (оборудования, аппаратуры, а нередко и инструментария), используемых при оказании медицинских услуг.

Наконец, особенностью гражданского оборота в социальной сфере в целом наряду с рынком является наличие квази-рынка. Квази-рынки известны не только в странах постсоветского пространства, однако только для последних характерно отсутствие товарообмена из-за того, что и отчуждатель, и приобретатель представлены одной и той же собственностью: государству и принадлежат учреждения здравоохранения, и оно же им платит за оказанные гражданам медицинские услуги.

Таким образом, отраслевой оборот в сфере охраны здоровья обладает значимыми особенностями, которые не могут остаться незамеченными и должны быть учтены регулирующим его специальным законодательным актом.

Отраслевой оборот в сфере охраны здоровья нуждается в создании регулятивного режима, охватывающего равно профессионально-медицинский и экономический аспекты организации фактической деятельности в этом обороте в условиях ясной дифференциации и формально-определенного раскрытия используемых в ней понятий, что может быть установлено только средствами права.

В этой связи, очевидно, можно выделить, во-первых, организационно-медицинский режим регулирования отраслевого оборота в сфере охраны здоровья. Действительно, поскольку медицинская помощь оказывается по правилам медицинской профессии, а не права, постольку требуется правовыми средствами оформить организацию ее оказания не в противоречии с этими правилами в их наиболее общем виде в интересах граждан-пациентов.

Во-вторых, можно выделить организационно-юридический режим регулирования отраслевого оборота в сфере охраны здоровья. Поскольку право оформляет соответствующие общественные отношения, необходимо установить кто, что, как, при каких условиях и с какими последствиями осуществляет в отношении здоровья граждан в отраслевом экономическом обороте.

В-третьих, можно выделить организационно-экономический режим регулирования отраслевого оборота в сфере охраны здоровья. Поскольку такой оборот нуждается в упорядочении, в том числе на условиях самоорганизации, требуется правовыми средствами так позиционировать интересы его участников, чтобы это обеспечило его эффективное функционирование и развитие.

Функционал каждого режима регулирования расширяется за счет внутреннего структурирования правовых потребностей:

1. Организационно-медицинский режим регулирования отраслевого оборота в сфере охраны здоровья:

- режим профессиональной состоятельности, пригодности к медицинской деятельности. Действительно, немаловажно, кто может осуществлять профессиональную медицинскую деятельность, на каких основаниях и при каких условиях;

- режим доступа к медицинской помощи. Требуется определить, как, куда, к кому и на каких основаниях пациент вправе обращаться за медицинской помощью (исключая экономические аспекты), чтобы никто не столкнулся с невозможностью ее получить по состоянию здоровья;

- режим преемственности медицинской помощи. Поскольку существует амбулаторная и стационарная медицинская помощь, помощь первичная и высокоспециализированная и т.д., необходимо предусмотреть, какой путь вправе пройти пациент в технологической последовательности этапов медицинской эвакуации в соответствии с объективными потребностями состояния здоровья;

- режим профессиональной оценки медицинской помощи. Поскольку медицинская помощь предпринимается во благо, но может оказаться во вред здоровью пациента, необходим механизм оценки корректности ее оказания, доступный для формулирования правоприменительных вводов судом. Существующий механизм судебно-медицинской экспертизы требует своего развития и совершенствования;

- режим медицинской коллегиальности. Медицинское сообщество обладает возможностями достижения и поддержания высокого уровня профессиональных требований к своим членам, и механизм реализации этих возможностей нуждается в законодательном закреплении.

2. Организационно-юридический режим регулирования отраслевого оборота в сфере охраны здоровья:

- режим идентификации субъекта медицинской деятельности: кто осуществляет медицинскую деятельность, получает на ее осуществление лицензию, извлекает от ее осуществления доходы и несет связанные с ее осуществлением хозяйственные риски, риск гражданской ответственности по которым вправе застраховать и т.д.;

- режим идентификации объекта медицинской деятельности: каким товаром является медицинская услуга, как она соотносится с медицинской помощью, как на ней сказываются медико-технологические аспекты (диагностика, лечение, профилактика) профессиональной деятельности, как она определяется, измеряется и оценивается, какую ценность для потребителя представляет и как эта ценность устанавливается и пр.;

- договорный режим: договор как модель (основание) правоотношения и факт исполнения обязательств, а также как акт оформления правоотношения в связи с оказанием услуг по поводу здоровья граждан; соотношение договора и медицинской документации; соотношение договора об оплате медицинских

услуг и добровольного информированного согласия о мере воздействия на здоровье; соразмерность цены медицинской услуги и ценности для ее потребителя; границы договорных и внедоговорных обязательств, а также границы гражданско-правовых и административных оснований оказания медицинской помощи, различия ее оказания в порядке медицинских услуг и в порядке действий в чужом интересе без поручения и т.д.;

- компенсаторно-платежный режим. Поскольку плательщик на стороне заказчика может быть представлен отдельно, постольку может быть обособлен договор об оплате медицинских услуг, нуждающийся в соответствующей законодательной детализации. Поскольку плательщиком в пользу граждан выступает, помимо остальных, и государство, постольку ему безразлична цена медицинских услуг при оплате их из казны, и мера себестоимости в ценообразовании, а отсюда – механизмы влияния на себестоимость, в том числе через налоговые послабления и различные компенсации и т.п.;

- информационно-коммуникационный режим. Это вопросы личной, врачебной и коммерческой тайны и оборота информации, различения оборотной и необоротной информации, накопления, передачи и использования сведений о здоровье граждан, предоставления информации правообладателю и третьим лицам и пр.;

- режим деликтной ответственности. В условиях, когда целенаправленным воздействием на здоровье предотвращается вред от патологии, должно быть ясно установлено, что – во благо, а что – не во благо, а также чем ответственность за причинение вреда при оказании медицинских услуг отличается от ответственности причинения вреда иными деяниями, что можно квалифицировать как вредообразующее посягательство (действие или бездействие), каковы составы деликта при оказании медицинских услуг и т.д.;

- разрешительный режим безопасности (допуска субъектов и объектов в отраслевой оборот) – это вопросы публичных требований к товаропроизводителям и их продукции, предупреждающие причинение вреда потребителям.

3. Организационно-экономический режим регулирования отраслевого оборота в сфере охраны здоровья. Как известно, Президентом РФ Д.А.Медведевым была продекларирована парадигма четырех «И»: инфраструктура, институты, инновации, инвестиции. Применительно к объявленной им идее модернизации эта парадигма в социальной сфере может заработать в том случае, если будет дополнена главным – социальной ценностью профессии людей, своей деятельностью прямо создающих социальный результат (а не косвенно, опосредованно – через налоги). Таким образом, в правовом регулировании организации экономики отрасли можно выделить:

- социально-ценностный режим. Это те гарантии государства носителям медицинской профессии, которые вне зависимости от обстоятельств обеспечивают в порядке социальной оценки получение ими доходов, достаточных для ведения достойного образа жизни;

- инфраструктурный режим как стимулирование формирования в отраслевом обороте на условиях аутсорсинга удовлетворяющего его потребности обеспечительного бизнеса;

- институциональный режим как способ закрепления корректного позиционирования участников оборота по однородности интересов в соответствующей форме организации социальной жизни, обеспечивающей устойчивость связей и отношений в рамках общества;

- инновационный режим через создание действенных стимулов для разработки новых медицинских технических и технологических новинок, улучшающих, облегчающих, ускоряющих и удешевляющих лечебно-диагностический процесс;

- инвестиционный режим как создание модели привлекательного для вложения капиталов климата, в том числе через образование венчурных предприятий, для стимулирования развития науки и внедрения создаваемых разработок в практику товарообмена в отрасли.

Таким образом, законодательные проблемы регулирования рынка медицинских услуг достаточно обширны, не охватываются и не ограничиваются тем режимом, который создан действующими Основами законодательства об охране здоровья граждан. В связи с этим необходима разработка нового специального закона либо существенная переработка Основ.

3. ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СПЕЦИАЛЬНЫМ ЗАКОНОМ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ ГРАЖДАН.

Под охраной здоровья граждан Основы понимают совокупность мер политического, экономического, правового, социального, культурного, научного, медицинского, санитарно-гигиенического и противоэпидемического характера, направленных на сохранение и укрепление физического и психического здоровья каждого человека, поддержание его долголетней активной жизни, предоставление ему медицинской помощи в случае утраты здоровья (абз.1 ст.1). Судя по всему, целью Основ является именно охрана здоровья граждан в приведенном понимании.

Основы регулируют отношения граждан, органов государственной власти и управления, хозяйствующих субъектов, субъектов государственной, муниципальной и частной систем здравоохранения в области охраны здоровья граждан (абз.2 ст.3). Иными словами, это отношения, во-первых, регулируемые – в соответствующей части отдельно – нормами публичного и частного права; во-вторых, с участием публичного субъекта (государства и муниципальных образований) в гражданских отношениях; в-третьих, с участием потребителей.

Предмет правового регулирования уточняется задачами законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан (ст.4 Основ):

- 1) определение ответственности и компетенции Российской Федерации, республик в составе Российской Федерации, автономной области,

автономных округов, краев, областей, городов Москвы и Санкт-Петербурга по вопросам охраны здоровья граждан в соответствии с Федеративным договором, а также определение ответственности и компетенции органов местного самоуправления по вопросам охраны здоровья граждан;

2) правовое регулирование в области охраны здоровья граждан деятельности предприятий, учреждений и организаций независимо от формы собственности, а также государственной, муниципальной и частной систем здравоохранения;

3) определение прав граждан, отдельных групп населения в области охраны здоровья и установление гарантий их соблюдения;

4) определение профессиональных прав, обязанностей и ответственности медицинских и фармацевтических работников, установление гарантий² их социальной защиты.

Иными словами, динамике правоотношений (правовое регулирование деятельности в области охраны здоровья граждан) отводится скромное место наряду с детерминантами статичности правоотношений – компетенции соответствующих публичных субъектов, прав потребителей и их декретированных групп, а также прав субъектов профессиональной (а не хозяйственной, экономической) деятельности в сфере охраны здоровья.

Отвлеченными от указанных задач правового регулирования и, тем более, нуждающимися в раскрытии механизмов реализации являются основные принципы охраны здоровья граждан (ст.2 Основ):

1) соблюдение прав человека и гражданина в области охраны здоровья и обеспечение связанных с этими правами государственных гарантий;

2) приоритет профилактических мер в области охраны здоровья граждан;

3) доступность медико-социальной помощи;

4) социальная защищенность граждан в случае утраты здоровья;

5) ответственность органов государственной власти и управления, предприятий, учреждений и организаций независимо от формы собственности, должностных лиц за обеспечение прав граждан в области охраны здоровья.

Вместо определения и выделения места специального законодательства в сфере охраны здоровья в общем массиве актов правового регулирования Основы установили, что законодательство Российской Федерации об охране здоровья граждан состоит из соответствующих положений Конституции Российской Федерации и Конституций республик в составе Российской Федерации, настоящих Основ и принимаемых в соответствии с ними других законодательных актов Российской Федерации и республик в составе Российской Федерации, а также правовых актов автономной области, автономных округов, краев, областей, городов Москвы и Санкт-Петербурга

² Тема гарантий предваряется установлением, что государство гарантирует охрану здоровья каждого человека в соответствии с Конституцией Российской Федерации и иными законодательными актами Российской Федерации, Конституциями и иными законодательными актами республик в составе Российской Федерации, общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами Российской Федерации (абз.2 ст.1 Основ).

(абз.1 ст.3 Основ). При этом законодательные акты республик в составе Российской Федерации, правовые акты автономной области, автономных округов, краев, областей, городов Москвы и Санкт-Петербурга не должны ограничивать права граждан в области охраны здоровья, установленные Основами (абз.3 ст.3 Основ), по поводу чего Конституцией, а позже и Гражданским кодексом, дано более точное установление: гражданские права могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (п.3 ст.55 Конституции РФ, п.2 ст.1 ГК РФ).

Надо отдельно отметить, что Основы вступили в действие за полгода до принятия нынешней Конституции³, будучи перестроечно-искаженным отражением прежней организации здравоохранения. Впоследствии многократно подвергшиеся изменениям, они до настоящего времени сохранили несоответствие окружающим реалиям.

Таким образом, в целом видно, что Основы:

- сохраняют незыблемость советской организации здравоохранения в современных политических, экономических и правовых условиях;
- рассматривают сферу охраны здоровья через призму подвластности;
- не дифференцируют в этой связи различий ни между публичной и частной сферами в здравоохранении, ни между институтами оказания медицинской помощи и ее оплаты, ни между политической и платежной ролью государства в сфере охраны здоровья и т.п.

Возникает вопрос, какие отношения должны охватываться регулированием нормами специального закона в сфере охраны здоровья граждан.

Очевидно, что предметом регулирования специальным законом являются отношения, складывающиеся между их участниками по поводу целенаправленного профессионального воздействия на здоровье граждан с целью поддержания и улучшения его состояния.

Здравоохранение может заниматься только тем, что ему доступно – через оказание медицинской помощи. Экологическая, экономическая и социальная обстановка в стране для здравоохранения недоступна, поэтому это – не вопросы здравоохранения.

Функциями Министерства здравоохранения и социального развития могут быть формирование здорового образа жизни, профилактика и т.д., но это тоже не функции здравоохранения. Функции Минздравсоцразвития определяются соответствующим Положением о его компетенции, функции здравоохранения в стране – специальным законом.

Здоровье поддерживается и улучшается не мерами политического, экономического, правового, социального, культурного, научного, медицинского, санитарно-гигиенического и противоэпидемического характера, но только практической деятельностью специально обученных

³ кстати, такой вид закона, как Основы, действующая Конституция не предусматривает. Вызывает вопрос также, почему принятые ранее Конституции Основы были признаны в качестве Закона Российской Федерации.

профессионалов, осуществляющих ее в гражданском обороте. Одна часть общества – носители медицинской профессии – в предусмотренных законом границах и соответствующем корпоративном или некорпоративном качестве оказывает медицинскую помощь в товарной оболочке услуг другой части общества – потребителям. Эти услуги оказываются в гражданском обороте, а не в публичной сфере (в механизме государства или муниципальных образований).

Процессы, происходящие в публичной сфере, определяются ролью публичного субъекта в отношении и в отношениях с участниками гражданского оборота в сфере охраны здоровья.

Роль государства в качестве *публичного регулятора* отношений в этой сфере проявляется именно в создании специального закона. И это – не вопрос подзаконного нормотворчества механизма государства и местного самоуправления по уровням компетенции, это вопрос эффективности организации гражданского оборота в сфере охраны здоровья граждан.

Поэтому целями специального закона являются обеспечение единства экономического пространства и свободы экономической деятельности в сфере охраны здоровья, создание условий для эффективного функционирования и развития гражданского оборота в сфере охраны здоровья граждан Российской Федерации.

Вторая роль государства в этих отношениях – проводника социальной политики в качестве *плательщика* в пользу граждан. Никаких других средств ведения социальной политики в гражданском обороте, кроме финансовых, государство не имеет. Иные (административные) обречены на неэффективность постольку, поскольку не соответствуют характеру отношений в гражданском обороте.

Поэтому специальный закон должен определять экономические, правовые и организационные основы социальной политики государства в сфере охраны здоровья и оказания медицинской помощи лицами, осуществляющими медицинскую деятельность, в гражданском обороте.

Размещая средства казны в гражданском обороте, государство оплачивает медицинскую деятельность хозяйствующих субъектов в порядке оказания медицинских услуг гражданам. В части подушевого распределения средств казны в бюджетном процессе – это функция государства в публичном качестве, в части производства оплаты медицинских услуг в гражданском обороте – функция плательщика в пользу граждан. Соответственно, специальный закон должен предусматривать различия и границу действия бюджетного и гражданского права в движении средств казны.

Еще одна роль государства в гражданском обороте в сфере охраны здоровья граждан – фискальная, *налоговая*. Если в реальном секторе экономики товаропроизводители участвуют в достижении социального эффекта опосредованно (через уплату налогов), то в социальной сфере – напрямую, через осуществление соответствующей деятельности, в частности, в здравоохранении – через оказание медицинских услуг. Соответственно, специальный закон должен устанавливать правила налоговых преференций

для хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность в сфере охраны здоровья⁴. Основы лишь распределили соответствующую публичную компетенцию: к ведению Российской Федерации в вопросах охраны здоровья граждан относится определение налоговой политики (в том числе льгот по налогам, сборам и иным платежам в бюджет) в области охраны здоровья граждан (п/п. 5 ст.5), к ведению республик в составе Российской Федерации, автономной области, автономных округов, краев, областей, городов Москвы и Санкт-Петербурга – предоставление льгот по налогам, сборам и иным платежам в бюджет в установленном порядке для предприятий, учреждений и организаций, деятельность которых направлена на охрану здоровья граждан (п/п.6 ст.6, п/п.6 ст.7) – нормы, которые в реалиях не работают. Специальный закон в сфере охраны здоровья граждан должен прямо устанавливать правила налогообложения хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность в такой части социальной сферы, как здравоохранение, и критерии их различения в фискальной политике от тех, которые осуществляют деятельность в реальном секторе экономики.

Следующая роль государства в гражданском обороте в сфере охраны здоровья граждан – **надзорная**. Это функция допуска в гражданский оборот субъектов соответствующей деятельности в соответствии с законодательством о лицензировании. Медицинская деятельность лицензируется в соответствии со специальным Положением, требования и условия которого должны корреспондировать характеру этой деятельности и быть нацелены на нормализацию функционирования и развитие гражданского оборота в сфере охраны здоровья граждан. Во многом интересы государства при осуществлении этой функции сходятся с интересами медицинского сообщества, которые выражают различные медицинские объединения (не профессиональные медицинские ассоциации, как то в противоречии с Гражданским кодексом – ст.121 установили Основы – ст.62). Отсюда надзорная роль государства в значительной мере меняется в зависимости от эффективности развития институтов медицинского сообщества в соответствии с законодательством о саморегулируемых организациях. Специальный закон должен определить механизм общественно-государственного партнерства и распределить задачи государства и медицинского сообщества в осуществлении надзорной функции в гражданском обороте в сфере охраны здоровья граждан.

Наконец, еще одна роль государства в гражданском обороте в сфере охраны здоровья граждан – **разрешительная**. Это функция допуска объектов потенциальной пользы и вреда для потребителей в соответствии с законодательством о техническом регулировании. В отличие от иных используемые в сфере охраны здоровья объекты – равно средства производства медицинских услуг и товары потребительского назначения –

⁴ На конференции "Россия и мир: вызовы нового десятилетия" министр экономического развития Эльвира Набиуллина озвучила намерения правительства освободить от налога на прибыль частные школы и больницы, а также другие организации, которые занимаются бизнесом в сфере здравоохранения и образования - <http://news.tut.by/economics/art159390y.html>.

существуют для целенаправленного воздействия на здоровье. Основы (ст.43) ввели презумпцию запрета на допуск в оборот как необоротных профессиональных технологий (методов профилактики, диагностики, лечения, медицинских технологий), так и товаров медицинского назначения (лекарственных средств, иммунобиологических препаратов и дезинфекционных средств). Если бы установления Основ в части разрешений необоротных профессиональных технологий соблюдались, это привело бы к параличу медицинской деятельности. Очевидно, разрешительный режим в сфере охраны здоровья граждан нуждается в более взвешенном определении специальным законом.

Участие государства в определении правового режима гражданского оборота в сфере охраны здоровья граждан является многообразным и многомерным и не сводится к простому поименованию и перечислению публичных компетенций и частных прав участников оборота.

Напротив, специальный закон в сфере охраны здоровья граждан должен быть освобожден от понятий, не имеющих правового наполнения.

Так, социальные гарантии остаются не более чем декларациями в отсутствие механизмов обеспечения или при ошибке в предмете. К сожалению, в сфере охраны здоровья граждан ошибка в предмете социальных гарантий заложена в конституционной норме: медицинская помощь в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения оказывается за счет средств соответствующего бюджета, страховых взносов, других поступлений (п.1 ст.41 Конституции РФ). В действительности бесплатная для граждан медицинская помощь оплачивается за счет средств государственной казны, а не оказывается в медицинских организациях публичной принадлежности. Это подтверждается, в частности, тем, что к оказанию бесплатной для граждан медицинской помощи за счет средств государственных внебюджетных фондов обязательного медицинского страхования допущены частные медицинские организации. Тем самым социальные гарантии государства распространяются на оплату, а не на оказание медицинской помощи гражданам.

В целом, специальный закон должен охватывать отношения, которые связаны с организацией гражданского оборота в области охраны здоровья, с оказанием и оплатой медицинских услуг гражданам, в том числе за счет средств государственной казны и в порядке страхования, с допуском в гражданский оборот в области охраны здоровья субъектов и объектов медицинской деятельности и его ограничениями, с установлением правового режима осуществления медицинской деятельности в порядке оказания медицинских услуг (медицинской помощи), с определением содержания социальной политики государства в области охраны здоровья граждан, социальной роли медицинского сообщества и медицинских объединений.

Таким образом, изложенное позволяет сделать следующие обобщения – специальный закон в сфере охраны здоровья:

- предметом регулирования должен иметь отношения, складывающиеся между их участниками по поводу целенаправленного профессионального

воздействия на здоровье граждан с целью поддержания и улучшения его состояния;

- целями должен иметь обеспечение единства экономического пространства и свободы экономической деятельности в сфере охраны здоровья, создание условий для эффективного функционирования и развития гражданского оборота в сфере охраны здоровья граждан Российской Федерации;

- должен распространяться на отношения, которые связаны с организацией гражданского оборота в области охраны здоровья, с оказанием и оплатой медицинских услуг гражданам, в том числе за счет средств государственной казны и в порядке страхования, с допуском в гражданский оборот в области охраны здоровья субъектов медицинской деятельности и его ограничениями, с установлением правового режима осуществления медицинской деятельности в порядке оказания медицинских услуг (медицинской помощи), с определением содержания социальной политики государства в области охраны здоровья граждан, социальной роли медицинского сообщества и медицинских объединений.