

Тихомиров А.В. Формат Основ как специального закона в сфере охраны здоровья //Главный врач: хозяйство и право. – 2011. – № 4. – С.25-32.

Резюме: показано, что рамочный закон об охране здоровья должен содержать лишь наиболее общие и наиболее значимые регуляторы; revealing that framework law ought to support the most significant regulations in health care sphere.

Ключевые слова: рамочный закон, охрана здоровья, здравоохранение; framework law, health care sphere, state health care system.

Как показала жизнь, почти двадцать лет здравоохранение страны сосуществовало с Основами законодательства об охране здоровья граждан 1993 г. (далее – Основы), которые, по крайней мере, не слишком мешали, хотя бы особо и не помогая. Здравоохранение как функция государства за это время проходило за это время свой путь ведомственных изменений, сфера охраны здоровья – сохраняла свою энтропию.

Действительно, государственное финансирование здравоохранения регламентировал Бюджетный кодекс РФ, а в регулировании отношений охраны здоровья Гражданский кодекс РФ значил все это время куда больше, чем Основы.

И вот на рубеже второго десятилетия нового века возникла инициатива изменить Основы. Не касаясь необходимости и своевременности такого изменения, следует остановиться на формате Основ.

Прежде всего, Основы – это начала, устои, т.е. исходные, главные положения законодательства. Это – **рамочный** закон¹. Он призван установить совокупность принципов регулирования общественных отношений и важнейших норм, в соответствии с которыми строится законодательство сферы охраны здоровья. Кроме того, Основы призваны установить единство правового регулирования общественных отношений в вопросах, представляющих предмет **совместного ведения** Российской Федерации и субъектов Российской Федерации (координация вопросов здравоохранения находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации - п/п «ж» п.1 ст.72 Конституции РФ). Иными словами, пусть и в наиболее кратком виде, Основы должны охватить главные, узловые моменты правового регулирования общественных отношений в сфере охраны здоровья.

¹ Основы законодательства в РФ до 1993 г. законодательный акт, устанавливавший основные принципы правового регулирования в определенной сфере общественных отношений. Данная форма была заимствована у СССР, который принимал Основы законодательства по тем вопросам, по которым союзные республики принимали собственные кодексы, для установления единства в правовом регулировании соответствующих общественных отношений. Конституция РФ не предусматривает издания федеральных законодательных актов в форме Основ законодательства. Теперь по вопросам совместного ведения РФ и ее субъектов принимаются обычные федеральные законы, рамочный характер которых отражается в самом их названии.

Правовое регулирование – это основанный на соответствующем предмете² и методе³ процесс воздействия государства на общественные отношения с помощью норм права. Общественные отношения включают в себя в качестве составляющих⁴:

1) субъектов с их статусами и ролями, ценностями и нормами, потребностями и интересами, стимулами и мотивами;

2) содержание деятельности субъектов и их взаимодействий, характер этих взаимодействий – эквивалентность или неэквивалентность социальных обменов, степень самостоятельности или контролируруемости действий;

3) оценку отношений, осуществляемую субъектами путем сравнения элементов своих отношений с элементами отношений других субъектов, участвующих в подобных отношениях;

4) структуры и нормы, обеспечивающие устойчивость отношений, институционализацию их воспроизводства в повседневной жизни.

Действительно, это – и отношения государственных и муниципальных органов между собой, и отношения власти и подвластных, и отношения в обществе. В сфере публичного права действуют предписания и регламенты, в сфере частного права – дозволения и запреты. Институты, из которых состоит государство, отличны от институтов, складывающихся в обществе. Финансовые институты не тождественны институтам, создающим продукцию товарообмена.

Отсюда, Основы – это рамочный закон, призванный установить единство правового регулирования общественных отношений в вопросах, представляющих предмет совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, не только в пространстве государственной власти, подведомственности, но и в пространстве общества, гражданского оборота.

Более того, это – Основы законодательства об охране здоровья граждан, а не Основы законодательства о здравоохранении или об организации здравоохранения в Российской Федерации. Тем самым закон призван регулировать отношения охраны здоровья *в обществе*, а не регламентировать осуществление *государством* функции здравоохранения.

Здравоохранение как государственная функция не подменяет охрану здоровья граждан. Не собственно государство осуществляет охрану здоровья, оно лишь обеспечивает возможность ее осуществления в обществе. Вопрос в том, какими средствами, мерами и инструментами охрана здоровья обеспечивается государством – по существу, в чем состоит функция здравоохранения в части охраны здоровья.

² Предметом правового регулирования является определенная форма общественных отношений, которая закрепляется соответствующей группой юридических норм. Так, предметом публичного права являются отношения, связанные с властью и властным обязыванием подвластных. Предметом частного права являются отношения свободы и равенства участников гражданского общества.

³ Под методом правового регулирования понимается способ воздействия норм права на общественные отношения – императивного, публичного понуждения, т.е. субординации, или диспозитивного, самостоятельного усмотрения, т.е. координации.

⁴ Лапин Н.И. Общая социология. - М: Высшая школа, 2009. - 452 с.

Здравоохранение как деятельность государственной власти и охрана здоровья как практическая (прежде всего, медицинская) деятельность. Основами должны быть обособлены друг от друга: не может функция государства оцениваться мерой социальной активности, и наоборот. Здравоохранение и медицина – не одно и то же.

Равным образом, Основы не могут не различать то, что государство оплачивает как товар, и то, что оно предоставляет в виде прямых денежных вспомоществований – по утрате трудоспособности и временной нетрудоспособности, по беременности и родам, по льготным рецептам и пр. Иными словами, экономика социальной сферы в целом и сферы охраны здоровья в частности – это одно, а социальное обеспечение – это другое.

Соответственно, Основы в качестве акта правового регулирования общественных отношений в сфере охраны здоровья должны дифференцировать их по ряду основополагающих признаков:

- *государство и общество;*
- *здравоохранение и медицина;*
- *социальное обеспечение и экономика.*

В целом, это приводит к необходимости, прежде всего, определенности *содержания* Основ и различия ими характера, субъектов и объектов общественных отношений в сфере охраны здоровья.

1. ОБЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ В СФЕРЕ ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ.

В сфере охраны здоровья складываются разные по характеру общественные отношения.

Во-первых, это отношения властной субординации. Это отношения между соподчиненными органами государственной власти и местного самоуправления. Все они, так или иначе, связаны административными предписаниями как основаниями конкретных действий.

Во-вторых, это отношения властных ограничений и запретов и/или вменения обязанностей для подвластных, за несоблюдение которых наступают публично-правовые (административные или уголовные) санкции. Такого рода ограничения гражданской правоспособности могут вытекать только из федеральных законов.

В-третьих, это отношения частной (гражданской) координации в условиях свободы и равенства в обществе. Это различные варианты упорядочения, приведения в соответствие, взаимное сопоставление каждым своих представлений о равноценных объектах, предметах или понятиях в отношениях, выражающих связи несоподчиненных субъектов. Подобная координация характеризуется согласованием в ходе реализации индивидуальных и общих целей в общественных отношениях. Каждый участник гражданских отношений руководствуется в них своей волей и своим интересом.

Не могут в формате частноправовых (гражданских) отношений строиться публично-правовые отношения, и наоборот. Из частноправовых отношений вытекает, прежде всего, гражданская ответственность (наряду с возможной

публично-правовой). Однако не может из частноправовых отношений вытекать публично-правовая ответственность в отсутствие норм, устанавливающих гражданскую ответственность. Не может ответственность из публично-правовых отношений иметь гражданско-правовой характер, и наоборот. В случае смешанных по характеру отношений требуется дифференциация каждого из них, чтобы определить соответствующий характер ответственности⁵. Для этого достаточно структурировать Основы сообразно характеру регулируемых отношений.

Общественным отношениям мерами правового регулирования придается значение правоотношений. Как известно, правоотношение – это общественное отношение, в котором стороны связаны взаимными правами и обязанностями, охраняемыми государством.

Права корреспондируют обязанностям. Праву одного сопутствуют обязанности другого или других. Обязанность может сопутствовать и своему праву. Наличие обязанности предполагает наличие права. Не бывает прав без обязанностей, и наоборот.

Задачей Основ является не просто дифференциация общественных отношений по их характеру, но и согласование вытекающих из них прав и обязанностей участников.

Простого перечисления прав и обязанностей участников правоотношений в сфере охраны здоровья, как это представлено в Основах 1993 г. явно недостаточно для их согласования.

Очевидно, права и обязанности должны устанавливаться Основами по общеюридическим правилам построения нормы права – в последовательности конструкции гипотеза («если...») – диспозиция («то...») – санкция («иначе...»). Иными словами, из устанавливаемого Основами права (или вменяемой обязанности) в случае нарушения (несоблюдения) должны возникать такие последствия, которые при определенных условиях влекут для нарушителя ответственность конкретного характера и масштаба.

Таким образом, Основы призваны дифференцировать общественные отношения по их характеру, а также обеспечить согласование вытекающих из них прав и обязанностей участников через привязку правонарушений к конкретным неблагоприятным для нарушителя последствиям.

2. СУБЪЕКТЫ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ.

В сфере охраны здоровья взаимодействуют государство и общество. При этом в охране здоровья нуждается не государство, а общество. Охрана здоровья происходит не в государстве, а в обществе. Осуществляя функцию здравоохранения, государство участвует в отношениях охраны здоровья, складывающихся в обществе.

⁵ Основы 1993 г. такой дифференциации общественных отношений даже не касались. Это объяснимо: Основы принимались практически на сломе эпох и вобрали в новое время прежнюю модель приоритета норм публичного права над правом частным, а заодно – и всю иерархию ведомственной организации здравоохранения с отдельными заимствованиями зарубежного опыта.

Одна часть общества осуществляет охрану здоровья другой части общества. Это выделяет, соответственно, две социальные группы: медицинское и пациентское сообщества. Каждая из них обладает самостоятельными интересами. И каждая организуется на основе общности интересов, нужд, потребностей и запросов. И это требует законодательного оформления Основами.

Медицинское сообщество неоднородно. Это врачи, фельдшера и медицинские сестры; врачи стационаров и поликлиник; врачи общей практики и специалисты и т.д.

Пациентское сообщество также неоднородно. Это здоровые и инвалиды; дети, пожилые и трудоспособные пациенты; страдающие определенными хроническими или орфанными заболеваниями и т.д.

Отношения между этими социальными группами, так или иначе, институционализированы.

Пациентское сообщество выступает на стороне заказчика медицинских услуг и медицинских изделий или покупателя товаров медицинского назначения для потребительских нужд, а медицинское сообщество – на стороне исполнителя медицинских услуг и медицинских работ или продавца товаров медицинского назначения. Соответственно, выделяются институты потребителей и поставщиков товаров, работ и услуг медицинского назначения для потребительских нужд (а равно институты поставщиков товаров, работ и услуг медицинского назначения для нужд производства, т.е. институты инфраструктуры).

Государство в этих отношениях выступает не в качестве властной организации общества, а на равных началах с иными участниками гражданского оборота (п.1 ст.124 ГК РФ). От имени государства в них выступают органы государственной власти в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов (п.1 ст.125 ГК РФ). Государство выступает в качестве плательщика в пользу граждан, наравне с иными плательщиками (частными страховыми организациями, работодателями, благотворителями и пр.). Государство выступает в этих отношениях на стороне выгодоприобретателя, в пользу которого платит за товары, работы и услуги медицинского назначения для потребительских нужд (ст.430 ГК РФ), т.е. граждан, потребителей, пациентов. Поэтому государство занимает сторону заказчика медицинских услуг и медицинских изделий или покупателя товаров медицинского назначения для потребительских нужд.

В качестве властной организации общества государство осуществляет функцию здравоохранения через проведение социальной политики в сфере охраны здоровья⁶. Проводником социальной политики государства является отраслевое ведомство. Его задачей является проведение социальной политики государства посредством эффективного распределения и

⁶ Помимо социальной политики государство обеспечивает правовое регулирование в сфере охраны здоровья, государственный надзор, фискальную политику и пр.

размещения средств государственной казны среди тех, кто своей практической деятельностью обеспечивает охрану здоровья – исполнителей медицинских услуг и работ, продавцов товаров медицинского назначения для потребительских нужд. По существу, отраслевое ведомство публично-правовое качество государственной функции здравоохранения конвертирует в частноправовые механизмы финансирования охраны здоровья.

Гражданский оборот в сфере охраны здоровья имеет обязательственную организацию. Соответствующая сторона обязательств наделена институционально присущими ей правами и обязанностями. Поэтому в силу отнесения не к отдельным категориям участников социальных групп, а институциональной принадлежности индивиды обладают соответствующими правами и обязанностями. Институциональная принадлежность предполагает весь комплекс прав и обязанностей – заказчика (потребителя и плательщика) и исполнителя медицинских услуг (медицинских работ) или покупателя и продавца товаров медицинского назначения для потребительских нужд. И эти права и обязанности реализуются в заведомо известном институциональном круге договорных и внедоговорных обязательств.

Очевидно, что институционально-обязательственная организация сферы охраны здоровья в гражданском обороте шире ведомственной организации здравоохранения. То, как устроено отраслевое ведомство, и то, как складывается гражданский оборот в сфере охраны здоровья, не имеет общей детерминации. Устройство отраслевого ведомства определяется предписаниями властной организации государства. Устройство гражданского оборота в сфере охраны здоровья определяется позиционированием сторон в общественных отношениях каждой своей волей и в своем интересе. Ведомственная организация здравоохранения непригодна для организации гражданского оборота в сфере охраны здоровья, и наоборот: властная вертикальная субординация государства и свободная горизонтальная координация общества несовместимы.

Отраслевое ведомство является не более чем исполнителем роли государства в гражданском обороте в сфере охраны здоровья. Его роль ограничивается теми функциями, которые выполняет государство в отношениях охраны здоровья, а именно – оплата предоставлений потребителям товаров, работ, услуг медицинского назначения. Иных, самостоятельных функций отраслевое ведомство иметь не может. Тем самым только к масштабу функций государства может быть приведена роль отраслевого ведомства, и только в пределах полномочий исполнительной власти. Самостоятельно устанавливать правила, обязательные для гражданского оборота, ограничивать гражданские права и устанавливать гражданские обязанности отраслевое ведомство не вправе, а позволяющий это делать закон не является правовым, поскольку легитимирует по существу бюрократический произвол.

Таким образом, альтернативы участию государства в частноправовых (гражданских) отношениях в сфере охраны здоровья нет. Основы призваны оформить общность интересов, нужд, потребностей и запросов

соответствующих социальных групп, а также начала институционально-обязательственной организации гражданского оборота в сфере охраны здоровья.

3. ОБЪЕКТЫ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ.

Общественные отношения в гражданском обороте складываются по поводу соответствующих объектов.

В сфере охраны здоровья единственным объектом, по поводу которого складываются равно публично-правовые и частноправовые отношения, отношения с участием государства и общества, производителей товаров, работ, услуг медицинского назначения и потребителей, является здоровье.

Это не общественное здоровье в понимании нынешней парадигмы организации здравоохранения. Это индивидуальное здоровье любого и каждого гражданина в качестве неотчуждаемого блага в его принадлежности, как это понимается действующей правовой доктриной.

И не по поводу средств государственной казны складываются общественные отношения в сфере охраны здоровья. Не государственная функция здравоохранения, а разнородная деятельность по поводу здоровья объединяет государство и общество в сфере охраны здоровья.

По поводу здоровья складываются общественные отношения, в том числе, на основе договора, объектами которого становятся, в частности, товары, работы, услуги медицинского назначения, платежные средства, информация и др. Это – объекты гражданского оборота. Это – объекты частноправового обращения, а не публично-правового регламента.

Публично-правовому регламенту доступны не объекты свободного обращения, а содержащие общественную опасность характеристики этих объектов либо объекты, изъятые из оборота или ограниченные в обороте.

Таким образом, в сфере охраны здоровья общественные отношения, в том числе с участием государства, складываются по поводу объектов гражданских прав, отправным из числа которых является индивидуальное здоровье граждан. Публично-правовую функцию здравоохранения государство осуществляет через конвертацию платежных средств казны в необходимый для пациентского сообщества социальный результат посредством создающих его объектов гражданского оборота, производимых медицинским сообществом.

В целом, определенность содержания Основ, характера, субъектов и объектов регулируемых ими общественных отношений позволяет установить определенность *пределов* Основ.

Задача Основ – построить систему координат в сфере охраны здоровья, в которой каждое понятие, каждый институт, каждая норма права занимает свое место в гармонизированном соотношении с остальными. Отсюда становится возможным отделить положения, во-первых, системные от выходящих за пределы системы; во-вторых, системообразующие от

производных; в-третьих, системообразующие принципы от системообразующих правил.

Выходящими за пределы системы координат сферы охраны здоровья являются, например, демографические ориентиры, профилактика и пропаганда здорового образа жизни. Демография складывается далеко не в прямой зависимости от уровня охраны здоровья. Профилактика, как и здоровый образ жизни – это функция социальной зрелости индивидов, а не охраны здоровья.

Производными в системе координат сферы охраны здоровья являются вопросы организации инфраструктуры гражданского оборота в отрасли, вспомогательных институтов. Например, производство медицинской техники, лекарственных средств, протезных изделий и др. для целей охраны здоровья имеет значение с точки зрения допуска в оборот, а не с точки зрения технологий производства, закупок сырья или оборудования. Для целей охраны здоровья не имеет значения, каков процесс изготовления этой продукции, важны ее характеристики при применении на практике.

Систему образует парадигма организации охраны здоровья в стране. Следовательно, прежде всего, важно понятийное единство и ясность взаимосвязей составляющих систему элементов.

Понятия «здравоохранение», «охрана здоровья», «медицинская деятельность» и пр. находятся не в статической плоскостной, линейной соподчиненности, а в динамическом стереометрическом, пространственном соотношении между собой.

Системообразующими являются **принципы** (принципы-цели, принципы-задачи, принципы-направления, принципы-средства, принципы-инструменты), обеспечивающие приспособительный эффект функциональной системы. Они создают движущую силу развития системы, определяя ее характер. В сфере охраны здоровья системообразующие принципы устанавливают жесткость конструкции, незыблемость структуры общественных отношений, раскрывая логику ее построения обусловившими таковую целями и причинами. Эти принципы не могут быть ни устаревшими, ни ошибочными, ни декларативными, ни недостаточными, ни взаимно противоречивыми.

Если системообразующие принципы устарели, т.е. вполне подходят для иного социального строя, но не актуальны для современных реалий, то именно они становятся сдерживающим началом для развития отрасли в целом. Если принципы социалистического здравоохранения воспроизводить в капиталистической действительности, они окажутся нежизнеспособными и вместо пользы принесут вред для общества в масштабах целой страны.

Если системообразующие принципы ошибочны, то вся конструкция в противоречии с реалиями окажется неустойчивой и подверженной обрушению, которое непредсказуемо произойдет рано или поздно. Фактически, в настоящее время именно так и складывается: социалистический уклад организации здравоохранения и социальной сферы в целом не соответствует окружающей капиталистической действительности.

Если системообразующие принципы декларативны, т.е. не имеют механизмов реализации, то они не способны выполнять роль социальных регуляторов. Например, простое воспроизведение определения ВОЗ здоровья как состояния физического, психического и социального благополучия приведет к элементарной невозможности этого достигнуть.

Если системообразующие принципы недостаточны для целей правового регулирования общественных отношений в сфере охраны здоровья, это создает условия для возникновения административных барьеров, накопления массы транзакционных издержек и, в конечном счете, для блокирования этих отношений. Именно так и происходит в настоящее время, когда административные инициативы не уравновешены законом: разделяются услуги на «государственные» и «платные» вместо равного уяснения, что бесплатных услуг не существует в гражданском обороте и, следовательно, проблема в недостаточности гражданско-правового, а не ведомственно-отраслевого форматирования сферы охраны здоровья.

Если системообразующие принципы противоречат друг другу, то, следовательно, не будет единства в механизмах их реализации, что не позволит достигнуть соответствующих целей. В настоящее время, в условиях сосуществования социалистически организованного государственного здравоохранения и рыночно организованной частной медицины, вынужденная бинарность подходов в регулировании сказывается пороками функционирования как того, так и другого секторов в отрасли.

Системообразующие правила обеспечивают функционал структурированной системы.

Все необходимое и достаточное для наполнения Основ правовым смыслом уже содержит действующее гражданское законодательство. Основы должны отразить специфику охраны здоровья в гражданских правоотношениях. Это означает лишь сосредоточение на особенностях положения обладателя медицинской профессии, самой медицинской деятельности и вытекающей из нее ответственности за вред здоровью.

От того, насколько Основами соблюдается гражданско-правовой формат, зависит эффективность государственного регулирования сферы охраны здоровья. Регулирование свобод, а не регламент понуждения мотивирует общество к созиданию и обмену ценностями во взаимных интересах. Имеют значение и упорядочивающие общественные инициативы, которые необходимо легитимировать.

В целом, определенность содержания и пределов Основ позволяет установить определенность **структуры** Основ.

Если в Основах **смыслообразующим** началом является индивидуальное здоровье, то регулируемые ими общественные отношения складываются по поводу здоровья и имеют, по общему правилу, договорное основание предоставления товаров, работ, услуг медицинского назначения. Следовательно, понятие здоровья в гражданско-правовом значении, механизмы его защиты (в том числе, и от охраны здоровья), обеспечения безопасности личности в отношениях по поводу здоровья являются

основополагающими и требуют исчерпывающего раскрытия в нормах права. Тем самым во главу угла Основами должно быть положено **здоровье** как охраняемое законом благо и **безопасность** как условие такой охраны.

Поскольку ассоциированным плательщиком за потребителей товаров, работ и услуг медицинского назначения является государство, постольку возмездный характер договора и бесплатное предоставление по нему этих благ гражданам в рамках конструкции договора в пользу третьего лица (ст.430 ГК РФ) является **структурообразующим** для Основ.

Субъектная организация участников договорных отношений также является условием охраны здоровья. Медицинское и пациентское сообщество, соответствующие социальные институты должны быть легитимированы Основами и раскрыты в части правомочий и возможностей развития и совершенствования.

Условием охраны здоровья является и объектная организация договорных предоставлений. К объектам обращения в сфере охраны здоровья в Основах должны быть установлены наиболее общие требования государства.

Поскольку любого рода запреты и ограничения являются свидетельством регуляторной несостоятельности законодателя, а все они порождают дополнительные транзакционные издержки и рост коррупции, постольку они должны устанавливаться Основами лишь в отсутствие альтернатив.

Аналогично, в Основах не может быть места бланкетно-отсылочному делегированию полномочий отраслевому ведомству. Этот закон должен содержать закрытый перечень регуляторов, в развитие которых отсылая к соответствующим специальным законам.

Основы призваны, с одной стороны, упростить правовое регулирование в сфере охраны здоровья, освободив его от накопившихся пластов ведомственного администрирования; с другой стороны, детализировать релевантные нормы права с учетом медицинской специфики. Поэтому, например, нуждается в исчерпывающем раскрытии, что медицинского в деятельности, субъекте и объекте этой деятельности, а вопросам ответственности в сфере охраны здоровья должна быть посвящена отдельная совокупность специальных норм права.

Таким образом, в структуре Основ могут быть выделены следующие основные разделы: общие положения, субъекты охраны здоровья, объекты охраны здоровья, организация гражданского оборота в сфере охраны здоровья, ответственность в сфере охраны здоровья.

В целом, Основы должны быть системообразующим регулятором общественных отношений в сфере охраны здоровья, позволяющим им пользоваться в гражданском обороте и облегчающим правоприменительную практику.