

Тихомиров А.В. Экономика права в здравоохранении: проблемы судебного правоприменения //Главный врач: хозяйство и право. – 2011. – № 5. – С.35-39.

Резюме: приведены проблемы судебного правоприменения в сфере охраны здоровья, обуславливающие высокие транзакционные издержки; revealing health care system litigation problems raising transaction costs.

Ключевые слова: экономика права, здравоохранение, судебная процедура; economic analysis of law, health care system, litigation.

Обращение в суд по спорам, связанным с оказанием медицинской помощи, в нашей стране стало возможным с середины 90-х годов прошлого столетия и вскоре приобрело массовый характер.

Однако, несмотря на очень недолгий период существования, практика обращения в суд по медицинским спорам подверглась значимым изменениям.

Первоначально она формировалась, скорее, в тестовом режиме: энтузиасты выступали в качестве судебных представителей пострадавших и откровенно досаждали не готовым к этому представителям медицинских организаций, суду и судебно-медицинской экспертизе. Это было время конкуренции представителей и накопления первоначальных знаний и подходов в этой малоизученной сфере юриспруденции. Процессы длились по три-четыре года и больше, и стало ясно, что стандартные гонорары представителям такого длительного участия в процессе не оправдывают. Размер оплаты деятельности представителей в медицинских спорах резко ушел вверх.

Затем наступил период, когда за представительство истцов в медицинских спорах стали браться все, кому не лень. Юристы общей практики стали объявлять себя специалистами по медицинскому праву, работая в тесном контакте с судебными медиками. Судебно-медицинская экспертиза по гражданским делам к этому времени не только перешла на оплату сторонами, но и последовательно увеличивала ее размер. Кроме того, в процессе может потребоваться не единственная экспертиза и с привлечением нескольких экспертов. По существу, наступил период конкуренции судебно-медицинских экспертов, и кривая оплаты судебно-медицинских экспертиз резко пошла вверх. Этому способствовало также утяжеление бремени налогообложения.

В последнее время наблюдается следующий период, когда размеры гонораров судебных представителей и величина оплаты производства судебно-медицинской экспертизы стали неподъемными для клиентов.

Но, претерпев от медицинской помощи, пострадавший нуждается в медицинской реабилитации (в перелечивании, т.е. в лечении усугубившейся патологии, и в устранении телесных повреждений от ненадлежащей медицинской помощи), приобретая также новые потребности обеспечения ухода, передвижения и т.д. Расходы на реабилитацию и жизнь в новых реалиях пострадавшего не укладываются в схему финансирования за счет

средств казны (в настоящее время – за счет обязательного медицинского страхования) и являются дополнительными затратами со стороны пострадавшего.

Чтобы покрывать все расходы, как прежде, на жизнь, а также дополнительные расходы, пострадавший нуждается в такой заработной плате и/или иных доходах, которые значимо превосходят его потребности в здоровом состоянии. Однако, как правило, на рабочем месте пострадавший не в полной мере способен к выполнению трудовых функций, в связи с чем от него стремятся избавиться. В бизнесе он может быть успешен, но съедающие время потребности отвлечения на медицинскую реабилитацию могут сказаться и на деловой эффективности. Тем самым он нуждается в изменениях трудовых или деловых условий приносящей доходы деятельности, чтобы они были адаптированы под его изменившиеся возможности.

Помимо медицинской и социальной реабилитации для ведения судебного спора о причинении вреда при оказании медицинской помощи в настоящее время пострадавший должен обладать денежной суммой, заведомо покрывающей судебные издержки, прежде всего гонорар судебного представителя и стоимость производства судебно-медицинской экспертизы. Иначе, получив какое-либо увечье, значащее для него много как потеря качества жизни и являющееся причиной его обращения в суд, он не в состоянии получить судебную защиту в силу имущественного положения.

В настоящее время высвобождаемая для целей участия в судебном процессе такого рода сумма может достигать миллиона рублей, особенно по наиболее популярным предоставлениям (косметологическим, стоматологическим и пр.), меньше – в регионах.

Между тем в соответствии с Конституцией РФ государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от ... имущественного ... положения... (ч.2 ст.19). Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (ч. 1 ст.46). Тем самым пострадавший от медицинской помощи пациент правом на судебную защиту обладает, а реализовать это право возможности не имеет из-за высоких судебных издержек.

Таким образом, за счет имущественного ценза в суд обращается лишь малая часть пострадавших от медицинской помощи.

Остальные при наличии значимых телесных повреждений обращаются в бюро медико-социальной экспертизы. Те из них, которые все-таки преодолели известные сложности обретения статуса инвалида, получают инвалидность по причине соответствующей патологии (заболевания, травмы, отравления), но не вследствие ненадлежащей медицинской помощи при лечении патологии. Реальная статистика пострадавших от медицинской помощи искажается смешением в общей массе инвалидов. Пособие по инвалидности с очевидностью не компенсирует того ущерба, который пострадавшие понесли в действительности. Те же, кто не справился с

обретением статуса инвалида, посильными мерами компенсируют полученный ущерб вообще за свой счет.

Очевидно, что пропорция доступа к судебной защите в подобных случаях такая же, как в популяции, различая имеющих и не имеющих лишней миллион рублей на цели свободного расходования.

В значительной мере этим объясняется то обстоятельство, что число обращающихся с иском в суд остается несравнимо меньше тех, которые обращаются с жалобами в органы управления здравоохранением и в другие административные органы.

В целом, можно выделить следующие группы препятствий для обращения истца в суд и участия в судебной процедуре:

1. По финансовой несостоятельности истца инициировать процесс.

По безденежью истец, в одном случае, не в силах участвовать в судебной процедуре, понимая, какие затраты она повлечет. Испытывая финансовый дефицит, он вынужден вообще отказаться от обращения в суд.

В другом случае, истец, в том числе, и переоценивая свою правоту, рассчитывает на крупный выигрыш по делу, но по безденежью не в состоянии нанять судебного представителя, либо избыточны запросы судебного представителя. Расчеты по выигрышу, нередкие в спорах иного рода, как правило, в подобных процессах не практикуются.

В третьем случае, переоценивая свои силы, истец, по безденежью отказывается от привлечения судебного представителя и сам представляет свои интересы в суде, неизбежно испытывая знаниевый дефицит.

2. По знаниевой несостоятельности представителя.

Привлеченный истцом представитель также может иметь недостаток специальных знаний, чтобы участвовать в медицинских спорах в суде. Может быть так, что и судебная перспектива хорошая, и доказательная база представительная, и заключение судебно-медицинской экспертизы вполне пригодное для эффективного доказывания, но дефицит специальных знаний не позволяет воспользоваться столь широкими возможностями, особенно если на противоположной стороне действует грамотный представитель..

3. По финансовой несостоятельности истца оплатить судебно-медицинскую экспертизу, включая избыточность запросов судебно-медицинских экспертов.

Случается, что истец не рассчитывал, что ему придется оплачивать производство судебно-медицинской экспертизы, или не рассчитывал, что стоимость производства комиссионной экспертизы окажется много выше его представлений, или ее стоимость существенно завышена по сравнению с аналогами.

4. По ангажированности судебно-медицинских экспертов (коррупция или сходная заинтересованность)

В той мере, в какой стороны сами оплачивают расходы на производство судебно-медицинской экспертизы (в одиночку или пополам), контакты с лицами, ответственными за ее проведение, не исключены. Не исключен

поэтому и сговор о результатах – за отдельную плату. Равным образом, нельзя исключить и «телефонное право» - пожелания конкретных результатов от лиц, которым нельзя отказать. Поэтому заключения судебно-медицинской экспертизы поражают порой многообразными подтверждениями целенаправленных искажений.

5. По знаниевой несостоятельности судебно-медицинских экспертов по такого рода делам

Отличия судебно-медицинской экспертизы по уголовным и гражданским делам достаточно велики. Кроме того, отличия судебно-медицинской экспертизы по медицинским и прочим делам также значимы. Подходы, традиционные для уголовного процесса или для отличных от медицинских дел, неприемлемы для медицинских дел. Развитие судебной медицины для целей удовлетворения потребностей не правовой процедуры, а клинической практики также значимо снижает ее функционал. Отсутствие единой доктрины судебно-медицинской экспертизы в медицинских спорах существенно сужает возможности правосудности по такого рода делам.

6. По ангажированности суда (коррупция или сходная заинтересованность)

Коррупция в судебной системе не является новостью или неизвестным явлением. «Телефонное право», особенно в процессах с участием учреждений бюджетной системы, из которой финансируются сами суды, также работает. Поэтому судебные решения порой поражают результатами предвзятого рассмотрения конкретного дела, особенно когда по аналогичным делам принимаются прямо противоположные решения.

7. По знаниевой несостоятельности суда по такого рода делам.

Судьи не владеют спецификой медицинской деятельности. Это означает, во-первых, что целенаправленное медицинское воздействие на здоровье рассматривается судом так же, как неосторожное повреждение здоровья в дорожно-транспортном происшествии, например. Более того, несмотря на наличие специальных норм об усеченных составах деликта суд обычно применяет общую норму о составе генерального деликта.

Во-вторых, даже применяя специальные составы деликта, суд не делает различий между вредом, причиненным в отношениях с участием потребителя в торговых заведениях или предприятиях сферы обслуживания и общественного питания, и последствиями медицинского вмешательства в единстве их происхождения от прогрессирования патологии, реактивности организма и медицинского пособия, правильно или неправильно предпринятого судья исключительно по заключению судебно-медицинской экспертизы.

В-третьих, суд не имеет единого знаменателя, к которому необходимо привести последствия собственно медицинского пособия как вред, т.е. умаление качества жизни. Более того, в существующей правовой конструкции применительно к медицинским деликтам вред здоровью опричинивает моральный вред, предшествуя ему: без первого не возникает второго. Объем и характер возмещения вреда, причиненного повреждением

здоровья, приведен законом к потребностям восполнения утраченного качества жизни<sup>1</sup>. Объем и характер компенсации морального вреда, в том числе причиненного повреждением здоровья, не приведен ни к каким ориентирам, хотя предпринимались доктринальные попытки (3) в качестве таковых использовать, в частности, санкции уголовного законодательства. Так или иначе, это не более чем отвлеченная внешняя оценка последствий поведения причинителя *post factum*, не привязанная к инициирующим такие последствия действиям (бездействию) *ante factum*.

В англо-американской системе права единым знаменателем правовой оценки деяния служит именно поведение причинителя *ante factum* как действия, упреждающие причинение вреда. Тем самым размер последствий оценивается как производная от размера вложений в предупреждение вреда.

Известна формула небрежности, постулированная судьей Лерндом Хэндом (1, С.222): ответственность наступает тогда и только тогда, когда  $B < PL$ , где:

B – издержки мер предосторожности

P – вероятность ущерба

L – величина ущерба

При определении возможности предотвращения ущерба одной из сторон с издержками, меньшими ожидаемых издержек предотвращения ущерба, суды не пытаются измерить реальные издержки сторон, оценивая их индивидуальные возможности по предотвращению ущерба. Вместо этого суды оценивают издержки предотвращения ущерба для среднего (на юридическом языке «разумного») индивида в ситуации каждой из сторон (1, С.227).

По делам о неосторожности применительно к медицинской помощи суды в соответствии с указанной парадигмой традиционно принимали в качестве оправдания соответствие среднему уровню безопасности. Обязанность врача в лечении пациента – соответствовать обычным стандартам профессиональной медицины в той области и специальности, в которой данный врач осуществляет практику. Потенциальные причинители (субъекты медицинской деятельности) имеют независимый от права стимул к обеспечению уровня безопасности, за который готовы платить потенциальные пострадавшие (1, С.229) или третьи лица в их пользу.

В отечественных реалиях экономический анализ права применительно к судебному правоприменению, в том числе при разрешении медицинских споров, не используется. Притом что вероятность и величина ущерба доступны расчетам, культуры правового спроса за предотвращение ущерба у нас не сложилось.

---

<sup>1</sup> возмещению подлежат утраченный потерпевшим заработок (доход), который он имел либо определенно мог иметь, а также дополнительно понесенные расходы, вызванные повреждением здоровья, в том числе расходы на лечение, дополнительное питание, приобретение лекарств, протезирование, посторонний уход, санаторно-курортное лечение, приобретение специальных транспортных средств, подготовку к другой профессии, если установлено, что потерпевший нуждается в этих видах помощи и ухода и не имеет права на их бесплатное получение (п.1 ст.1085 ГК РФ) с поправками в контексте ст.ст.1090-1091 ГК РФ

Между тем именно при разрешении медицинских споров такой подход представляется наиболее подходящим. Поскольку при оказании медицинских услуг внедоговорные последствия, по существу, происходят из договорных отношений, формула заботливости и осмотрительности, какая требовалась от причинителя по характеру обязательств и условиям оборота (п.1 ст.401 ГК РФ), вполне применима для оценки мер упреждения внедоговорных последствий для надлежащего исполнения договорных обязательств.

В англо-американской системе права для этих целей для суда (2, С.262-264<sup>2</sup>) является вопросом, как повел бы себя соответствующий профессионал в обстоятельствах, в которых оказался ответчик (или обвиняемый, подсудимый - defendant). Соответствующим является гражданин средних умственных способностей, познаний и здравого смысла.

Тестом на небрежность (the test for negligence) предполагается выяснить последовательность и характер действий не безрассудного человека, но лица, отдающего себе отчет в возможных опасностях и предпринимающего необходимые предосторожности, чтобы их избежать.

Тест на небрежность позволяет абстрагироваться от субъективных факторов (довлеющей силы судебных решений, существа познаний и проницательности самого ответчика) и объективизировать общий образ действий, предпринимаемый в конкретной ситуации. И экспертами (в российском процессе – специалистами) выступают в таких обстоятельствах не светила науки и не администраторы, а рядовые врачи-практики. Таким специалистам задается вопрос, как каждый из них повел бы себя в аналогичной ситуации.

Прежде всего, следует выяснить, в состоянии ли был соответствующий специалист предвидеть последствия, которые наступили в действительности. Затем выясняется, какие меры можно было предпринять во избежание таких последствий. В пределах проводимого теста суды руководствуются, в основном, мнениями соответствующих профессионалов, что позволяет с известной наглядностью установить фактические обстоятельства дела.

На практике проблема возможности предвидеть осложнения возникает там, где их вероятность чрезвычайно непредсказуема (как в случае идиосинкразии или гиперчувствительности к отдельным медикаментам). Ведь лекарство, эффективное и абсолютно безвредное для сотен тысяч людей, у одного из них приводит к фатальным результатам.

Если не существует способа предварительно удостовериться, что не будет негативных реакций, или если врач после такого тщательного исследования, какое действительно возможно, пришел к заключению, что от пациента не приходится ждать подобных реакций, он не может быть обвинен в грубой неосторожности, если такая реакция все же произошла.

Достойно ли порицания действительное поведение ответчика - требует дальнейшей индивидуализации в зависимости от ряда факторов, которые

---

<sup>2</sup> по Strauss S.A. Legal Handbook for Nurses and Health Personnel. Fourth Edition. – Published by The King Edward VII Trust, Cape Town, 1981. – P.19

обуславливают большую или меньшую степень осторожности поведения, что сверяется с мнением экспертов. Так, очевидно, при работе с особо опасными веществами, например, с ядами, требуется большая осторожность, тем более, если ответчик обладает специальными познаниями или особыми сведениями об обстоятельствах, усиливающих степень риска. Однако если возникает состояние крайней необходимости, когда требуется мгновенное принятие решения, судом берется во внимание влияние фактора внезапности в сравнении с решением, принимаемым в спокойной обстановке.

В российской действительности по делам такого рода суды редко привлекают специалистов и никогда – в порядке *the test for negligence*.

Вместо привлечения специалистов для участия в правовой процедуре расширяются процедуры административные – по крайней мере, в государственном здравоохранении. Например, приобрел масштабы контроль качества медицинской помощи (государственный, ведомственный и внутренний контроль качества и безопасности медицинской деятельности - ст.87 законопроекта № 534829-5, притом что понятие качества трактуется им как соответствие стандартам, а понятие безопасности медицинской деятельности вообще не определено). Тренд очевиден – вывести медицинскую деятельность из-под юрисдикции суда и подчинить ее сугубо ведомственному управлению. Тем самым с помощью специального закона, оформляющего, по существу, ведомственную инструкцию, происходит разделение правового режима организации здравоохранения под эгидой отраслевого ведомства и правового режима судебного возложения ответственности за правонарушения в сфере охраны здоровья. Это утяжеляет бремя транзакционных издержек<sup>3</sup> несудебного административного правоприменения, дополнительно к таковым судебного правоприменения.

Во-первых, возможен **перевес** издержек несудебного административного правоприменения над таковыми судебного правоприменения. В этом случае обесценивается судебная защита прав перед возможностью, пренебрегая ею, решить вопросы через бюрократию, что множит коррупциогенность в органах управления здравоохранением.

Во-вторых, возможно **противоречие** между административными и правовыми нормами, порождающее трудности судебного правоприменения на их основании. Это, в свою очередь, создает основу для дополнительных издержек на их преодоление.

В-третьих, возможно **противоречие** между установлениями административного правоприменения и судебного правоприменения, создающее поле для дополнительных издержек. Тем самым одно и то же, по-разному интерпретируемое в административной и в правовой парадигме, правонарушение может повлечь двойную ответственность.

---

<sup>3</sup> Транзакционные издержки – операционные издержки сверх основных затрат на производство и обращение; косвенные, сопряженные затраты, расходы, связанные с организацией дела, получением информации, ведением переговоров, поиском поставщиков, заключением и оформлением контрактов, лицензий, обеспечением получения прав, юридической защиты, преодолением барьеров входа на рынок.

Наконец, известную информацию о дополнительных издержках в сфере судебного правоприменения по медицинским делам содержит обзор явных тенденций, проявляющихся в процессах:

- во-первых, суды по такого рода делам стали больше полагаться на мнение прокурора, в обязательном порядке участвующего в процессе. Между тем прокурор настолько же несведущ в медицине, как и судья. Однако если именно судья совершает правоприменительный вывод, то прокурор никак не связан последствиями неправосудности судебного решения, издержки обжалования которого, принятого под влиянием мнения прокурора, ложатся на истца;

- во-вторых, становится предпочтительным представительство пациентов, а не медицинских организаций. Это обусловлено как тем, что прогрессивно растут во времени суммы взыскания с ответчика, так и тем, что в процесс в качестве истцов вступают, в основном, имущие. Поэтому на стороне истца начинают концентрироваться лучшие силы представительства, чем на стороне ответчика. При скудости представительских ресурсов в этой специфичной сфере возникает перекос возможностей сторон, требующий от более слабой в ресурсах стороны (в данном случае – медицинской организации) дополнительных издержек;

- в-третьих, судебный процесс все более засоряется нерелевантными материалами.

Прежде всего, на досудебном этапе давно стала обычной практика проведения не имеющих значения для суда экспертиз и сбора мнений специалистов со стороны медицинской организации – ответчика, как правило – учреждения здравоохранения.

Кроме того, на этапе назначения судебно-медицинской экспертизы сторонами к экспертам обычно формулируется такое количество вопросов, относящихся и не относящихся к делу, ответы на все из которых просто не требуются для установления истины по делу, притом, что необходимые для этого вопросы не выделены из общей массы или даже попросту отсутствуют – полностью или в части.

Наконец, по ходу процесса стороны вносят для приобщения к материалам дела множество различных письменных актов, зачастую лишенных даже отдаленной связи с предметом спора.

Все вместе это множит дополнительные издержки для суда при отправлении правосудия и неизбежно сказывается таковыми для сторон, поскольку из непомерного множества материалов приходится со значительно большими усилиями высеивать доказательную информацию по существу спора.

В целом, такое положение дел не может удовлетворять потребности общества в правосудии, как и потребности самого правосудия, прежде всего, в спорах, касающихся проблем причинения вреда вместо пользы для здоровья при осуществлении медицинской деятельности. Очевидно, что проблемы непомерного роста транзакционных издержек при осуществлении

судебного правоприменения могут быть решены лишь законодательно закрепленными организационными мерами на экономическом поле в сфере охраны здоровья.

Использованные источники:

1. Познер Ричард. Экономический анализ права. В 2-х томах. Пер. с англ. под ред. В.Л.Тамбовцева. – СПб., Экономическая школа, 2004.

2. Тихомиров А.В. Медицинское право. Практическое пособие. - М.: Издательство «Статут», 1998. - 418 с.

3. Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом. — М.: Издательская группа ФОРУМ—ИНФРА-М, 1997. — 240 с.; Эрделевский А.М. Критерии и метод оценки размера компенсации морального вреда Государства и права, 1997, № 4, С. 5-12; Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики – М., Волтерс Клувер 2007. – 320 с.