

И. И. Нагорная

## ПРЕДМЕТНАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА МЕДИЦИНСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК ОСНОВА ЕЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ (ОПЫТ РОССИИ, США, ФРАНЦИИ)

*Аннотация.* В статье рассматривается актуальное состояние правового регулирования медицинской деятельности в Российской Федерации после принятия нового ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» в связи с необходимостью создания эффективного механизма уголовно-правовой охраны жизни и здоровья граждан при оказании медицинских услуг. Профессиональная медицинская деятельность анализируется в качестве одного из видов экономической деятельности, удовлетворяющей специфические потребности населения и являющейся незаменимой в вопросах поддержания здоровья в современном мире.

Автором указывается на необходимость предметного понимания медицинской практики и закрепления его в законодательстве, что должно помочь в дальнейшем осмыслении проблематики медицинского права в его связи с уголовным правом и преодолению ряда практических проблем. В статье рассматривается зарубежный (французский и американский опыт) правового регулирования и уголовно-правовой охраны медицинской деятельности, анализируется практика применения уголовного закона в России и за рубежом. По результатам исследования делается вывод о существующей потребности в выработке новых подходов к обозначенной проблеме.

**Ключевые слова:** юриспруденция, право, медицина, регулирование, охрана, здоровье, инструментальный, предметный, США, Франция.

**Введение в проблему.** В настоящее время в Российской Федерации происходит процесс модернизации (обновления) уголовного права. При этом большое внимание уделяется уголовно-правовой охране экономической деятельности<sup>1</sup>.

Главной задачей законодателя является поиск таких решений, которые гарантировали бы конституционное право на свободу экономической деятельности, оптимальную защиту прав предпринимателей, интересов потребителей и общества в целом, рост экономического благополучия в Российском государстве.

При этом процесс модернизации уголовного права должен обеспечиваться наличием в обществе определенного согласия о потребности в механизме действия уголовного права, о понимании его справедливости и эффективности – без такой социальной поддержки обновление уголовного права не представляется возможным<sup>2</sup>.

В этом контексте рассмотрение медицинской деятельности, в первую очередь, в качестве одного из видов экономической деятельности, удовлетворяющей

специфические потребности индивидов, является, на наш взгляд, весьма полезным для формирования отрасли медицинского права и эффективной защиты прав пациентов, в том числе уголовно-правовыми средствами.

В пункте 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. №23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем»<sup>3</sup> говорится о том, что «в том случае, когда осуществление частной медицинской практики или частной фармацевтической деятельности без соответствующего специального разрешения (лицензии) не повлекло последствий, указанных в ст. 235 УК РФ, но при этом был причинен крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо извлечен доход в крупном размере или в особо крупном размере, действия лица следует квалифицировать по соответствующей части ст. 171 УК РФ». Статья 171 УК РФ предусматривает ответственность за незаконное занятие предпринимательской деятельностью, к которой в большинстве случаев относится и деятельность медицинская.

Не вызывает никаких сомнений, что медицинская деятельность в любой стране обладает существенной спецификой и характеризуется, в частности:

<sup>1</sup> См., например: Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере М.: Фонд «Либеральная миссия», 2010; Уголовная политика в сфере экономики: экспертные оценки. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2011.

<sup>2</sup> См.: Жалинский А.Э. Модернизация механизма действия уголовного права: теоретические и методологические проблемы / в кн. Уголовное право и современность. Сборник статей. Вып. 3 / Отв. ред. А.Э. Жалинский. М., 2011. С. 16.

<sup>3</sup> БВС РФ. 2005. №1.

а) необходимостью значительных материальных и интеллектуальных ресурсов, включающих в себя наличие дорогостоящего оборудования, подготовку квалифицированного персонала и т.п.;

б) повышенным риском ее осуществления и непредсказуемостью результатов, что предопределяется индивидуальностью каждого пациента и возможностью причинения вреда самым ценным правовым благам – жизни и здоровью;

в) исключительной ролью в поддержании и восстановлении здоровья в современном мире, и др.

Данные обстоятельства существенно усложняют выработку единых подходов к регулированию медицинской деятельности и ее охране средствами уголовного закона. В этой связи изучение зарубежного опыта может стать чрезвычайно полезным для выработки оптимальных законодательных (и в том числе уголовно-правовых) решений. В данной статье будет рассмотрен опыт таких развитых в правовом и экономическом отношении стран как США и Франция.

Необходимость осмысления данной проблемы с использованием максимально широкого круга источников информации вызвана тем, что отрасль медицинского права в Российской Федерации находится в стадии формирования. В литературе отмечается, что сложившаяся система правового регулирования медицинской деятельности в России является противоречивой, что выражается в:

а) наличии большого объема несогласованных между собой нормативных правовых актов;

б) пробельности правовой регламентации и отсутствии единого правового языка;

в) отсутствии необходимого баланса возможностей и интересов медицинских работников и пациентов;

г) использовании институтов ряда развитых отраслей права<sup>4</sup>.

В качестве общего замечания, хотелось бы отметить, что для обеспечения перевода задач уголовного права в конкретные управленческие решения, в систему предписаний, которые могут быть реально исполнены<sup>5</sup>, представляется необходимым изучить спрос населения на медицинские услуги, возможность его удовлетворения с помощью имеющейся системы здравоохранения,

необходимость развития частной медицины, а также методик народной медицины и иные вопросы.

В основе подобного подхода, на наш взгляд, должно находиться предметное понимание медицинской деятельности. Другими словами, требуется описать процесс ее осуществления как феномен реального мира, изучить социальный контекст предоставления медицинских услуг, что должно стать фундаментом для решения вопросов уголовно-правовой охраны здоровья при оказании медицинских услуг. Бесспорно, что «именно деяние – это основа преступления, его предметная составляющая, получающая юридическую силу путем наделения его системой признаков»<sup>6</sup>.

Так, в ряде штатов США медицинская деятельность описывается наряду с иными видами профессиональных занятий, подчеркиваются характерные признаки медицинской практики. На основании этого законодатель формулирует составы преступлений, направленные на охрану медицинской деятельности в целом и отдельных ее аспектов. Сходный подход можно увидеть и в Республике Франция.

**Правовое регулирование медицинской деятельности в Российской Федерации.** С принятием Федерального закона от 21 ноября 2011 г. №323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»<sup>7</sup> в России вновь возросла актуальность вопросов, связанных с правовым регулированием здравоохранения. Данный акт, ключевой для указанной сферы, закрепил новые дефиниции, расширил и конкретизировал права граждан в области охраны здоровья, восполнил некоторые пробелы правового регулирования.

В то же время многие вопросы, связанные с уголовно-правовой охраной медицинской деятельности и возникающие при толковании уголовного законодательства в его связи с законодательством позитивным, остались, на наш взгляд, нерешенными.

Причина данной ситуации видится в существующих изъянах правотворчества, когда нормативный правовой акт, регулирующий определенную область отношений, принимается без должного учета необходимости их правовой охраны, в том числе – средствами уголовного закона. Частично эту проблему можно объяснить тем фактом, что в отличие от некоторых других правовых систем в Российской Федерации все уголовные запреты подлежат включению в Уголовный кодекс РФ. Эта безусловно важная с точки зрения правовых гарантий норма имеет и обратную сторону: выработка положений

<sup>4</sup> См.: Рёрихт А.А. Теоретические основы медицинского права: Проблемы формирования и развития: Монография / Отв. ред. Е.В. Алферова, Н.Ю. Хаманева. М., 2011. С. 12.

<sup>5</sup> Речь идет об инструментально-целевом подходе к решению уголовно-правовых задач. Подробнее об этом см.: Жалинский А.Э. О построении общей инструментально-целевой теории уголовного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. №4.

<sup>6</sup> Уголовное право: В 3 т. Т. 1 Общая часть / Под общ. ред. А.Э. Жалинского. М.: Издательский Дом «Городец», 2010. С. 293-294.

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2011. №48. Ст. 6724.

позитивного права не сопровождается обязательным осмыслением нарушений, которые могут совершаться в данной сфере. Поэтому, на наш взгляд, уголовно-правовые запреты оказываются несколько оторванными от сферы позитивного регулирования, в том числе это касается медицинского права. Отсылки, сделанные к другим актам в целом в тексте закона, не представляются достаточными для гармонизации позитивных и охранительных отраслей права.

Так, во Франции занятие медицинской деятельностью регулируется в специальном кодексе (о чем речь пойдет ниже), в этом же акте формулируется состав незаконного занятия медициной, устанавливаются наказания за нарушение данного запрета. В нормативных актах отдельных штатов США нормы, содержащие уголовно-правовой запрет, обычно сформулированы очень подробно в законодательстве о здравоохранении, присутствуют прямые отсылки к конкретным статьям Уголовного кодекса.

В России подобная логическая структура отсутствует. Это подтверждается многочисленными спорами вокруг бланкетного законодательства. Например, немало написано о том, что же следует понимать под медицинской практикой в контексте УК РФ<sup>8</sup>. Несмотря на ценность научных рассуждений на эту тему, данная ситуация никак не способствует повышению определенности уголовного закона.

Сказанное отнюдь не означает, что для нашей правовой системы будет целесообразным создание уголовно-правовых норм вне Уголовного кодекса РФ, однако в целях формирования системы правовых предписаний, способствующей эффективному развитию отечественной медицины, защите прав пациентов и медицинских работников, требуется комплексный подход к проблемам правового регулирования и правовой охраны медицинской деятельности.

На наш взгляд, многие трудности, связанные с применением уголовного закона для целей охраны медицинской деятельности, сводятся к отсутствию в законодательстве предметного описания этой деятельности и отдельных ее составляющих, которое свидетельствовало бы о понимании ее сущности и могло бы стать основой

<sup>8</sup> См. среди многих работ: Кудашов А.Н. Проблемные вопросы привлечения к уголовной ответственности за незаконное занятие частной медицинской практикой или частной фармацевтической деятельностью // *Право и государство: теория и практика*. 2008. №7; Малахова М.М. Незаконное занятие частной медицинской практикой или частной фармацевтической деятельностью: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2008; Фролов А.С. К вопросу об уголовной ответственности за незаконное занятие частной медицинской практикой или частной фармацевтической деятельностью // *Вестник Омского университета*. 2006. №3/4. С. 160-161.

упомянутого общественного согласия относительно объема ее уголовно-правовой охраны. При таких обстоятельствах суд, защитник, государственный обвинитель вынуждены снова и снова толковать законодательные положения, уходя в тонкости анализа гражданского и административного законодательства и сталкиваясь с проблемами, которые далеки от единообразного понимания в данных отраслях права.

В то же время, приступая к изучению вопросов уголовно-правовой охраны медицинской деятельности, следует иметь в виду, что такая охрана является принципиально мозаичной, следовательно, в орбиту нашего внимания попадают только те действия и бездействия, которые представляют наибольшую опасность для общества и потому признаны законодателем общественно опасными<sup>9</sup>.

Рассмотрение обозначенных проблем целесообразно начать со статьи 235 УК РФ «Незаконное занятие частной медицинской практикой или частной фармацевтической деятельностью», которая ставит под охрану медицинскую практику в целом (правда только частную). Данный уголовно-правовой запрет направлен на охрану жизни и здоровья граждан в тех случаях, когда медицинская практика осуществляется неправомерно, а именно без лицензии.

Для применения данной статьи необходимо, прежде всего, уяснить понятие медицинской деятельности (практики).

Согласно пункту 10 ст. 2 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» медицинской деятельностью является «профессиональная деятельность по оказанию медицинской помощи, проведению медицинских экспертиз, медицинских осмотров и медицинских 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».

Данное определение ставит нас перед необходимостью толкования массы специальных терминов. Часть этих терминов определяется в законе. Мы остановимся лишь на понятии медицинской помощи, являющемся, по нашему мнению, основным.

Пункт 3 ст. 2 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» определяет медицинскую помощь как комплекс мероприятий, направленных на поддержание и (или) восстановление здоровья и включающих в себя предоставление медицинских услуг. Данная дефиниция

<sup>9</sup> См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А.Э. Жалинский. 3-е изд. М.: Издательский Дом «Городец», 2010. С. 17.

в свою очередь сталкивает правоприменителя с понятием медицинской услуги.

Следует подчеркнуть, что именно понятия медицинской услуги и медицинской помощи и их соотношение долгое время находятся в центре научных дискуссий<sup>10</sup>. Формулируя данное определение, законодатель включил понятие медицинских услуг в понятие медицинской помощи. По всей видимости, последнее рассматривается как более широкое, однако установить их соотношения более точно, исходя из данной нормы, не представляется возможным.

Таким образом, при квалификации деяния по ст. 235 УК РФ, а именно при установлении объективной стороны состава преступления, правоприменитель имеет дело с массой неразрешенных споров, не имеющих уголовно-правовой природы: что можно считать медицинской услугой, что помимо услуги входит в понятие медицинской помощи, и т.п. Такое состояние уголовного закона нельзя признать оптимальным.

Кроме того, в статье 235 УК РФ формулируется материальный состав преступления, то есть требуется доказать, помимо прочего, причинную связь между незаконным занятием медицинской практикой и причинением вреда здоровью или смерти потерпевшему. По причине того, что объективная сторона данного преступления состоит из действий и бездействия, возникает обоснованный вопрос, должен ли указанный вред быть вызванным не просто деятельностью, а именно тем, что деятельность осуществляется без лицензии?..

Приведем пример. Медсестра, занимающаяся массажем в детской поликлинике, была приглашена на дом с той же целью, где причинила средней тяжести вред здоровью ребенка<sup>11</sup>. Приговор был вынесен по ч. 1 ст. 235 УК РФ. Однако вопрос о том, насколько отсутствие у нее лицензии явилось причиной закрытого перелома левого бедра со смещением, остается открытым.

<sup>10</sup> Три основные позиции по этому вопросу таковы: а) медицинская услуга является формой предоставления медицинской помощи (см.: Тихомиров В.А. Медицинская услуга: правовые аспекты // *Здравоохранение*. 1999. №8. С. 176); б) понятие медицинской помощи более широкое и включает в себя медицинские услуги (см.: Сырейщикова И.А. Основания возникновения правоотношений, связанных с оказанием медицинской помощи // *Юрист*. 2008. №11. С. 51-52); в) медицинская деятельность является сферой оказания медицинской помощи, понятие услуги к ней неприменимо (см.: Баринов Н.А. Медицинские услуги // *Власть закона*. 2010. №3. С. 24).

<sup>11</sup> Приговор Ингодинского районного суда г. Читы от 15 октября 2010 г. // Информационно-правовая система «Актоскоп». URL: <http://actoscope.com/sfo/zabaikalkray/ingoda-cht/ug/1/prigovor-o-priznanii-vinovnim-v-23032011-379475/> (дата обращения: 06.04.2012).

Существуют и иные проблемы, которые возникают перед правоприменителем, и могут поставить под вопрос легитимность вынесенного приговора<sup>12</sup>.

Наиболее остро вопрос о соотношении медицинской помощи и медицинской услуги возникает в связи с возможностью применения статьи 238 УК РФ «Производство, хранение, перевозка либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности» к преступлениям, совершенным в медицинской сфере. Состав преступления по ч. 1 ст. 238 УК РФ является формальным, следовательно, ответственность может возникать в максимально широком количестве случаев. В то же время квалификация деяния по данной статье требует гражданско-правовой оценки действий медицинских работников именно как оказания медицинской услуги.

Оценка действия как оказания услуги или же как не являющегося оказанием медицинской услуги может повлечь существенно различные правовые последствия при том, что предметно такие действия могут не иметь никаких отличий друг от друга. Такое состояние уголовно-правового регулирования может привести к вынесению несправедливых решений, а также ведет к правовой неопределенности, что грубо попирает основополагающие правовые принципы, вытекающие из Конституции РФ и международно-правовых обязательств РФ.

Вероятно, подобная ситуация является одной из причин того, что привлечение медицинских работников к уголовной ответственности происходит по другим статьям УК РФ, в основном – по содержащимся в главе «Преступления против жизни и здоровья»<sup>13</sup>.

Анализ вынесенных в отношении медицинских работников приговоров свидетельствует также о том, что отсутствует четкое понимание того, какие деяния можно квалифицировать по ч. 2 ст. 109 УК РФ (причинение смерти по неосторожности вследствие ненадлежащего исполнения лицом своих профессиональных обязанностей), а какие по ст. 124 УК РФ («Неоказание помощи больному»).

В случаях, когда врач вообще не осмотрел больного, скорая помощь не приехала по вызову и т.п., деяние

<sup>12</sup> Подробнее об этом вопросе в контексте ранее имевшегося правового регулирования см.: Нагорная И.И. К вопросу об уголовной ответственности за незаконное занятие медицинской практикой: опыт России и США (сравнительное исследование) // 20 лет Независимости Республики Казахстан: достижения и перспективы развития: Материалы международной научно-практической конференции: в 2-х томах. Караганда: Карагандинская академия МВД РК им. Б. Байсенова, 2011.

<sup>13</sup> Об этом свидетельствует выборочный обзор приговоров по уголовным делам, связанным с медицинской деятельностью за период с 2006 г. по 2011 г., произведенный автором. Из 37 приговоров только 1 был вынесен по ст. 238 УК РФ.

выражается в форме бездействия как предметно, так и юридически, что больше соответствует понятию «неоказание помощи» нежели «причинение смерти»<sup>14</sup>. Однако материалы ряда уголовных дел свидетельствуют о том, что помощь может быть оказана крайне непрофессионально, не соответствовать характеру заболевания или травмы (отказ от госпитализации больного при наличии тяжелой черепно-мозговой травмы)<sup>15</sup>.

Подавляющее большинство уголовных дел возбуждается по ч. 2 ст. 109 УК РФ, что ставит вопрос о практическом значении ст. 124 УК РФ для охраны прав пациентов. Думается, что данный вопрос должен быть решен на конвенциональной основе.

В данной статье не рассматривается соотношение названных статей УК РФ с такими статьями как ст. 293 («Халатность») и другими составами преступления, требующими наличия специального субъекта – должностного лица. Однако эта проблема также чрезвычайно актуальна, учитывая споры вокруг статуса врача как лица должностного<sup>16</sup>.

Думается, что по крайней мере части указанных проблем можно было бы избежать. Для этого следует ввести в позитивное законодательство конструкции, пригодные для целей уголовно-правовой охраны медицинской деятельности. Этот шаг установит связь позитивного и охранительного закона и приблизит нас к соблюдению принципа единства правовой системы.

Одной из таких конструкций может стать предметное определение медицинской деятельности.

**Правовое регулирование медицинской деятельности в США.** Занятие медицинской деятельностью в США

регулируется нормативными актами штатов. Подобные законы есть во всех штатах<sup>17</sup>.

В § NRS 630.020 главы 630 раздела 54 Свода законов штата Невада «Профессии, занятия и бизнес» дается следующее понятие медицинской практики<sup>18</sup>:

- диагностика, уход, исправление, предотвращение или прописывание лекарства для лечения какой-либо болезни человека, недомогания, увечья, немощи, недостатка или другого состояния, физического или психического, с использованием средств или инструментов, включая, но, не ограничиваясь, осуществлением вскрытия;
- применение принципов и техник медицинской науки для диагностики или предупреждения таких состояний;
- осуществление вышеуказанных действий с использованием телефона, электронных и кабельных средств связи;
- предложение, попытка совершить вышеуказанные действия.

Согласно § NRS 630.160 для того чтобы заниматься медицинской практикой необходимо получить лицензию, выдаваемую Советом медицинских экспертов, который назначается Губернатором в составе 9 членов (§ NRS 630.050).

Лицензия может быть выдана лицу, которое:

- является гражданином США или имеет разрешение на работу в США;
- получило степень доктора медицины в медицинской школе;
- имеет действующий сертификат по специальности и приняло на себя обязанность подтверждать сертификат в течение срока действия лицензии;
- сдало письменный или устный экзамен (или оба) и подтвердило перед Советом знание клинической программы.

Ч. 4 § NRS 630.400 предусматривает, что, если иное не предписано специальным законом, занятие медициной без лицензии является фелонией категории D и наказывается согласно § NRS 193.130 главы 193 раздела 15 «Преступления и наказания» Свода законов штата Невада<sup>19</sup>. § NRS 193.130 устанавливает, что фелония категории D является преступлением, которое наказуемо лишением свободы в тюрьме штата на срок от 1 года до

<sup>14</sup> Приговор Златоустовского городского суда Челябинской области от 30 декабря 2010 г. // ГАС «Правосудие». URL: [http://kameshkovsky.wld.sudrf.ru/modules.php?name=docum\\_sud&id=70](http://kameshkovsky.wld.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=70) (дата обращения: 06.04.2012); Приговор мирового судьи судебного участка №2 Ростовского района Ярославской области от 17 августа 2010 г. // URL: [http://2rst.jrs.mirsudrf.ru/modules.php?name=info\\_pages&id=75&cl=1](http://2rst.jrs.mirsudrf.ru/modules.php?name=info_pages&id=75&cl=1) (дата обращения: 06.04.2012).

<sup>15</sup> См., например: Приговор Островского городского суда Псковской области от 5 марта 2007 г. // URL: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:n6G4I7o1GWoJ:files.sudrf.ru/1677/user/57.doc> (дата обращения: 06.04.2012); Приговор Промышленного районного суда г. Смоленска от 24 декабря 2010 г. // ГАС «Правосудие». URL: [http://prom.sml.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=show\\_text&sr\\_num=1&id=67600031103101039226561000154661](http://prom.sml.sudrf.ru/modules.php?name=bsr&op=show_text&sr_num=1&id=67600031103101039226561000154661) (дата обращения: 06.04.2012).

<sup>16</sup> См., например: Волженкин Б.В. Служебные преступления. М.: Юрист, 2000; Яни П.С. Разграничение служебных функций и профессиональных обязанностей должностного лица при квалификации взяточничества // Российское правосудие. 2009. №1 (33).

<sup>17</sup> См.: Marcia A. Lewis, Carol D. Tamparo. Medical law, ethics and bioethics. 6 edition. Philadelphia: F.A. Davis Company, 2007. P. 66.

<sup>18</sup> Nevada Revised Statutes. URL: <http://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-630.html#NRS630Sec020> (дата обращения: 06.04.2012). Здесь и далее перевод с английского выполнен автором статьи.

<sup>19</sup> Nevada Revised Statutes. URL: <http://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-193.html#NRS193Sec130> (дата обращения: 06.04.2012).

4 лет. Дополнительно к любому другому наказанию суд может наложить штраф в размере не более 5000 \$, если наложения штрафа в большем размере не разрешается или не требуется по закону.

Подобные определения медицинской деятельности имеются и в законодательстве многих иных штатов. В качестве примеров можно привести часть 1 § 12-36-106 статьи 36 раздела 12 «Профессии и занятия» Свода законов штата Колорадо<sup>20</sup>, § 73-25-33 главы 25 раздела 73 Свода законов штата Миссисипи «Профессии и виды деятельности»<sup>21</sup>, п. 22 § 32-1401 статьи 1 главы 13 раздела 32 «Профессии и занятия» Свода законов штата Аризона<sup>22</sup>, § RCW 18.71.011 главы 18.71 RCW раздела 18 «Бизнес и профессии» Свода законов Вашингтон<sup>23</sup>. Во всех перечисленных штатах медицинская практика понимается как определенный процесс, который описывается в таких терминах как лечение, уход, диагностика. Объектом воздействия являются болезненные состояния и травмы, реальные или воображаемые. Что касается субъекта деяния, им может быть в принципе любое лицо, однако законом иногда оговариваются специальные исключения (так, § 73-25-33 главы 25 раздела 73 Свода законов штата Миссисипи указывает, что его нормы не применяются к женщинам, практикующим индивидуально в качестве акушерки).

Указанные штаты устанавливают ответственность за незаконное занятие медицинской деятельностью, не требуя наступления каких-либо последствий. Фактически данные нарушения рассматриваются как преступления против установленного порядка осуществления отдельных видов деятельности. Так, § 97-23-43 Свода законов штата Миссисипи отнесен к главе 23 «Правонарушения против торговли, бизнеса и профессий» раздела 97 «Преступления», он предусматривает одинаковые санкции за незаконное занятие деятельностью врача, стоматолога, хирурга, фармацевта, адвоката, юрисконсульта.

В законодательстве штатов США можно найти и иные нормы, охраняющие права пациентов. Так, § 32-1455 статьи 3 главы 13 раздела 32 «Профессии и виды деятельности» Свода законов штата Аризона называет среди нарушений правил медицинской деятельности

использование словосочетания «доктор медицины», применение инициалов и символов или их комбинаций с целью введения пациента в заблуждение относительно того, что субъект получил лицензию на занятие медицинской практикой.

При причинении вреда здоровью или смерти пациента по неосторожности деяние субъекта квалифицируется по соответствующей статье Уголовного кодекса, предусматривающей ответственность за преступления против личности. Если при этом медицинская практика осуществлялась без лицензии, возможна квалификация по совокупности преступлений.

Так, в штате Колорадо весьма резонансным стало осуждение Брайна О'Коннелла за занятие медицинской практикой без лицензии, а именно за применение практик натуропрактики (вид традиционной медицины) и причинение смерти 19-летнему Шону Фланагану, который был неизлечимо болен раком<sup>24</sup>. Брайан О'Коннелл рекомендовал пациенту ряд процедур, включая различные витамины, чай и другие средства, а также брал кровь Шона и, подвергнув ультрафиолетовому излучению, возвращал ее в организм. В результате Шон Фланаган был госпитализирован в больницу с заражением крови, которое было вызвано отсутствием надлежащей стерилизации при проведении процедур.

На наш взгляд, и в Российской Федерации требуется определить, действительно ли необходим материальный состав незаконного занятия частной медицинской практикой. Возможно, достаточно чтобы безлицензионное занятие медициной наказывалось в административном порядке (при наличии соответствующих имущественных последствий – в уголовном как незаконное предпринимательство), а вред здоровью в случае его причинения может получить отдельную квалификацию. Это значительно упростит правоприменительную практику и снимет вопросы о легитимности приговоров, вынесенных по ст. 235 УК РФ (с учетом названных выше проблем). Впрочем, данный вопрос не может быть окончательно решен в какой-либо научной работе, он требует всестороннего обсуждения и достижения консенсуса на основании осознания действительных потребностей российского общества. Так, не секрет, что многие лица с медицинским образованием подрабатывают по специальности на дому без получения лицензии, что во многих случаях оценивается населением скорее положительно, так как затраты на подобные услуги существенно ниже, чем в частных клиниках.

**Правовое регулирование медицинской деятельности во Франции.** Как и в других странах, во Франции

<sup>20</sup> Michie's legal resources. URL: <http://www.michie.com/colorado/lpext.dll?f=templates&fn=main-h.htm&cp=> (дата обращения: 06.04.2012).

<sup>21</sup> LexisNexis. URL: <http://www.lexisnexis.com/hottopics/mscode/> (дата обращения: 06.04.2012).

<sup>22</sup> Arizona State legislature. URL: <http://www.azleg.gov/FormatDocument.asp?inDoc=/ars/32/01401.htm&Title=32&DocType=ARS> (дата обращения: 06.04.2012).

<sup>23</sup> Washington State legislature URL: <http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=18.71.011> (дата обращения: 06.04.2012).

<sup>24</sup> URL: <http://www.naturowatch.org/legal/oconnell.shtml> (дата обращения: 06.04.2012).

занятие медицинской деятельностью требует наличия определенной квалификации. Согласно ст. L. 4111-1 Кодекса публичного здравоохранения<sup>25</sup> для занятия профессией врача, хирурга-стоматолога или акушерки требуются следующие условия (в совокупности):

1. Наличие диплома, сертификата или иного документа, согласно ст. L. 4131-1, L. 4141-3 или L. 4151-5 Кодекса публичного здравоохранения.

2. Наличие французского гражданства, гражданства Андорры или страны Европейского союза или страны, являющейся частью Европейского экономического сообщества, Марокко или Туниса, при условии применения в соответствующем случае правил, предусмотренных в главе 1 раздела 1 книги 1 части 4 Кодекса публичного здравоохранения, и тех правил, которые вытекают из международных обязательств и являются иными, нежели предусмотрено указанной главой.

3. Членство в коллегии врачей, хирургов-стоматологов или акушерок согласно ст. L. 4112-6 и L. 4112-7 Кодекса публичного здравоохранения.

Ст. L. 4161-1 Кодекса публичного здравоохранения налагает запрет на незаконное занятие медицинской деятельностью. Согласно данной статье незаконно занимается медициной:

1. Любое лицо, которое обычно или по определенному указанию, включая действия в присутствии врача, принимает участие в установление диагноза или в лечении болезней, врожденных или приобретенных, реальных или предполагаемых, своими персональными действиями, словесными или письменными консультациями или любыми иными процедурами, которые следует совершить, или осуществляет один из профессиональных актов, предусмотренных в номенклатуре, закрепленной решением министра здравоохранения, принятой с согласия Национальной медицинской академии, не имея при этом диплома, сертификата или иного правового основания требующихся согласно ст. L. 4131-1 для осуществления медицинской профессии, или если на это лицо не распространяются права, специально установленные ст. L. 4111-2 - L. 4111-4, L. 4111-7, L. 4112-6, L. 4131-2 - L. 4131-5 Кодекса публичного здравоохранения.

2. Любое лицо, занимающееся вышеуказанной деятельностью с нарушением условия, предусмотренного п. 2 ст. L. 4111-1 (гражданство), принимая во внимание исключения, предусмотренные законом (ст. L. 4111-7 и L. 4131-4-1 Кодекса публичного здравоохранения).

3. Любое лицо, которое наделено на постоянной основе законными полномочиями, и оказывает содействия лицам, указанным в пунктах 1 и 2 ст. L. 4161-1, чтобы помочь им обойти требования раздела 1 книги 1 части 4 Кодекса публичного здравоохранения.

4. Любое лицо, имеющее диплом, сертификат или иной медицинский документ, которое осуществляет медицинскую деятельность, не будучи членом медицинской коллегии, созданной в соответствии с главой 2 раздела 1 книги 1 части 4 Кодекса публичного здравоохранения или во время действия временного запрета, предусмотренного ст. L. 4124-6 (дисциплинарные меры), за исключением лиц, упомянутых в ст. L. 4112-6 и L. 4112-7 данного Кодекса.

5. Любой врач, упомянутый в ст. L. 4112-7 Кодекса публичного здравоохранения, который осуществляет профессиональные обязанности, не выполнив условий, предусмотренных данной статьей.

При этом ст. L. 4161-1 Кодекса публичного здравоохранения содержит важную оговорку о том, что ее положения не распространяются на студентов-медиков, на акушерок и фармацевтов-биологов, которые осуществляют действия по медицинской биологии, на медсестер и сиделок, на лиц, которые оказывают помощь согласно условиям, предусмотренным декретом Государственного совета, принятого с согласия Национальной медицинской академии, профессиональная деятельность которых регламентирована в этом же декрете.

Судебная практика свидетельствует о том, что незаконное занятие медициной имеет место как в случае занятия профилактической, так и восстановительной медициной<sup>26</sup>.

Запрет на незаконное занятие стоматологией и акушерством содержится отдельно в ст. L. 4161-2 и L. 4161-2 Кодекса публичного здравоохранения, однако ответственность за эти деяния не отличается от ответственности, предусмотренной за незаконное занятие медицинской деятельностью.

Согласно ст. L. 4161-5 Кодекса публичного здравоохранения незаконное занятие указанными видами деятельности наказывается двумя годами лишения свободы или штрафом в размере 30 тысяч евро.

Таким образом, вопросы регулирования и охраны медицинской деятельности во Франции решаются в одном и том же кодифицированном акте. Незаконное занятие медицинской практикой наказуемо независимо от наступления преступных последствий.

Французская судебная практика, базируясь на особенностях профессии врача, исходит из того, что лицо,

<sup>25</sup> Code de la santé publique // Legifrance.gouv.fr. URL: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=A6FF1C4049B9A31BFDE7D5A9C65EC639.tpdjo02v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006171288&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20120112](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=A6FF1C4049B9A31BFDE7D5A9C65EC639.tpdjo02v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006171288&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20120112) (дата обращения: 06.04.2012). Перевод с французского языка здесь и далее выполнен автором статьи.

<sup>26</sup> См.: Truchet Didier. Code de la santé publique. 25 edition. Paris: Dallos, 2011. P. 468.

осужденное за незаконное занятие медицинской деятельностью, не освобождается от оказания помощи лицам, находящимся в опасности<sup>27</sup>.

Что касается иных составов преступления, то в Кодексе публичного здравоохранения содержится целый ряд уголовно-правовых норм, направленных на обеспечение формальных требований к занятию медициной, а также запрещающих получение неправомерного денежного вознаграждения от пациентов и иные подобные действия (L. 4162-1 – L. 4163-10). Думается, данные статьи направлены на защиту как интересов пациентов, так и интересов медицинского персонала. В качестве примера хотелось бы отметить ст. L. 4163-5, которая содержит такой необычный состав преступления как занятие медициной под псевдонимом, что наказывается штрафом в размере до 4500 евро.

За причинение вреда здоровью или смерти медицинские работники наказываются по статьям Уголовного кодекса Франции, предусматривающим ответственность за преступления против жизни и здоровья. Здесь нет каких-либо отличий от российской и американской практики.

Так, Софи Х. умерла от послеродового кровотечения в клинике после рождения дочери Марии. Акушеру-гинекологу и анестезиологу было предъявлено обвинение в причинении смерти по неосторожности (ст. 221-6 УК Франции), поскольку они покинули клинику и не оказали пациентке необходимую помощь<sup>28</sup>. Данное дело рассматривалось несколько раз, в результате, врачи были признаны виновными.

**Значение предметного понимания медицинской деятельности.** Рассмотрев зарубежный опыт, мы можем сделать вывод, что американский и французский правоприменители при оценке деятельности как незаконного занятия медициной имеют возможность сопоставления деяния, требующего уголовно-правовой оценки, с описанием реально происходящих процессов (а не их юридической характеристики), что является чрезвычайно полезным.

Необходимость оценки действия как услуги или как помощи при уголовно-правовой квалификации деяния в этих правовых системах в основном отсутствует. Мы видим совершенно иной подход: медицинская деятельность разделяется на части по той или иной отрасли медицины. Правовое регулирование и охрана отдельных видов

медицинской деятельности требует самостоятельного анализа, так как некоторые виды медицины регламентируются как совершенно самостоятельные по отношению к общему понятию медицинской деятельности<sup>29</sup>.

Предметное определение медицинской деятельности снимает существующие споры о том, является ли диагностика и консультирование медицинской деятельностью, учитывая, что непосредственного воздействия на организм человека в этом случае не происходит<sup>30</sup>. Все будет зависеть от формулировки закона.

На основании предметного определения медицинской деятельности, которое раскрывает ее сущность, абстрагируясь от юридических форм ее доведения до пациента, законодатель в зарубежных странах пытается создать эффективные механизмы ее охраны средствами уголовного закона, учитывая различные случаи, имеющие место на практике. Например, законодательство штата Колорадо предусматривает случаи, когда лицензия врачу не требуется (а значит, его действия не являются уголовно наказуемыми)<sup>31</sup>. Среди них названо бесплатное оказание услуг в экстренных ситуациях<sup>32</sup>.

Ст. L. 4141-4 Кодекса публичного здравоохранения Франции содержит положение о том, что студенты, обучающиеся на профессию хирурга-стоматолога, имеют право при соблюдении определенных условий заниматься медицинской деятельностью в качестве помощника стоматолога. Это является исключением из общего правила о необходимости иметь законченное специальное образование.

Следует отметить, что мысль о нецелесообразности механического копирования зарубежного опыта является общепризнанной и вряд ли нуждается в дополнительной аргументации. Тем не менее, поиск путей согласования позитивного и охранительного законодательства РФ в целях соблюдения основополагающих правовых принципов представляется совершенно необходимым.

<sup>27</sup> См.: Truchet Didier. Code de la santé publique. P. 476

<sup>28</sup> URL: <http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-de-cassation-1/indedit-2/3254106-cour-de-cassation-criminelle-chambre-criminelle-11-janvier-2011-10-80-449-inedit> (дата обращения: 06.04.2012); URL: <http://lesplusus.blogspot.com/2012/02/le-gynecologue-de-neuilly-ne-pourra.html> (дата обращения: 06.04.2012).

<sup>29</sup> Например, стоматология. См.: ч. 3 § 12-36-106 статьи 36 раздела 12 «Профессии и занятия» Свода законов штата Колорадо; ст. L.4141-3, ст. L.4161-2 Кодекса публичного здравоохранения Франции.

<sup>30</sup> Байда А. А. Уголовная ответственность за незаконную лечебную деятельность. Харьков: Одиссей, 2009. С. 130.

<sup>31</sup> Ч. 3 §. 12-36-106 статьи 36 раздела 12 «Профессии и занятия».

<sup>32</sup> Надо отметить, что хотя в данном случае используется термин «услуга», правовая норма базируется на предметном понимании медицинской деятельности и потому уголовно-правовая оценка такого деяния как неправомерного не должна быть существенно затруднена.



## Библиография

1. Marcia A. Lewis, Carol D. Tamparo. Medical law, ethics and bioethics. 6 edition. Philadelphia: F.A. Davis Company, 2007.
2. Truchet Didier. Code de la santé publique. 25 edition. Paris: Dallos, 2011.
3. Байда А. А. Уголовная ответственность за незаконную лечебную деятельность. Харьков: Одиссей, 2009.
4. Баринов Н.А. Медицинские услуги // Власть закона. 2010. №3.
5. Волженкин Б.В. Служебные преступления. М.: Юрист, 2000.
6. Жалинский А.Э. Модернизация механизма действия уголовного права: теоретические и методологические проблемы / в кн. Уголовное право и современность. Сборник статей. Вып. 3 / Отв. ред. А.Э. Жалинский. М., 2011.
7. Жалинский А.Э. О построении общей инструментально целевой теории уголовного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. №4.
8. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А.Э. Жалинский. 3-е изд. М.: Издательский Дом «Городец», 2010.
9. Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2010.
10. Кудашов А.Н. Проблемные вопросы привлечения к уголовной ответственности за незаконное занятие частной медицинской практикой или частной фармацевтической деятельностью // Право и государство: теория и практика. 2008. №7.
11. Малахова М.М. Незаконное занятие частной медицинской практикой или частной фармацевтической деятельностью: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2008.
12. Нагорная И.И. К вопросу об уголовной ответственности за незаконное занятие медицинской практикой: опыт России и США (сравнительное исследование) // 20 лет Независимости Республики Казахстан: достижения и перспективы развития: Материалы международной научно-практической конференции: в 2-х томах. Караганда: Карагандинская академия МВД РК им. Б. Байсенова, 2011.
13. Рёрихт А.А. Теоретические основы медицинского права: Проблемы формирования и развития: Монография / Отв. ред. Е.В. Алферова, Н.Ю. Хаманева. М., 2011.
14. Сырейщикова И.А. Основания возникновения правоотношений, связанных с оказанием медицинской помощи // Юрист. 2008. №11.
15. Тихомиров В.А. Медицинская услуга: правовые аспекты // Здравоохранение. 1999. №8.
16. Уголовная политика в сфере экономики: экспертные оценки. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2011.
17. Уголовное право: В 3 т. Т. 1 Общая часть / Под общ. ред. А.Э. Жалинского. М.: Издательский Дом «Городец», 2010.
18. Фролов А.С. К вопросу об уголовной ответственности за незаконное занятие частной медицинской практикой или частной фармацевтической деятельностью // Вестник Омского университета. 2006. №3/4.
19. Яни П.С. Разграничение служебных функций и профессиональных обязанностей должностного лица при квалификации взяточничества // Российское правосудие. 2009. №1 (33).

## References (transliteration)

1. Marcia A. Lewis, Carol D. Tamparo. Medical law, ethics and bioethics. 6 edition. Philadelphia: F.A. Davis Company, 2007.
2. Truchet Didier. Code de la santé publique. 25 edition. Paris: Dallos, 2011.
3. Bayda A. A. Ugolovnaya otvetstvennost' za nezakonnuyu lechebnuyu deyatel'nost'. Khar'kov: Odissey, 2009.
4. Barinov N.A. Meditsinskie uslugi // Vlast' zakona. 2010. №3.
5. Volzhenkin B.V. Sluzhebnye prestupleniya. M.: Yurist', 2000.
6. Zhalinskiy A.E. Modernizatsiya mekhanizma deystviya ugolovnoogo prava: teoreticheskie i metodologicheskie problemy / v kn. Ugolovnoe pravo i sovremennost'. Sbornik statey. Vyp. 3 / Otв. red. A.E. Zhalinskiy. M., 2011.
7. Zhalinskiy A.E. O postroenii obshchey instrumental'no tselevoy teorii ugolovnoogo prava // Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki. 2011. №4.
8. Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii / Otв. red. A.E. Zhalinskiy. 3-e izd. M.: Izdatel'skiy Dom «Gorodets», 2010.

9. Kontseptsiya modernizatsii ugolovnogo zakonodatel'stva v ekonomicheskoy sfere. M.: Fond «Liberal'naya missiya», 2010.
10. Kudashov A.N. Problemnye voprosy privlecheniya k ugolovnoy otvetstvennosti za nezakonnoe zanyatie chastnoy meditsinskoj praktikoy ili chastnoy farmatsevticheskoy deyatel'nost'yu // Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika. 2008. №7.
11. Malakhova M.M. Nezakonnoe zanyatie chastnoy meditsinskoj praktikoy ili chastnoy farmatsevticheskoy deyatel'nost'yu: avtoreferat dis. ... kand. jurid. nauk. Rostov-na-Donu, 2008.
12. Nagornaya I.I. K voprosu ob ugolovnoy otvetstvennosti za nezakonnoe zanyatie meditsinskoj praktikoy: opyt Rossii i SShA (sravnitel'noe issledovanie) // 20 let Nezavisimosti Respubliki Kazakhstan: dostizheniya i perspektivy razvitiya: Materialy mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii: v 2-kh tomakh. Karaganda: Karagandinskaya akademiya MVD RK im. B. Baysenova, 2011.
13. Rerikht A.A. Teoreticheskie osnovy meditsinskogo prava: Problemy formirovaniya i razvitiya: Monografiya / Otv. red. E.V. Alferova, N.Yu. Khamaneva. M., 2011.
14. Syreyshchikova I.A. Osnovaniya vozniknoveniya pravootnosheniy, svyazannykh s okazaniem meditsinskoj pomoshchi // Yurist. 2008. №11.
15. Tikhomirov V.A. Meditsinskaya ushuga: pravovye aspekty // Zdravookhranenie. 1999. №8.
16. Ugolovnaya politika v sfere ekonomiki: ekspertnye otsenki. M.: Fond «Liberal'naya missiya», 2011.
17. Ugolovnoe pravo: V 3 t. T. 1 Obshchaya chast' / Pod obshch. red. A.E. Zhalinskogo. M.: Izdatel'skiy Dom «Gorodets», 2010.
18. Frolov A.S. K voprosu ob ugolovnoy otvetstvennosti za nezakonnoe zanyatie chastnoy meditsinskoj praktikoy ili chastnoy farmatsevticheskoy deyatel'nost'yu // Vestnik Omskogo universiteta. 2006. №3/4.
19. Yani P.S. Razgranichenie sluzhebnykh funktsiy i professional'nykh obyazannostey dolzhnostnogo litsa pri kvalifikatsii vzyatochnichestva // Rossiyskoe pravosudie. 2009. №1 (33).