

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАУК

**Институт
научной информации
по общественным наукам**

**Институт
государства и права**

СОВРЕМЕННОЕ МЕДИЦИНСКОЕ ПРАВО

Сборник научных трудов

Москва 2003

Центр социальных научно-информационных исследований ИНИОН РАН

Центр эколого-правовых исследований ИГП РАН

Центр административно-правовых исследований ИГП РАН

Отдел правоведения

Редакционная коллегия:

О.Л. Дубовик — д-р юрид. наук, проф. (отв. редактор — ИГП РАН), Ю.С. Пивоваров — член-корр. РАН (отв. редактор — ИНИОН РАН), Е.В. Алферова — канд. юрид. наук, Л.Л. Ананиан — канд. юрид. наук, Е.Г. Афанасьева — канд. юрид. наук, В.Н. Листовская (науч. редактор), А.А. Рёрихт (отв. за выпуск), Н.Ю. Хаманева — д-р юрид. наук, проф.

С 56

Современное медицинское право в России и за рубежом: Сб. науч. тр./ РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед.; Отд. правоведения; ИГП. Центр эколого-правовых исслед.; Центр адм.-правовых исслед.; Отв. ред.: Дубовик О.Л., Пивоваров Ю.С. — М.: ИНИОН, 2003. — 472 с.

ISBN 5-248-00161-7

В сборнике рассматриваются проблемы правового регулирования здравоохранения, и прежде всего прав пациентов, внедрения новых медицинских технологий, освещаются тенденции развития законодательства в области медицины, вопросы биоэтики, медицины и права (эвтаназия, клонирование, трансплантация органов и тканей и др.), затрагиваются темы: коррупция в медицине, врачебная ответственность, страховая медицина и генно-инженерные технологии и др. Анализируются законодотворчество и судебная практика Австрии, Великобритании, Польши, России, США, Франции, ФРГ, Южной Кореи, Японии и др.

Адресуется преподавателям медицинских и юридических вузов, аспирантам и студентам, законодателям и ученым, специалистам-практикам в области здравоохранения и юстиции.

ББК 67.4

ISBN 5-248-00161-7

© ИНИОН РАН, 2003

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие 1

<i>О.Л. Дубовик. Здоровье человека — важнейший объект правотворчества и правореализации</i>	6

Предисловие 2

<i>А.Элерс. Рынок и мораль. Современная медицина не может отстраниться от этических вопросов.....</i>	16

Раздел I

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И МЕДИЦИНА: ПУТИ РАЗВИТИЯ

<i>М.Н.Малеина. Законодательство о здравоохранении в России: Современное состояние и перспективы развития</i>	20
<i>И.Г.Король. Уголовный закон и ответственность медицинских и фармацевтических работников.....</i>	37
<i>А.А.Рёрихт. Совершенствование медицинского законодательства: Путь к преодолению коррупции.....</i>	53
<i>Армстронг Х. Социальные связи и приватизация в канадском здравоохранении. (Реферат)</i>	77
<i>Беннет Б. Новый вызов старым законам? Развитие электронного здравоохранения в Австралии. (Реферат)</i>	85
<i>В.Б.Наумов, Д.А.Савельев. Правовое регулирование телемедицинских услуг: Международный опыт</i>	90
<i>Р.Бонни. Зависимость от психоактивных веществ и юридическая ответственность</i>	110
<i>С.В.Полубинская. Развитие законодательства о правах ВИЧ-инфицированных в Российской Федерации</i>	125

Законодательство о психическом здоровье в США. Рецензия на книгу.....	134

Раздел II ПРАВА ПАЦИЕНТА

<i>Е.Г.Афанасьева.</i> Право на информированное согласие как основа юридического статуса пациента	142
<i>Дж.В.Берг.</i> «Говорить или не говорить»: Этика и закон о конфиденциальности медицинской информации.....	162
<i>А.А.Рёрихт.</i> Права пациента и юридическая ответственность в медицинском праве. (На примере Польши). (Обзор)	181
<i>А. Элрс.</i> Долг разъяснения с точки зрения адвоката	192

Раздел III НОВЫЕ МЕДИЦИНСКИЕ ТЕХНОЛОГИИ, БИОЭТИКА И ПРАВО

<i>О.А.Хазова.</i> Правовые аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий в России	198
<i>А.А.Рёрихт.</i> Биоэтика и права человека: Научные исследования. (Обзор)	214
<i>У.Саксофски.</i> Дискуссии о генетике человека в немецком праве	231
<i>А.И.Йорыш.</i> Правовые и этические проблемы клонирования человека	245
<i>Т.В.Никишина.</i> Клонирование как инструмент репродукции человека в США. (Обзор).....	265
<i>Т.Гутмани.</i> В поисках правовых ценностей: О наказуемости клонирования людей	271
<i>Р.Меркель.</i> Медицина, этика и уголовное право: Хирургическое разделение сиамских близнецов	281

ТРАНСПЛАНТАЦИЯ И ДОНОРСТВО

<i>Д.П.Кобяков.</i> Правовое регулирование трансплантации органов и тканей в России.....	287
<i>Е.Г.Афанасьева.</i> Донор и реципиент перед лицом закона: Зарубежный опыт	296

<i>Кавагучи Х.</i> Уголовно-правовые проблемы трансплантации органов в Японии. (Реферат)	309
<i>Э.М.Гузик-Макарук.</i> Польское законодательство о трансплантации как методе лечения.....	313
<i>П.Кёниг.</i> Уголовный запрет торговли органами	328
<i>У.Шрот.</i> Уголовно-правовые рамки донорства в ФРГ	339

Раздел IV ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЭВТАНАЗИИ

<i>В.П.Сальников, Э.В.Кузнецов, О.Э.Старовойтова.</i> Право на смерть в системе соматических прав человека	350
<i>К.Роксин.</i> Уголовно-правовая оценка эвтаназии	373
<i>Г.Вольфсласт.</i> Эвтаназия с позиций науки и судебной практики ФРГ. Сравнение с другими европейскими странами.....	390
<i>А.А.Рёрихт.</i> Эвтаназия в медицинском и уголовном праве Польши. (Реферативный обзор).....	396
<i>Чонг Х.-М.</i> Помощь в смерти и уголовное право. (Эвтаназия в праве Южной Кореи). (Реферат).....	403

Раздел V ВОПРОСЫ МЕДИЦИНЫ В ОТРАСЛЕВОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

<i>О.Л.Дубовик.</i> Медицинское и экологическое право: Общие задачи, пути и способы взаимодействия в охране среды обитания человека.....	408
<i>Ю.Р.Храмова.</i> Генная инженерия: Правовые требования к обеспечению охраны здоровья и экологической безопасности населения России.....	419
<i>Е.В.Новикова.</i> Изменение санитарно-эпидемиологических правил в Российской Федерации	438
<i>А.Э.Жалинский.</i> Криминология и медицина	448
<i>А.А.Рёрихт.</i> Исследования в области уголовного медицинского права в Польше. (Реферативный обзор).....	456
<i>Опи Г.</i> Медицинское право и спорт в Австралии. (Реферат).....	464
Сведения об авторах статей и обзоров	469

ПРЕДИСЛОВИЕ 1

О.Л. Дубовик

ЗДОРОВЬЕ ЧЕЛОВЕКА – ВАЖНЕЙШИЙ ОБЪЕКТ ПРАВОТВОРЧЕСТВА И ПРАВОРЕАЛИЗАЦИИ

Предлагаемый российскому читателю сборник посвящен проблемам медицинского права. Можно спорить о том, существует ли оно как самостоятельная отрасль права или нет, выделено ли законодательство о здравоохранении в структуре законодательства в целом, каково соотношение медицинского права с правом конституционным, административным, гражданским, уголовным, экологическим, каков предмет его регулирования, в чем состоит его роль и каково место в правовой системе и т.д., но ясно одно — как бы ни решила юридическая наука эти вопросы, правовое регулирование охраны здоровья и жизни людей представляет собой важнейшую сферу правотворчества и правореализации. Авторы материалов, помещенных в сборнике, стремились не только осветить наиболее актуальные, по их мнению, области научного знания и ведущие ныне юристами и медиками острые дискуссии по отдельным вопросам, например о допустимости эвтаназии, о защите прав эмбрионов. Главная цель этой работы заключалась в представлении современного состояния законодательства о здравоохранении и практики его реализации, но не самих по себе, а сопровождаемых анализом достижений и просчетов, выявлением пробелов и предложениями по их ликвидации, разработкой в возможных случаях прогнозов на будущее, для того чтобы человечество не столкнулось неожиданно с проблемой, требующей сверхсрочного правового решения, будучи к ней не подготовленным, на-

пример, клонированием людей, созданием искусственного человека и т.п.

Кроме того, на наш взгляд, чрезвычайно важно, что все авторы, будучи юристами по профессии и призванию, не замыкались в рамках юриспруденции, но подходили к рассматриваемым ими конкретным вопросам, учитывая морально-этические принципы и нормы. В медицинском праве как никакой другой отрасли современного права значение такого подхода переоценить, преувеличить невозможно. Многим это соображение покажется банальным. Но это не так. Даже в нашей стране, прошедшей всю тяжкую дорогу испытания тоталитаризмом и борьбы с фашизмом, появляются в последнее время (на страницах уважаемых юридических журналов!) предложения о введении особых медико-юридических санкций по отношению к лицам, осужденным за совершение некоторых категорий тяжких преступлений, т.е. лоботомии, принудительной стерилизации, кастрации и проч. Такого рода откат в Средневековье в юридической российской науке, а тем более в практике допустить невозможно. Но современная жизнь богата не только такими крайними ситуациями: возникает множество иных проблем, где теснейшим образом переплетаются мораль, этика, закон, правовой обычай, религиозные взгляды. Скорее, трудно назвать проблему медицинского права, где бы этого не происходило. Поэтому при выборе тематики книги мы стремились к тому, чтобы сопровождать юридические проблемы о детях из прорирки, торговле органами и тканями, о конфиденциальности медицинской информации, о вмешательстве в генную структуру человека и многом другом анализом норм морали и этики, философских теорий, наконец, религиозных постулатов, которые могут действовать сильнее любого правового запрета или стимула. И в этой связи хотелось бы подчеркнуть, что все перечисленные основания человеческого разума, культуры, общественной жизни могут быть различными не только в разных правовых системах, но и — в разных обществах. Отношение к возможности зарождения ребенка в прорирке, к помощи в смерти, к пересадке человеку органов или тканей, взятых у животных, и т.п. существенно различается не только (и не столько) в методах правового регулирования, сколько в традициях, религиозных взглядах, национальных менталитетах.

В книге представлены авторы разных стран и по возможности дана обзорная информация о медицинском праве тех государств (правовых систем), специалисты которых в данной работе непосредственного уча-

ствия не принимали. Конечно, в одном небольшом сборнике невозможно рассказать о многих странах, особенностях законодательства о здравоохранении в них, о способах защиты прав пациентов и пределах вмешательства в их жизнь, здоровье и волю, но все же в нем достаточно широко отражены две ведущие правовые системы: англо-американская (на примерах Великобритании, Австралии, США, Канады) и континентальная (медицинским правом ФРГ, Франции, Польши, РФ, Швеции и других стран), а также — пусть в ограниченном масштабе, но зато по важным проблемам освещены вопросы правового регулирования трансплантации в праве Японии и эвтаназии — в праве Южной Кореи. Это стало возможным благодаря тому, что Институт Макса Планка по международному и иностранному уголовному праву (г. Фрайбург, ФРГ) опубликовал на немецком языке интереснейшие работы Хироказу Кавагучи и Хоен Ми Чонг и предоставил их для использования в данном сборнике.

Среди авторов — специалисты, работающие в университетах и других научных организациях ФРГ, России, Польши, США. И в этой связи следует подчеркнуть ярко выраженный интернациональный характер книги, что проявляется не только в приглашении участвовать в ее создании ученых из разных стран, но и в предмете исследования, в содержании сборника. Отмечу, что медицинское право не приобрело столь глобального значения как, например, экологическое, но развитие международной кооперации более чем плодотворно и в этой области научного юридического знания и юридической практики. И не только для того, чтобы наладить, например, эффективную систему борьбы с незаконной торговлей органами и тканями, кровью и кровезаменителями, эмбрионами, но и для распространения новых, апробированных в отдельных странах методов правового регулирования охраны здоровья людей и защиты их прав в случаях медицинского вмешательства.

Наряду с использованием интернационального подхода при создании книги применен междисциплинарный подход, причем на двух уровнях. О первом, т.е. о включении концепций и теорий философии, этики, религии и морали, говорилось выше. Здесь же подчеркну второй аспект, связанный с тем, что медицинское право — одна из самых молодых отраслей права и законодательства. В России, например, на юридических факультетах — в отличие от ФРГ, США и ряда других стран — медицинское право не преподают (некий вводный курс читается в отдельных медицинских вузах). Не включено оно и в список специальностей, по которым можно написать и защитить диссертацию. Не присваивают у нас

званий профессоров и доцентов по кафедрам медицинского права. Все это вроде бы должно означать, что в стране нет и специалистов в области медицинского права, да и нет пока таких кафедр на юридических факультетах российских вузов. Но это не так. В Институте государства и права РАН (Центр административно-правовых исследований) обучаются вот уже на протяжении трех лет аспиранты, разрабатывающие медико-правовую тематику (хотя и специальность у них обозначена как право административное и кандидатские минимумы сдаются по этой отрасли). Многие специалисты — известные ученые в области гражданского или уголовного, конституционного права — стали работать над вопросами медицинского права (как на стыке со своей профессиональной областью, так и над совсем новыми проблемами). Назову двух российских профессоров — авторов нашего сборника: М.Н.Малеину, написавшую книгу о человеке и медицине, и А.И.Йорыша, под чьим руководством были защищены в нашей стране первые диссертационные исследования по правовому регулированию трансплантологии и генно-инженерной деятельности. В последние годы серия работ по медицинскому праву была издана в Санкт-Петербурге (В.Б.Наумов, Д.А.Савельев, В.П.Сальников и др.). Исследования на стыке криминологии, медицины и уголовного права проводятся на кафедре уголовного права в Государственном университете — Высшая школа экономики (Ю.М.Антонян, А.Э.Жалинский).

В принципе до недавнего времени такая ситуация была характерна и для других стран, т.е. когда специалисты временно или постоянно «переходили» на медико-правовую тематику и существенно продвигали ее. Судя по работам зарубежных авторов, представленным в сборнике, это себя более чем оправдывает. Известнейший специалист в области уголовно-процессуального и уголовного права профессор К.Роксин — руководитель Института уголовно-правовых исследований, криминалист, профессор Ульрих Шрот и другие немецкие коллеги подготовили и опубликовали прекрасную книгу — «Уголовно-медицинское право», которая выдержала уже два издания¹. Хочу особо подчеркнуть, что издательство Рихарда Боорберга дало согласие на перевод и публикацию ряда статей из этой книги на русском языке, предоставив тем самым возможность нашим читателям ознакомиться с новейшими исследованиями и взглядами авторитетных немецких юристов.

¹ Medizinstrafrecht. — 2 Aufl. — Stuttgart: Richard Boorberg Verl., 2001.

Зарубежные коллеги, например, профессора У.Саксофски — специалист в области экологического и административного (полицейского) права и криминалист Г.Вольфсласт написали специально для сборника статьи по проблематике, которой они сейчас активно занимаются. Американские ученые — Дж.Берг и Р.Бонни также подготовили статьи для сборника, исходя из интересов российских читателей и одновременно освещая очень острые для США и американского права вопросы. Коллеги из Польши (К.Поклевски-Козьел, А.Вонсек, Э.Плывачевский и Э.Гузик-Макарук) снабдили составителей сборника как новейшими публикациями по медицинскому праву Польши, так и авторскими материалами.

Реальная жизнь и опыт научных исследований показывают, что использование традиционных подходов и методов к изучению тех или иных правовых феноменов не то чтобы полностью себя исчерпало, но, пожалуй, не всегда дает, да и не может дать требуемых результатов. Особенно ярко это проявляется при исследовании новых или недавно осознанных феноменов типа организованной преступности, коррупции, незаконной торговли (оружием, окружающей средой, органами и т.п.), терроризма, экологической и медицинской преступности. Именно поэтому все шире применяется междисциплинарный подход, объединяющий возможности различных отраслей знания — юридических, например экологического, уголовного и административного права, криминологии, и лежащих вне сферы права (научные исследования в области экономики, медицины и др.). Закономерно и то, что потенциал междисциплинарного подхода усиливается интеграцией международного сотрудничества, кооперацией при проведении различных исследований ученых разных стран, представителей различных школ, т.е., как уже отмечалось, интернациональным подходом. На практике оба подхода также получают все более масштабное воплощение. Примером служит деятельность Интерпола, Европола, Гринпис, Всемирной организации здравоохранения и других организаций.

Применительно к рассматриваемым проблемам, т.е. нарушениям прав пациентов, врачебным ошибкам, незаконной торговле органами и иным связанным с медициной явлениями необходимость междисциплинарного и интернационального подходов очевидна. Административное право формулирует требования к организации системы управления здравоохранением и контролю в этой сфере, определяет применение таких средств, как разрешительная и регистрационная системы (к слову, сбой

в этих системах часто запускают в действие коррупционные механизмы), устанавливает круг административно-наказуемых запретов, а также правовой статус медицинских организаций (государственных и частных), обязанности должностных лиц и проч. Уголовное право имеет дело с наиболее острыми видами реакции общества на нарушения правопорядка в сфере медицинской деятельности, устанавливает самые жесткие запреты в отношении посягательств на здоровье пациентов, нарушения врачебного долга, правил борьбы с инфекционными заболеваниями, прав граждан на охрану их жизни и здоровья. Наука уголовного права до последнего времени сосредоточивала свое внимание на анализе составов отдельных преступлений, толковании норм УК РФ, решении вопросов о разграничении преступлений и проступков в этой сфере. В криминологии немало внимания уделяется сбору и анализу статистических данных о преступности, что само по себе представляет непростую задачу, учитывая несовершенство отечественной статистики и пренебрежение к информации о преступлениях в сфере медицинских услуг. Почти нет исследований, посвященных причинам этих преступлений и эффективности мер юридической ответственности за их совершение, а также мер их профилактики. Наконец, изучение личности «медицинского» преступника вообще и «нового» в частности практически отсутствует. Тем не менее за счет других направлений, в том числе разработки проблем коррупции, организованной преступности, региональной преступности, методики сбора и анализа статистических данных, криминология предоставляет пусть не все возможные и необходимые средства, но хотя бы часть их, для изучения феномена преступности и ее причин в сфере медицинских услуг. Таким образом, указанные выше и неназванные юридические науки, как и само медицинское право, изучающие разные стороны данного объекта, могут получить эффективный результат лишь при кооперации усилий, сопоставлении информации, использовании сложных понятий и инструментов. В дополнение к сказанному добавлю, что при реализации междисциплинарного подхода к данной проблеме ни в коем случае нельзя ограничиваться рамками юридического знания и опыта. Позитивный эффект дает привлечение экономического, философского, этического, социологического, исторического и иных отраслей знания. Так, совершенно очевидно, что оценка ущерба от незаконной торговли органами и тканями должна сопоставляться с данными экономических оценок расходов на систему здравоохранения, объемом проводимых операций, количеством спасенных жизней, расходами людей на восстановление здо-

ровья, доходами страховых медицинских обществ (компаний), расходами на контрольно-надзорную деятельность и другими показателями. В самом деле: объект исследования (и социально-правового регулирования) настолько сложен, что его изучение, не говоря уж об управлении им, требует максимального объединения средств самых разных наук, а значение общечеловеческое — сохранение здоровья людей и генофонда человека и обеспечение их безопасности — в такой же степени требует усиления и дальнейшего развития интернационального подхода.

Наконец, третий момент, который характеризует работу над сборником, это комплексный подход, проявившийся в том, что в нем освещены многие вопросы медицинского права как такового и затронуты смежные с ним области, например криминология и экологическое право, уголовное право, правовое регулирование санитарно-эпидемиологических требований и др.

В связи с этим определенные трудности возникли при определении структуры книги. С одной стороны, можно было руководствоваться территориальным принципом и поместить, разделив на группы, материалы о медицинском праве в Германии, США, Польше и т.д. С другой — можно было выделить авторские статьи в одну часть, а обзорные — в другую, так, как это было сделано в книге «Современное экологическое право в России и за рубежом», вышедшей в ИНИОН РАН в 2001 г. С третьей — можно было попытаться сгруппировать все материалы по темам, невзирая на то, право какой страны они характеризуют, или на то, какая форма изложения научной информации в них преобладает — авторская, т.е. аналитическая и оценочная в самом остром виде, или описательно-информационная. Выбор последнего варианта не был легким, поскольку очень часто — и читатель может в этом убедиться — в рамках той или иной темы затрагивается ряд вопросов, например по теме трансплантации — позитивное регулирование, ответственность за нарушение законодательства, а в ней — уголовная ответственность и т.п. Тем не менее, на наш взгляд, удобнее для читателя вначале получить представление о развитии законодательства в области здравоохранения в целом (пусть даже и не по всем странам, правовые нормы и судебная практика которых освещены в книге), о роли этических, моральных и религиозных убеждений и норм, влияющих на содержание правовых предписаний и практику их реализации в разных правовых системах, т.е. о своеобразной общей части, вводной в проблематику. Затем ознакомиться с наиболее интересными и привлекающими внимание как специалистов, так и общественно-

сти проблемами: защита прав пациента, трансплантация органов и тканей, эвтаназия и клонирование, а также некоторыми специфическими вопросами медицинского права. При этом подчеркну, что во многих статьях и обзорах особое внимание уделяется уголовной ответственности и борьбе с нарушениями медицинского законодательства, что вполне объяснимо, учитывая, с одной стороны, их высокую общественную опасность, с другой — резко негативное отношение людей к злоупотреблениям и преступлениям в этой сфере, с третьей — массовость нарушений (по крайней мере в России), с четвертой — необходимость предвидеть потенциальные риски и угрозы причинения существенного вреда, а следовательно, принять необходимые законодательные и иные меры, осознавая при этом, насколько сложно приспособить закон к эффективному регламентированию столь деликатной и многогранной материи, как жизнь и смерть человека, и вмешательство в нее других людей — пусть даже с самыми лучшими намерениями.

Отмечу также, что в число авторов сборника входят не только известные ученые, но и практики, в своей повседневной деятельности сталкивающиеся с необходимостью принимать решения, организовывать исполнение законодательных предписаний. На первый взгляд, может показаться, что обсуждение тонких этических нюансов или формулировок, ограничивающих клонирование, — вещи, оторванные от повседневных забот большинства граждан, да и юристов с медиками. Но это ошибочное впечатление, могущее оставаться в силе до тех пор, пока вы не столкнетесь с болезнью, или до тех пор, пока человечество не окажется лицом к лицу с угрозой потери своей биологической сущности. Не стоит надеяться на то, что оба варианта — или плохой сон, или фантастический роман. К сожалению, реальная жизнь намного страшнее и суровее, чем любые фантазии. Поэтому авторы надеются, что специалисты и неспециалисты, прочитавшие эту книгу, по меньшей мере задумаются над всей сложностью поставленных в ней вопросов и неоднозначностью данных ответов или путей, по которым, возможно, следует двигаться в поисках ответов.

В развитие высказанных соображений предлагаем читателям внимательно прочитать небольшой по объему текст известного немецкого адвоката, доктора медицинских и юридических наук Александра Элерса, играющий роль второго предисловия, что непривычно для наших изданий. Но дело в том, что в этом тексте, воспроизведенном по его интервью, опубликованному ведущей германской газетой «Франкфуртер аль-

гемайне пайтунг» еще в 2001 г., на мой взгляд, сформулирована идея, задача, подход, объединяющий медиков и юристов, предложена своеобразная программа, в которой очень сжато выражено то, над чем им предстоит работать, и обозначены те трудности, с которыми им приходится сталкиваться сейчас и предстоит столкнуться в недалеком будущем.

ПРЕДИСЛОВИЕ 2

А. Элерс

РЫНОК И МОРАЛЬ. СОВРЕМЕННАЯ МЕДИЦИНА НЕ МОЖЕТ ОТСТРАНИТЬСЯ ОТ ЭТИЧЕСКИХ ВОПРОСОВ

Гиппократ был одним из самых знаменитых врачей в истории человечества. Его простые принципы легли в основу врачебной деятельности и влияли на нее вплоть до конца XX в., несмотря на то что эти принципы не имели формального авторитета, не были сформулированы в качестве правовых норм в специальном законе. Они действовали благодаря своей внутренней силе, как будто не существовало у врачебного этноса альтернативы. Гиппократ стремился сохранять жизнь, служить здоровью пациентов, нести ответственность и вызывать доверие.

Современное историческое развитие заставляет усомниться в том, осталась ли в силе этика Гиппократа. Соотношение между болезнью и здоровьем, инвалидностью и тем, что определяет качество жизни, кардинально изменилось. В середине прошлого столетия болезнь воспринималась как знамение судьбы, сопровождающее жизнь человека и зачастую связанное с бедностью и нуждой. Но от эпохи к эпохе менялись представления человека о добре и зле, менялось и его отношение к своему телу. Глобальное высокотехнологичное общество не терпит физических болезней или психических отклонений, слабостей или биологических сюрпризов.

В Германии работают 295 тыс. отлично образованных врачей в 90 тыс. частных практиках и 2250 больницах с 565 тыс. мест, огромный финансовый поток направлен на сохранение здоровья пациентов. Химико-фармацевтическая индустрия также вносит свой вклад: продаются более 9500 лекарств (появление на рынке каждого из которых стоит многие миллионы); постоянно выпускается все более технически сложное, высокотехнологичное оборудование, которое используется в медицине и фармацевтике. Прогресс в медицине привел к резкому увеличению продолжительности жизни: с 1960 по 1995 г. у мужчин — на 6,8 года, у женщин — на 8,1 года. Победа над многими заболеваниями стала вопросом времени, а здоровье и болезнь — главным бизнесом столетия.

Никогда еще в здоровье не вкладывалось так много капитала. Создаются все новые и новые рынки. Самым прибыльным из них вот-вот станет рынок генно-инженерных технологий. Расшифровка человеческого генома дает возможность заглянуть в самые сокровенные тайны жизни. Предсказание заболеваний уже возможно, клонирование людей почти доступно. Миссия науки «человек» успешно реализуется.

Однако у этих побед есть своя цена. Все больше экспертов указывают на то, что разница между возможностями медицины и способностью оплатить ее услуги увеличивается. По последним прогнозам немецкого Института изучения экономики, обязательный страховой взнос возрастет с 13,5 до 23,1% в 2040 г. Это вполне объяснимо, если учесть, что лечение, например, таких наследственных заболеваний, как *Morbus Gaucher*, стоит более 100 тыс. марок в год. Солидарно финансируемое страхование разрывается между падающими взносами обязательного страхования и растущими расходами.

Высокий уровень современной медицины, обеспечения пациентов, научного прогресса вообще входит в явное противоречие с невозможностью его финансирования. Снять это напряжение способно появление и развитие современной медицинской этики, пока что характеризующейся глобальным равнодушием. Приходится констатировать, что требование каждого на максимальное и равное для всех медицинское обслуживание может стать невыполнимым. Тем самым возникает угроза одному из основополагающих институтов современного общества — социальному государству. Приведу несколько показательных в этом плане примеров: в Англии страховые компании не оплачивают протезы людям старше 65 лет; в голландской университетской клинике в конце года были вынуж-

дены отказать в приеме больным лейкемией, так как закончились средства.

Новые проблемы повлечет применение генно-инженерных технологий. Известно, например, что профилактическая медицинская диагностика может иметь драматические последствия. Как следует вести себя человеку, которому врач предсказал 25%-ную вероятность заболевания раком кишечника, 30%-ную — диабетом и 45%-ную одним из распространенных и ужасных недугов — болезнью Альцгеймера? Всю свою жизнь подчинить режиму или вообще удалить кишечник? Существуют также вполне оправданные опасения, связанные с заболеваниями, порождаемыми генно-модифицированными организмами, а также злоупотреблениями генно-инженерными технологиями в целях искусственного создания людей.

Так или иначе в наши дни человечеству придется задуматься над тем, сколько прогресса ему необходимо и сколько оно в состоянии выдержать. Должен ли прогресс предусмотреть возможность остановки, т.е. самоограничения? Современная медицина не может отстраняться от этических вопросов. Кант обозначал этику как учение о нравственном желании и действии человека в различных жизненных ситуациях. То есть система ценностей и нормы, определяющие нашу жизнь, не подчинены какому-либо предустановлению, они строятся в соответствии с тем, как мы их определим. Будущее медицины содержит множество опасностей. Осмысление основных принципов Гиппократов должно стать базой для поиска ответа на сложные вопросы современной действительности.

Перевод *А.А. Рёрихт*

Раздел I

ЗАКОНОДАТЕЛЬНОСТЬ И МЕДИЦИНА: ПУТИ РАЗВИТИЯ

Правовые предписания, образующие в своей совокупности новую комплексную отрасль — медицинское право, чрезвычайно разнообразны. Они объединяются в пока еще не всегда четко выделенные институты, поэтому в отечественной и зарубежной литературе не стихают споры о структуре и содержании данной отрасли законодательства и даже о ее названии. Прежде чем приступить к изучению отдельных вопросов, целесообразно ознакомиться с позициями по вопросу об особенностях развития медицинского права, его месте в правовой системе разных стран, соотношении его структурных элементов и дискуссиями о том, является ли оно самостоятельной отраслью законодательства. Ниже представлены материалы, отражающие закономерности и тенденции развития медицинского права в России и США, а также других стран.

М.Н.Малеина

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ЗДРАВООХРАНЕНИИ В РОССИИ: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

І. Общая характеристика системы правовых актов в области здравоохранения

Законодательству¹ в сфере здравоохранения можно дать характеристику по нескольким направлениям.

1. Прежде всего, законодательство можно разделить на *международные принципы и договоры* и российское национальное законодательство.

Конституция РФ (ч. 4, ст. 15), Закон «О международных договорах Российской Федерации» от 15 июня 1995 г. (ч. 2 ст. 5) и Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г. (ч. 2 ст. 65) закрепили приоритет норм международного договора перед национальным законодательством. Это означает, что если международным договором с участием Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Если же говорить об общепризнанных принципах и нормах международного права, которые содержатся в декларациях и резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, международных организаций, то их соотношение (в случае противоречия) с нормами национального законода-

¹ Здесь и далее законодательство трактуется в широком смысле, т.е. не только законы, но и другие нормативные правовые акты. — Прим. авт.

тельства не предусмотрено. Статья 17 Конституции РФ только отмечает, что в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией.

Можно отметить тенденцию постепенной интеграции России в мировое сообщество в сфере отношений здравоохранения. В частности, в Концепции развития здравоохранения и медицинской науки в Российской Федерации от 5 ноября 1997 г. указано на необходимость защиты национальных интересов при реализации международных проектов в области здравоохранения и охраны здоровья.

Применимость принципов и норм международного права зависит от четкости их формулировок. Так, ст. 12 Международного пакта «Об экономических, социальных и культурных правах» от 16 декабря 1966 г. провозгласила право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья. Из содержания нормы непонятно, предполагается ли брать за основу наивысший достижимый уровень в регионе, стране или в мире. Более осторожно сформулировал «диапазон требований» к здоровью Закон Самарской области «О правах пациента» от 14 апреля 1997 г., указав, что каждый пациент имеет право на получение медицинской помощи соответствующего качества на уровне не ниже утвержденных территориальных стандартов (ч.2 ст. 3). Как видно, неопределенность терминов в международном акте не позволяет говорить о недостатках (противоречии) нормы закона субъекта РФ.

Наряду с общими международными пактами известны и специальные, направленные на охрану здоровья населения. Так, Генеральной Ассамблеей ООН 17 декабря 1991 г. утверждены Принципы защиты психически больных лиц и улучшения психиатрической помощи, а 20 декабря 1993 г. — Стандартные правила обеспечения равных возможностей для инвалидов. Всемирной ассамблеей здравоохранения 25 июля 1969 г. приняты Международные медико-санитарные правила. Эти акты применяются медиками, но почти неизвестны населению.

2. Следует также провести границу между российским федеральным и региональным законодательством в области здравоохранения.

Российская Федерация оставила в своем исключительном ведении регламентацию основ федеральной политики в области социального развития, а также регулирование и защиту прав человека и гражданина (подп. «в», «е» ст. 71 Конституции). В совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов координация вопросов здравоохранения и за-

шита прав человека и гражданина (подп. «б», «ж» ч. 1 ст. 72 Конституции).

Существует несколько уровней национального федерального законодательства о здравоохранении.

Первый уровень — *Конституция РФ*, которая имеет высшую юридическую силу. Следует отметить ряд конституционных положений, имеющих прямое отношение к здравоохранению и здоровью, — об охране здоровья людей, обеспечении государственной поддержкой семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых людей (ч. 2 ст. 7), о запрете проведения медицинских опытов без добровольного согласия испытуемых (ч. 2 ст. 21), о праве на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены (ч. 3 ст. 37), о праве на охрану здоровья и медицинскую помощь (ст. 41), о праве на благоприятную окружающую среду и возмещение ущерба, причиненного здоровью человека экологическим правонарушением (ст. 42) и др.

Особое значение имеет ст. 41 Конституции, в содержании которой можно выделить три аспекта: 1) провозглашение бесплатной медицинской помощи в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения за счет средств соответствующего бюджета, страховых взносов, других поступлений (ч.1 ст. 41); 2) закрепление основных направлений развития здравоохранения и медицины (ч.2 ст. 41); 3) предупреждение об ответственности за сокрытие должностными лицами фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей (ч. 3 ст. 41).

В настоящее время конституционные положения о бесплатности медицинской помощи в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения вызывают вопросы. Постановление Правительства РФ «Об утверждении Программы государственных гарантий обеспечения граждан бесплатной медицинской помощью» от 11 сентября 1998 г. явно ограничило круг видов помощи, предоставляемых бесплатно. Значит, в этой части акт не соответствует Конституции. Кроме того, при терапевтическом (медикаментозном) методе лечения в амбулаторных государственных и муниципальных учреждениях граждане самостоятельно оплачивают лекарственные средства. Следовательно, этот метод лечения фактически является платным. Поэтому полагаю, что содержание ч. 1 ст. 41 Конституции (о бесплатности) частично расходится с практикой ее применения.

Второй уровень законодательства — *федеральные законы*.

Действующие на сегодняшний день законы можно разделить на общесистемные и специальные. Общесистемные (системо-объединяющие) законы затрагивают большинство отношений в области здравоохранения и координируют их, закрепляют правовые принципы и применяются к специальным отношениям в неурегулированной последними части. Таким законом являются Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г. Пожалуй, все остальные законы можно отнести к группе специальных, регулирующих отношения в определенной сфере здравоохранения. Специальные законы не должны противоречить общесистемному.

Законы «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» от 30 мая 1999 г., «О лекарственных средствах» от 22 июля 1998 г., «О медицинском страховании граждан в Российской Федерации» от 28 июля 1991 г. хотя и являются специальными по отношению к Основам, но исполняют роль базовых в комплексных образованиях — санитарно-эпидемиологическое право, лекарственное право, право медицинского страхования.

Ряд законов посвящен регламентации отношений, возникающих в связи с определенными заболеваниями. Так, принятие Закона «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» от 2 июля 1992 г. предшествовало Основам законодательства об охране здоровья граждан, было вызвано злоупотреблениями в этой сфере, имеющими международный резонанс. Закон «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)» от 30 марта 1995 г. (ему предшествовал Закон СССР «О профилактике заболевания СПИД» от 23 апреля 1990 г.), можно было бы охарактеризовать как ответ законодателя на страх и беспокойство общества перед болезнью, которая, как указано в преамбуле закона, остается неизлечимой и приводит к неотвратимому смертельному исходу. Принятие Закона «О предупреждении распространения туберкулеза в Российской Федерации» от 18 июня 2001 г. было предопределено угрозой начинающейся эпидемии.

Некоторые законы посвящены определенным направлениям медицинской деятельности, но не связаны строго с конкретными заболеваниями — законы «О донорстве крови и ее компонентов» от 9 июня 1993 г., «О трансплантации органов и (или) тканей человека» от 22 декабря 1992 г.

Отдельная группа законов — нормы об ответственности и других институтах в различных кодексах. Так, Трудовой кодекс РФ от 30 декабря 2001 г. содержит нормы о рабочем времени и времени отдыха (ст. 91–113), а также нормы, регулирующие охрану труда, в том числе труда женщин, работников до 18 лет, медицинских работников (ст. 253–268, 350), направленные на охрану здоровья рабочих и служащих.

В Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. включена специальная глава об административных правонарушениях, посягающих на здоровье, санитарно-эпидемиологическое благополучие и общественную нравственность (гл. 6). Эти нормы прямо имеют своей целью защиту здоровья населения.

Уголовная ответственность предусмотрена за причинение смерти или причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью по неосторожности вследствие ненадлежащего исполнения лицом своих профессиональных обязанностей (ч. 2 ст. 109, ч. 2 ст. 118 УК РФ), заражение другого лица ВИЧ-инфекцией вследствие ненадлежащего исполнения лицом своих профессиональных обязанностей (ч. 4 ст. 122 УК РФ), незаконное производство аборта (ст. 123 УК РФ) и в других статьях. Кроме того, Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 г. включил нормы о применении принудительных мер медицинского характера (ст. 97–104 УК РФ).

Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. и Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14 ноября 2002 г. определяют порядок производства судебной экспертизы, в том числе судебно-медицинской (ст. 195–207 УПК РФ, ст. 79–80, 82–87, 187 и 283 ГПК РФ).

Семейный кодекс РФ от 29 декабря 1995 г. в целях охраны здоровья устанавливает брачный возраст (ст. 13), не допускает заключение брака между близкими родственниками, а также лицами, из которых хотя бы одно лицо признано судом недееспособным вследствие психического расстройства (ст. 14), устанавливает порядок медицинского обследования лиц, вступающих в брак (ст. 15), обязывает родителей заботиться о здоровье, физическом и психическом развитии своих детей (п. 1 ст. 63).

Принятие федеральных законов не подчинено какой-либо последовательной правовой политике.

Специальные законы в значительной степени дублируют общесистемный и базовые. Например, подготовлены проекты федеральных зако-

нов «О государственной системе здравоохранения», «Об основах муниципальной системы здравоохранения» и отклонены Государственной Думой РФ из-за необходимости дополнительной проработки содержания. Между тем положения этих законопроектов вряд ли стоило выделять в отдельные акты, так как существует специальный раздел Основ законодательства об охране здоровья граждан (раздел III), который нуждается в изменении и дополнении.

Вряд ли целесообразно дальнейшее принятие законов, посвященных отдельным болезням. Социально опасными остаются такие заболевания, как инфекционные, венерические, сахарный диабет. Высокий риск смертности связан с онкологическими, сердечно-сосудистыми заболеваниями. Отдельные нормы, затрагивающие специфические отношения по поводу таких заболеваний, могли бы получить отражение в общесистемном или базовых законах.

Нет необходимости принятия законов, которые детализируют уже имеющиеся межотраслевые законы. Так, наряду с действующим Законом «О рекламе» от 18 июля 1995 г. разработан проект закона «О рекламе медицинских изделий, услуг, лекарственных средств», помимо Закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» от 31 мая 2001 г. подготовлен проект закона «О медицинской экспертизе». В таких случаях отдельные нормы, учитывающие специфику медицинской деятельности, целесообразно отразить в межотраслевом акте.

По содержанию законов необходимо отметить декларативность ряда норм. Так, в докладе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации «О соблюдении прав граждан, страдающих психическими расстройствами» выражено убеждение в том, что основополагающая идея Закона «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» — равноправие лиц с психическими расстройствами со всеми остальными гражданами — за семь лет не реализована¹. На мой взгляд, исполнение закона должно гарантироваться указанием в нем источников и объема финансирования, четкой формулировкой обязанностей должностных и иных лиц и установлением юридической ответственности за их неисполнение, раскрытием содержания используемых оценочных понятий и др. Ряд мер, касающихся регламентируемых отно-

¹ Доклад Уполномоченного по правам человека в РФ «О соблюдении прав граждан, страдающих психическими расстройствами» // Рос. газ. — М., 1999. — 2 авг.

шений (объем финансирования, виды юридической ответственности и др.), может быть отражен и в других законах.

Третий уровень — *указы Президента РФ и постановления, распоряжения Правительства России*. Указы Президента РФ нетипичны для системы актов в области здравоохранения. Обычно они лаконичны и имеют организующий характер. Так, Указ Президента РФ «О мерах государственной поддержки лиц, больных сахарным диабетом» от 8 мая 1996 г. содержит три пункта, в которых дается задание Правительству РФ разработать федеральную целевую программу и определяются ее основные направления.

В то же время актами Правительства РФ разработаны концептуальные основы законодательства в сфере здравоохранения. Среди них Концепция охраны здоровья населения РФ на период до 2005 г. (утверждена распоряжением Правительства РФ от 31 августа 2000 г.), Положение о расследовании и учете профессиональных заболеваний (утверждено Постановлением Правительства РФ от 15 декабря 2000 г.), Программа государственных гарантий обеспечения граждан Российской Федерации бесплатной медицинской помощью (утверждена Постановлением Правительства РФ от 11 сентября 1998 г.) и др.

Четвертый уровень — *приказы и другие акты Министерства здравоохранения РФ и других ведомств*. Например, Санитарные правила «Общие требования по профилактике инфекционных и паразитарных заболеваний» (утверждены постановлением Госком-санэпиднадзора РФ от 24 октября 1996 г.), приказ Федерального фонда обязательного медицинского страхования «Об обеспечении рационального использования средств системы обязательного медицинского страхования» от 9 декабря 1999 г., постановление Госстандарта РФ «Об утверждении и введении в действие “Правил сертификации лекарственных средств”» от 3 января 2001 г.

В настоящее время действуют 802 приказа Минздрава РФ, принятых только в период с 1991 г. по май 2002 г.¹

Приказы Минздрава РФ детализируют акты вышестоящих уровней. Например, Закон «О трансплантации органов и (или) тканей человека» устанавливает критерий смерти человека как критерий гибели всего головного мозга и предусматривает, что бесспорные доказательства факта смерти фиксируются в заключении консилиумом врачей-

¹ См.: Консультант Плюс: Версия Проф+Эксперт. — 2002. — 6 мая.

специалистов, среди которых не могут быть трансплантологи и члены бригад, обеспечивающих работу донорской службы и оплачиваемые ею (ст. 9). Приказ Минздрава РФ «Об утверждении Инструкции по констатации смерти человека на основании диагноза смерти мозга» от 20 декабря 2001 г. подробно описывает комплекс клинических критериев и дополнительных тестов, подтверждающих смерть мозга, устанавливает продолжительность наблюдения, порядок постановки диагноза (комиссия, ее состав и назначение, требования к членам комиссии), порядок утверждения, форму и содержание протокола установления смерти мозга.

Ранее было уже высказано соображение о том, что ведомственные акты должны содержать нормы «о специальных, чисто медицинских вопросах, т.е. порядок осуществления процедуры, применение метода лечения», а права граждан «должны регулироваться исключительно законом»¹. Поддерживая это предложение об определении в ведомственных актах порядка производства отдельных медицинских услуг и т.п., все-таки следует заметить, что в приказе могут быть раскрыты и дополнительные гарантии закрепленных в законе прав.

Возвращаясь к вопросу о трансплантации органов, на мой взгляд, именно на уровне закона следовало бы закрепить предусмотренные в приказе отношения в связи с порядком установления диагноза и оформлением итогового документа о смерти, поскольку это не технические вопросы.

Заметным стал вклад в законотворческую деятельность в области здравоохранения субъектов Российской Федерации. По отдельным сведениям, на 5 февраля 1999 г. в 67 субъектах РФ было принято 86 законов в сфере охраны здоровья граждан², которые составляют основу регионального законодательства. Показательна тематика принятых законов в субъектах Федерации. По количеству преобладают законы о бюджетах территориальных фондов обязательного медицинского страхования. Все они построены по стандартной схеме и включают три—семь статей (утвержденные суммы бюджета по доходам и расходам, источники доходов, цели использования средств и т.п.). Лишь некоторые субъекты

¹ Гладун З.С. Законодательство о здравоохранении: Проблемы формирования новой теоретической модели // Государство и право. — М., 1994. — № 2. — С. 119.

² Герасименко Н.Ф., Григорьев Ю.И., Истомина Л.Б. О правотворческой деятельности в сфере охраны здоровья населения Российской Федерации // Здравоохранение Российской Федерации. — М., 1999. — № 4. — С. 3.

РФ (например, Магаданская и Мурманская области) приняли дополнительные в этой области законы о порядке обязательного медицинского страхования неработающего населения.

Особая многочисленная группа — законы о предупреждении туберкулеза. Причем большинство из них были приняты ранее Федерального закона 2001 г., поэтому имеют некоторую специфику. Например, Закон Республики Мордовия «О защите населения от туберкулеза и противотуберкулезной помощи» от 14 июля 1998 г. ввел обязанность больного туберкулезом, прибывшего на постоянное место жительства, в 10-дневный срок по прибытии явиться в территориальное противотуберкулезное учреждение. Подобная обязанность в федеральном законе отсутствует и была закреплена только в Постановлении Правительства РФ от 25 декабря 2001 г., но ее можно рассматривать как конкретизацию норм о ведении диспансерного наблюдения больных туберкулезом.

На третьем месте идут законы субъектов РФ об охране здоровья граждан (или о здравоохранении), повторяющие структуру и содержание Основ законодательства об охране здоровья граждан. На примере Закона Республики Татарстан «Об охране здоровья граждан» от 18 июня 1998 г. можно отметить, что отличия появляются только в статьях о распределении компетенции между Государственным советом Республики и Кабинетом министров (ст. 6), местными органами государственной власти и управления и органами местного самоуправления (ст. 7), в определении вопросов ведения Министерства здравоохранения Республики Татарстан (ст. 8).

Следует сказать о законах субъектов РФ о лекарственном обеспечении лечебно-профилактических учреждений и населения. Содержание этих законов соответствует федеральному закону 1998 г. и в определенной части повторяет его. Но ряд норм дополняют или детализируют положения федерального закона. Например, Закон Республики Адыгея «О лекарственном обеспечении лечебно-профилактических учреждений и населения Республики Адыгея» от 31 мая 1999 г. ввел такие понятия, как «лекарственное обеспечение», «лекарственный стандарт», «медико-экономический стандарт», «изделие медицинского назначения» (ст. 3); установил принципы лекарственного обеспечения (ст. 4); предусмотрел разные способы лекарственного обеспечения граждан по видам финансирования и видам оказания медицинской помощи (ст. 5 и сл.); определил порядок создания резервов лекарственных средств и изделий меди-

цинского назначения с целью оказания экстренной медицинской помощи при чрезвычайных ситуациях (ст. 26).

Особый интерес вызывают законы субъектов РФ, не имеющие аналогов на уровне федеральных законов. К ним можно отнести Закон Саратовской области «О народной (альтернативной) медицине» от 19 декабря 1996 г., Закон Республики Саха «О профилактике некоторых наследственных заболеваний и врожденных пороков развития человека» от 18 апреля 2000 г., Закон Белгородской области «О профилактических медицинских осмотрах населения в Белгородской области» от 23 июля 1997 г.

Безусловно, на уровне субъекта РФ предпочтительнее развитие законодательства с учетом региональных особенностей, полагаю, что прежде всего это должна быть разработка территориальных целевых программ здравоохранения и программ государственных гарантий по обеспечению граждан бесплатной медицинской помощью на территории субъектов РФ.

Очевидно, что в дальнейшем можно будет говорить и о системе актов органов местного самоуправления в сфере здравоохранения. В частности, целесообразно принятие актов о формировании и реализации программ здравоохранения и финансирования на муниципальных уровнях.

II. Здравоохранительное право — комплексная отрасль законодательства

Отношения в сфере здравоохранения регулируются нормами разной юридической силы различных отраслей права. Все это объясняет постановку вопроса об исследовании, определении содержания и функционировании медицинского (врачебного, здравоохранительного) права как комплексного образования.

Высказано мнение о том, что медицинское право является подотраслью права социального обеспечения, а безвозмездные отношения между лечебными учреждениями и гражданами по поводу оказания медицинской помощи однородны отношениям социального обеспечения¹. Эта позиция вызывает сомнение.

¹ Иванова Р.И., Тарасова В.А. Предмет и метод права социального обеспечения. — М., 1983. — С. 107–108.

Во-первых, в данном случае медицинское право понимается в узком смысле. Однако даже при таком подходе следует учитывать, что удовлетворение потребностей граждан в медицинском обслуживании происходит не только за счет бюджета. Наряду с системой бесплатного оказания медицинской помощи функционируют платные поликлиники, аптеки, косметологические лечебницы, деятельность которых явно выходит за рамки социального обеспечения. Вряд ли можно из предмета регулирования исключить также нормы, закрепляющие проведение обязательных медицинских осмотров, судебно-медицинской экспертизы, принудительного лечения. Отсюда следует, что предмет медицинского права не совпадает с предметом права социального обеспечения.

Во-вторых, неубедительны аргументы об однородности отношений социального обеспечения и отношений по оказанию медицинской помощи, так как различны субъекты и объекты этих отношений. Медицинская деятельность направлена на восстановление и укрепление здоровья, а назначение пенсии — на материальное обеспечение. Одной стороной в отношениях по социальному обеспечению является орган социального обеспечения, а в отношениях по оказанию медицинских услуг — лечебно-профилактическое учреждение или частнопрактикующий врач.

В-третьих, отсутствие в Гражданском кодексе РФ специальной главы о безвозмездном оказании услуг не служит отрицанием гражданско-правовой природы указанных отношений, ведь гражданские права и обязанности возникают и из договоров, не предусмотренных законом, но не противоречащих ему, а ст. 307 ГК РФ не вводит обязательным критерием (признаком) обязательства его имущественный характер; кроме того, большинство субъективных прав и обязанностей сторон возмездного и безвозмездного договоров по оказанию медицинской помощи по содержанию совпадают.

Некоторые юристы считают право здравоохранения комплексной отраслью права, ядром которой являются отношения по медицинскому обслуживанию¹. Пограничный характер такой комплексной отрасли права усматривается в том, что происходит стирание границ между публично-правовым и частным, их смешение и взаимопроникновение².

¹ Mandel J. *Arzte, Klinik, Patienten*. — В., 1980. — С. 31.

² Литовка А.Б., Литовка П.И. *Медицинское право — комплексная отрасль национального права: Становление, перспективы развития* // Правоведение. — СПб., 2000. — № 1. — С. 82.

Я присоединяюсь к точке зрения, согласно которой было бы неверным называть комплексные образования отраслями права, поскольку в них выражена не дифференциация однородных норм, а интеграция норм различных отраслей в единой по содержанию и социальным целям сфере деятельности. Это не исключает, однако, что на соответствующей стадии развития отдельные комплексные образования в состоянии приобрести качество отраслей права¹. Думается, что современное медицинское право такой стадии не достигло.

Согласно другому мнению, врачебное право — это отрасль законодательства, которая состоит из трех частей: социально-санитарного, врачебно-лечебного законодательства и норм, определяющих общественное положение врача. Причем центральной частью называлось социально-санитарное законодательство².

Представляется, что признание какой-либо из названных частей врачебного права в качестве центральной вряд ли оправдано, поскольку нормы других отраслей права имеют не менее важное значение в обеспечении физического и психического благополучия населения.

С моей точки зрения, совокупность нормативных актов и отдельных норм, регулирующих отношения в сфере здравоохранения, представляет собой комплексную отрасль законодательства, которую в настоящее время принято называть медицинским (здравоохранительным) правом, или законодательством о здравоохранении (об охране здоровья граждан)³. Это подтверждается классификатором правовых актов, утвержденным Указом Президента РФ от 15 марта 2000 г.⁴, включающим рубрику «Здравоохранение» (140.010.000 — 140.010.140), а также отсылающим к актам, расположенным в рубриках «Международное право» (200.160.040), «Гражданское право» (030.120.160), «Финансы»

¹ Система советского права и перспективы ее развития // Сов. государство и право. — М., 1982. — № 6. — С. 88, 96, 104.

² Дембо Л. И. Врачебное право. — СПб., 1914. — Вып. 1: Санитарно-социальное законодательство. — С. 7—10.

³ Это высказанное нами соображение о медицинском праве как комплексной отрасли законодательства (Малеина М.Н. Правовое регулирование отношений между гражданами и лечебными учреждениями (гражданско-правовой аспект): Автореф. дис..... канд. юрид. наук. — М., 1985. — С. 7) поддерживается некоторыми другими авторами (см.: Гладун З.С. Указ. соч. — С. 119; Путило Н.В. Законодательство субъектов Российской Федерации о здравоохранении // Журн. российского права. — М., 2002. — № 2. — С. 75 и др.).

⁴ Собрание законодательства РФ. — М., 2000. — № 12. — Ст. 1260.

(080.080.020), «Безопасность и охрана правопорядка» (160.040.080), «Социальное обеспечение и социальное страхование» (070.050.000).

Итак, медицинское (здравоохранительное) право, или право об охране здоровья, — это система нормативных актов и отдельных норм, регулирующих организационные, имущественные, личные отношения, возникающие в связи с оказанием лечебно-профилактической помощи, проведением санитарно-эпидемиологических мероприятий и лекарственным обеспечением.

III. Перспективы развития законодательства о здравоохранении

За десять лет с момента принятия Основ законодательства об охране здоровья граждан произошли преобразования в обществе, экономике, биоэтике и законодательстве.

- Изменилась структура организации здравоохранения, которая становится все более многоукладной. Увеличивается объем и роль частного сектора в медицине.

- Меняется экономика здравоохранения. Размеры финансирования из бюджетов всех уровней и за счет средств обязательного медицинского страхования не обеспечивают население бесплатной медицинской помощью. Министр здравоохранения РФ назвал «бесплатное здравоохранение величайшим обманом XX века». И хотя речь не шла об отказе от бесплатной медицинской помощи, но было подчеркнуто, что на осуществление всего объема медицинской помощи необходимого качества на сегодняшний день у государства нет средств¹.

- Ухудшается состояние здоровья населения. Так, общая смертность стала в 1,5 раза выше, чем в развитых странах, в основном за счет крайне высоких показателей смертности от болезней системы кровообращения, онкологических заболеваний, несчастных случаев, отравлений, травм.

- Увеличивается диспропорция в предоставлении медицинской помощи разным группам населения и одновременно растут требования населения к медицине в связи с возможностью сравнить используе-

¹ Шевченко Ю. Бесплатное здравоохранение — величайший обман XX века // Страхование газ. — М., 2002. — № 3. — С.7.

мые методы лечения и качество обслуживания в лечебно-профилактических учреждениях разного уровня.

- Принято большое количество новых правовых актов по вопросам организации здравоохранения и охраны прав граждан. С одной стороны, выявлена пробельность законодательства и декларативность ряда норм, в то же время, с другой стороны, происходит дублирование норм общесистемного и базовых законов в подзаконных актах и региональном законодательстве.

Все эти изменения ставят вопрос о необходимости коренного преобразования законодательства о здравоохранении — создании обновленного общесистемного (системообъединяющего) акта.

В истории России акт подобного типа — Устав врачебный (ст. 221) — в XIX в. входил в состав Свода законов Российской империи. По структуре Устав подразделялся на три книги: Учреждения врачебные (кн. 1), Устав медицинской полиции (кн. 2), Устав судебной медицины (кн. 3).

В XX в. роль такого акта выполняли Основы законодательства Союза ССР и союзных республик от 19 декабря 1969 г. и Закон РСФСР «О здравоохранении» от 29 июля 1971 г. Закон включал 9 разделов (92 статьи) и наряду с общими положениями регулировал отношения в связи с занятием медицинской и фармацевтической деятельностью, обеспечением санитарно-эпидемиологического благополучия, оказанием лечебно-профилактической помощи населению, медицинской экспертизой, лекарственной и протезной помощью, международными договорами.

В XXI в. действуют Основы законодательства об охране здоровья граждан, которые состоят из 12 разделов (69 статей). Появились новые неизвестные прежним актам разделы о компетенции публично-правовых и муниципальных образований (раздел II), организации охраны здоровья (раздел III), правах граждан и отдельных групп населения в области охраны здоровья (разделы IV и V), правах граждан при оказании медикосоциальной помощи и их гарантиях (разделы VI и VII), о медицинской деятельности по планированию семьи и регулированию репродуктивной функции человека (раздел VIII), правах и социальной защите медицинских и фармацевтических работников (раздел X), ответственности за причинение вреда здоровью (раздел XII). Даже простое перечисление показывает значительное увеличение норм, посвященных государственному регулированию в сфере здравоохранения и регламентации прав граждан.

Вряд ли можно согласиться с оценкой Основ как декларации прав граждан на охрану здоровья¹. В этом акте впервые на уровне закона (а не ведомственного акта) были закреплены ставшие уже сегодня привычными такие права, как право на информацию о состоянии своего здоровья, право на занятие частной медицинской практикой и занятие народной медициной (целительством), право на производство независимой медицинской экспертизы, право на искусственное оплодотворение, медицинскую стерилизацию, был введен запрет эвтаназии и установлен порядок проведения патолого-анатомических вскрытий. Были внесены изменения в трактовку врачебной тайны, порядок применения новых методов диагностики и лечения, в основания оказания медицинской помощи без согласия гражданина и пр. Впервые граждане, не имевшие ранее доступа к актам Минздрава РФ, могли ознакомиться с содержанием некоторых принадлежавших им прав.

Нельзя принять и такой упрек, как отсутствие в Основах «перечня оснований и условий возникновения ответственности, способов и формы ее несения». Такие нормы должны содержаться в различных кодексах и их повторения не требовалось. В то же время следует согласиться с тем, что в Основах не закреплён механизм осуществления всех прав. Так, до сих пор право на выбор врача и лечебно-профилактического учреждения (ч. 1 ст. 30) остается фактически не осуществимым. Но в отдельных случаях Основы прямо указывают, на каком уровне и какой орган решает соответствующие вопросы (например, ч. 1, 4, 8 ст. 43, ч. 2 ст. 44, ч. 2 ст. 45, ч. 2 ст. 46 Основ). В других случаях такой механизм вряд ли мог быть прописан, например, в отношении права пациента на уважительное и гуманное отношение со стороны медицинского и обслуживающего персонала (ч. 1 ст. 30 Основ).

Юристы предлагают в качестве нового системообъединяющего акта Медицинский кодекс РФ, который должен включать общую и особенную части. Среди положений, не предусмотренных ныне Основами законодательства об охране здоровья граждан, называются определение основных используемых понятий, коллизионные нормы, аккредитация, порядок медицинского нормирования, ранжирование лечебных учреждений, общие обязанности пациентов, порядок оперативного рассмотрения

¹ Квернадзе Р.А. Некоторые аспекты становления и развития законодательства в области здравоохранения // Государство и право. — М., 2001. — № 8. — С. 100.

споров пациентов и медицинских учреждений, порядок составления и обращения медицинской документации¹.

Государственная Дума РФ приняла в первом чтении закон «О здравоохранении» (157 статей), который наряду с традиционными вопросами вводит финансирование в системе здравоохранения, особенности научной, образовательной, производственной деятельности в области здравоохранения, социальную защиту, совершенствование профессиональных знаний медицинских и фармацевтических работников и др.

Полагаю, предпочтительнее именовать новый системобъединяющий акт не кодекс, а закон или основы. В большинстве случаев кодекс является актом отраслевой кодификации, а медицинское право считать сложившейся отраслью права пока нельзя. В зависимости от содержания принятого акта одновременно должен быть отменен ряд федеральных законов в области охраны здоровья граждан. Целесообразно будет исключить из планов работы комитетов Госдумы РФ разрабатываемые или находящиеся на разных стадиях принятия проекты законов «О правах пациентов», «О репродуктивных правах граждан и гарантиях их осуществления», «О правовых основах биоэтики и гарантиях ее обеспечения», «О государственной системе здравоохранения», «Об основах муниципальной системы здравоохранения», «О регулировании частной медицинской деятельности», «О медицинских организациях», «О медицинской экспертизе» и некоторые другие. Новый акт должен подробно осветить вопросы, затрагиваемые в указанных законопроектах, иначе в нем будут преобладать декларации и отсылочные нормы.

Законодательство о здравоохранении нуждается в совершенствовании, но предполагаемую реформу не нужно подменять количеством принимаемых законов.

¹ Шишков С. Будет ли в России Медицинский кодекс? // Рос. юстиция. — М., 1997. — № 1. — С. 38; Клык Н., Соловьев В. Медицинский кодекс России: Каким ему быть? // Там же. — № 9. — С. 20 и сл.

И.Г.Король

УГОЛОВНЫЙ ЗАКОН И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ МЕДИЦИНСКИХ И ФАРМАЦЕВТИЧЕСКИХ РАБОТНИКОВ

Преступления, посягающие на жизнь и здоровье людей, являются одними из наиболее опасных видов преступлений. УК содержит исчерпывающий перечень таких посягательств. Уголовная ответственность медицинских работников отражена именно в тех статьях, которые связаны с охраной личности от преступлений против жизни, здоровья и семьи¹.

Статья 68 Основ законодательства РФ «Об охране здоровья граждан в РФ» от 22 июля 1993 г. специально посвящена ответственности вследствие причинения вреда здоровью граждан в результате недобросовестного выполнения медицинскими и фармацевтическими работниками своих профессиональных обязанностей.

¹ Отечественная уголовно-правовая наука всегда уделяла анализу этих преступлений самое пристальное внимание. Многие вопросы глубоко исследованы в трудах С.В.Бородина, в комментариях к действующему УК РФ (а ранее — УК РСФСР). См., например: Э.Ф.Побегайло (ст. 105-119), А.Э.Жалинский (ст. 235), О.Л.Дубовик (ст. 236, 237) // Комментарий к УК РФ / Под ред. Ю.И.Скуратова, В.М.Лебедева. — 4-е изд. — М., 2002; Практический комментарий к УК РФ / Под ред. Х.Д.Аликперова, Э.Ф.Побегайло. — М., 2001; А.И.Рарог (гл. 16), О.Л.Дубовик (составы гл. 25), А.Э.Жалинский (гл. 30) // Комментарий к УК РФ с постатейными материалами и судебной практикой / Под ред. С.И.Никулина, 3-е изд. — М., 2003; С.В.Полубинская (статьи гл. 25) // Комментарий к УК РФ / Под ред. А.В.Наумова, 3-е изд. — М., 2003 и др.

Ошибки, допущенные медиками, злоупотребления, требования со стороны медицинских работников могут привести к очень тяжелым последствиям и невозполнимым потерям для пациента.

Конечно, некоторые факты можно отнести к разряду несчастных случаев, которые исключают любую ответственность. Другого рода ошибки объясняются *добросовестным заблуждением* в процессе лечения, диагностики, хотя это тоже может привести к негативным последствиям для больного. Чаще всего ошибки, погрешности в работе связаны с несоблюдением или ненадлежащим соблюдением установленных норм, методов диагностики и лечения, правил, инструкций, методических рекомендаций, но это не исключает того, что ошибки могут быть вызваны недостаточной квалификацией медицинского персонала, отсутствием необходимого уровня навыков и умений, выполнением работы, не соответствующей профилю.

В УК отсутствует определение «врачебной ошибки». Нет понятия «фармацевтическая ошибка». Они разработаны в медицинской науке и уголовно-правовой доктрине. Так, академик И.В.Давыдовский определяет врачебную ошибку как следствие добросовестного заблуждения врача при выполнении им профессиональных обязанностей. Главное отличие ошибки от других дефектов врачебной деятельности — исключение *умышленных преступных действий* — небрежности и халатности, а также невежества¹.

Существует несколько классификаций врачебных ошибок: одни специалисты разделяют их в зависимости от этапов врачебной работы, другие — причин их наступления. Судебные медики И.Ф.Огарков, А.П.Громов выделяют ошибки диагностики, лечения, организации лечебного процесса. Юрист И.Ф. Крылов считает, что врачебные ошибки бывают:

- тактические (например, недооценка состояния больного и неправильная диагностика);
- технические (описка в дозе назначения лекарств, неправильное проведение оперативного вмешательства и др.).

Академик Е.И.Чазов выделяет причины ошибок:

- объективные (недостаток сведений в медицинской науке о сути и механизме патологического процесса, поздняя госпитализация,

¹ Цит. по: Акопов В.И. Медицинское право в вопросах и ответах. — М., 2000. — 208 с.

болезни без выраженной симптоматики и др.). Объективные факторы служат причиной 30—40% ошибок;

- субъективные (недостаточная квалификация врача, неполнота собранного анализа, недостаточное обследование, переоценка возможностей врачом).

По данным патолого-анатомических служб разных городов РФ, в том числе Москвы и Санкт-Петербурга, расхождение клинических и патологоанатомических диагнозов доходит до 20%, т.е. каждый пятый диагноз, поставленный в больницах, признается ошибочным¹.

УК РФ включает в себя ряд статей, где субъектом преступления непосредственно является медицинский или фармацевтический работник. Это ст. 120 (принуждение к изъятию органов и тканей), ч. 4 ст. 122 (заражение ВИЧ-инфекцией), ст. 123 (незаконное производство аборта), ст. 124 (неоказание помощи больному), ст. 233 (незаконная выдача либо подделка рецептов или иных документов, дающих право на получение наркотических или психотропных веществ), ст. 234 (незаконный оборот сильнодействующих или ядовитых веществ в целях сбыта), ст. 235 (незаконное занятие частной медицинской или фармацевтической деятельностью), ст. 236 (нарушение санитарно-эпидемиологических правил).

В большинстве статей, устанавливающих ответственность за посягательства на жизнь и здоровье (ч. 1 ст. 105, ч. 2 п.м. ст. 105, 109, 153, 154, 155, 163, 201, 290, 292, 293), нет прямого указания на то, что субъектом преступления является медицинский или фармацевтический работник, ибо субъектом этих преступлений может быть в одинаковой мере и медицинский работник, и любое другое лицо, не имеющее специального медицинского образования, но это не означает, что данный перечень преступных посягательств не относится к медицинскому работнику.

Существует проблема фальсификации лекарственных препаратов, пока не нашедшая прямого отражения в УК. Наблюдается стремительный рост контрафактной медицинской продукции. В 1999 г. Минздравом России было зарегистрировано 29 серий подделок лекарств, а в 2000 г. эта цифра достигла 105. Причем, 60% из них — отечественные препараты. По всем фактам фальсификации лекарственных средств направлены представления в органы внутренних дел.

Такие преступления обычно совершаются лицами, достигшими 16 лет и обладающими специальными познаниями в химической или фар-

¹ Цит. по: Акопов В.И. Медицинское право в вопросах и ответах. — М., 2000. — 208 с.

мацевтической областях. Предметом преступления являются фальсифицированные препараты. С субъективной стороны – это преступление умышленное с прямым умыслом. Но, к сожалению, несовершенство законодательной базы позволяет уходить от ответственности производителям и распространителям фальсификатов лекарств.

Классификация преступления в зависимости от субъекта преступления, т.е от принадлежности лица, совершающего противозаконные деяния, к той или иной медицинской специальности, может выглядеть следующим образом.

1. Преступления, совершенные средними и высшими медицинскими работниками (медсестра, фельдшер, врач), – ч. 1 ст. 105, ч. 2 ст. 109, 120, ч. 4 ст. 122, 123, 124, 125, 235, 236, 153, 154, 155, 233, 237.

2. Преступления, совершенные фармацевтическими работниками (фармацевт, провизор), – ст. 228, 229, 233, 234, 235.

3. Преступления, совершенные медицинскими и фармацевтическими работниками, являющимися руководящими должностными лицами медицинского учреждения (главный врач больницы (поликлиники), зав. отделением (отделом), директор аптеки), – ст. 201, 290, 292, 293.

4. Преступления, совершаемые рядовыми медицинскими и фармацевтическими работниками, – ст. 124, 228, 233, 235.

1. Уголовная ответственность среднего и высшего медицинского персонала за профессиональные преступления, посягающие на жизнь и здоровье

Этот раздел охватывает большой перечень уголовных преступлений. Рассмотрим некоторые из них, на наш взгляд, наиболее важные.

Уголовную ответственность за *заражение ВИЧ-инфекцией* предусматривает ст. 122 УК РФ. По сути она является предупредительной мерой в борьбе со СПИДом. Статья содержит четыре части, каждая часть предусматривает отдельный самостоятельный состав преступления.

Прежде всего нас интересует ч. 4 ст. 122, предусматривающая специальный состав преступления, в соответствии с которым заражение другого лица ВИЧ-инфекцией вследствие ненадлежащего выполнения лицом своих профессиональных обязанностей наказывается лишением свободы на срок до пяти лет с лишением права занимать определенные должности на срок до трех лет.

Объектом преступления в ст. 122 является здоровье человека, при этом ч. 4 ст. 122 предусматривает специальный состав. *Субъектом преступления* по ч. 4 выступает, во-первых, лицо, которое профессионально по работе связано с инфицированными или ВИЧ-больными, с получением и использованием донорской крови, — это врач, акушерка, фельдшер, лаборант. Сюда можно отнести и должностное лицо, но в этом случае оно подлежит ответственности не по ч. 4 ст. 122, а по ст. 293 УК (халатность). Во-вторых, им могут быть врач-косметолог, медсестра косметического кабинета. Нарушение ими общих санитарно-гигиенических правил, мер предосторожности, некачественная подготовка к повторному использованию инструментов может служить причиной заражения ВИЧ-инфекцией человека.

Объективная сторона этого преступления характеризуется действием или бездействием, а также обязательным последствием (ч. 4 ст. 122), выражающемся в факте *заражения* хотя бы одного лица ВИЧ-инфекцией. Это последствие должно находиться в причинной связи с ненадлежащим исполнением или неисполнением виновным своих профессиональных обязанностей, а также с несоблюдением тех или иных мер безопасности.

Субъективная сторона преступления характеризуется виной в форме неосторожности (легкомыслие или небрежность).

Распространение ВИЧ-инфекции наносит не только урон здоровью граждан, но и влечет значительные экономические затраты, связанные с лечением больных, потерей ими трудоспособности, воспитанием сирот умерших от СПИДа родителей. Лечение одного больного обходится государству около 10 тыс. долл. в год.

Всем ВИЧ-инфицированным — гражданам России государство гарантирует: бесплатное предоставление всех видов квалифицированной и специализированной помощи; бесплатное получение ими медикаментов при лечении в амбулаторных или стационарных условиях; бесплатный проезд к месту лечения и обратно в пределах границ Российской Федерации; бесплатное медицинское освидетельствование; бесплатное предварительное и последующее консультирование по вопросам профилактики ВИЧ-инфекции при обязательном освидетельствовании (ст. 4, 9, 13, 14).

Согласно диспозиции ч. 1 ст. 124, предусмотрена уголовная ответственность за *неоказание помощи больному* без уважительных причин лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законом или со специальным правилом, если это повлекло по неосторожности причинение вреда средней тяжести здоровью больного либо (ч. 2) если неоказание помощи повлекло по неосторожности смерть больного или причинение тяжкого вреда его здоровью.

Профессиональным долгом медицинского работника (врача, медсестры) является оказание первой неотложной медицинской помощи любому человеку, где бы он ни находился: в дороге, на улице, в метро, поезде и других местах. Это положение отражено в Основах законодательства РФ «Об охране здоровья граждан».

В ч. 1 ст. 39 Основ говорится, что скорая медицинская помощь оказывается гражданам при состояниях, требующих срочного медицинского вмешательства (при несчастных случаях, травмах, отравлениях и др.), осуществляется безотлагательно лечебно-профилактическими учреждениями независимо от территориальной, ведомственной подчиненности и формы собственности, медицинскими работниками, а также лицами, обязанными ее оказывать в виде *первой помощи* по закону или по специальному правилу.

Неоказание помощи больному квалифицируется как преступление при условии, что помощь не была оказана без уважительной причины —

это *объективная сторона* преступления, она выражена в бездействии лица, обязанного ее оказывать по закону.

Прежде всего речь идет о враче. К уважительным причинам нельзя отнести отказ врача выехать к больному в выходные и праздничные дни, в нерабочее время или в период отпуска, когда требуется скорая или неотложная помощь, а также личные неприязненные отношения с пациентом. Эти обстоятельства не являются основанием для освобождения от уголовной ответственности. Если медицинский работник в результате недостаточности знаний, практических навыков, компетенции не может лично оказать помощь, он обязан принять меры к вызову надлежащего специалиста.

В качестве уважительных причин неоказания помощи могут быть названы болезнь самого врача, обстоятельства непреодолимой силы (землетрясение, наводнение и другие стихийные бедствия), угрожающие жизни самого врача, отсутствие необходимых лекарств, инструментов, убежденность врача в отсутствии необходимости срочной помощи или когда он в это время оказывает помощь более тяжелому больному.

Объект преступления – жизнь и здоровье.

Субъект преступления специальный – медицинские работники: врачи различных специальностей, медсестры, фельдшеры, фармацевты, студенты медицинских вузов, при этом не имеет значение, работают эти лица или находятся на пенсии. Они не имеют права отказаться применить искусственное дыхание, сделать перевязку, доставить пострадавшего в больницу. Не важно, связана ли их работа с ежедневным непосредственным оказанием медицинской помощи (врач в больнице, фельдшер на скорой помощи) или того требует экстренный случай, например от фармацевта, хотя его работа непосредственно с этим не связана.

В Основах законодательства подчеркнуто, что скорая медицинская помощь (при травмах, несчастных случаях и т.д.) оказывается *медицинскими работниками*, не называя специальностей.

По ст. 124 нельзя привлечь к уголовной ответственности сиделку, санитарку, так как они не входят в круг лиц, обязанных оказывать медицинскую помощь. Их действия можно квалифицировать по ст. 125 (оставление в опасности).

Необходимо отметить, что *субъективная сторона* этого преступления (ч. 1 ст. 124) выражена в форме прямого умысла, медицинский работник осознает, что не оказывает помощь больному (пострадавшему)

и желает уклониться от выполнения своих обязанностей, хотя мог и должен был это сделать.

Ст. 124 предусматривает материальный состав преступления, так как в результате бездействия лица больному причиняется вред средней тяжести, а по ч. 2 ст. 124 предусмотрены квалифицирующие признаки: по неосторожности причинение тяжкого вреда здоровью либо смерть.

Если виновное лицо допускает последствия или желает их, то оно должно отвечать, соответственно, по ч. 1 или ч. 4 ст. 111.

Под вредом здоровью понимают либо телесные повреждения, т.е. нарушение анатомической целостности органов и тканей или их физиологических функций, либо заболевания или патологические состояния, возникающие в результате воздействия различных факторов внешней среды: механических, физических, химических, биологических, психических.

Вред здоровью может быть: тяжкий; средней тяжести; легкий (по УК РФ).

Квалифицирующими признаками тяжести вреда здоровью являются: опасность самого вреда; длительность расстройства здоровья; утрата зрения, речи, слуха и др.

Для установления тяжести вреда здоровью достаточно наличия одного из квалифицирующих признаков. Если их несколько, тяжесть вреда здоровью устанавливается по тому признаку, который соответствует большему вреду.

Надо отметить, что в ст. 124 УК 1996 г. включены новые виды наказания в виде ареста и обязательных работ по сравнению с УК 1960 г. Увеличено до трех лет лишения свободы (ранее до двух лет) уголовное наказание в ч. 2 ст. 124 УК РФ.

Уголовно наказуемым преступлением согласно ст. 153 является *подмена ребенка*, совершенная из корыстных или иных низменных побуждений. Подмена заключается в замене одного ребенка другим. Ошибочная замена состава преступления не образует.

Чаще всего случаи подмены ребенка могут иметь место в роддоме после родов. Нас интересуют действия, совершенные медицинскими работниками при выполнении ими своих профессиональных обязанностей, когда *субъект преступления специальный* — врачи, медсестры, акушерки. Понятно, что в подмене ребенка могут участвовать родители, работники дома ребенка, а также другие заинтересованные лица. Лица, побу-

дившие исполнителя осуществить подмену ребенка, несут ответственность за подстрекательство к преступлению по ст. 153 УК¹.

Субъективная сторона — прямой умысел, виновное лицо осознает, что совершает подмену одного ребенка другим, желает этого. Обязательным признаком является наличие корыстных или низменных побуждений.

Корыстный мотив наличествует в действиях медсестры или врача родильного дома, которые за *вознаграждение* подменяют ребенка у роженицы, например, мальчика заменяют на девочку, так как мать хотела иметь девочку, а родила мальчика².

Под корыстными побуждениями понимаются стремление виновного извлечь из подмены *материальную выгоду* — получить вознаграждение от заинтересованных лиц.

Низменные побуждения — это такие, которые грубо попирают нормы нравственности и свидетельствуют об особой изощренности виновного³. Низменный мотив можно признать в действиях женщины, родившей неполноценного ребенка и заменившей его на здорового⁴.

Преступление по ст. 153 окончено с момента совершения (действий) подмены.

Объективная сторона преступления выражается только в действиях, а последствиями является причинение вреда новорожденному, его семье в результате корыстных действий медицинского работника.

¹ Уголовное право России. Особенная часть. — М., 1998. — С. 196.

² Комментарий к УК РФ / Под ред. Скуратова Ю.И., Лебедева В.М., 3-е изд. — М., 2000. — С. 337.

³ Уголовное право России. Особенная часть. — М., 1998. — С. 196.

⁴ Комментарий к УК РФ / Под ред. Скуратова Ю.И., Лебедева В.М., 3-е изд. — М., 2000. — С. 337.

2. Преступления, совершенные фармацевтическими работниками

В данном разделе речь пойдет об ответственности фармацевтических работников за преступления против здоровья населения и общественной нравственности (гл. 25 УК РФ). Это деяния, предусмотренные ст. 228, 229, 233, 234, 235 УК РФ. Участниками преступления могут быть в равной мере как врач, так и фельдшер.

Незаконная выдача или подделка рецептов или иных документов, дающих право на получение наркотических или психотропных веществ.

Диспозиция ст. 233 предусматривает ответственность за незаконную выдачу либо подделку рецептов или иных документов, дающих право на получение наркотических средств или психотропных веществ, т.е. налицо два состава преступления:

- 1) незаконная выдача рецептов и иных документов;
- 2) подделка рецептов и иных документов.

Различаются составы по признакам объективной и субъективной стороны¹.

Объектом преступления являются безопасность здоровья населения, а также интересы организации, в которой работает виновное лицо (больница, поликлиника, аптека).

Предмет преступления — рецепты, а также карта амбулаторного больного, выписка из истории болезни, в которых отражены сведения о заболеваниях и назначении наркотических или психотропных препаратов. Сюда можно отнести журналы учета наркотических и психотропных веществ в аптеке.

Выявление таких преступлений требует от работников правоохранительных органов специальной подготовки, опыта, особенно если подделка осуществляется лицами, имеющими специальные познания в области медицины, фармацевтики.

Подделка рецепта не является самоцелью, совершая ее, преступник осознает, что конечная цель — получение наркотиков.

Незаконность выдачи рецепта на наркотические и психотропные вещества заключается в нарушении порядка его выдачи, предусмотренного Приказом МЗ РФ от 12.11.97 г. № 330 «О мерах по улучшению

¹ Комментарий к УК РФ / Под ред. Скуратова Ю.И., Лебедева В.М. — М., 2002.

учета, хранения, выписывания и использования наркотических лекарственных средств».

Наркотическими средствами в соответствии с ФЗ-3 от 8.01.98 «О наркотических средствах и психотропных веществах» являются вещества синтетического и естественного происхождения: препараты, растения, включенные в Перечень наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, подлежащих контролю в РФ, в соответствии с законодательством РФ, международными договорами РФ, в том числе единой Конвенцией о наркотических средствах 1961 г. № 1137.

К психотропным относятся вещества, оказывающие стимулирующие или депрессивное действие на центральную нервную систему человека и включенные в списки международных актов (Венская конвенция о психотропных веществах № 2801 от 21.02.71 г., Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ от 20.12.88 г.).

Постановлением Правительства РФ № 681 от 30.06.98 г. утвержден перечень наркотических и психотропных веществ, который включает четыре списка.

1. Наркотических и психотропных средств, оборот которых в РФ *запрещен*: гашиш (анаша), героин, канабис (марижуана), кокаиновый куст, лизергиновая кислота и ее соли, метадон, опийный мак, левамфетамин и др.

2. Наркотических и психотропных веществ, оборот которых в РФ *ограничен*: кодеин, кокаин, морфин, морфилом, омнагон, просидол, сомбревин, эстоцин, кетамин, этаминал натрия, триазолам и др.

3. Психотропных веществ, оборот которых в РФ ограничен и в отношении которых допускается исключение некоторых мер контроля: апрофен, тарен, мазиндол, натрий оксибутират и другие его соли и др.

4. Прекурсоров, сюда входят псевдоэфедрин, перманганат калия, серная кислота, эфедрин, эргометрин и др. Уголовная ответственность за какие-либо действия с прекурсорами (продажа, распространение, производство, перевозка и др.) не предусмотрена.

Однако не любой документ, с помощью которого можно завладеть наркотическими средствами или психотропными веществами, следует рассматривать в качестве предмета анализируемого состава преступления. Как разъяснено в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 мая 1998 г. «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропны-

ми, сильнодействующими и ядовитыми веществами», к иным документам, дающим право на получение наркотических средств или психотропных веществ, относятся документы, являющиеся *основанием для выдачи* (продажи) указанных средств или веществ.

Объективная сторона преступления выражается в незаконной выдаче рецептов или иных документов на получение наркотических и психотропных веществ либо их подделка.

Преступление по ст. 233 с формальным составом, т.е., для того чтобы считать преступление оконченным, необязательно наступление последствий.

Подделка документов является оконченной в момент их изготовления независимо от того, были ли получены впоследствии по ним наркотические вещества или предпринимались попытки к их получению.

При возмездном получении по поддельному рецепту наркотических средств деяние следует оценивать по ст. 228 УК как незаконное приобретение. Если приобретатель и подделыватель — одно лицо, ответственность должна наступать по ст. 223 УК.

Субъективная сторона — прямой умысел.

Субъект преступления — незаконной выдачи — специальный, в случае подделки рецепта — общий.

В Комментарий к УК РФ, в книге В.И.Акопова «Медицинское право в вопросах и ответах» описано, что субъектом преступления могут быть лица, наделенные правом выдачи документов (рецептов и др.), — врач, провизор. Выдача рецептов не входит в полномочие провизора, он не имеет права делать это. Провизор лишь обязан выдать лекарственное средство, содержащее наркотическое или психотропное вещество по правильно выписанному, в установленном законом порядке рецептурному бланку. Это не исключает, конечно, что провизор, как и врач, не может не подделать рецепт или другие документы. Субъектом преступления могут быть и иные лица, не имеющие медицинского образования.

Если действия, связанные с подделкой рецептов и других документов, осуществляются главным врачом больницы, заведующим отделением, директором аптеки и др., то они несут ответственность как должностные лица.

Приказом Минздрава РФ от 5.11.97 г. №397 введен перечень должностей фармацевтических работников, имеющих *право* отпуска наркотических и психотропных веществ физическим лицам. При этом установлена обязательность получения лицензии аптечным учреждением

на фармацевтическую деятельность и отпуск наркотических и психотропных веществ, а также лицензии МВД на использование объекта и помещения. Итак, перечень должностей включает:

- заведующий аптечной организацией;
- заместитель заведующего аптечной организации;
- заведующий отделом аптечной организации;
- провизор аптечной организации;
- фармацевт аптечной организации.

Кроме того, разработаны и утверждены Правила допуска лиц к работе с наркотическими средствами и психотропными веществами, утвержденные Постановлением Правительства РФ 6.08.98 г. № 892.

Чаше всего подделка рецептурных бланков встречается среди лиц, которые имеют к ним непосредственный доступ. Подделаны могут быть сам бланк, печать, подпись и другие реквизиты.

Если подделка рецепта сопряжена с похищением выданного в установленном порядке рецепта, дающего право на получение наркотического или психотропного вещества, содеянное надлежит квалифицировать по совокупности ст. 233 и 325 УК РФ (Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 9 от 27.05.98 г.). В целом ст. 233 УК направлена на усиление уголовной ответственности за незаконную выдачу и подделку рецептов.

Наказание за совершенное преступление предусмотрено в виде лишения свободы на срок до двух лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.

3. Незаконное занятие частной медицинской практикой или частной фармацевтической деятельностью

В диспозиции ч. 1 ст. 235 установлено, что занятие *частной* медицинской практикой или фармацевтической деятельностью *лицом, не имеющим лицензии* на избранный вид деятельности, и если это повлекло по неосторожности причинение вреда здоровью либо по ч. 2 смерть человека, является уголовным преступлением и подлежит в соответствии с Особенной частью УК наказанию.

Уголовно наказуемым является сам *факт* занятия указанными видами деятельности в нарушение существующих правовых норм. Таким образом, не занятие врачеванием как профессией и не отсутствие у лица надлежащего медицинского образования, а отсутствие *лицензии* объявляется незаконным и влечет уголовную ответственность, кроме того, в статье указаны последствия этой деятельности. Если лицо работает в государственной организации, лицензия выдается на организацию, а от работника организация требуется сертификат специалиста.

Данный вид деятельности регулируется Основами законодательства «Об охране здоровья граждан», постановлением Правительства РФ № 326 от 11.04.2000 г. и другими актами.

Объект преступления — здоровье человека.

Объективная сторона состоит как в действиях (медицинской или фармацевтической деятельности без соответствующей лицензии), так и в бездействии, выражающемся в неполучении лицензии или работе с лицензией, у которой истек срок, последствиях — причинение вреда здоровью, причинной связи между ними.

В соответствии со ст. 56 Основ законодательства «Об охране здоровья граждан» частная медицинская практика — это оказание медицинских услуг медицинскими работниками вне учреждения государственной и муниципальной систем здравоохранения за счет личных средств граждан или за счет средств предприятий, учреждений и организаций, в том числе страховых медицинских организаций, в соответствии с заключенными договорами.

Право на занятие частной медицинской практикой имеют лица, получившие диплом о высшем или среднем медицинском образовании, сертификат специалиста и лицензию на избранный вид деятельности.

К частной практике относят деятельность юридического и физического лица. В частную систему здравоохранения входят ЛПУ, аптечные учреждения, но УК устанавливает ответственность только физических лиц.

Разовое оказание услуг от случая к случаю не является медицинской практикой, даже если осуществляется возмездно.

К фармацевтической деятельности относятся:

1) розничная торговля лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения, биологически активными добавками (БАД) и др.;

2) изготовление лекарственных средств по рецептам врачей, прописям и требованиям лечебно-профилактическими учреждениями (ЛПУ);

3) оптовая торговля лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения, БАД и др., разрешенными к реализации через аптечные предприятия;

4) оптовая реализация лекарственных средств и др., разрешенных к реализации через аптечные предприятия, прикрепленным ЛПУ¹.

Постановление Правительства от 11.04.2000 г. № 326 наделяет Минздрав России правом лицензирования медицинской и фармацевтической деятельности.

Федеральный закон № 178-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» говорит об обязательном лицензировании медицинской и фармацевтической деятельности.

Согласно ст. 54 Основ законодательства РФ «Об охране здоровья граждан», право на занятие медицинской и фармацевтической деятельностью в Российской Федерации имеют лица, получившие высшее или среднее медицинское фармацевтическое образование в Российской Федерации, имеющие диплом и специальное звание, а на занятие определенными видами деятельности, перечень которых устанавливается Министерством здравоохранения Российской Федерации, – также сертификат специалиста и лицензию.

Сертификат специалиста выдается на основании послевузовского профессионального образования (аспирантура, ординатура), или дополнительного образования (повышение квалификации, специализация), или проверочного испытания, проводимого комиссиями профессиональ-

¹ См.: Распоряжение Правительства г. Москвы № 157-РМ от 20.02.98 г.

ных медицинских и фармацевтических ассоциаций по теории и практике избранной специальности, вопросам законодательства в области охраны здоровья граждан.

Итак, условием признания деятельности незаконной является *отсутствие* лицензии на *конкретный* вид деятельности по определенной специальности.

Чаше ст. 235 применяют ко всякого рода целителям, экстрасенсам, в результате деятельности которых возникают неблагоприятные последствия для здоровья человека.

По ст. 235 ответственность за занятие частной медицинской практикой или фармацевтической деятельностью наступает при условии причинения вреда легкого, средней тяжести или тяжкого, а также (ч.2 ст. 235) смерти человека — это квалифицирующий признак.

Субъективная сторона преступления — неосторожность (легкомыслие или небрежность).

Преступление считается оконченным с момента наступления последствий, указанных в ч. 1 либо ч. 2 ст. 235.

Субъектом преступления по прямому тексту статьи может быть любое лицо независимо от наличия высшего медицинского образования или иных оснований возможного и требуемого получения лицензии¹.

¹ Комментарий к УК РФ / Под общей ред. Ю.И.Скуратова и В.М.Лебедева. — Изд. 3-е. — М., 2000. — С. 586.

А.А. Рёрихт

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ МЕДИЦИНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: ПУТЬ К ПРЕОДОЛЕНИЮ КОРРУПЦИИ*

«Доплата» за медицинскую помощь

Главной особенностью российской системы здравоохранения является параллельное существование бесплатной и платной медицины, которая в свою очередь подразделяется на легальную и нелегальную (теневую). Причем правом пользоваться и той и другой обладают все граждане РФ. Приведем в этой связи данные о бюджетных ассигнованиях на медицину в 2001 г. Они составили 19,5 млрд. руб., в 2000 г. — 14,6 млрд. Расходы на медицину из всех источников финансирования не достигают и 4% ВВП¹.

Основы этой системы заложены в п. 1 ст. 41 Конституции РФ, который гласит: «Каждый имеет право на охрану здоровья и медицинскую помощь. Медицинская помощь в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения оказывается гражданам бесплатно за счет средств соответствующего бюджета, страховых взносов, других поступлений». Это положение детализируется в Основях законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г. N 5487-1 (с изменениями от 2

* Статья подготовлена по результатам исследования, проведенного в 2002 г. в Центре по борьбе с коррупцией и организованной преступностью при ИГП РАН при поддержке Американского университета (г.Вашингтон) и Министерства юстиции США.

¹ Минздрав предпочитает узаконить платную медицину // Время.— М., 2001. — № 49. — 21 марта.

марта 1998 г., 20 декабря 1999 г., 2 декабря 2000 г.) (далее — Основы), которые предусматривают существование государственной, муниципальной и частной систем здравоохранения. Статья 20 Основ устанавливает: граждане РФ имеют право на бесплатную медицинскую помощь в государственной и муниципальной системах здравоохранения. Статья 14 этого акта определяет, что к частной системе здравоохранения относятся лечебно-профилактические и аптечные учреждения, имущество которых находится в частной собственности, а также лица, занимающиеся частной медицинской практикой и частной фармацевтической деятельностью. Это лечебно-профилактические, аптечные, образовательные учреждения, создаваемые и финансируемые частными предприятиями, учреждениями и организациями, общественными объединениями, а также физическими лицами.

Государственную систему, согласно ст. 12 Основ, образуют находящиеся в государственной собственности и подчиненные органам управления государственной системы здравоохранения лечебно-профилактические, образовательные учреждения, фармацевтические предприятия и другие учреждения. Муниципальную — учреждения, находящиеся в муниципальной собственности.

Материальной гарантией права граждан на бесплатную медицинскую помощь выступают Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования¹. Фонды являются самостоятельными государственными некоммерческими финансово-кредитными учреждениями. Основные финансовые средства поступают в них за счет уплаты всеми предприятиями, организациями, учреждениями и иными хозяйствующими субъектами независимо от форм собственности обязательных страховых взносов в размере 3,6% от фонда оплаты труда².

Но несмотря на юридическую правильность и даже некоторую социальную привлекательность данной конструкции, подобная схема сама по себе и в особенности в сочетании с экономическими проблемами России создает условия для правонарушений и коррупции. Она отражает неразвитость системы денежных поступлений, их недостаточность и ряд

¹ Закон РФ от 28 июня 1991 г. (в редакции от 2 апреля 1993 г.) «О медицинском страховании граждан в Российской Федерации» (ВВС РСФСР. — 1991. — № 27. — Ст. 920). См. также Постановление Верховного Совета Российской Федерации от 24 февраля 1993 г. № 4543-1 // ВВС РФ. — 1993. — № 17. — Ст. 591.

² См.: Комментарий к Конституции РФ / Под ред. Кудрявцева Ю.В. — М., 1993.

других факторов, включая уход от оплаты страховых взносов, реальную безработицу и пр.

Приведем некоторые данные. Соотношение страховых взносов работающего и неработающего населения РФ составляет 5 к 1, а не менее 2/3 объемов медицинской помощи приходится на неработающих. Велик разброс в уровне среднестатистических расходов на медицинскую помощь в субъектах РФ — максимальный показатель превышает минимальный в 17 раз¹.

В государственной системе здравоохранения мало зарабатывающие врачи уже «привыкли» к тому, что пациент «доплатит» им, несмотря на то что оказывать квалифицированную медицинскую помощь и есть их работа, за которую они получают заработную плату. Большинство врачей даже не осознает, что эта «доплата» во многих случаях образует состав получения взятки, предусмотренный ст. 290 УК РФ.

Часто из-за нехватки средств становятся дефицитными определенные медицинские услуги, например место в больнице. Образуются очереди, за нелегальное продвижение в которых врачи берут деньги. В таких условиях бесплатная медицина, существование которой в России началось с развитием земств, все больше уходит на второй план, превращаясь в медицину для самых бедных. Собственно, хотя во времена СССР вся медицина была теоретически бесплатной и одинаковой для всех, но и тогда для реализации этого принципа не хватало финансовых возможностей. Это и породило «традицию» доплачивать за все превышающие минимум услуги медицинских работников.

Предоставление бесплатной медицинской помощи неимущим гражданам существует во многих странах. Так, например, в Германии социально не обеспеченным гражданам предоставляется бесплатное медицинское страхование за счет бюджетных средств. Но гражданин получает страховой полис от страховой компании, услугами которой пользуются самые различные лица, покрывающие его больничные расходы, и таким образом врачам все равно, кого обслуживать: гражданина, застрахованного за счет государства или за его собственный счет. Кроме того, если медицинские работники неплохо оплачиваются, нет необходимости требовать «доплат».

Но как бы то ни было, по материалам социологического исследования НИИ социальной гигиены, экономики и управления здравоохра-

¹ Предварительный диагноз // Известия. — М., 2002. — 6 дек.

нением им. Н.А.Семашко, 91% респондентов-немедиков высказались за бесплатное для граждан здравоохранение. Однако это не означает, что они не могут изменить свою позицию, поэтому 40% из них допускают возможность «частичных доплат».

Коррупция в здравоохранении представляет собой проблему, затрагивающую жизненные интересы как всего российского общества, так и отдельных граждан России. К ее общим негативным последствиям, о которых довольно много написано, добавляются ухудшение здоровья населения, рост преждевременной смертности, усиление таких негативных явлений, как социальное расслоение и агрессивность страдающей от последствий экономических реформ, в том числе и от коррупции в медицине, части населения, снижение профессионализма медицинских работников и ухудшение качества оказываемых ими услуг.

В то же время при всех ее негативных последствиях коррупция в здравоохранении крайне противоречиво оценивается населением. Определенной частью граждан и в определенных ситуациях она рассматривается как способ дополнительного финансирования медицины, пусть нелегального, но все же допустимого и зачастую даже одобряемого. Парадоксально, но граждане РФ и возмущаются коррупцией медицинских работников, и относятся к ней снисходительно.

Существенный коррупционный потенциал несет в себе чрезмерная бюрократизация здравоохранения, сочетающаяся с кастовостью медицины. Несмотря на многочисленные гарантии гражданских прав, в том числе на закрепление права добровольного обращения за медицинской помощью, государство зачастую создает императивы, вынуждающие обращаться к услугам медицинских учреждений (например, работники многих организаций, учащиеся университетов обязаны проходить ежегодные обследования). Избыточно формализована выдача различных справок, свидетельств, производство освидетельствований и разнообразных экспертиз. Сфера медицины оказывается нередко репрессивной по отношению к гражданам. Врач превращается в своеобразного контролера. Кастовость, профессиональная закрытость проявляются и в нежелании медицинских работников позитивно реагировать на обращения и жалобы пациентов. Мотивами оказываются безразличие, страх перед начальством, солидарность с коллегами и зачастую прямой непрофессионализм.

Поведение отдельных участников отношений в сфере медицины

Пациенты

Конституция РФ декларирует право каждого на здоровье. В Основах говорится в первую очередь о российских гражданах, но в ст. 18 определяются также и права иностранных граждан, лиц без гражданства и беженцев на охрану здоровья и медицинскую помощь.

Иностранным гражданам, находящимся на территории Российской Федерации, гарантируется право на охрану здоровья в соответствии с международными договорами Российской Федерации. Лица без гражданства, постоянно проживающие в Российской Федерации, и беженцы пользуются правом на охрану здоровья наравне с гражданами Российской Федерации, если иное не предусмотрено международными договорами Российской Федерации. Фактически же это требование закона далеко не всегда выполняется.

Порядок оказания медицинской помощи иностранным гражданам, лицам без гражданства и беженцам определяется Министерством здравоохранения Российской Федерации и министерствами здравоохранения республик в составе Российской Федерации.

Понятие пациент хотя и упоминается в законодательстве, например в ст. 8, 30 (права пациента) и т.д. Основ, но дефиниция его отсутствует. Это является пробелом закона.

Пациент — это человек, нуждающийся в получении услуг в сфере здравоохранения и обращающийся к органам здравоохранения с целью их получения. В России почти каждый пациент (за исключением иностранных граждан государств, с которыми у России нет соответствующих договоров), пользуется правом на медицинское обслуживание. В принципе пациенты в подавляющем большинстве случаев являются вынужденными участниками коррупционных отношений, т.е. если не считать традиции небольшими подарками благодарить врачей, медсестер, санитарок, и не склонны оплачивать медицинские услуги. Факторы, толкающие пациентов на этот путь, можно подразделить на пять групп:

- отсутствие альтернативы в условиях острой необходимости;
- тревога и страх за свою жизнь и здоровье;

- принятые обычаи; благодарность; желание завязать знакомство на будущее;
- стремление повысить качество услуг или добиться выполнения дефицитной услуги.
- стремление получить незаконную услугу (например, если пациенту необходима поддельная справка).

Правовое положение пациента регламентировано в ст. 30 Основ: уважительное и гуманное отношение со стороны медицинского и обслуживающего персонала; выбор врача; обследование, лечение и содержание в условиях, соответствующих санитарно-гигиеническим требованиям; сохранение в тайне информации о факте обращения за медицинской помощью, о состоянии здоровья; возмещение ущерба в соответствии со ст. 68 настоящих Основ в случае причинения вреда его здоровью при оказании медицинской помощи; допуск к нему адвоката или иного законного представителя для защиты его прав, а также священнослужителя и др.

В случае нарушения прав пациента он может обращаться с жалобой непосредственно к руководителю или иному должностному лицу лечебно-профилактического учреждения, в котором ему оказывается медицинская помощь, в соответствующие профессиональные медицинские ассоциации и лицензионные комиссии либо в суд.

Этот каталог материальных прав весьма обширен и не уступает объему прав граждан, например Германии, установленных разнообразными законами. Но гарантии данных прав в России либо не находят практической реализации, либо просто не закреплены в законодательстве, либо сводятся на нет другими нормами. Так, в ст. 30 Основ установлено право пациента на полную информацию о состоянии своего здоровья, но уже в ст. 31 это право ограничивается. А именно ст. 31 говорит: «В случаях неблагоприятного прогноза развития заболевания информация должна сообщаться в деликатной форме гражданину....». Но, во-первых, гражданин сам имеет право определять, нуждается ли он в деликатной форме или нет, а во-вторых, эта конструкция может быть использована для злоупотреблений, например, с целью скрыть врачебную ошибку или бесполезность дальнейшего выгодного врачу лечения. Другой пример: при справедливом закреплении права на возмещение вреда и реализацию своих прав в законе нет четкого закрепления права требовать все касающиеся собственной болезни документы, что по сути является гарантией реализации юридических прав.

Следовательно, необходимо не только расширить каталог прав, но и создать систему их гарантий, а также закрепить корреспондирующие правам пациентов обязанности врачей, например, вести подробную документацию. Пока же пациенты стремятся реально обеспечить свои права с помощью различных подношений.

Врачи

По определению Всемирной организации здравоохранения, врач — это лицо, которое, будучи принятым в установленном порядке в медицинское образовательное учреждение, должным образом признанное в стране, успешно завершило предписанный курс медицинских наук и получило квалификацию, дающую юридическое право на медицинскую практику.

Врач — одна из самых престижных профессий; медицинское образование и работа — одни из самых трудных и сложных; и преступления в сфере оказания медицинских услуг — одни из самых опасных. Врачи обладают огромными возможностями помогать людям, но также и нарушать закон. Правонарушения со стороны врачей бывают самые разнообразные: умышленные и неумышленные; существенные, с тяжелыми последствиями (например, незаконная трансплантация человеческих органов) и малозначительные (незаконная выдача студенту справки о болезни в день экзамена). Нарушения могут совершаться врачами по различным мотивам: корысть, желание скрыть свою ошибку, неправильно понятый профессиональный долг или солидарность и т.д.

Большинство преступлений, связанных с коррупцией и совершаемых врачами, являются должностными преступлениями. Врачи при исполнении служебных обязанностей совершают юридически значимые действия и поэтому признаются должностными лицами в смысле ст. 285 УК РФ¹. Из этого

¹ См.: Комментарий к УК РФ. — М., 2000. — С. 913. В Комментарий к УК / под ред. Ю.И.Скуратова и В.М.Лебедева. М., 2002) подчеркивается, что «всякий работник учреждения, имеющий в своем служебном подчинении других сотрудников, руководящий их деятельностью, направляющий и организующий их работу, является должностным лицом в связи с наличием у него организационно-распределительных обязанностей» (с. 762). Следовательно, те из врачей, которые вправе давать распоряжения по организации работ, выполняют административно-хозяйственные функции и т.п., являются должностными лицами. Не наделенные такого рода полномочиями врачи должностными лицами не являются.

проистекает повышенная юридическая ответственность врачей, которая оправдана не только с правовой точки зрения, но и с социальной. Факторы, способствующие развитию коррупции среди врачей, многочисленны.

- Экономические факторы: низкая заработная плата в государственных учреждениях; отсутствие реальных средств для лечения пациентов; слишком тяжелые или неприятные условия работы; большая конкуренция среди частных врачей и др.

- Правовая неурегулированность многих сфер медицинской деятельности, возможности злоупотребления пробелами в законодательстве, незнание врачами закона, порождающее рост количества ошибок.

- Бесконтрольность внутри коллектива медицинских учреждений; отсутствие должной независимости работников друг от друга и от начальства.

- Ложная корпоративность; семейственность.

В отличие от пациентов врачи вступают в коррупционные связи в основном добровольно (низкую заработную плату нельзя считать оправданием). Но избавиться от взяток врачам, даже при наличии четкой правовой базы, достаточно сложно. Необходимо изменить годами складывавшуюся привычку брать подношения и социальный климат. Желание «переучиваться» в этих слоях вряд ли велико, что опять же основано на их социальном авторитете.

Третьи лица, участвующие в отношениях,
пациент — медицинский работник

Родственники и другие близкие пациенту люди могут становиться субъектами коррупционных отношений в основном по мотивам страха, обеспокоенности за здоровье или жизнь пациента.

Медицинский персонал (медицинские сестры, фельдшеры, санитары и пр.) учреждений¹ здравоохранения также нарушает закон, охраняющий право пациентов на квалифицированную медицинскую помощь. Часто медицинский персонал становится соучастником в коррупционных преступлениях, бывает что и неумышленно. Например, врач дает распо-

¹ Перечень см.: Приказ Минздрава РФ от 19 января 1999 г. № 18 «О введении в действие Перечня соответствия специальностей среднего медицинского и фармацевтического персонала должностям специалистов» с приложением. В Германии — это Anlage 1b zu § 22BAT: Eingruppierung der Angestellten im Pflegedienst.

ряжение медсестре выдать больному определенное лекарство, о действии и значении которого она может знать, а может и не знать (тем более когда ей неизвестны мотивы врача). Или медсестра совершает правонарушение, когда по собственной инициативе, например, дает пациенту за деньги дополнительное обезболивающее, которое в принципе должен назначить врач.

Основная масса нарушений среди медперсонала — выдача документов, не соответствующих истине: справок о болезни, о беременности и т.д. Это можно было бы предотвратить, введя более строгий контроль за формулярами данных справок и сократив их требования во всех мыслимых и немыслимых ситуациях (например, зачем справка о состоянии здоровья при поступлении в университет?). В основном эти нарушения совершаются по корыстным мотивам.

Существенным фактором является неоправданная зависимость персонала от врачей и административного начальства, что может повлечь боязнь отказа от участия в нарушении закона даже при сознании такового. Поэтому необходимо принять нормативный акт, четко регулирующий обязанности различных уровней медицинского персонала, содержащий критерии оценки качества работы.

Практически все нарушения закона медперсоналом можно было бы предотвратить юридической регламентацией документации и действий с ней, а также ограничением и строгим контролем доступа к лекарственным средствам. Кроме того, необходимо развивать среди медицинского персонала правовые знания, которые могли бы помочь оценивать свои действия с юридической точки зрения, а в случае принуждения к неправомерным действиям вынуждали обращаться в соответствующие органы. Требуется нормативная фиксация полномочий администрации и четкое отграничение их от действий врачей, свободных в выборе конкретного метода лечения. Следует узаконить право врачей и медицинского персонала отстаивать свое мнение и с этой целью создать систему внутреннего контроля, более четко урегулировать работу консилиумов врачей.

Администрация учреждений: директора, заместители директоров и другие управленцы могут, используя свое служебное положение, совершать различные правонарушения и преступления, которые нередко имеют коррупционный характер. Факторами, создающими для этого благоприятную атмосферу, являются прежде всего сложные экономические условия, дефицит товаров и услуг, правовая безграмотность пациентов,

врачей и медицинского обслуживающего персонала, неотрегулированность многоступенчатых и многообразных отношений в системе здравоохранения. В то же время сложно предположить, что самим административным работникам не хватает правовых знаний, чтобы правильно оценить свои действия. Здесь, вероятно, необходим более строгий, а главное постоянный профессиональный контроль, который могла бы осуществлять в первую очередь корпорация врачей. Это потребует совершенствования ее организационной структуры в направлении самоуправления (общества, гильдии, союзы и пр.). Для того чтобы профессиональный контроль был более действенным, необходимо разработать систему аудита медицинских учреждений и проводить его регулярно. На первый взгляд, это, конечно, связано с большими расходами, так как аудиторские услуги стоят дорого, но при эффективном проведении аудит станет хорошей профилактикой финансовых и коррупционных правонарушений администрации.

Краткая характеристика коррупционных правонарушений в сфере здравоохранения

Статистические обобщенные данные о таких правонарушениях практически отсутствуют. Это объясняется среди прочих причин тем, что в УК РФ собственно медицинские деяния не выделяются, а на ведомственном уровне есть лишь отдельные данные о различных правонарушениях медицинских работников. Поэтому ниже будет дана только классификация коррупционных правонарушений, данные о которой, несомненно, требуют пополнения. В общих чертах можно сказать, что самыми распространенными составами преступлений, возможными в системе здравоохранения и так или иначе связанными с коррупцией, являются: халатность, злоупотребление и превышение служебных полномочий, получение и дача взятки, коммерческий подкуп, а также преступления, связанные с оборотом наркотических веществ, и др. Преступления с неосторожной виной здесь не рассматриваются.

Халатность, злоупотребление должностными полномочиями, получение и дача взятки предусмотрены главой 30 УК РФ. Классификация коррупционных преступлений в области медицины вызывает ряд трудностей, которые связаны с не вполне определенным статусом отдельных категорий медицинских работников, прежде всего врачей.

Отличительная черта должностного преступления состоит в том, что, посягая на нормальное функционирование указанных органов и учреждений, это преступление имеет следствием не только умаление их авторитета в обществе (например, получение взятки врачом), оно подрывает у граждан уверенность в защищенности их прав и законных интересов (люди начинают опасаться пользоваться медицинскими услугами в стране и едут для этого за границу, покупают только иностранную медицинскую продукцию, опасаясь коррумпированности сертифицирующих органов и т.п.).

Если наряду с выполнением обязанностей по лечению, диагностике и т.п. на врача в установленном порядке возложено и исполнение организационно-распорядительных или административно-хозяйственных функций, то в случае их нарушения он может нести ответственность за должностное преступление (например, за злоупотребление полномочиями, связанными с участием в работе бюро медико-социальной экспертизы, призывных комиссий). Не являются субъектами должностного преступления те работники государственных и муниципальных учреждений, которые выполняют сугубо профессиональные или технические обязанности (нянечка, разносящая лекарства, рецепционистка в больнице и др.).

Не являются субъектами преступлений, предусмотренных гл.30 УК РФ, лица, выполняющие управленческие функции в коммерческих предприятиях, ставящих основной целью своей деятельности извлечение прибыли. То есть врачи и директора частных клиник субъектами данных преступлений быть не могут.

Очень кратко укажем на отдельные преступления.

Злоупотребление должностными полномочиями (ст.285 УК РФ)

Формы и способы злоупотреблений должностными полномочиями могут быть самыми разнообразными: неосновательное расходование денежных и других ресурсов учреждений здравоохранения без признаков хищения; сокрытие совершенных хищений, недостач, злоупотреблений по службе (например, сокрытие пропажи дорогостоящих медицинских препаратов либо определенных бланков).

Одной из форм злоупотребления должностными полномочиями может явиться попустительство совершению преступлений иными лица-

ми (например, должностное лицо — директор больницы знает, что врачи берут взятки). Примеры таких преступлений приводились выше. Их связь с коррупцией очевидна. Взятки даются по вертикали, подкупаются лица, разрешающие незаконные действия, широко распространен коммерческий подкуп как средство обеспечения самой возможности реализации незаконных действий.

Превышение должностных полномочий (ст. 286 УК РФ)

Медицинские работники — должностные лица совершают по службе такие действия, которые, во-первых, явно выходят за пределы их полномочий, во-вторых, влекут существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства и, в-третьих, находятся в причинной связи с наступившими последствиями. Как правило, здесь совершаются различные действия, обеспечивающие незаконную приватизацию медицинской инфраструктуры, осуществление нелегальных и зачастую незаконных медицинских услуг.

Получение взятки (ст. 290 УК РФ)

Получение взятки — одно из самых серьезных должностных преступлений, случающееся в аппарате здравоохранения. Это преступление подвергает опасности одно из основных благ — здоровье граждан. *Вот пример из газетной статьи: «Намекнуть пациенту, что всякая услуга здесь стоит денег, для медперсонала 33-й больницы так же естественно, как вымыть руки. Денег ждут практически все: от санитаря до врача. У каждого свой прейскурант. Низшее звено вряд ли получит с пациента больше 200 рублей. Осматривающий врач оценивается выше. А лечащий — на вес золота. Москвич Павел Гудков сказал, что обычный десятиминутный осмотр обошелся ему в 1000 рублей (ему стало плохо на работе и Скорая отвезла его в 33-ю больницу)»¹.*

Особенность данного состава преступления состоит в том, что взятка может быть получена как за незаконные действия (бездействие) должностного лица, так и за действия (бездействие), которые входят

¹ Проклятие Гипократа. Московская больница стала доходным домом и фабрикой смерти // Моск. комсомолец. — М., 2002. — 1 марта.

непосредственно в его компетенцию, и должностное лицо было вправе в установленном порядке выполнить в пользу взяткодателя или представляемых им лиц то или иное действие либо, напротив, не принимать никаких мер.

Другой особенностью получения взятки является то обстоятельство, что ее субъектом может быть признано и такое должностное лицо, которое хотя и не обладало полномочиями для выполнения в интересах взяткодателя соответствующих действий, но в силу своего должностного положения могло за взятку принять меры к совершению этих действий другими должностными лицами, например, главный врач может заставить выполнять свои распоряжения врачей¹.

Предметом взятки, как на это указано в самой норме, могут быть деньги, ценные бумаги, иное имущество или выгоды имущественного характера, под которыми понимаются оказываемые безвозмездно, но подлежащие оплате услуги, например предоставление санаторных и туристических путевок; производство ремонтных, строительных и других работ. Этого вида взяток наиболее опасаются немецкие ученые, предупреждающие о его широком распространении между представителями крупной медицинской индустрии и врачами с целью выведения на рынок потребления новых лекарств.

Ст. 575 ГК РФ позволяет государственным и муниципальным служащим получать обычный подарок стоимостью не свыше пяти минимальных окладов в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей. Но если вручение «подарка» предшествовало действиям должностного лица либо если такие действия были обусловлены последующим вознаграждением в виде «подарка», его следует квалифицировать как получение взятки. Схожая норма имеется и в законодательстве Германии — это § 32 Примерного положения о статусе профессии врачей, а также в Антикоррупционном законе.

Уголовная ответственность лица, посредничающего во взяточничестве, наступает лишь в случаях, предусмотренных ст. 33 УК РФ.

В сфере медицины распространено вымогательство взятки, т.е. требование должностного лица дать взятку под угрозой совершения действий, которые могут причинить ущерб законным интересам граждан,

¹ См. п.4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2000 г. № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» // Бюл. Верховного Суда РФ. — М., 2000. — № 4.

либо создание для гражданина таких условий, когда он вынужден дать взятку с целью предотвращения вредных последствий для его правоохраняемых интересов. Например, директор больницы сообщает родственникам только что поступившего больного, что места с обслуживанием медицинским персоналом есть только в платном отделении, а в бесплатном все «сейчас заняты». Получение взятки считается оконченным преступлением с момента принятия должностным лицом хотя бы части взятки. Данное преступление совершается только с прямым умыслом.

Дача взятки (ст. 291 УК РФ)

Это корреспондирующее вышеописанному преступление, также часто встречающееся в системе здравоохранения. Субъектами являются пациенты в основном из страха за свое и своих близких здоровье и жизнь, в редких случаях из чувства благодарности, а иногда из желания получить незаконным путем определенные документы, например, освобождение от армии или лекарства, к примеру психотропные вещества. При этом необходимо учитывать, что, если взяткодатель, передавая должностному лицу деньги или иное имущество, склоняет его к совершению противоправных действий, образующих иной состав преступления (например, превышение должностных полномочий, служебный подлог), содеянное взяткодателем должно квалифицироваться по совокупности как дача взятки и соучастие в совершении соответствующего преступления.

Заявление о даче взятки (устное или письменное), поданное в орган, имеющий право возбудить уголовное дело (прокурор, следователь, орган дознания), должно признаваться добровольным независимо от мотивов, которыми руководствовался заявитель. При повышении уровня правового воспитания у населения и разъяснении им вышеописанного права, вероятно, удалось бы предотвратить немало преступлений в системе здравоохранения, особенно вымогательства взяток у людей малоимущих, так как именно у них (хотя бы из-за отсутствия денег) была бы высокая готовность обратиться в правоохранительные органы.

Коммерческий подкуп (ст. 204 УК РФ)

Эта статья более применима к преступлениям частнопрактикующих врачей и администраций частных учреждений здравоохранения, чем

должностные преступления, так как при государственной или муниципальной системе здравоохранения вознаграждение имущественного характера получает должностное лицо. При этом ответственность наступает за совершение различных действий, т.е. предоставление дефицитных мест в больнице, внеочередное лечение и пр.

Гражданские правонарушения законодательства в сфере здравоохранения

Они рассматриваются здесь как тесно связанные с коррупцией, причем с двух сторон: а) врач вступает в коррупционные отношения с третьими лицами при оказании некачественной медицинской помощи; б) пациент коррумпировывает третьих лиц, чтобы получить возмещение вреда.

Гражданская ответственность за нарушения законодательства в сфере здравоохранения регулируется Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации, Основами законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан, Законом Российской Федерации «О медицинском страховании граждан в Российской Федерации», а также Методическими рекомендациями о «Возмещении вреда (ущерба) застрахованным в случае оказания некачественной медицинской помощи в рамках программы обязательного медицинского страхования»¹ и другими актами².

¹ Письмо Федерального фонда ОМС от 5 мая 1998 г. № 1993/36.1 и «О методических рекомендациях «Возмещение вреда (ущерба) застрахованным в случае оказания некачественной медицинской помощи в рамках программы обязательного медицинского страхования» и методические рекомендации «Возмещение вреда (ущерба) застрахованным в случае оказания некачественной медицинской помощи в рамках программы обязательного медицинского страхования» (утв. Федеральным фондом ОМС 27 апреля 1998 г.)

² Закон РФ от 27 апреля 1993 г. № 4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» (с изменениями от 14 декабря 1995 г.). О введении в действие настоящего Закона см.: Постановление ВС РФ от 27 апреля 1993 г. № 4867-1, Постановление ВС РФ от 25 февраля 1993 г. № 4552-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»; см. также Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8, Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 1993 г. № 10, Контроль качества медицинской помощи осуществляется в соответствии с приказом Минздрава РФ и ФФОМС № 363/77 от 24 октября 1996 г. «О совершенствовании контроля качества медицинской помощи населению Российской Федерации». Приложение 1 к приказу

Согласно распространенному в литературе мнению, возмещение убытков является основным видом ответственности в коммерческом и гражданском обороте и позволяет наиболее полно реализовать все функции ответственности, в том числе компенсационную, стимулирующую, предупредительную.

В соответствии со ст. 15 ГК РФ лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере. Для медицинского права наиболее важен такой элемент убытков, как реальный вред, хотя и другие элементы (упущенная выгода) должны быть возмещены в полном объеме в соответствии с общими началами гражданского законодательства.

Порядок возмещения вреда частнопрактикующими врачами, не входящими в систему обязательного страхования, определяется Гражданским кодексом РФ.

В законодательстве выделяются шесть видов нарушений при оказании медицинской и лекарственной помощи застрахованным.

1. Невыполнение или ненадлежащее выполнение условий договора на предоставление лечебно-профилактической помощи по обязательному медицинскому страхованию.

2. Выставление счета за фактически не оказанную услугу (случай медицинской помощи); неоднократное включение в счет одной и той же медицинской услуги; выставление счета за услуги, не предусмотренные программой ОМС и лицензией медицинского учреждения, а также за действия, не являющиеся отдельно оплачиваемой медицинской услугой при принятом порядке оплаты.

Минздрава РФ и Федерального фонда ОМС от 24 октября 1996 г. № 363/77, Положение о системе ведомственного контроля качества медицинской помощи в учреждениях здравоохранения Российской Федерации, Приложение 2 к приказу Минздрава РФ и Федерального фонда ОМС от 24 октября 1996 г. № 363/77. Положение о системе вневедомственного контроля качества медицинской помощи в Российской Федерации, Инструкция о порядке выдачи документов, удостоверяющих временную нетрудоспособность граждан, утвержденная приказом/постановлением Минздравмедпрома РФ и Фонда социального страхования РФ от 19 октября 1994 г. № 206/21, Типовые правила обязательного медицинского страхования (утв. исполнительным директором Федерального фонда ОМС 1 декабря 1993 г.), Временная методика определения размера ущерба (убытков), сообщенная письмом Госарбитража СССР от 28 декабря 1990 г. № С-12/НА-225.

3. Оказание застрахованному медицинской помощи ненадлежащего качества:

- невыполнение, несвоевременное или некачественное выполнение необходимых пациенту диагностических, лечебных, профилактических, реабилитационных мероприятий (исследования, консультации, операции, процедуры, манипуляции, трансфузии, медикаментозные назначения и т.д.);

- необоснованное (без достаточных показаний или при наличии противопоказаний) проведение диагностических, лечебных, профилактических, реабилитационных мероприятий, приведшее к диагностической ошибке, выбору ошибочной тактики лечения, ухудшению состояния пациента, осложнению течения заболеваний или удлинению сроков лечения.

4. Нарушения в работе медицинских учреждений, наносящие ущерб здоровью застрахованных:

- заболевания (травмы, ожоги) и осложнения, возникшие в период пребывания пациента в медицинском учреждении по вине медицинских работников, потребовавшие оказания дополнительных медицинских услуг, в том числе:

- внутрибольничное инфицирование, связанное с неправильными действиями медицинского персонала;

- осложнения после медицинских манипуляций, процедур, операций, инструментальных вмешательств, инфузий и т.д., связанные с дефектами их выполнения или недоучетом противопоказаний.

5. Преждевременное (с клинической точки зрения) прекращение лечения, приведшее к ухудшению состояния больного, развитию осложнения, обострению, утяжелению течения заболевания (кроме документально оформленных случаев прекращения лечения по инициативе пациента или его родственников), в том числе:

- преждевременная выписка больного, повлекшая повторную госпитализацию, или удлинение периода реконвалесценции, или хронизацию заболевания, или другие неблагоприятные последствия;

- преждевременное прекращение врачебного наблюдения в амбулаторных условиях и др.

6. Другие нарушения, ущемляющие права застрахованных, гарантированные ст. 30 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан.

В сфере здравоохранения нормы деликтного права построены в соответствии с принципами Гражданского кодекса. Основанием для предъявления претензий или иска по возмещению вреда (ущерба) для страховой медицинской организации является акт результатов проведения экспертизы¹ качества медицинской помощи.

Согласно ст. 1064 ГК РФ вред, причиненный личности, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред.

Размер возмещения зависит от величины затраченных на лечение средств, длительности нетрудоспособности застрахованного, результата (выздоровление, хронизация полученного заболевания либо травмы, инвалидность, смерть застрахованного), а для работающего — также от степени утраты трудоспособности и размера утраченного заработка (дохода). Размер возмещения определяется на основании счетов соответствующих организаций и других документов либо согласно ценам, сложившимся в той местности, в которой потерпевший понес эти расходы, а также документов, подтверждающих размер утраченного заработка. Суммы возмещения вреда подлежат индексации в связи с повышением стоимости жизни в установленном законом порядке. В денежные суммы, компенсирующие вред, нанесенный застрахованному гражданину, включаются расходы на его обследование и лечение, в том числе санаторно-курортное, уход за потерпевшим, протезирование, приобретение и ремонт специальных транспортных средств, профессиональное переобучение и другие расходы, связанные с устранением последствий нанесенного ему вреда, если потерпевший нуждается в этих видах помощи и не имеет права на их бесплатное получение. Потерпевшему, нуждающемуся в нескольких видах помощи, возмещаются расходы, связанные с получением каждого вида помощи.

Согласно ст. 1094 ГК РФ, лица, ответственные за вред, вызванный смертью потерпевшего, обязаны возместить необходимые расходы на погребение лицу, понесшему эти расходы. Пособие на погребение, полученное гражданами, понесшими эти расходы, в счет возмещения вреда не засчитывается.

Существуют два механизма возмещения вреда при некачественном оказании медицинской помощи: досудебный (может осуществляться

¹ Положение о военно-врачебной экспертизе утверждено Постановлением Правительства РФ от 20 апреля 1995 г. № 390; Федеральный закон от 31 мая 2001 г. № 73 «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

также посредством третейского суда) и судебный способы защиты прав застрахованных. При этом возможно осуществление защиты нарушенного права как страховщиком, так и самим застрахованным. Возмещение материального вреда (ущерба) осуществляется как в добровольном порядке, так и по решению суда.

При причинении застрахованному морального вреда только суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации указанного вреда.

Возмещение ущерба не освобождает медицинских и фармацевтических работников от привлечения их к дисциплинарной, административной или уголовной ответственности в соответствии с действующим законодательством.

Выводы

1. Коррупция — это не только правовой, но прежде всего социальный феномен, развитие которого зависит от экономических факторов, традиций страны и правового воспитания населения.

- Большинство проблем в системе здравоохранения в России и СНГ, в том числе и расцвет коррупции, носят экономический и/или социальный характер. Как указано в приложении к постановлению Правительства Московской области от 17 августа 1998 г. № 76/25 «Концепция развития здравоохранения в Московской области на период до 2005 года», «система здравоохранения финансируется по остаточному принципу, а действует по затратному».

- Недофинансирование учреждений здравоохранения порождает дефицитность медицинских услуг, т.е. их недоступность всем в них нуждающимся. Это влечет неравенство граждан РФ в праве на получение медицинской помощи, социальным следствием чего является коррупция. Это положение на территории России, к сожалению, сложилось уже давно. Граждане привыкли и даже приспособились к данной ситуации. То есть коррупция стала традицией, которой хотя и возмущаются, но в которой все участвуют и никто с ней серьезно не борется. Население смирилось с коррупцией как с социальным феноменом. Это объясняет огромнейшую латентность данных преступлений.

- Следующим фактором расцвета коррупции в России является низкий уровень правовых знаний населения и почти полное отсутствие традиций реализации (защиты) своих прав через суд. Этому сопутствует

неэффективная работа правоохранительных органов, невнимание органов здравоохранения к проблеме распространения правовых знаний в широкие слои населения, перегруженность судов, иногда безосновательно отказывающих в принятии исков, и зачастую некомпетентность судей, не умеющих разобраться в сложных проблемах медицинского права.

2. Правовая база для отлаженного функционирования системы здравоохранения должна быть разумной, четкой, хорошо структурированной и более или менее обозримой. Законодательство РФ в основном не отвечает этим требованиям. Массив нормативных актов не поддается оценке даже специалистов, встречаются регулярно коллизии норм (особенно противоречат друг другу акты, принятые до 1991 г. и после), что значительно осложняет применение права неспециалистами, не знакомыми с правилами юридического толкования (каковыми являются врачи и пациенты).

- Несмотря на перечисленные недостатки, необходимо констатировать, что в целом медицинское законодательство придерживается демократических принципов, хорошо развит институт материальных прав пациента, отсутствуют объемные пробелы законодательства. Нельзя сказать, что система уголовной или гражданской ответственности нуждается в существенных дополнениях. Приняты и действуют законы, регулирующие сложные проблемы медицины (например, о трансплантации или о трансфузии)¹. Он принят даже раньше, чем схожее законодательство, к примеру, в Германии.

- Одной из самых основных, базисных проблем устройства системы здравоохранения является система страхования, которая в России находится в состоянии крайней неопределенности. Параллельное существование государственной, муниципальной и частной систем здравоохранения и отсутствие четкого разграничения их функций (а также субъектов и объектов) приводит к нефункционированию и того и другого в полном объеме. Нет правовой базы для их кооперации. *Таким образом, необходимо совершенствование страхового законодательства с учетом экономических возможностей и социальных потребностей* (конкретные предложения составляют тему отдельного монументального исследования) *с тенденцией постепенно-го перехода к системе частного страхования.*

¹ Подробнее см.: Жалинская-Рёрихт А.А. Закон ФРГ о трансплантации органов: конституционные и уголовно-правовые следствия // Право и политика. — М., 2000. — № 7. — С. 94—102; Жалинская-Рёрихт А.А. Законодательство о переливании крови в ФРГ и РФ: сравнительный анализ // Государство и право. — М., 2001. — № 8. — С. 109—113.

3. *Необходима кодификация актов, регулирующих систему управления учреждениями здравоохранения.* На данный момент существует огромное количество актов, регламентирующих эту сферу управления медицинскими учреждениями. Многие из них детально регулируют вопросы подчинения, компетенции медицинских учреждений и т.д., но из-за большого разброса в законодательном массиве (постановления Правительства, приказы Минздрава, акты фондов и т.д.) большинству из них не уделяется должного внимания.

- Следовало бы *принять Закон «Об управлении учреждениями системы здравоохранения и контроле за управлением»*, где определялось бы понятие «медицинское учреждение», его права и обязанности как юридического лица (с учетом форм собственности), требования к управляющим лицам (администрации), их функции, компетенция, иерархия в рамках учреждений здравоохранения с четким разграничением компетенций, устанавливалась бы система контроля за деятельностью учреждений в целом как юридических лиц, их администрацией и отдельно врачей. Система контроля помимо ведомственного и вневедомственного (они сейчас регулируются положениями) государственного контроля должна предусматривать случаи аудиторского контроля, проводимого независимыми коммерческими аудиторскими фирмами. Это будет способствовать качеству, глубине и объективности проводимых мер. Необходимо развивать систему самоконтроля учреждений, поощрять участие в управлении врачей и медицинского персонала, привлечение пациентов к контролю за реализацией их прав, проводить независимыми организациями опросы пациентов о качестве получаемой медицинской помощи, предусмотреть порядок обработки этих данных, например, комиссиями по этике. Это привело бы, хотя и очень медленно, к росту осознания своих прав населением и медицинскими работниками. Также необходимо предусмотреть обязанность учреждений иметь страхование на случай предъявления пациентом иска о возмещении ущерба. Объем такого страхования должен быть определен в законе.

- Целесообразно *принять нормативный акт «О финансировании учреждений здравоохранения»*, систематизирующий все нормативные правовые акты в этой области, а также четко определяющий порядок вливания бюджетных средств, ответственных за это лиц, пределы их компетенции, порядок пожертвований средств гражданами и их права на информацию о судьбе этих средств, обязанность полного документирования. Для этого стоит разработать схему документирования потоков

средств в системе здравоохранения, которой должны будут придерживаться все учреждения. Эта схема должна быть построена в соответствии с демократическими принципами современного законодательства, но учитывать особенности параллельного существования платной и бесплатной медицины и быть направлена на сокращение возможностей злоупотреблений. Такой акт может быть разработан только в рамках совместной работы между экономистами, юристами, медиками и, возможно, даже психологами или специалистами по социальным отношениям.

• *Следующим необходимым элементом кодификации является принятие закона «О статусе медицинских работников».* Данную сферу регулирует огромное количество нормативных актов¹. Ими раскрыты требования к квалификации медицинских работников, порядок их оплаты в целом и отдельных категорий, вопросы трудового права. Но ни в одном нет целостного перечисления прав и обязанностей медицинских работников по отношению к пациентам, друг другу, администрации. Не произведено разграничение компетенции внутри медицинского учреждения, не решены такие вопросы, как: имеет ли право администрация учреждения вмешиваться в методику лечения определенным врачом, т.е.

¹ См.: Положение о порядке получения квалификационных категорий специалистами, работающими в системе здравоохранения Российской Федерации, утвержденное приказом Минздрава РФ от 9 августа 2001 г. № 314. Об оплате труда работников здравоохранения см. также: Положение, утвержденное приказом Минздрава РФ от 15 октября 1999 г. № 377; Постановление Правительства РФ от 28 февраля 1996 г. № 213; Постановление Минтруда РФ от 8 октября 1992 г. № 18; Порядок предоставления сокращенной продолжительности рабочего времени (36 часов в неделю) и ежегодного оплачиваемого отпуска продолжительностью 36 рабочих дней (с учетом ежегодного дополнительного отпуска за работу в опасных для здоровья условиях труда) работникам организаций здравоохранения, осуществляющим диагностику и лечение ВИЧ-инфицированных, а также работникам организаций, работа которых связана с материалами, содержащими вирус иммунодефицита человека, см. Постановление Минтруда РФ от 8 августа 1996 г. № 50; О выплате пенсии за выслугу лет работникам здравоохранения, занятым лечебной и иной работой по охране здоровья населения в сельской местности, см. Закон РФ от 20 ноября 1990 г. № 340-1; Положение о Центральной аттестационной комиссии по присвоению квалификационных категорий при Министерстве здравоохранения Российской Федерации, утвержденное приказом Минздрава РФ от 5 ноября 1998 г. № 326; О порядке допуска к медицинской и фармацевтической деятельности в Российской Федерации лиц, получивших медицинскую и фармацевтическую подготовку в иностранных государствах, см.: Постановление Правительства РФ от 7 февраля 1995 г. № 119, Правила предоставления платных медицинских услуг населению медицинскими учреждениями утверждены Постановлением Правительства РФ от 13 января 1996 г. № 27 и др.

пределы свободы врачей, в какой степени врач имеет право давать указания медицинскому персоналу и т.д. В данном законе можно суммировать и определить виды существующей ответственности медицинских работников. Увеличивать ответственность в этом или ныне действующих законах было бы неразумным, так как, во-первых, она в российском законодательстве и так достаточна, если не чрезмерна, а во-вторых, на мой взгляд, с проблемами, имеющими социальные корни, нельзя бороться мерами по увеличению ответственности. Такой закон должен иметь межотраслевой характер и отражать аспекты гражданского, предпринимательского, трудового права, внутрипрофессиональных обычаев.

- Вероятно, было бы неплохо по образцу немецкого законодательства принять *Хартию прав пациента*. Это не было бы изменением юридического характера, так как права пациента довольно полно изложены в Основных и других законах, но могло бы способствовать росту правосознания населения при условии изложения в краткой и доступной форме (в ФРГ она занимает всего несколько страниц) с указанием процессуальных возможностей реализации данных прав. Эту хартию, возможно даже с небольшим комментарием, следовало бы раздавать всем пациентам при прохождении лечения, что дало бы определенную гарантию того, что граждане знают о своих правах и будут меньше поддаваться коррупционному давлению.

АРМСТРОНГ Х.

**СОЦИАЛЬНЫЕ СВЯЗИ И ПРИВАТИЗАЦИЯ
В КАНАДСКОМ ЗДРАВООХРАНЕНИИ
(Реферат)**

ARMSTRONG H.

Social cohesion and privatization in Canadian healthcare // Canad. j. of law and society. — Calgary, 2001. — Vol. 16, № 9. — P. 65—81.

Закон «О здоровье Канады», принятый в 1984 г., иногда называют кодексом принципов «бесплатной медицинской помощи», поскольку он создал универсальную систему страховой медицины в стране. Закон, в первую очередь, устанавливает полномочия местных и территориальных властей для получения федеральных инвестиций, добавив четко сформулированный запрет прямой оплаты оказываемых необходимых медицинских услуг в стационарных и иных медицинских учреждениях. Реальная сила принципов, содержащихся в данном акте, следует из того факта, что местные территориальные органы власти получили ощутимые дотации от федерального бюджета на квалифицированную и эффективную поддержку социальных программ.

Закон формулирует пять принципов, способствующих высокому уровню развития здравоохранения в Канаде, ставшего «определяющей национальной характеристикой».

Прежде всего, это *принцип универсальности*, или «каждый внутри системы — никто вне ее». Как формулирует закон, «унифицированные факторы и условия» — это то единственное, что связывает всех в единую систему «необходимого медицинского обслуживания». Никто не может купить себе возможность быть первым в очереди на оказание медицинских услуг, все имеют равные права. На практике, разумеется, встречаются некоторые проблемы, особенно в том, что касается лиц, не имеющих официального места жительства или документов.

Во-вторых, *принцип доступности*. Не должно быть финансовых или других препятствий для медицинского обслуживания. Именно этот принцип призван не допускать (хоть и не совсем успешно) выставления дополнительных счетов, административных сборов и других видов выплат по крайней мере до момента оказания медицинских или профилактических услуг.

Третий принцип — *всеобщее применение*, он обсуждается реже всего и направлен на повсеместное распространение новых достижений в сложившееся медицинское обслуживание в медицинских учреждениях, при домашнем уходе и оказании фармацевтических услуг. Данный принцип создает дополнительное пространство для планирования рациональности системы здравоохранения и выбора ее участников, что в результате сказывается на характеристике социальных связей.

В-четвертых, *принцип «подвижности»*. Имеется в виду оплата медицинского обслуживания во время путешествий в другие регионы страны или за рубеж или, что более важно, оказание медицинских услуг вне связи с местом работы и родом деятельности. Граждане Канады могут менять место работы, не беспокоясь о потере медицинской страховки ни частично, ни тем более полностью (основная причина трех четвертей забастовок в США в период с 1989 по 1992 г. была связана с проблемами медицинского обслуживания, так как медицинское страхование в США привязано к месту работы).

Пятый и последний принцип Закона «О здоровье Канады» — это *общественное управление или координация медицинского обслуживания*. В каждой провинции имеется общественная организация по управлению платежами, которая подотчетна и не имеет права на извлечение прибыли. Эти организации контролируют соблюдение запрета на частное медицинское страхование, особенно в отношении услуг, покрываемых общественной медицинской страховкой. Государственный сектор здравоохранения, в котором все канадцы имеют долю, эффективен и рациона-

лен, и жители Канады могут пользоваться определенной свободой действий, что в результате приводит к объединению приоритетов и проблем, характеризующих уровень социального сплочения.

Однако в 1990-е годы произошло существенное снижение государственных расходов на здравоохранение. Особенно сильно это почувствовали учреждения для стационарного лечения. Прямым следствием сокращения расходов стал рост недовольства системой здравоохранения и снижение доверия к ней. Автор статьи подчеркивает, что помимо сокращения финансирования системы здравоохранения возникла еще одна угроза — разрыв социальных связей. Дискуссии в общественном мнении на эту тему обнаруживают реальные разногласия между подавляющим большинством канадского населения, с одной стороны, и элитой избранных — с другой. Например, 78% людей с медицинским образованием считают, что, для того чтобы достичь уровня медицинского обслуживания, который характеризовался бы как «очень» или хотя бы «достаточно приемлемый», необходимо участие частного сектора, в то время как 61% респондентов, не имеющих отношения к медицине, считают, что принуждение потенциальных пациентов к оплате медицинских услуг приведет к тому, что она будет «абсолютно» или «почти неприемлема». Тем не менее «новаторские подходы», связанные с идеей предпринимательства, предлагают существенные перемены в системе здравоохранения, которые принесут несомненную выгоду частному сектору.

Сегодня в системе здравоохранения Канады уменьшается доля общественного участия в расходах на здравоохранение, сокращается средняя продолжительность пребывания пациентов в больницах, введен запрет на лечение в домашних условиях на средства общества, увеличен срок ожидания определенных хирургических операций, изменены некоторые способы лечения онкологических заболеваний и физиотерапии. Приватизация здравоохранения означает и рост расходов населения, вынужденного платить из своего кармана, и необходимость переговоров между предпринимателями и профсоюзами об условиях труда, и сокращение общественных расходов преимущественно за счет уменьшения дополнительных льгот.

Подавляющее большинство врачей в Канаде всегда имели частную практику. Выбор «сделать или купить» решался в пользу закупки медицинского оборудования, материалов и фармацевтических товаров в частных организациях. Но количественные изменения непременно приведут к качественным. В больницах все больше ухудшаются не только

средства безопасности и условия парковки автотранспорта, но и качество оказания информационных и лабораторных услуг, приготовления пищи и даже обычной уборки. Если говорить о более фундаментальных вещах, то можно отметить, что лечение постепенно перемещается из крупных общественных бесплатных клиник в медицинские учреждения, ставящие своей целью в том числе извлечение прибыли. С 1997 г. канадцы тратят больше на лекарства, чем на врачей. Поскольку происходит постепенное смещение процесса оказания медицинских услуг от ведомственной системы к территориальной организации медицинского обслуживания, открывается все больше возможностей для частного предпринимательского сектора.

Способы, используемые при организации системы здравоохранения, изменились. Все чаще больного называют «потребитель услуг», клиент, а не пациент, резидент или гражданин. Медицинские институты, которые обслуживают нас, занимаются развитием бизнес-планов и ассортимента услуг и, ориентируясь на свое участие на рынке и источники доходов, рассуждают такими категориями, как добавленная стоимость и нижний предел цен. Короче говоря, используется терминология частной собственности. Частные фирмы могут достичь значительного влияния в оказании услуг здравоохранения. Все чаще звучит предположение, что деловой подход приведет к безболезненному созданию рентабельных технологий, которые будут применяться в системе общественного сектора, слишком долго изолированного от рыночной дисциплины своим монопольным положением.

Публично-частное сотрудничество встречается и на уровне формирования политики, при этом оно принимает форму различного рода консультативных комитетов при правительстве, имеющих определенное влияние и на медицинскую промышленность, на регулирование основных капиталовложений. Этот процесс контролируется ведущими бизнесменами с целью упорядочить «благотворительные» взносы от организаций, занимающихся предпринимательской деятельностью. В системе здравоохранения «общественный кошелек» обеспечивает как минимум половину необходимых средств путем прямого инвестирования, а остальное компенсируется налоговыми сборами.

Формы приватизации здравоохранения основаны на отделении «общественного» от «частного», причем общество понимается как государство, а частное — как элемент рыночной экономики. Есть, однако,

инное восприятие — когда общество соединяет в себе и государство, и рынок, а частное — это синоним домашнего хозяйства.

Последнее помогает вникнуть в действительную ситуацию, сложившуюся в сфере оказания медицинских услуг на дому. Произошел сдвиг от обслуживания, основанного на ведомственном подходе, к системе медицинского обслуживания по территориальному принципу, позволивший перенести процесс ухода за пациентами в домашние условия. Обслуживание на дому преимущественно осуществляется женщинами, обычно бесплатно и без особого одобрения со стороны, за исключением членов семьи, которых это непосредственно касается. Именно по этой причине национальный Форум по здоровью (National Forum on Health) установил обязательность учета граждан, вовлеченных в оказание ухода на дому.

Когда критикуется появление платных больниц или клиник, премьер-министры отвечают, что никакой проблемы не существует, поскольку общественная оплата не изменится. Но больницы могут предоставить строго ограниченное количество услуг по «уходу», а в ближайшее время средства, выделяемые на длительное лечение, скорее всего, не поднимутся до уровня, необходимого для ухода за пожилыми людьми и инвалидами, то естественно, что в частном доме можно предоставить намного более качественный уход. Там же вместе с медицинскими услугами оказывается помощь в реабилитации, и это одна из сфер, от которой больницы пытаются избавляться. Домашний уход — развивающаяся отрасль. Спрос на добровольцев, ухаживающих за больными на дому, быстро растет. Местное финансирование распределено между территориальными центрами по оказанию помощи в уходе за больными (Community Care Access Centres — CCAC, провинция Онтарио).

Хотя CCAC сами нанимают менеджеров, для оценки потребности в оказании домашних медицинских услуг им не разрешено напрямую принимать на работу медсестер, терапевтов и сиделок; они распределяют общественные фонды в независимые агентства, которые платят непосредственно тем, кто оказывает медицинские услуги.

Существуют фиксированные верхние пределы сумм, предоставляемых общественными фондами на оказание медицинских услуг в домашних условиях, кроме того, оценка необходимости ухода принимает во внимание возможности семьи по выполнению таких работ. Результатом всего этого является тот факт, что члены семьи, и особенно женщи-

ны, «призываются» в неоплачиваемую, не признаваемую частную сферу оказания медицинских услуг на дому.

Х.Армстронг обращает внимание на то, что с приватизацией здравоохранения связан ряд проблем. Прежде всего — это расточительность. Если сравнить расходы общественного и частного секторов занятости, то обнаружится ежегодный дополнительный расход в размере 513 тыс. долл., что составляет около 9% общей суммы финансирования данной программы. Дополнительные расходы покрывают «операционные требования» (223 тыс.), «управленческоофисный персонал» (185 тыс.) и «непредвиденные расходы» (105 047).

Существенные расходы в большей степени происходят от «презупции нечестности», окружающей любую фирму, участвующую в рыночном обороте. Там каждый должен отражать отчетность, законные и незаконные сделки, вести контроль оборудования.

Вторая проблема, связанная с приватизацией, заключается в том, что она предполагает присутствие конкурентов, но они не могут появиться в областях с низкой плотностью населения, даже несмотря на относительно низкую плату за регистрацию фирмы, занимающейся медицинским уходом. Ни одна из уже существующих фирм не участвует в соревновании по оказанию специальных терапевтических услуг для взрослых. «Наилучший опыт» в этом вопросе сосредоточен в общественном секторе и должен постепенно передаваться в частный, чтобы сделать возможной управляемую конкуренцию.

В крупных населенных пунктах конкуренция, возникающая при предоставлении таких услуг, как «помощь в домашнем хозяйстве» (помощь в купании, туалет и кормление, приготовление пищи, одевание и выполнение некоторых других необходимых в течение дня действий), может приводить к нежелательным результатам. Там имеется тенденция слияния фирм частного сектора или выталкивания друг друга из бизнеса. Например, местные власти объявили, что «Викторианский орден медсестер» (Victorian Order of Nurses — VON) и другие агентства, не ведущие предпринимательской деятельности, еще исторически обеспечивавшие почти все финансируемое обществом домашнее медицинское обслуживание, были бы «защищены», если бы существовал механизм запроса на услуги. Но даже если и есть предложение от традиционного единственного поставщика услуг (например, VON имеет контакты исключительно с фирмой «Бэйшор»), подряд на выполнение 100% работ не мог быть

предоставлен VON. А фирма «Бэйшор» вынуждена искать новые контакты на рынке.

В-третьих, приватизация и сопровождающая ее конкуренция порождает нестабильность. Милосердие, столетие обеспечивавшее уход за больными и пожилыми и связанные с этим услуги, в последнее время имеет шанс оказаться в стороне по причине несоответствия качества услуг, предоставляемых VON, тем услугам, которые могут предложить иные фирмы и организации.

Четвертая проблема, связанная с приватизацией здравоохранения, — факты мошенничества. Пятая — нестабильность, зависимость от числа нуждающихся в уходе. Фирмы принимают на работу исключительно временных работников, для того чтобы снизить расходы и обеспечить гибкость на рынке услуг. Если они теряют контракт через два или три года, то, соответственно, возникает определенная суматоха.

Шестая проблема — это то, что такая трудная работа, как уход за больными, обязывает обращать внимание на оплату, льготы и условия труда нанимаемых сотрудников. Процедура запроса может и обычно отдает приоритет качественным соображениям, а не соображениям стоимости услуг, которые формируют суть предложения.

Следовательно, напрашивается вывод — приватизация здравоохранения проблематична по причинам увеличения расходов, искусственности, нестабильности агентств, занимающихся этой деятельностью, нарушений, хаотичности самого рынка услуг, неудовлетворительности заработной платы и условиями труда для работников.

Несмотря на размытые различия между общественным и частным, вызванные ростом количества медицинских услуг, оказываемых на дому, дом может стать местом изоляции. Для женщин это необязательно «убежище среди бессердечного мира», что, однако, скрыто отнесением ухода за пациентами в домашних условиях к медицинскому обслуживанию, оказываемому по территориальному принципу. Ведомственная система считается бюрократической, негибкой и не рассчитанной на индивидуальный подход, хотя обслуживание по территориальному принципу может вводить в заблуждение, предлагая демократический быстро реагирующий контроль, в то время как в действительности контроль строго централизован при помощи сложной системы правил и инструкций и/или при помощи программы распределения средств из центра. Результатом того, что власти ограничивают услуги и дают жесткие указания по пово-

ду размещения правительственных инвестиций, становится растущий цинизм, который, несомненно, является врагом социального сплочения.

В заключение автор приходит к выводу, что фактически система здравоохранения изменилась вопреки желанию большинства канадцев. Политические партии обещают защитить ее доступность и качество, даже самые правые из них включают в свою программу пять принципов Закона «О здоровье Канады».

Приватизация здравоохранения способствует разрыву социальных связей в стране, подрывает самую уважаемую в стране социальную программу, регулируемую пятью принципами Закона «О здоровье Канады», пишет в заключение автор.

А.Л.Иванова

БЕННЕТ Б.

**НОВЫЙ ВЫЗОВ СТАРЫМ ЗАКОНАМ?
РАЗВИТИЕ ЭЛЕКТРОННОГО ЗДРАВООХРАНЕНИЯ
В АВСТРАЛИИ
(Реферат)**

BENNETT B.

**New challenges for old days? The development of E-Health in
Australia // Sydney law rev., 2001. — N 23. — P. 405—422.**

Статья Белинды Беннет — преподавателя юридического факультета Университета города Сидней — посвящена обзору компьютерных и телекоммуникационных технологий, применяемых в австралийском здравоохранении, а также характеристике проблем правоприменения в данной сфере.

Достижения информационных и телекоммуникационных технологий стимулировали развитие электронной коммерции. А с внедрением этих технологий в здравоохранение через телемедицину, «телездоровоохранение», «электронное здравоохранение», «медицинскую информатику» само здравоохранение стало меняться. Новые методы электронного здравоохранения могут обеспечить доставку эффективной медицинской помощи в отдаленные регионы и изолированные сообщества, позволяют сократить расходы на отдельные статьи здравоохранения, а также хранить информацию о пациентах и их заболеваниях в электронном виде.

Однако эта новая реальность меняет модель поведения потребителей услуг здравоохранения, специалистов в данной области, юристов и политиков. Появились новые механизмы взаимодействия врача и пациента и одновременно возникла проблема неприкосновенности частной жизни пациента в связи с электронными способами хранения медицинской информации о нем. К тому же дистанционное предоставление медицинских услуг ставит вопросы регистрации медицинских специалистов и потенциальных зон ответственности, а глобальная природа Интернета связана с проблемой регулирования национальными законодательствами таких аспектов, как, например, реклама фармацевтических препаратов. В статье дается оценка важности и значимости существующего законодательства, а также его адекватности новым условиям.

Под «телемедициной» автор понимает систему предоставления медицинских услуг с помощью телекоммуникации, например, осмотр пациента на расстоянии. Термин же «телездоровоохранение» имеет более широкое значение и подразумевает различные виды услуг представителей многих медицинских профессий, включая медсестер, психологов и других. Под «медицинской информатикой» понимается научная дисциплина, которая предполагает сбор, хранение, поиск, процесс передачи и оптимальное использование связанных со здоровьем человека данных, информации и знаний.

Телемедицина и телездоровоохранение — это прежде всего оказание пациентам услуг на расстоянии, «электронное здравоохранение» включает в себя как дистанционное предоставление медицинских услуг и информации, так и электронную коммерцию в области здравоохранения. Термин «электронное здравоохранение» в статье определяется так: «Использование в здравоохранении цифровых данных, передаваемых, хранимых и находимых электронными способами, для клинических, образовательных и административных целей, как в месте их хранения, так и удаленно».

Автор подробно описывает возможности электронных технологий в здравоохранении.

1. *Предоставление услуг здравоохранения в отдаленные регионы и изолированные сообщества*, что крайне актуально для Австралии с ее обширными малонаселенными территориями. Наиболее распространены услуги в таких отраслях здравоохранения, как телепсихиатрия, телепсихология, телерадиология и офтальмология. Перспективным считается мониторинг состояния здоровья пациента на расстоянии.

2. *Регистрация медицинских данных в электронном виде.* В июле 2000 г. Министерство здравоохранения Австралии одобрило создание национальной информационной сети здравоохранения *Health Connect*, которая предполагает введение и хранение медицинских данных пациентов в электронном виде. Это улучшает качество клинических решений, снижает вероятность повторных анализов или повторного сбора анамнеза, контролирует назначения лекарств. Другим проектом является система файлов с информацией обо всех назначениях лекарственных препаратов пациенту, что поможет снизить побочные эффекты. Предполагается, что участие пациентов в обоих проектах будет добровольным, а данные о них станут доступны медицинским специалистам через специально защищенную сеть. Для юридического обеспечения подобных проектов в Австралии планируется принять закон о регистрации медицинских данных и конфиденциальности частной информации. Вопросы конфиденциальности, а также защиты информации от несанкционированного доступа являются наиболее острыми.

3. *Электронная коммерция.* Применение электронной коммерции создает дополнительные возможности для деловых взаимоотношений между медицинскими коммерческими структурами. В законодательстве Австралии уже имеются законы, регулирующие эту сферу бизнеса. Так, например, правительство Австралийского Союза в 1999 г. приняло Закон об электронных транзакциях, касающийся контрактов онлайн. А в 2000 г. правительствами Австралийского Союза, штатов и территорий был принят Билль об электронных транзакциях (в связи с этим принятие стандарта идентификации лекарственных препаратов и других медицинских товаров позволило значительно повысить эффективность снабжения ими).

Дистанционное предоставление медицинских услуг, развитие новых средств коммуникации меняет характер взаимодействия между врачом и пациентом, а также между медицинскими специалистами. Помещение в Интернете большого количества медицинской информации имеет как положительный, так и отрицательный эффект, поскольку пациент может обращаться к врачам и другим специалистам, используя полученную в Интернете и не всегда точную информацию.

Вопросу конфиденциальности частной информации в законодательстве Австралии традиционно уделяется большое внимание. Следует отметить, что данная категория законов характеризуется смешанным подходом, вопросы конфиденциальности по-разному регулируются в за-

конодательстве на федеральном уровне и уровне штатов. Например, Закон штата Новый Южный Уэльс «О конфиденциальности и защите частной информации» 1998 г. регулирует обращение с информацией, находящейся в ведении публичных ведомств и агентств. Он имеет ограниченное применение, поскольку его действие распространяется исключительно на федеральные учреждения и не относится к частному сектору. В 2000 г. были приняты поправки, регламентирующие требования к конфиденциальности информации в частном секторе, в том числе и в сфере здравоохранения. В этом штате ведется работа над законом, регулирующим вопросы конфиденциальности применительно к хранению медицинской информации в электронном виде.

В настоящее время разрабатывается проект Руководства по конфиденциальности в области здоровья, в котором хранению медицинской информации в электронном виде предполагается уделить большое внимание.

Важной проблемой в области электронного здравоохранения является регистрация медицинских специалистов, необходимая по закону для многих категорий сотрудников системы здравоохранения. Требования, предъявляемые при регистрации, закреплены на уровне законодательства штатов. Пройдя процедуру регистрации в своем штате, специалист может попасть в ситуацию, когда ему придется оказывать помощь пациенту вне территории, разрешенной ему для практической деятельности. Эту проблему предлагается решить с помощью телездравоохранения. Существует несколько подходов к ее решению: при предоставлении медицинских услуг на расстоянии врачу может быть необходима регистрация как в своем штате, так и в штате проживания пациента; регистрация врача в штате пациента; разрешение врачебной деятельности в области телездравоохранения специалисту, зарегистрированному в своем штате и во всех других штатах, при условии предоставления удаленных консультаций врачу, имеющему регистрацию в штате пациента. Решение этого вопроса на законодательном уровне очень важно.

Что касается юридической ответственности специалистов здравоохранения в области электронной медицины, то все традиционные юридические обязанности врачей применимы к специалистам в области телемедицины и телездравоохранения. Но тут есть и ряд особенностей: проблема информирования пациента о качестве услуги, оказываемой дистанционно, повышение вероятности врачебной ошибки при постановке диагноза, необходимость подтверждения качества используемого обо-

рудования и технологий, ответственности производителей и телекоммуникационных компаний за сбои в работе оборудования и др.

Еще одним аспектом электронного здравоохранения является реклама и продажа лекарств, которые требуют рецепта врача. Законодательствами таких стран, как США и Новая Зеландия, это разрешено. Однако пациентам сложно оценить качество вебсайта, на котором они планируют купить лекарство. Например, в США FDA осуществляет онлайн-консультации по безопасности для потребителей, планирующих совершить покупку медикаментов через Интернет. Ограничения на рекламу лекарственных препаратов означают, что компании должны быть ответственны за ситуацию, которая может возникнуть при рекламе рецептурных препаратов через Интернет. Законодательством Австралии реклама лекарств, требующих рецепта врача, конечным потребителям запрещена. Хотя поскольку доступ к информации Интернета носит глобальный характер, это ставит под сомнение эффективность действия указанного ограничения.

В заключение автор подчеркивает, что такие вопросы телемедицины, как предоставление пациентам достоверной информации, неприкосновенность частной жизни, лицензирование деятельности врачей, ответственность врачей за качество предоставляемых услуг, требуют более подробного законодательного регулирования.

Т.В.Никишина

В.Б. Наумов, Д.А. Савельев

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТЕЛЕМЕДИЦИНСКИХ УСЛУГ: МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ

В настоящее время в России законодательно оформлен и реализуется целый ряд программ федерального и регионального уровней в области телемедицины. Эти программы особенно актуальны для отдаленных районов и труднодоступных территорий. Вместе с тем первые успехи выявили серьезные трудности массового овладения технологиями телемедицины. И одним из ключевых стал комплекс правовых проблем регулирования этой сферы общественных отношений.

Прежде всего, приведем несколько известных определений понятия «телемедицина»:

телемедицина — предоставление услуг по медицинскому обслуживанию там, где расстояние является критическим фактором¹ (определение Всемирной организации здравоохранения, далее — ВОЗ);

телемедицина — это медицина, практикуемая на расстоянии; она включает постановку диагноза, лечение и обучение²;

телемедицина — это применение электронных информационных и коммуникационных методов для обеспечения медицинской помощи в тех

¹ См. подробнее: <http://www.who.int/archives/inf-pr-1997/en/pr97-65.html>. Здесь и далее: если из текста не следует иное, ссылки на ресурсы в сети Интернет и их работоспособность проверялись и указываются по состоянию на апрель 2002 г.

² Aims and scope // J. of Telemed. and telecare. — 1995. — Vol. 1, N 1. — P. 1.

случаях, когда оказывающие ее лица находятся на расстоянии от больного¹ (Комитет Института медицины США);

телемедицина — это совокупность внедряемых, «встраиваемых» в медицинские информационные системы принципиально новых средств и методов обработки данных, объединяемых в целостные технологические системы, обеспечивающие создание, передачу, хранение и отображение информационного продукта (данных, знаний) с наименьшими затратами с целью проведения необходимых и достаточных лечебно-диагностических мероприятий, а также обучения для всех нуждающихся в них в нужном месте и в нужное время²;

технологически телемедицина — это совокупность медицинских, информационных и телекоммуникационных технологий, обеспечивающих с наименьшими затратами эффективное управление системой здравоохранения, проведение необходимых и достаточных лечебно-диагностических мероприятий для всех нуждающихся в них в нужном месте и в нужное время, обучение специалистов всех уровней подготовки, решение задач научного обмена³.

С юридической точки зрения, опираясь на определение ВОЗ, можно заключить, что основное в *телемедицине* — это оказание медицинской услуги пациенту. Помимо этого пациенту предоставляется медицинская информация. Таким образом, в качестве основного определения предмета исследования и предмета правового регулирования целесообразно следующее: *телемедицина* — это использование информационных и телекоммуникационных технологий для обеспечения потребителей медицинской информацией и услугами⁴.

Также для целей настоящей работы воспользуемся еще одним разработанным определением: *телемедицинская услуга* — это предоставление потребителям медицинской информации и оказание медицинской услуги, осуществляемые с помощью информационных и телекоммуникационных средств.

¹ Grigsby J., Sanders J.H. Telemedicine: Where it is and where it's going. Ann // Intern med. — 1998. — Vol. 129. — P. 123.

² Телемедицина: Новые информационные технологии на пороге XXI века / Под ред. Р.М. Юсупова и Р.И. Полонникова. — СПб., 1998. — С. 23.

³ Закон Санкт-Петербурга от 01.11.00 № 585-67 «О целевой программе Санкт-Петербурга «Телемедицинская сеть Санкт-Петербурга на 2001–2004 годы».

⁴ Индейкин Е.Н. Общие сведения о телемедицине // Главный врач. — 1997. — № 3. — С. 11–15.

Для создания необходимых условий развития телемедицины и разработки требуемых телемедицинских сетей необходимо оценить комплекс правовых проблем, связанных с функционированием телемедицины и оказанием с ее помощью телемедицинских услуг. Сегодня именно эти проблемы телемедицины являются наиболее слабо разработанными¹.

К сожалению, отношения в сфере телемедицины регулируют две слабо связанные отрасли отечественного законодательства – законодательство об охране здоровья граждан и законодательство в сфере информатизации (информационное законодательство), каждая из которых добавляет в сферу телемедицины нерешенные юридические вопросы, пробелы и внутренние противоречия.

Кроме этого, в настоящее время не создана специальная законодательная база телемедицины в Российской Федерации. В принятых различными субъектами нормотворчества разрозненных и не связанных между собой нормативных актах вопросы телемедицины определяются и регулируются без должной системности. Тем не менее телемедицина развивается и ставит перед учеными-юристами задачи по анализу и нахождению решений насущных правовых проблем отрасли.

Информационные отношения, возникающие в процессе оказания телемедицинской услуги (телемедицинский информационный процесс), выглядят следующим образом:

потребитель услуги (пациент) – провайдер₁ – телемедицинский информационный ресурс/система врача, лечебного учреждения – провайдер₂ – врач, лечебное учреждение.

Существенной особенностью данных общественных отношений является предоставление информации о происходящих информационных процессах в электронной или электронно-цифровой форме.

Потребитель услуги (пациент) посредством телекоммуникационных услуг первого провайдера (на возмездной или безвозмездной основе) осуществляет доступ к информационному ресурсу или системе врача либо лечебного учреждения (далее – телемедицинский ресурс или система), технически поддерживаемых посредством телекоммуникационных услуг второго провайдера, который на договорной основе взаимодействует с последними.

¹ Более подробно анализ проблем правового регулирования телемедицины в России изложены в книге: Наумов В.Б., Савельев Д.А. Правовые аспекты телемедицины. – СПб., 2002. – С. 107.

С помощью телемедицинского ресурса потребитель услуги получает от врача или медицинского учреждения нужную ему информацию, консультируется и диагностируется.

Телемедицинский ресурс может быть самым различным по форме реализации: от электронной почты и сайта в сети Интернет до системы видеоконференции или популярного сервиса общения ICQ¹.

Выбор характера телемедицинского ресурса осуществляет его владелец или собственник — врач или медицинское учреждение. Соответственно, от него зависит, является ли общественное отношение длящимся (с временной задержкой, как, например, при обмене информации при использовании электронной почты) или происходящим в реальном режиме времени.

Характер телемедицинского ресурса также определяет уровень защиты используемых технических средств от какого-либо вмешательства или нарушения, а также стойкость защиты используемых персональных или медицинских данных пациентов, что является критическим фактором.

Помимо способа обмена информацией с пациентом собственник телемедицинского ресурса определяет и формирует его содержание. Например, при наличии сайта в сети Интернет информационное наполнение предлагается его владельцем.

В анализируемом общественном отношении участвуют провайдеры — лица, осуществляющие организационно-техническую поддержку функционирования телемедицинских ресурсов и/или систем путем оказания соответствующих информационных и телекоммуникационных услуг по доступу, передаче и размещению информации, но не оказывающие телемедицинских услуг.

Тем не менее на провайдере лежит важная функция определения конкретных технических вариантов исполнения телемедицинской системы, и поэтому его действия также влияют на критически важные моменты передачи медицинской информации

Провайдеры могут выступать в самом различном качестве: от оператора связи, передающего информацию, до владельца информационной базы данных, который предоставляет возможность разместить телемедицинскую информацию.

¹ См. информацию о данном сервисе по адресу: <http://www.icq.com>.

Для обучения и справочно-информационного обслуживания приведенный телемедицинский информационный процесс, в отличие от предыдущего информационного отношения, где участвует гражданин, потребляющий информацию медицинского характера, может иметь в качестве пользователя и юридическое лицо. Таким образом, данное общественное отношение должно быть представлено следующим образом:

пользователь телемедицинской информации — провайдер₁ — информационный ресурс/система врача, лечебного учреждения — провайдер₂ — врач, лечебное учреждение.

Пользователем может являться другое лечебное учреждение, образовательное учреждение, орган государственной власти.

Как и в первой схеме, в информационном процессе могут участвовать различные субъекты отношений (пользователи и пациенты, врачи и лечебные учреждения, провайдеры), физически находящиеся далеко друг от друга, даже в различных государствах, — информационные и телекоммуникационные технологии дают им такую организационно-техническую возможность.

С учетом терминологии отечественного законодательства в сфере информатизации (информационного законодательства) отношения в сфере оказания телемедицинских услуг (в добавление к уже приведенным формулировкам) можно определить следующим образом¹.

Телемедицинская деятельность — оказание медицинских и фармацевтических услуг с использованием средств телекоммуникаций, в том числе консультирование пациентов или лечащих врачей, дистанционное управление медицинской аппаратурой, продажа медикаментов и медицинской аппаратуры. Не является телемедицинской деятельностью обмен медицинской информацией в научных и иных целях, не связанных с консультированием пациентов или их лечащих врачей, если при распространении этой информации будет указано, что она не носит характера медицинской консультации.

Телемедицинская услуга — лечение или консультирование конкретного пациента или оказание консультационной помощи его лечащему врачу в ходе телемедицинской деятельности. Не является телемедицинской услугой обмен медицинской информацией в научных и иных целях, не связанных с консультированием пациентов или их лечащих вра-

¹ Данные определения приводятся в упомянутой книге В.Б.Наумова, Д.А.Савельева «Правовые аспекты телемедицины».

чей, если при распространении этой информации будет указано, что она не является медицинской консультацией.

Телемедицинская информация — сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах в сфере телемедицины, представленные в форме электронных документов и формируемые в процессе оказания телемедицинских услуг.

Телемедицинский информационный процесс — процесс оказания телемедицинской услуги, при котором осуществляется сбор, обработка, накопление, хранение, поиск и распространение информации.

Телемедицинский информационный ресурс (телемедицинский ресурс) — отдельный электронный документ или отдельный массив электронных документов, электронные документы и массивы электронных документов в информационных системах, используемые при оказании телемедицинской услуги.

Телемедицинская информационная система (телемедицинская система) — организационно упорядоченная совокупность электронных документов (массивов электронных документов), телемедицинских информационных ресурсов и информационных технологий с использованием средств вычислительной техники и связи, реализующих телемедицинские информационные процессы.

Пользователь телемедицинского ресурса или системы — субъект, обращающийся к телемедицинскому ресурсу, телемедицинской системе или провайдеру за получением необходимой ему телемедицинской услуги и пользующийся ею.

Пациент — физическое лицо, которому в ходе оказания телемедицинской услуги устанавливается диагноз и(или) назначается лечение, и(или) предоставляются медикаменты.

Собственник телемедицинских информационных ресурсов, информационных систем, технологий и средств их обеспечения — врач или лечебное учреждение, а также уполномоченный государственный орган, в полном объеме реализующие полномочия владения, пользования, распоряжения указанными объектами и оказывающие телемедицинские услуги.

Владелец телемедицинских информационных ресурсов, информационных систем, технологий и средств их обеспечения — лечебное учреждение, а также уполномоченный государственный орган, осуществляющие владение и пользование указанными объектами и реализующие

полномочия распоряжения в пределах, установленных собственником или законом.

Телемедицинская сеть — организационная совокупность телемедицинских ресурсов и систем лиц, оказывающих телемедицинские услуги.

Исходя из анализа особенностей общественных отношений в сфере телемедицины, можно выделить ряд ключевых правовых проблем, связанных с организацией телемедицинской сети и оказанием телемедицинских услуг.

1. Проблема юрисдикции правоотношений в области телемедицины.

Проблема следует из дистанционного характера телемедицинских информационных процессов и определяет весь комплекс норм, связанных с регулированием телемедицины. Решение данной проблемы даст ответ на вопрос, какой орган власти и какое государство вправе устанавливать правовое регулирование телемедицинских отношений в тех или иных случаях, и право какого субъекта федерации (или государства) применять к трансграничным общественным отношениям, которые возникают в ходе оказания телемедицинских услуг.

2. Проблема статуса и ответственности провайдеров при оказании телемедицинских услуг.

В рамках определения статуса провайдеров требуется указать нормы, в соответствии с которыми возможно определить степень и характер их ответственности за возможные нарушения прав субъектов телемедицинских отношений или причинение вреда пациентам.

При этом представляется возможным в силу высокой социальной значимости отношений в сфере телемедицины предъявлять к ним и их деятельности в целом повышенные (по сравнению с провайдерами «обычных» информационных отношений) требования. В частности, таковые должны относиться к организации специальных мероприятий по обеспечению информационной безопасности в телемедицинской сети.

3. Проблема организации документооборота и обеспечения доказательств при оказании телемедицинских услуг.

В связи с «электронным» характером общественных отношений необходимо фиксировать существенные этапы оказания телемедицинских услуг, события, связанные с размещением телемедицинской информации, доступом к ней. В противном случае при установлении причинно-следственной связи действий по оказанию телемедицинских услуг

и причиненного пациентам вреда либо в иных случаях возникновения споров в ходе телемедицинской деятельности могут возникнуть ситуации, при которых невозможно будет однозначно установить те или иные юридически значимые события и факты.

4. Проблема лицензирования медицинских услуг с использованием информационных и телекоммуникационных технологий.

Согласно действующему законодательству, в целях обеспечения качества медицинских услуг населению медицинская деятельность подлежит лицензированию. Однако действующее законодательство о лицензировании не содержит в себе прямого указания на телемедицинские услуги. В связи с этим возникает необходимость определения, какие телемедицинские услуги подлежат лицензированию и в отношении каких субъектов отношений. Данная проблема тесно связана с проблемой определения юрисдикции.

5. Проблема индивидуализации и защиты прав пациентов при оказании телемедицинских услуг.

Как известно, определенные медицинские услуги могут оказываться анонимно. В информационных отношениях в силу их технических особенностей также зачастую возможно участвовать анонимно.

В связи с этим представляется важным определить, как и в каких условиях должен быть индивидуализирован соответствующий субъект телемедицинских информационных отношений с учетом существующего института защиты информационных прав граждан, соблюдения прав в сфере охраны здоровья и прав потребителя.

В процессе оказания телемедицинской услуги гражданам должна обеспечиваться защита трех классов их прав: прав в сфере охраны здоровья; информационных прав¹; прав потребителей. Очевидно, что обязанности по защите данных прав возлагаются на лиц, оказывающих телемедицинские услуги, и провайдеров.

Несмотря на серьезную правовую составляющую, данный аспект организации отношений в сфере телемедицины серьезно зависит от тех

¹ Информационные права граждан — права граждан в сфере информационных общественных отношений. Ряд общих норм содержится в Конституции Российской Федерации, остальное — в законодательстве в сфере информатизации, других отраслях законодательства. В частности, в ч. 4 ст. 29 Конституции РФ закреплён комплексный принцип свободного поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом. Статья 33 Конституции конкретизирует другое право — право на получение информации от органов власти и т.д.

технических особенностей ресурсов, систем, аппаратно-программного обеспечения, которые будут использоваться при создании телемедицинской сети. Кроме того, важным является фактор организации работы с имеющимся оборудованием и информационными ресурсами в учреждениях и организациях, вовлеченных в телемедицинский процесс.

6. Проблема стандартизации в сфере телемедицины.

Задачи стандартизации оказываемых услуг, используемых медикаментов и медицинского оборудования также связаны с обеспечением их качества и в конечном счете обеспечением прав пациентов. Сертификация регламентируется законодательством Российской Федерации. Однако пока предметные действия в отношении телемедицины не нашли своего закрепления в нормативно-правовых актах. Важной является также и проблема юрисдикции соответствующих отношений.

В этой связи помимо законодательных аспектов решения данной проблемы очень многое зависит от социально-политических решений: в ряде случаев представляется возможным создать условия для добровольной негосударственной или государственной сертификации, а также для выработки стандартов и обычаев гражданского оборота.

7. Проблема формирования основ государственной политики по отношению к саморегулированию субъектов информационных отношений в области телемедицины.

В процессе саморегулирования заинтересованные общественные и коммерческие организации и лица зачастую могут более оперативно и гибко, нежели уполномоченные государственные органы, реагировать на изменения сложных общественных отношений, связанных с построением современного информационного общества.

Указанные субъекты в рамках действующего гражданского законодательства имеют право разрабатывать рекомендательные документы, соответствующие действующему законодательству Российской Федерации, и брать на себя обязательства по их исполнению.

На базе таких документов непосредственные участники телемедицинской деятельности получают возможность организовывать собственные телемедицинские информационные ресурсы и системы и регулировать их использование гражданско-правовыми методами, определяя собственные права и обязанности, пределы предложения оферты услуг посредством правил пользования или регламентов информационных ресурсов и т.д.

Во многом формированию таких документов может способствовать то обстоятельство, что в медицинском сообществе сложилось определенное понимание медицинской этики и обычной практики обращения с медицинской информацией и оказания медицинских услуг, которые являются общепринятыми и не требуют законодательного закрепления. Указанный процесс саморегуляции должен координироваться авторитетным общественным координационным советом, который, в частности, мог бы исполнять следующие функции:

- а) разработка рекомендаций по оказанию телемедицинских услуг, организации телемедицинских систем и ресурсов;
- б) разработка соответствующих стандартов и создание системы добровольной сертификации;
- в) экспертная деятельность по анализу качества оказания телемедицинских услуг (в частности, при оценке причинения вреда в ходе оказания услуг, определения соответствующей причинно-следственной связи);
- г) общественный контроль и открытое рассмотрение жалоб граждан и организаций;
- д) третейские функции.

Примером аналогичного по функциям органа может служить организованная в США рядом медицинских организаций Коалиция здравоохранения в Интернете¹. Ее цель — обеспечение качества медицинских ресурсов в Интернете. Основные методы, которые используются Коалицией для достижения этих целей, — информирование потребителей и профессионалов, саморегулирование и создание этических норм, воспитание сообщества в целях предоставления качественных услуг.

В современных условиях формированию такого органа может способствовать государственная политика признания и поддержки процессов саморегулирования.

На фоне нерешенных отечественных проблем регулирования отношений в сфере телемедицины представляет интерес международный опыт. Сочетание изложенных во Всеобщей декларации прав человека — права на медицинский уход (ст. 25) и свободы искать и получать информацию (ст. 19) — способствует международно-правовому регулированию медицинской информации как объекта реализации прав человека. Веду-

¹ Internet healthcare coalition. Адрес в сети Интернет: <http://www.ihealthcoalition.org/>.

шая роль в данной области принадлежит Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ)¹. Телемедицина развивается ВОЗ в сотрудничестве с Международным союзом электросвязи². ВОЗ также взаимодействует с большим числом неправительственных международных организаций, таких как Международная ассоциация медицинской информатики³ и Международная электротехническая комиссия⁴.

Положения, касающиеся телемедицины, регламентируются в Конвенции Международной организации труда «О здравоохранении и медицинском обслуживании моряков»⁵. Статья 7 конвенции закрепляет обязательство государств обеспечить, «чтобы суда в море получали медицинскую консультацию по радио или по спутниковой связи, включая консультацию специалиста, в любой час дня или ночи». Более того, консультации должны быть бесплатными для всех судов, независимо от территории их регистрации. В конвенции также достаточно детально устанавливаются правила, согласно которым на борту судна должен быть полный и актуальный список радиостанций, через которые можно получить консультацию; компетентность врачей, оказывающих консультацию и обучение моряков, запрашивающих ее, не должна подвергаться сомнению.

Наиболее пристальное внимание развитию телемедицины и массовому внедрению телемедицинских технологий в мире уделяется в странах, обладающих развитым сектором экономики в сфере телекоммуникаций и информационных технологий.

В США в 2000 г. более 40,9 млн. американцев пользовались Интернетом для медицинских целей, 43% всех пользователей Интернет хотя бы раз в год воспользовались в нем медицинской информацией. Во-

¹ Устав Всемирной организации здравоохранения. Адрес на официальной странице ВОЗ в Интернет: <http://www.who.int/ism/mis/WHO-policy/policydocs.en.htm>.

² МСЭ — Международный союз электросвязи, International Telecommunication Union (ITU). См.: <http://www.itu.int>.

³ International medical informatics association (IMIA). См.: <http://www.who.int/ina-ngo/ngo094.htm>.

⁴ International electrotechnical commission (IEC). См.: <http://www.who.int/ina-ngo/ngo060.htm>.

⁵ Конвенция МОТ о здравоохранении и медицинском обслуживании моряков от 8.10.1987 № 164.

просы медицины — шестая из наиболее популярных тем, за которыми американцы обращаются в Интернет¹.

В своем отчете, представленном Конгрессу США в 1997 г., Национальное управление телекоммуникаций и связи США (National Telecommunications and Information Administration)² характеризует текущую стадию развития телемедицины как стадию развития. Это развитие нашло поддержку как на уровне исполнительной власти США, так и на законодательном уровне. Такая поддержка разрабатывалась с 1992 г., сначала под руководством Департамента коммерции (Department of Commerce), затем была создана межотраслевая Объединенная группа по телемедицине (Joint Working Group on Telemedicine). В нее входят представители большого числа ведомств: Департамента сельского хозяйства (в области обеспечения здравоохранения в сельских регионах); уже упоминавшегося Департамента коммерции (Национальное управление телекоммуникаций и связи); Министерства обороны (в области полевой медицины и др.); Министерства юстиции; Министерства здравоохранения (многих его подразделений); Национального аэрокосмического агентства (NASA) и некоторых других. Законодательная основа — это различные акты медицинского права, принятые до появления телемедицины. Тем не менее существуют также специализированные законопроекты, такие как Всеобъемлющий акт о телемедицине (Comprehensive Telehealth Act) 1999 г. и Акт о развитии и модернизации телемедицины 2000 г. (Telehealth Improvement and Modernization Act).

Ассоциация провайдеров телемедицинских услуг США (ATSF) в своем отчете сообщает о 19%-ном росте количества действующих телемедицинских программ (с 132 до 157), 100 из них базируются на академических медицинских центрах или сетях госпитальных учреждений. Эти американские телемедицинские программы действовали на более чем 1345 сайтах и содержали более 58 тыс. консультаций пациентам за отчетный период исследования (1997–1998).

В США медицинские работники лицензируются штатами, и поэтому проблема телемедицины и лицензирования возникает даже внутри страны. Медицинский работник вправе работать только в штате, где он

¹ Приводится по: Nicole A. Rothstein. Protecting privacy and enabling pharmaceutical sales on the Internet: a comparative analysis of the United States and Canada // Federal Communications Law Journal. March, 2001. См.: <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v53no2.html>.

² Адрес в сети Интернет: <http://www.ntia.doc.gov>.

имеет лицензию. Пока эта проблема не решена, ATSF предложила механизм практики телемедицины для врачей по всей стране. В 1999 г. ATSF на слушаниях в сенатском комитете по коммерции, технологиям и космосу заявила, что с появлением телемедицины необходимо федеральное решение проблемы лицензирования, поскольку она выходит на межштатный уровень.

Были предложены различные подходы к этой проблеме — единое лицензирование по всей стране, согласие на действие лицензии другого штата, наконец, очень интересный подход, при котором следует считать, что при телемедицинской услуге врач практикует, находясь в своем родном штате, и пациенты «виртуально» посещают его, поэтому проблема лицензирования отпадает. Однако по крайней мере 17 штатов приняли положения, требующие для телемедицинской практики врачей из других штатов получения лицензии штата, в котором находится пациент. Некоторые штаты требуют специальную телемедицинскую лицензию, и только штат Гавайи не требует наличия своей лицензии для оказания прямых телемедицинских услуг своим гражданам, если врач не имеет своего офиса на территории штата.

Штат Флорида законодательно запретил практическую телемедицину без полной лицензии, выдаваемой штатом медицинским работникам, под страхом уголовного наказания. Телемедицинские консультации одного врача другому без участия пациента не запрещаются и лицензии не требуют. Интересные требования содержатся в законе Флориды: любая информация и реклама, предлагающие медицинские услуги жителям Флориды, включая вебсайты, должны содержать номер лицензии штата Флорида и «содержать запись, которая прямо информирует, что только медицинские работники, лицензированные во Флориде, имеют право непосредственно оказывать медицинские услуги жителям Флориды». Это объясняется тем, что медицинские коллегии штатов не хотят конкуренции со стороны больших национальных центров здравоохранения. Кроме того, они несут ответственность за то, чтобы стандарт штата, распространяющийся на уровень качества медицинской помощи, соблюдался и при телемедицинских услугах.

Тем не менее ряд веб-сайтов в Интернете обходит проблему с лицензированием путем соединения телемедицины и обычной медицины: они предлагают в течение 30 минут прислать местного лицензированного врача в любую точку США.

Еще одна дорогостоящая и замедляющая развитие телемедицины проблема — это регулирование использования медицинского оборудования, к которому относится и программное обеспечение для телемедицины. Требуются клинические испытания такого программного обеспечения, что тормозит их развитие и использование. Лицензионный орган напрямую приравнивает программное обеспечение к медицинским устройствам, например поисковая программа (search engine), которая отыскивает заболевания по их симптомам и посылает ответ в режиме онлайн, позволяя пациентам применять самодиагностику; программное обеспечение, посылающее медицинские изображения через Интернет, или программа, посылающая снятую с биометрических датчиков на пациенте информацию в режиме реального времени, подпадают под определение медицинского оборудования. Наблюдается тенденция отнесения к медицинскому оборудованию не только программного обеспечения, которое находится в лицензируемой медицинской аппаратуре, но и программного обеспечения как такового.

В США в последние годы активно стала развиваться продажа медикаментов через Интернет¹, чем заинтересовались регулирующие органы. Пациенты могут получить рецепт, заполнив определенную форму с указанием симптомов и отправив ее на рассмотрение врачу, связанному с онлайн-аптекой. Для того чтобы действовать легально, такая онлайн-аптека должна соответствовать большому числу различных стандартов и норм. Аптеки также сталкиваются с проблемой лицензирования в каждом штате, потому что 39 штатов и округ Колумбия требуют для аптеки наличия лицензии как по юридическому адресу, так и по месту нахождения пациента. Лицензирование для Интернет-аптек основывается на лицензировании аптек, принимающих заказы по обычной почте. 19 штатов рассматривают законы по этому поводу и только два — Техас и Мичиган — решили сначала детально исследовать вопрос.

2 мая 2000 г. Белый дом предложил проект Закона «О продаже лекарств и выдаче рецептов через Интернет» для дополнения Закона «О продуктах питания, лекарствах и косметических продуктах», который запрещает распространение не одобренных надлежащим образом лекарств и продажу их без предписания врача. Действительность предписания регламентируется законодательством штатов. Некоторые штаты устанавливают обязательное личное медицинское освидетельствование

¹ См. такие системы, как drugstore.com, PlanetRx.

перед выпиской рецепта на определенные препараты. Американская медицинская ассоциация считает, что выдача рецепта, базирующаяся только на онлайнвопроснике, через Интернет не соответствует понятию о надлежащем медицинском обслуживании. Но пока вопрос, достаточно ли опроса пациента по вопроснику и последующей видеоконсультации, остается открытым.

В США существуют программы, направленные как на развитие телемедицины, так и на борьбу с незаконной деятельностью в данной сфере. В 1999 г. была создана специальная межведомственная группа, которая активно обследует медицинские вебсайты, к марту 2000 г. более 400 сайтов она оценила как потенциальных нарушителей, в отношении более 40 сайтов найдены основания для исков в гражданском порядке или уголовных дел, специальные предупреждения были разосланы в 23 сайта, находящихся на территории США, и в 13 иностранных сайтов, копии которых были посланы соответствующим операторам связи и на таможенно. Письма разъясняли право США, предупреждали нарушения и требовали соответствующих мер. В сотрудничестве с Министерством юстиции были наложены аресты на восемь продуктов, инициированы отзывы шести продуктов, семь опасных продуктов уничтожено. Было проведено 134 расследования, которые завершились 36 арестами и 17 тюремными заключениями. В 2000 г. на эту деятельность было запрошено 10 млн. долл. Прокуратура запросила у Сената полномочия для закрытия сайтов, занимающихся незаконной продажей лекарств.

В Японии действует Акт о врачах¹, который прямо обуславливает диагностику и лечение необходимостью видеть пациента. Врачи долго сомневались, разрешается ли по этому положению телемедицина, и это сдерживало ее развитие. Также возникала проблема распределения ответственности, когда лечащий врач консультировался со специалистом. В большинстве случаев ответственность ложилась на лечащего врача, поскольку его задачей является установить, правильны ли рекомендации специалиста. Существовали следующие положения в праве: пациента нужно видеть при первом приеме и в случае обострения; телемедицина допустима только когда невозможна обычная медицинская помощь; требуется согласие пациента на телемедицину и его информированность о системе, при помощи которой она оказывается, о возможных проблемах; должна сохраняться тайна пациента; ответственность лежит на враче,

¹ The Doctor's Act No 20 in original.

но тем не менее и на пациенте, и его семье за исполнение предписаний врача. 24 декабря 1997 г. министр здравоохранения издал распоряжение, в котором были перечислены указанные выше требования к телемедицине. В марте 1998 г. он издал распоряжение, согласно которому врачи могут требовать оплату в некоторых случаях лечения пациентов через сеть.

Другим барьером в развитии телемедицины являлась проблема медицинского страхового возмещения, которая была рассмотрена в апреле 1997 г. Создана комиссия, которая разработала механизмы страхового возмещения за определенные телемедицинские услуги. Поскольку большинство японцев пользуются национальной системой медицинского страхования, с поощрения Министерства здравоохранения активность в области телемедицины значительно возросла. Важно отметить, что благодаря единой лицензии во всем 125-миллионном государстве Японии избежала проблемы, которая возникла в США, где медицинская лицензия действует в пределах штата. В дополнение к этому Министерство почты и телекоммуникаций реализовало несколько программ поддержки телемедицины в целях эффективного оказания медицинской помощи пожилым людям.

Помимо прямого государственного регулирования любых комплексных общественных отношений на Западе сильны традиции саморегуляции, которые применительно к информационным технологиям, телекоммуникациям и телемедицине проявляются в возникновении специальных рекомендательных документов — кодексов, уставов, типовых рекомендаций, где закрепляются формирующиеся обычаи делового оборота и этические нормы, связанные с использованием тех или иных технологий.

Обычно указанные документы принимаются общественными организациями (как зарегистрированными, так и неформальными), в которые входят компании — лидеры того или иного сектора рынка, специалисты-предметники, юристы и менеджеры. Разрабатываемые ими документы в связи с их высокой юридической проработкой и соответствием уровню предметных общественных отношений, хоть и необязательны к исполнению, но имеют значительный социальный статус — их изучают, конкретные рекомендации используют в практической деятельности, а государство зачастую

включает предлагаемые положения в качестве норм в разрабатываемое законодательство¹.

В 2000 г. американская Коалиция опубликовала Кодекс этики телемедицины (Health Code of Ethics), главной задачей которого является обеспечение людям всего мира возможности с доверием и знанием риска реализовать потенциал Интернета, чтобы помочь своему здоровью и здоровью своих пациентов².

Кодекс содержит положения, касающиеся публикации на медицинском сайте полной информации о его владельцах и спонсорах, его целях и задачах, разграничении рекламных и образовательных материалов, достоверности и актуальности медицинской информации, простоте ее понимания для пользователей.

Ресурс должен предоставлять информацию, которая нужна пользователям, для того чтобы составить собственное представление о его продуктах и услугах. Пользователь предупреждается о возможности сбора персональных данных и имеет право решать, предоставлять ли такие персональные данные. Владелец ресурса обязан предпринимать все разумные меры к сохранению профессиональной тайны медицинских данных пациентов.

Практикующие с помощью ресурса медицинские работники должны руководствоваться всеми кодексами и нормами, которые они используют в обычной практике. Пользователи телемедицинских ресурсов информируются об ограничениях, которые имеет телемедицина по сравнению с обычной; им должна быть предоставлена возможность обратной связи с владельцами ресурса.

Рекомендации по организации телемедицинских информационных ресурсов и систем содержатся и в Кодексе поведения для медицинских сай-

¹ В России в качестве примера рекомендательного документа в сфере информационных отношений можно привести «Рекомендации по организации деятельности лиц в сфере Интернет-коммерции в Российской Федерации», представленные на слушаниях в Государственной Думе 22 мая 2000 г. и одобренные в качестве проекта 15 сентября 2000 г. рабочей группой по электронной коммерции Комитета по экономической политике и предпринимательству Государственной Думы ФС РФ. Адрес «Рекомендаций» в сети Интернет: <http://www.russianlaw.net/law/acts/z4.htm>.

² Адрес Кодекса этики телемедицины в сети Интернет: <http://www.ihealthcoalition.org/ethics/code0524.pdf>. См. также: «International Group Works Toward Ethics Code for Health Care Websites», BNA's Health Care Daily Report, Volume 5 Number 24, ISSN 1091-4021, February 4, 2000.

тов Internet — HON КОДЕКС¹, принятом авторитетной швейцарской некоммерческой организацией Health On the Net Foundation. В частности, в кодексе утверждается, что:

«1. Любой медицинский совет, предоставленный вебузлом, может исходить только от лиц, имеющих соответствующую подготовку и квалификацию, кроме тех случаев, когда дается прямая ссылка на то, что данная информация составлена лицом либо организацией, не являющимися специалистами в области медицины...

3. Конфиденциальность информации, касающейся отдельных пациентов и посетителей узла, включая их личность, строго соблюдается. Владельцы узла обязуются выполнять требования закона о врачебной тайне, действующего в стране, на территории которой расположен вебузел или его «зеркала».

4. Там, где это необходимо, информация на данном узле должна сопровождаться четкими ссылками на первоисточник и по возможности предоставлять пользователю гиперсвязь с этим первоисточником. Дата обновления или изменения медицинской информации должна быть четко обозначена (например, в нижней части страницы).

5. Любые утверждения, касающиеся преимуществ или эффективности методов лечения, коммерческих продуктов или услуг, должны сопровождаться подтверждениями с учетом соответствующего стиля (см. п.4 кодекса)...

7. Финансовая политика данного вебузла четко оговаривается, включая координаты коммерческих и некоммерческих организаций, оказывающих финансовую поддержку, предоставляющих услуги и материалы для данного вебузла».

На базе рекомендательных документов участники телемедицинской деятельности организуют собственные информационные ресурсы и системы и регулируют их использование гражданско-правовыми методами: определяют собственные права и обязанности, пределы оферты посредством правил пользования или регламентов информационных ресурсов².

¹ Адрес в сети Интернет: <http://www.hon.ch/HONcode/Conduct.html>; адрес русскоязычного перевода версии Кодекса 1997 г., произведенного А. Шабашевым. См.: <http://www.hon.ch/HONcode/Russian/>, <http://www.mig.rssi.ru/honr6.htm>.

² Примером такого регламента могут служить «Principles and Policies» известной службы TeleMedical.Com, Inc. Адрес указанного документа: <http://www.telemedical.com/principles.htm>.

В России также постепенно формируются традиции и подходы к саморегулированию и упорядочению отношений в сфере телемедицинских услуг. Зачастую заинтересованные общественные и коммерческие организации и лица более оперативно и гибко, нежели уполномоченные государственные органы, реагируют на изменения сложных общественных отношений, связанных с построением современного информационного общества¹.

Для России направление саморегулирования отношений в сфере телемедицины является одним из наиболее перспективных. Тем не менее тот факт, что законодательная база в сфере информатизации и охраны здоровья граждан в общем не учитывает специфику складывающихся в сфере телемедицины общественных отношений и не решает правовых проблем, связанных с оказанием телемедицинских услуг, объясняется в первую очередь отсутствием в законодательстве в сфере информатизации института ответственности информационных посредников, а в законодательстве об охране здоровья — актов, регулирующих отношения по лицензированию и сертификации. Это позволяет говорить о необходимости разработки предметных нормативно-правовых актов².

Работа в данном направлении уже ведется. Так, на состоявшихся в Москве 20 мая 2002 г. парламентских слушаниях «О телемедицине и информационной политике в области охраны здоровья граждан Российской Федерации» была предложена концепция законопроекта «О правовом обеспечении телемедицины и информационной политики в области

¹ Можно привести следующий пример регламентации деятельности телемедицинского проекта в сети Интернет — сервер «Телемедицина в России» (<http://www.telemed.ru>) с его «Временным регламентом организации и проведения

Продолжение сноски со с. 108.

отложенных телемедицинских консультаций». См.: <http://www.telemed.ru:9101/-consult/reglam.html>.

² В книге Наумова В.Б., Савельева Д.А. «Правовые аспекты телемедицины» приводятся разработанные авторами проекты документов «О единой системе автоматизированной обработки персональных данных пациентов медицинских учреждений Санкт-Петербурга», «О порядке работы с персональными данными пациентов при оказании телемедицинских услуг медицинскими учреждениями Санкт-Петербурга», «Об организационных основах формирования телемедицинской сети Санкт-Петербурга», а также «Методика саморегуляции в целях оказания телемедицинских услуг в сети Интернет».

охраны здоровья граждан Российской Федерации»¹. Правда, процесс нормотворчества является весьма инерционным и пока реальной надеждой для заинтересованных лиц остается именно саморегулирование².

¹ См. информацию в сети Интернет по адресу: <http://www.telemed.ru:9101/whatis/laws/gdlawpr.html>.

² См.: Методика саморегуляции в целях оказания телемедицинских услуг в сети Интернета // Наумов В.Б., Савельев Д.А. Правовые аспекты телемедицины.

Р.Бонни

ЗАВИСИМОСТЬ ОТ ПСИХОАКТИВНЫХ ВЕЩЕСТВ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

Философы^{1 2}, теоретики права^{3 4 5}, конечно, экономисты^{6 7}, а также специалисты в других областях общественных наук^{8 9 10} в последние десятилетия широко обсуждают проблемы зависимости человека от психоактивных веществ. Событиями, способствующими возрастанию интеллектуального интереса, стали: эпидемия крека середины 80-х годов, инициировавшая нарковойну, доклад главного хирурга 1988 г. по никотинозависимости; «табачные процессы», в том числе широкие запреты курения; общественные дебаты о допуске в национальную политику лю-

¹ Watson G. Disordered Appetites: Addiction, Compulsion and Dependence. In Elster J., editor. *Addiction*. New York: Russell Sage; 1999: 3-28.

² Wallace R. Addiction as a Defect of the Will: Some Philosophical Reflections. *J L & Philosophy*. 1999; 18: 621-XXX.

³ Corrado M. Addiction and causation. *San Diego L. Rev.* 2000; 37: 913-957.

⁴ Corrado M. Addiction and Responsibility. *J L & Philosophy*. 2000; 19: 1-3.

⁵ Morse S. Hooked on Hype: Addiction and Responsibility. *J L & Philosophy*. 2000; 19: 3-49.

⁶ Becker G.S. Habits, addictions, and traditions. *Kyklos*. 1999; 45:327-46.

⁷ Becker G.S., Murphy K. A theory of rational addiction. *J If Political Econ.* 1988; 96: 675-700.

⁸ Elster J. *Strong Feelings*. Cambridge: MIT Press; 1999.

⁹ Elster J., editor. *Addiction*. New York: Russell Sage; 1999.

¹⁰ Elster J, Skog O, editors. *Getting Hooked: Rationality and Addiction*. Cambridge University Press; 1999. (Прим. ред.: сноски даны в авторском оформлении).

дей, потребляющих наркотические средства; успехи в области науки, особенно в неврологии.

Научные достижения последних 25 лет, особенно последних 10, внесли выдающийся вклад в объяснение этой зависимости.

Во-первых, неврологи открыли нейронные цепи, активируемые наркотиками, — мозговые пути зависимости — и таким образом интенсифицировали поиски фармакологических средств¹.

Во-вторых, создано оборудование, позволившее визуально обнаружить воздействие хронического приема психотропных препаратов на головной мозг².

В-третьих, специалисты обосновали точку зрения на зависимость как на хроническое заболевание, похожее на другие хронические заболевания, такие как диабет и артериальная гипертония, которые также характеризуются периодическими ремиссиями и рецидивами. Они утверждают, что: состояние зависимости — скорее хроническое заболевание, характеризующее рецидивами, чем острое состояние; высокая частота рецидивов связана с нейробиологическими изменениями, сопровождающими зависимость; на начало, тяжесть и лечение этого состояния влияют биологические и поведенческие переменные, аналогичные тем, которые объясняют начало, тяжесть и лечение других хронических заболеваний.

Является ли зависимость заболеванием головного мозга?

Началась широкая кампания по ознакомлению с этими достижениями профессионалов — медиков, лиц, формирующих общественное мнение, и общества в целом. Девизом этой кампании является лозунг: «Зависимость от психоактивных веществ — заболевание головного мозга». Например, так звучит стандартная презентация директора NIDA Лешнера: «Зависимость связана с изменениями в структуре и функциях головного мозга, и это то, что в основном делает ее заболеванием головного мозга. Представим себе, что в головном мозге есть переключатель, который в результате длительного применения препаратов как бы пере-

¹ McLellan A., Lewis D., O'Brien C., and Kleber H. Drug Dependence. A Chronic Medical Illness: Implications for Treatment, Insurance and Outcomes Evaluation. *JAMA*. 2000; 284: 1689–1695.

² Leshner A. Addiction is a Brain Disease and It Matters. *Science*. 1997; 278: 45–47.

ключается. Первоначально прием препаратов является добровольным решением, но затем, когда переключатель уже переключен, человек попадает в состояние зависимости, связанное с непреодолимым поиском и приемом препаратов». Характеристика зависимости как заболевания головного мозга является дискуссионной. В настоящее время, мне думается, это утверждение следует понимать как политическое заявление, а не научное обоснование. В случае зависимости от наркотиков поведенческие компоненты являются более важными, чем, например, при болезни Альцгеймера, Паркинсона, эпилепсии и даже шизофрении. Но до сих пор нет объяснения тем физиологическим и психологическим процессам, которые преобразуют подконтрольное применение препаратов в зависимость от них.

Я принимаю характеристику зависимости как заболевания головного мозга в качестве политического заявления: признание зависимости медицинским заболеванием, нуждающимся в лечении, будет благотворным для жизни людей, втянутых в прием препаратов, и для общества, независимо от того, охватывает ли этот термин всю сложность состояния или нет. Зависимость от психоактивных веществ подлежит лечению, его результаты пока связаны с высокой вероятностью рецидива, и наше общество должно больше инвестировать в лечение, одновременно сокращая расходы на лишение свободы и принуждение. Более того, продолжающиеся инвестиции в научные исследования, скорее всего, окупятся открытиями способов лечения.

Но при этом требует ответа один вопрос: вопрос недобровольности продолжения приема психоактивного вещества. Согласно двум ведущим клиническим специалистам — исследователям в области зависимости, в какой-то момент после регулярного добровольного приема препаратов человек теряет способность добровольно контролировать их прием. Вот тогда человек, злоупотребляющий этим препаратом, становится зависимым от него, возникают непреодолимая, часто всеподавляющая потребность продолжать прием и рецидивы после периода воздержания. Факт недобровольности приема препарата входит в противоречие с привлечением к ответственности.

Медицинский аспект зависимости от психоактивных веществ, доказанность ее нейробиологического основания опровергают общепринятое убеждение в том, что зависимость — свидетельство моральной слабости или дефекта характера, и таким образом заставляют усомниться в необходимости отторжения и наказания этих людей. По-видимому, они

не должны быть морально и юридически ответственны за недобровольное поведение.

Терминология добровольности. Зависимость

Что имеется в виду, когда говорят, что прием препаратов становится недобровольным, после того как срабатывает своеобразный переключатель? Вызывает ли прием препаратов заболевание, так же как поражение головного мозга приводит к эпилептическим припадкам, а нарушение мозгового кровообращения — к потере сознания? Ясно, что приобретение зависимости — нечто большее, чем действие простого механизма¹. Зависимость является не только заболеванием головного мозга. Связь между головным мозгом и поведением обеспечивается сознанием. Таким образом, когда мы говорим, что прием препаратов зависимым от них лицом является недобровольным и свидетельствует одновременно о заболевании, мы имеем в виду нечто другое, чем когда говорим, что наличие припадка является недобровольным. С точки зрения ответственности это различие очень важно. Даже в рамках осознанного опыта бывают ситуации, когда мы говорим, что человек не имел действительного выбора (например, хватание за край обрыва, где будет превалировать неминуемый эффект мышечной слабости, вне зависимости от того, насколько сильно желание жертвы сопротивляться). Но это не является потерей контроля в случае зависимости. Мы имеем в виду, что в результате нейробиологических процессов в глубинах головного мозга, которые лицо, имеющее зависимость, не может больше контролировать, оно начинает испытывать сильную потребность и желание принять вещество, и эта необходимость настолько велика, что вряд ли возможно ей противостоять. Однако лицо, страдающее зависимостью, имеет выбор. Такая ситуация скорее характеризуется тяжестью выбора, нежели его отсутствием. Клинически мы сталкиваемся с тем, что с достаточной степенью аккуратности можно назвать нарушением воли, а не недобровольным поведением. Это важное концептуальное различие, которое должно быть обосновано научными и клиническими представлениями о зависимости

¹ O'Brien C., McLellan A. Myths about the Treatment of Addiction. *Lancet*. 1996; 347: 237–40.

(и другими патологическими состояниями, включая так называемые компульсивные, например, обсессивнокомпульсивные расстройства) и связано с терминологией зависимости.

Рецидив

Природа рецидива — еще один вопрос, который не вполне ясен при обсуждении зависимости как заболевания головного мозга. Даже после детоксикации и периода воздержания вероятность рецидива высока. Фактически 40-60% пациентов, проходивших лечение от зависимости, имели рецидив в течение года, а для табакозависимых частота еще выше. Тенденция к рецидиву не является добровольной, так как человек не контролирует реакции, обусловленные и связанные с предыдущими приемами препаратов. Лица, ранее имевшие зависимость и не принимавшие препарат в течение длительного времени, могут случайно встретиться с человеком, местом или вещью, которые ассоциировались с приемом препаратов; эта встреча порождает серьезные физиологические реакции, такие, например, как при прекращении приема наркотиков, и отсюда — глубокое субъективное желание, тяга к их приему. Такая реакция может спровоцировать потерю контроля, что считается признаком наркозависимости. Но наркоман — автомат, безумно реагирующий на внешние раздражители: он имеет предрасположенность и уязвим к рецидиву. Конечно, рецидив не является неизбежным и его вероятность может быть уменьшена, если человек сознательно избегает ситуаций или окружения, которые способны инициировать рецидивы.

Таким образом, концепции заболевания и выбора являются совместимыми, и закон может включить в себя наше понимание неврологической природы зависимости от психоактивных веществ.

Начало заболевания

В фазе, предшествующей наступлению зависимости, прием наркотиков является добровольным. Исследования показывают, что лица, для которых первоначальный прием наркотиков сопровождается максимальным физиологическим удовольствием, гораздо чаще принимают нарко-

тики во второй раз, и у некоторых из них развивается зависимость¹. Понятие добровольности здесь используется в двух различных смыслах. По отношению к какому-либо конкретному акту приема наркотиков прием является добровольным до того момента, когда сработает «переключатель» зависимости, и становится принудительным после этого. Однако есть факторы, повышающие вероятность того, что определенное лицо, имевшее контакт с наркотиком, будет продолжать прием и приобретет зависимость². В данном случае слово «недобровольный» используется в причинном смысле. Однако следует отметить, что понятие причинности в этом контексте не является несовместимым с понятием выбора. Например, люди, которым известна собственная уязвимость, могут выбирать такую модель поведения, которая либо снижает риск зависимости, либо, наоборот, осознанно подвергает их такому риску.

Зависимость и юридическая ответственность

Несут ли люди ответственность за приобретение наркозависимости? Как уже отмечалось, человек принимает добровольное решение о начале приема наркотиков. Интересны в данном случае юридическая и этическая стороны вопроса: являются ли люди, которые добровольно принимают решение о приеме вызывающих зависимость препаратов, ответственными за все последствия своих действий, включая зависимость? Учитывая, что человек, однажды приобретший зависимость, страдает необратимым патологическим заболеванием головного мозга, при каких обстоятельствах он несет ответственность за получение зависимости?

Последний вопрос связан с более широкой этической проблемой. Когда люди ответственны за свою нетрудоспособность или заболевание? Каждый из нас знает о многочисленных случаях осознанного риска, который может привести к ущербу или болезни, включая езду на мотоцикле со скоростью 100 миль в час без шлема или беспорядочное, незащищенное сексуальное поведение, не говоря о курении и приеме других препаратов, вызывающих зависимость. Однако О.Брайен и Макклиллан отме-

¹ Satel S., Goodwin F. Is Addiction a Brain Disease? Ethics and Public policy Center, Program on Medical Science and Society. Washington, D.C.; 1998.

² Glannon W. Responsibility, Alcoholism, and Liver Transplantation. *J Med Philos.* 1998; 23: 31–49.

чают, что многие люди генетически обладают высоким иммунитетом к подобным состояниям: эффект табака или повышенный уровень гормонов, связанный с принятием рискованных решений, вызывают у них отвращение, тогда как другие биологически предрасположены к поиску острых ощущений или зависимости¹. Налицо смешение понятий предрасположенности и выбора. Какое расстройство здоровья или заболевание имеют меньше прав на спасение, лечение или длительную поддержку в связи с нетрудоспособностью человека, даже если он или она внесли свой вклад в возникновение или тяжесть состояния, вызвавшего нетрудоспособность? Основным принципом в этом контексте будет необходимость, а не вина. Интересно, что наркоманы в настоящее время не имеют равного доступа к медицинскому обслуживанию и пособиям по нетрудоспособности. Лечение наркозависимости часто не покрывается медицинской страховкой, для него выплаты пособий ограничены другими болезнями, покрываемыми страховкой. Заболевания, связанные с зависимостью, не являются сами по себе основанием для выплаты пособий по нетрудоспособности согласно программе SSI. Наркоманы часто не имеют доступа к дефицитным медицинским ресурсам (например, пересадка печени).

При рассмотрении вопроса о компенсации потерь, связанных с зависимостью от психоактивных веществ, на первый план выступает вина, а общим правилом стала личная ответственность за выбор известного поведения. Однако, находясь под воздействием внешних факторов и будучи уязвимыми, люди осознанно рискуют приобрести зависимость, когда принимают препараты, чья способность вызывать зависимость хорошо известна. Курильщики знают о таком риске, люди, употребляющие алкоголь, знают о риске развития алкоголизма (например, дело *Seagram & Sons v. McGuire*, 1991²). Врачи, которые приобретают зависимость от опийных препаратов, полученных из больничных аптек незаконным путем, являются ответственными за свое собственное состояние и не имеют возможности перенести вину на небрежность больниц (*Campo v. St. Lukes Hospital*, 2000)³.

Закон объективно отражает строгое правило по отношению к лицу, приобретшему зависимость, когда оно сознательно использует веще-

¹ *Seagram & Sons, Inc. v. McGuire*, 814 S. W. 2d 385 (Texas, 1991).

² *DiGloria v. Chief of Police of Methuen*, 395 N.E. 2d 1297 (Mass App, 1979).

³ *Campo v. St. Lukes Hospital*, 755 A. 2d 20 (Pa Super, 2000).

ства, ее вызывающие. Однако прием препаратов, способность которых вызывать зависимость неизвестна, может повлечь за собой ответственность производителя. Дело *Crocker v. Winthrop Laboratories*, 1974¹ является иллюстрацией серии судебных тяжб, успешно завершившихся в 70-е годы, против производителей таулина — обезболивающего препарата, способность которого вызывать зависимость была неизвестна людям, его употреблявшим. Существует еще одно возможное отклонение от этого правила — перспектива ответственности промышленных предприятий за получение подростками зависимости от алкоголя и табака. Это исключение подтверждает правило: рекламируя алкоголь и табак детям и подросткам, которые еще не способны оценивать последствия своего поведения (в особенности возникновение зависимости), производители могут быть признаны ответственными за наступление у них такой зависимости.

Ответственность за свое поведение лиц, страдающих зависимостью

Согласно общепринятой терминологии, зависимость — это потеря контроля над приемом препарата. Я не сомневаюсь, что длительный прием наркотиков сопровождается многими изменениями функций головного мозга, связанных с потерей контроля. Но как этот феномен сопряжен с личной ответственностью, моральной или юридической? Является ли зависимое лицо ответственным за использование препарата после того, как «переключатель» сработал? Если нет, то ответственно ли оно за совершение других проступков, связанных с наркотиками, например за воровство? Или за последствия потребления вещества (например, нахождение в состоянии алкогольного опьянения в общественных местах)? Имеет ли здесь значение факт заболевания головного мозга?

Отраслью права, которая более всего регулирует ответственность за поведение лиц, страдающих зависимостью от потребления психоактивных веществ, является уголовное право. Поэтому реакция закона на зависимость не может быть понята без учета общих принципов уголовной ответственности.

1. Каждый по достижении определенного возраста осознает необходимость подчиняться требованиям закона. Это является ключевым постулатом закона — закон в полной мере и в равной степени применим к

¹ *Crocker v. Winthrop Laboratories*, 514 S.W.2d 420 (Texas, 1974).

каждому. Недостаточная ответственность — исключение из общего правила.

2. Ограниченный перечень исключений традиционно признается для лиц, страдающих тяжелыми психическими заболеваниями, не способных понять и оценить моральное значение своих поступков.

3. Некоторые штаты распространили это исключение на тяжелые случаи потери воли, что достаточно противоречиво, особенно когда не сводится к ситуациям, включающим психическую декомпенсацию. Уголовный закон высоко резистентен к оправданию преступников, у которых диагностированы недавние расстройства, парафилии или другие состояния, которые якобы разрушают волю.

4. Оставляя в стороне расстройства рассудка, уголовный закон очень устойчив в оправдании людей, которые обвиняются в совершении преступления под влиянием сильных эмоций или давления. Наилучшей иллюстрацией в данном случае служит защита от угрозы в экстраординарных обстоятельствах, когда человеку грозит неминуемая смерть или серьезный физический ущерб, но не другие виды ущерба, включая финансовый или социальный крах. В этом случае угрожающая сторона будет виновата в вымогательстве, если требовала денег жертвы, а не в участии в преступлении.

Наличие зависимости от психоактивных веществ не является основанием для защиты привлекаемых за употребление наркотиков, за нахождение в пьяном виде или другие поступки, связанные с потерей контроля. Многие судьи, возможно, морально разделяют мнение, что зависимость должна быть основанием для сострадания и смягчения вины, если она и не квалифицируется как оправдание. Более того, использование уголовного наказания как средства решения проблем, связанных с зависимостью, на протяжении XX в. всегда было противоречивым, склоняясь в сторону криминализации или декриминализации. Эта двойственность отражена в двух делах, решение по которым вынесено Верховным судом США в 1960 г., когда суд подтолкнул штаты к декриминализации посредством конституционных постановлений. В деле *Robinson v. California* (1962)¹ суд постановил, что обвинение человека за наличие у него зависимости равнозначно наказанию его за то, что он болен, и приравнивается к жестокому наказанию, запрещенному восьмой поправкой к Конституции США. Как указали толкователи закона, решение суда под-

¹ *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962).

разумевало, что лицо, имеющее зависимость, не может быть наказано за симптомы заболевания, включая использование препаратов и изготовление их для этой цели. Таким образом, определение суда в деле Робинсона показало, что Конституция препятствует криминализации преступлений, связанных с наркотиками и совершенных наркоманами.

Однако шестью годами позже суд отступил от этих позиций, когда рассматривал дело *Powell v. Texas* (1968)¹. Поуэлл, алкоголик, обвинялся в пребывании в общественном месте в состоянии сильного опьянения. Адвокат утверждал, что дело Робинсона дает широкие возможности для оправдания — лицо, страдающее зависимостью, не может быть наказано за проявление симптомов заболевания (состояние, которое он не в силах изменить). Суд отклонил этот принцип и трактовал дело более узко. Согласно превалирующему в деле Поуэлла мнению, такое зависимое лицо, как Робинсон, не может быть наказано за то, что страдает зависимостью, но может быть наказано за совершенное деяние, например, изготовление или употребление психоактивного вещества. Таким образом, Поуэлл мог быть наказан не за то, что был алкоголиком, а за то, что появился в обществе в пьяном виде. В своем решении суд назвал две причины отказа применить закон для оправдания. Во-первых, большинство судей обратили внимание на то, что для измерения нарушения воли недостаточно инструментов, чтобы различать преступников, вынужденных принимать препараты под воздействием зависимости, от тех, которые могли бы не нарушать закон. Во-вторых, суд был обеспокоен применением такого положения к нарушениям, которые являются основаниями для уголовной ответственности: если наркоман не может быть наказан за использование наркотиков, как тогда оценивать поведение, симптоматичное для других расстройств воли (в настоящее время называемых нервными расстройствами), таких как пиромания и клептомания? Конституционализация оснований для оправдания нарушений воли требует от всех штатов признания основанием для защиты «непреодолимых импульсов» в рамках законов, регулирующих заболевания, связанные с невменяемостью. Дела Робинсона и Поуэлла отразили традиционное нежелание судов и законодателей оправдывать лиц, страдающих зависимостью. Однако важно отметить, что эти решения не являются несовместимыми с характеристикой зависимости как заболевания или даже заболевания головного мозга. Они отражают мнение, что, если зависимость и

¹ *Powell v. Texas*, 392 U.S. 514 (1968).

является заболеванием, Конституция США не препятствует наказанию лиц, страдающих зависимостью, за их противоправное поведение.

Концепция зависимости как заболевания не требует оправдания поведения лица, ею страдающего, и по этой причине не препятствует использованию санкций для удерживания от применения наркотиков. По-моему, благоразумно отказаться от наказания для лечения преступников, страдающих зависимостью, и не только в случае преступлений, связанных с употреблением наркотиков, но и уголовных преступлений, связанных с зависимостью. Наиболее важным вопросом является следующий: могут ли уголовные санкции должным образом содействовать терапевтическому вмешательству. По моему собственному представлению, наиболее сильным оправданием — если не единственным — сохранения уголовных санкций за применение наркотиков является то, что они предоставляют действенные рычаги для привлечения людей к лечению и способствуют соблюдению правовых норм.

Ответственность за рецидив

Наказывать человека, страдающего сильной зависимостью, за использование препаратов до детоксикации и во время краткосрочного отказа от наркотиков является негуманным и неразумным. Если же прибегнуть к условному освобождению на поруки как инструменту для привлечения наркомана к лечению и продлению периода воздержания, то здесь проблем будет меньше, поскольку его цель — помочь наркоману в достижении персональной ответственности за управление своим состоянием. Если посмотреть с другой стороны, то, помогая избежать наказания за зависимость, это в то же время делает преступника ответственным за наступление рецидива. Как я уже отмечал ранее, одной из наиболее сложных задач, с которыми сталкивались исследователи зависимости от психоактивных веществ, является проблема соотношения позитивных эффектов лечения с изменениями головного мозга, вызванными хронической зависимостью от приема препаратов, и далее с поведением. Недавнее исследование Готшалка и его коллег показало, что одним из эффектов хронического приема кокаина является множественное очаговое снижение мозгового кровообращения. Они предположили, что абстиненция должна совпасть с повышением мозгового кровообращения, и это повышение будет хорошим измерительным инструментом когнитивной функции и может быть соотносено с реактивностью на когнитивную

терапию поведения (СВТ). Ученые представили ряд клинических случаев, демонстрирующих эту связь¹. Наиболее важной деталью в этом исследовании является то, что реактивность на СВТ — это улучшение способности пациента к освоению новых навыков поведения и готовность к изменению поведения (когнитивная гибкость), понятие, которое более или менее эквивалентно способности (желанию) брать на себя персональную ответственность за контроль над зависимостью.

Формирование стимулов для самоконтроля и препятствий к разрушающемуся и отклоняющемуся поведению часто является важным элементом терапии. В контексте зависимости от психоактивных веществ клиницист должен сочетать понимание трудности достижения и сохранения абстиненции с некоей формой терапевтического давления для снижения риска рецидива. Хотя использование угрозы в клинической практике неминуемо сталкивается с проблемой ответственности, клиницисты разделяют общепринятую моральную теорию, что люди не должны быть наказаны (или лишены чего-либо, на что в противном случае они имели бы право), если им должным образом не объяснено, что они ответственны за свой выбор. Если им не хватает реального контроля над своим поведением (в случае тяжести выбора), показаны сострадание и помощь, а не наказание. Один из специалистов по лечению зависимости интерпретирует данную ситуацию по-другому: необходимо прощать случающиеся время от времени ошибки пациентам, которые вовлечены в процесс лечения (а эти ошибки время от времени ожидаются), применяя, однако, санкции (например, временное прекращение действия разрешения или аннулирование условности осуждения) на тех больных, которые отказались от лечения или упорно не соблюдали действующий закон (поскольку он означает сдерживающую угрозу) и надлежащий порядок. В контексте нашей дискуссии интересно современное законодательство по нетрудоспособности, в частности, условия работы по найму Акта о нетрудоспособных американцах (Americans Disabilities Act — ADA). Согласно ADA, зависимость признается причиной нетрудоспособности. Использование запрещенных препаратов даже вне работы является законным основанием для увольнения или прекращения контракта на работу, для этого совсем не обязательно фиксировать снижение производительности труда. Работодателям разрешено периодически тестировать на

¹ Gottschalk C. Beauvais J., Hart R. Kosten T. Cognitive Function and Cerebral Perfusion During Cocaine Abstinence. *Am J. Psychiatry*. 2001; 158: 540–545.

наркотики и увольнять людей, которые принимают запрещенные препараты невзирая на то, является ли такой прием симптомом зависимости. Хотя потребление алкоголя вне работы не является незаконным и не включается в правило поведения наемных работников, большинство работодателей обосновывают запрещение интоксикации на работе, приема алкоголя на рабочем месте экономическими причинами. Они имеют право применять такие правила к любому сотруднику, включая страдающих алкоголизмом.

Однако работодатель не может дискриминировать по причине нетрудоспособности сотрудника, который завершил или принимает участие в программе по реабилитации от зависимости. Процесс лечения — «тихая гавань» для работников, страдающих зависимостью, до тех пор пока их поведение соответствует условиям лечения (например, дело *Hall v/Jewish Hospital*, 2000)¹. В этом случае работодатели вынуждены мириться с требованиями лечебного процесса. ADA способствует выявлению зависимых больных, предоставляет им «тихую гавань» для лечения и использует занятость как механизм, способствующий выполнению терапевтических требований; таким образом, закон приглашает сотрудников, страдающих зависимостью, брать на себя ответственность за улучшение своего состояния.

Приведем несколько примеров. Вильям Маррари, сталелитейщик, страдающий алкоголизмом, получил разрешение заключить соглашение «последнего шанса» после того, как он дважды нарушил запрет на нахождение в состоянии интоксикации на рабочем месте. Ему было предписано сдавать по требованию анализ мочи на содержание алкоголя в течение пяти лет. Положительный тест любого уровня являлся достаточной причиной для увольнения. Когда после непрохождения теста он был уволен, Маррари возбудил иск по ADA. Апелляционный суд США по шестому судебному округу постановил, что увольнение Маррари за непрохождение теста на содержание алкоголя в моче, взятого согласно действующему соглашению «последнего шанса», не нарушает ADA, хотя и не являлось общей политикой компании. Или другой пример. Джеймсу Сайфкену был поставлен диагноз «диабет» в 1987 г. Пять лет спустя он был принят на службу полисменом в Иллинойсе (Вилладж Арлингтон

¹ Halleck S. Which Patients Are Responsible for their Illnesses? *Am J Psychother.* 1998; 42: 338–353.

Хейтс)¹. При приеме на работу было известно о его состоянии, но было оговорено, что выполнение служебных обязанностей должно сопровождаться контролем с его стороны за своим состоянием и приемом лекарств. Однако, поскольку Сайфкен должным образом не контролировал болезнь, у него наступила диабетическая кома с потерей сознания и дезориентировкой, в это время он находился за рулем служебной машины — в результате он ехал рыками и с превышением скорости. После увольнения он возбудил дело против Арлингтон Хейтс, утверждая, что был дискриминирован по причине своего заболевания. Его жалоба была отклонена федеральными судами на основании того, что он был уволен не по причине заболевания, а по причине отказа от необходимого контроля над заболеванием.

Приведенные и некоторые другие дела показывают, что, по мнению судов, люди несут ответственность за улучшение своего состояния и контроль за своим заболеванием. Это подразумевает лечение и следование медицинским предписаниям.

При решении вопроса об ответственности лиц, страдающих зависимостью от психоактивных веществ, следует принимать во внимание тот факт, что угроза санкций помогает вовлечь их в процесс лечения и обеспечивает его успех. Однако предполагается, что после прохождения курса лечения лица, страдающие зависимостью от психоактивных веществ, должны принимать на себя ответственность за наступление рецидивов. В конечном итоге наиболее правильным является восприятие зависимости как хронического рецидивирующего заболевания. Хотелось бы надеяться, что рассмотренные в этой статье подходы к природе зависимости от психоактивных веществ и ответственности за противоправное поведение лиц, ею страдающих, будут интересны широкому кругу научной общественности в России.

Перевод Т.В.Никишиной

¹ Petry N., Petrakis I., Trevisan L. et al. Contingency Management Interventions: From Research to Practice. *Am J. Psychiatry*. 2001; 158: 694–702.

С.В.Полубинская

РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ПРАВАХ ВИЧ-ИНФИЦИРОВАННЫХ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Предупреждение распространения ВИЧ-инфекции представляет серьезную проблему для любого демократического государства, поскольку защита населения от этого смертельного недуга требует нахождения баланса между интересами общества и правами личности. Правовые способы и механизмы играют при этом одну из главных ролей. Как отмечается в Международных руководящих принципах «ВИЧ/СПИД и права человека», принятых второй Международной консультацией по

ВИЧ/СПИДу и правам человека в 1998 г., в связи с мировой пандемией инфекции «государствам следует пересмотреть и реформировать законодательство в области общественного здравоохранения, имея в виду обеспечить, чтобы оно позволяло адекватно решать вопросы охраны здоровья населения, возникающие в связи с ВИЧ/СПИДом... и чтобы оно соответствовало международным обязательствам в области прав человека»¹.

Реагируя на распространение вируса иммунодефицита человека, государство прибегает к правовым средствам, чтобы достичь двух основных целей: остановить распространение ВИЧ-инфекции среди населения и защитить лиц, инфицированных ВИЧ и больных СПИДом, от различных форм прямой и косвенной дискриминации в обществе. Россия не составляет здесь исключения, и развитие отечественного законодательства в указанной сфере демонстрирует изменения баланса отмеченных целей на различных этапах развития эпидемии. Эти изменения отражают, в частности, особенности распространения ВИЧ-инфекции в стране, рост профессиональных знаний о вирусе, путях и способах его передачи, а также перемены в представлениях общества о лицах, инфицированных ВИЧ или больных СПИДом.

Первый случай ВИЧ-инфекции — у иностранного гражданина — был зафиксирован в СССР в 1985 г., первый же ВИЧ-инфицированный советский гражданин стал известен в 1987 г.² Ответом на появление вируса в стране стал Указ Президиума Верховного Совета СССР «О мерах профилактики заражения вирусом СПИД» от 25 августа 1987 г.³ Этим законодательным актом вводилось обязательное медицинское освидетельствование на ВИЧ для отдельных категорий граждан в соответствии с Правилами освидетельствования, устанавливаемыми Министерством здравоохранения СССР⁴. В случае уклонения от освидетельствования предусматривалась возможность принудительного доставления в лечебные учреждения советских граждан и выдворения из пределов СССР иностранных граждан и лиц без гражданства, а также вводилась уголов-

¹ ВИЧ/СПИД и права человека. Международные руководящие принципы. ООН. HR/PUB/98/1. — Нью-Йорк; Женева. — 1998. — С.17.

² См.: Покровский В.В. Эпидемиология и профилактика ВИЧ-инфекции и СПИД. — М., 1996. — С.57, 140–141.

³ Ведомости Верховного Совета СССР. — М., 1987. — № 34. — Ст. 560; № 42. — Ст. 694.

⁴ Утверждены министром здравоохранения СССР 28 августа 1987 г.

ная ответственность за заведомое поставление другого лица в опасность заражения и заражение СПИДом (ст. 1125 УК РСФСР). Заметим, что в УК РФ ответственность за эти деяния была сохранена, при этом установлена повышенная ответственность за заражение двух или более лиц или заведомо несовершеннолетнего (ст. 122). Таким образом, первый отечественный законодательный акт, касающийся ВИЧ-инфекции, отражал только интересы общества и потому носил явно ограничительный в отношении прав граждан характер.

В конце 80-х годов в нашей стране были зарегистрированы случаи заражения детей вирусом иммунодефицита человека в результате небрежности медицинских работников, в частности, использовавших при медицинских манипуляциях нестерилизованные инструменты. Общее число таких случаев заражения во внутрибольничных очагах ВИЧ-инфекции в Калмыкии, Волгограде, Ростове-на-Дону и некоторых других городах юга России в конце 80-х годов составило 255 человек¹.

С этого времени уже нельзя было говорить о единичных случаях ВИЧ-инфекции, попавшей в Россию из-за рубежа, и в Законе СССР «О профилактике заболевания СПИД», принятом 23 апреля 1990 г., наряду с ограничительными нормами появились и положения о правах лиц, инфицированных ВИЧ². Им было предоставлено право на медицинскую и социальную помощь, бесплатный проезд к месту лечения и обратно, бесплатный отпуск лекарств при амбулаторном лечении и пенсионное обеспечение, если заражение произошло в результате выполнения медицинских манипуляций. Родители или заменяющие их лица получили право на совместное пребывание в стационарах с детьми до 14 лет с освобождением от работы на этот срок и выплатой пособия по временной нетрудоспособности. В Законе была сформулирована и антидискриминационная норма общего характера, в соответствии с которой не допускалось увольнение с работы, отказ в приеме на работу, детские и учебные учреждения, детские дошкольные учреждения, а также ущемление иных прав и ограничение законных интересов ВИЧ-инфицированных только на основании того, что они являются носителями вируса или больны СПИДом. Не допускалось ущемление жилищных и иных прав и законных интересов родных и близких ВИЧ-инфицированных (ст.8).

¹ См.: Покровский В.В. Указ. соч. — С.112—127.

² Ведомости Верховного Совета СССР. — 1990. — № 19. — Ст. 324.

В Законе 1990 г. появились положения о праве граждан страны, а также иностранных граждан и лиц без гражданства, проживающих или находящихся на территории СССР, на медицинское освидетельствование для выявления заражения ВИЧ, в том числе и анонимно, а также об обязанности органов и учреждений здравоохранения обеспечить безопасность такого освидетельствования как для обследуемого, так и для медицинского персонала (ст. 1). Медицинские работники и другие лица, которым в связи с выполнением служебных или профессиональных обязанностей стали известны сведения о проведении освидетельствования на ВИЧ и его результатах, были обязаны сохранять эти сведения в тайне (ст. 7).

Во многом указанный Закон можно расценить как непосредственную реакцию на увеличение числа ВИЧ-инфицированных в стране, прежде всего, в результате недобросовестного отношения медицинских работников к своим обязанностям, а также на появившиеся случаи нарушения прав таких лиц и членов их семей, вызванные страхом заразиться и отсутствием у населения знаний о действительных путях и способах передачи вируса.

Действующий в настоящее время Федеральный закон «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)» был принят 24 февраля 1995 г. и вступил в действие с 1 августа того же года. Этот закон не только сохранил, но и существенно развил нормы, касающиеся прав ВИЧ-инфицированных, с учетом рекомендаций международных организаций, в частности Всемирной организации здравоохранения и ООН.

В Федеральном законе установлены гарантии государства, касающиеся предупреждения распространения инфекции, среди которых: регулярное информирование населения, в том числе через средства массовой информации, о доступных методах профилактики ВИЧ-инфекции; эпидемиологический надзор за ее распространением на территории России; производство средств профилактики, диагностики и лечения ВИЧ-инфекции; доступность медицинского освидетельствования для выявления вируса, в том числе и анонимного, с предварительным и последующим консультированием; бесплатное предоставление всех видов квалифицированной и специализированной медицинской помощи ВИЧ-инфицированным, получение бесплатных медикаментов при амбулаторном и стационарном лечении; социально-бытовая помощь ВИЧ-инфицированным, получение ими образования, их переквалификация и

трудоустройство и др. Осуществление этих гарантий возлагается на федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления (ст. 4).

Специальная глава Федерального закона посвящена медицинской помощи ВИЧ-инфицированным. По общему правилу и медицинское освидетельствование, и лечение должны осуществляться добровольно — по просьбе или с согласия самого лица. Такое освидетельствование может быть проведено и анонимно. Кроме того, серьезно сокращен перечень лиц, освидетельствование которых может проводиться в обязательном порядке, без их согласия. В соответствии со ст. 9 Федерального закона обязательному освидетельствованию подлежат только доноры крови, биологических жидкостей, органов и тканей, а также работники отдельных профессий, производств, предприятий и учреждений, перечень которых устанавливается Правительством РФ¹.

В Законе содержится и положение о том, что ВИЧ-инфицированным на общих основаниях оказываются все виды медицинской помощи по клиническим показаниям, и при этом они пользуются всеми правами, установленными российским законодательством об охране здоровья граждан (ст. 14). Создание условий для реализации этих прав входит в обязанности администрации соответствующих медицинских учреждений (ст. 16).

К мерам социальной защиты ВИЧ-инфицированных и членов их семей Федеральный закон относит запрет на увольнение с работы, отказ в приеме на работу, отказ в приеме в образовательные учреждения и учреждения, оказывающие медицинскую помощь, а также ограничение иных прав и законных интересов этих лиц (ст. 17); пенсии, пособия и льготы для детей, инфицированных ВИЧ, и их родителей (ст. 18, 19), а также возможность возмещения вреда, причиненного здоровью, если заражение произошло по халатности медицинских работников, в порядке, установленном гражданским законодательством РФ (ст. 20). Не обойдены вниманием и лица, которые в связи с исполнением своих служебных обязанностей подвергаются риску заражения вирусом иммунодефицита человека (ст. 21, 22).

Таким образом, Федеральный закон 1995 г. содержит достаточно широкий круг гарантий, направленных на обеспечение прав лиц, инфи-

¹ Утвержден Постановлением Правительства РФ от 4 сентября 1995 г. № 877 // СЗ РФ. — 1995. — № 37. — Ст. 3624.

цированных ВИЧ и больных СПИДом, в различных сферах жизни, не забывая при этом об интересах общества. В основе закона лежит более превентивная по сравнению с двумя законами советского времени модель государственной политики в сфере предупреждения распространения ВИЧ-инфекции, отражающая лучшее понимание динамики эпидемии в стране и неэффективности использования репрессивных мер. Однако на практике не все положения закона исполняются в полном объеме, что, естественно, отражается на его роли в предупреждении распространения вируса.

Заметим, что вскоре после вступления Федерального закона в действие эпидемия ВИЧ-инфекции в России стала развиваться очень быстрыми темпами. Начиная с 1996 г. число зарегистрированных случаев каждые двенадцать месяцев удваивается, и если за девять лет (с 1987 по 1995 г.) было выявлено всего 1083 инфицированных, то в 2001 г. 6–10 тыс. носителей вируса выявлялось ежемесячно¹. В 1995 г. число впервые зарегистрированных случаев ВИЧ-инфекции на 100 тыс. населения составляло 0,13, а в 2001 г. — 59,9. Таким образом, этот показатель за шесть лет вырос в 460 раз, и на сегодняшний день ВИЧ-инфицированные граждане зарегистрированы в 87 регионах России².

Быстрый рост заболеваемости ВИЧ-инфекцией связан, прежде всего, с ее распространением среди лиц, употребляющих наркотики внутривенно. В начале эпидемии ВИЧ-инфекция в России распространялась преимущественно половым путем, и наиболее пораженной была группа мужчин-гомосексуалистов³, но со второй половины 90-х годов «ВИЧ стал быстро распространяться среди наркоманов, чему способствовали как увеличение их числа, так и продажа готовых (вероятно, нередко контаминированных ВИЧ) растворов наркотика»⁴. В последние три года именно внутривенные потребители наркотиков составляют более 90% вновь выявленных больных, и на 31 декабря 2001 г. их число достигло 98 086 человек, из них абсолютное большинство — 85 401 человек — это лица в возрасте от 15 до 30 лет⁵. Рост числа ВИЧ-

¹ См.: ВИЧ-инфекция: Информ.бюл./ Федеральный научно-методический центр по борьбе со СПИДом. — М., 2002. — № 22. — С.25.

² См: Там же.

³ См.: ВИЧ-инфекция: Клиника, диагностика и лечение/ Покровский В.В., Ермак Т.Н., Беляева В.В. и др. — М., 2000. — С. 21, 29–31.

⁴ Там же. — С.29.

⁵ См.: Постановление главного государственного санитарного врача РФ «О неот-

инфицированных наркоманов приводит к росту случаев заражения при гетеросексуальных контактах, а рост числа инфицированных женщин увеличивает опасность распространения вируса от матери к ребенку во время беременности и родов.

Крайне неблагоприятная динамика эпидемии (по оценкам специалистов, она развивается самыми быстрыми темпами в мире¹) и резкое увеличение числа ВИЧ-инфицированных в стране приводят к серьезным проблемам в применении Федерального закона 1995 г., особенно в отношении положений, касающихся добровольного медицинского освидетельствования на ВИЧ-инфекцию и обеспечения лицам, зараженным вирусом и больным СПИДом, доступа к бесплатной квалифицированной медицинской помощи.

Еще в процессе подготовки проекта Федерального закона перечень категорий лиц, в отношении которых было необходимо установить обязательное медицинское освидетельствование, являлся предметом длительного и серьезного обсуждения. В ранее действовавшем законодательстве этот перечень включал в себя иностранных граждан, прибывающих в страну на срок более трех месяцев, беременных женщин и представителей так называемых «групп риска» (лиц, занимающихся проституцией, потребителей наркотиков, гомосексуалистов и др.). Следует заметить, что не последнюю роль в предложении сохранения обширного перечня лиц для обязательного освидетельствования играли экономические интересы производителей диагностических тестсистем. В России ежегодно обследовалось – как в обязательном, так и в добровольном порядке – более 20 млн. человек, и на закупку необходимых диагностических препаратов и средств тратились миллиарды бюджетных рублей. При этом практически никаких средств из федерального бюджета не выделялось на профилактическую и просветительскую работу, несмотря на закрепление соответствующей государственной обязанности в Федеральном законе 1995 г.

Такое же положение сохраняется и сегодня. Хотя закон строго ограничивает категории лиц, в отношении которых освидетельствование

ложных мерах по предупреждению распространения ВИЧ-инфекции» от 29 декабря 1999 г. № 19; Постановление главного государственного санитарного врача РФ «Об активизации мероприятий, направленных на противодействие распространению ВИЧ-инфекции в Российской Федерации» от 17 апреля 2001 г. № 7; ВИЧ-инфекция: Информ. бюлл. – М., 2002. – № 22. – С.23.

¹ ВИЧ-инфекция: Информ. бюлл. – М., 2002. – № 22. – С.25.

может проводиться в обязательном порядке, на практике их круг значительно шире. Медицинское освидетельствование является обязательным, например, для некоторых работников железнодорожного транспорта¹, для граждан, поступающих на военную службу по контракту, и военнослужащих при заключении контракта², для больных с некоторыми диагнозами или клиническими симптомами и для беременных женщин в случае забора абортной и плацентарной крови для дальнейшего использования³, а также для целого ряда граждан при поступлении на работу⁴. Такая практика не только идет вразрез со ст. 9 Федерального закона 1995 г., но и нарушает положение ч.3 ст. 55 Конституции РФ, в соответствии с которым права граждан могут быть ограничены только федеральным законом.

Целый ряд сложностей возникает у ВИЧ-инфицированных при реализации ими гарантированного Федеральным законом права на получение всех видов бесплатной квалифицированной медицинской помощи по клиническим показаниям (ст. 4, 14). По смыслу закона финансирование такой помощи должно осуществляться главным образом за счет средств федерального бюджета и бюджетов субъектов Российской Федерации (ст. 6). На практике средств из федерального бюджета выделяется недостаточно, и основная нагрузка ложится на бюджеты субъектов РФ, которые также не покрывают оказание медицинской помощи ВИЧ-инфицированным в полном объеме. Более того, поскольку по общему правилу оказание медицинской помощи осуществляется по территориальному принципу, то получить ее бесплатно могут лишь лица, проживающие на соответствующей территории. Для иных лиц или при отсутствии на данной территории необходимых видов помощи она в большинстве случаев становится платной. Стоимость современного лечения от ВИЧ-инфекции в России составляет примерно 700 ам. долл. в месяц на одного человека. Сегодня на средства федерального и региональных

¹ См.: Указание МПС РФ и ЦК независимого профсоюза железнодорожников и транспортных строителей «О порядке проведения медицинских осмотров на ВИЧ-инфекцию отдельных профессиональных групп железнодорожников» от 19 февраля 1996 г. № Б-166у.

² См., например: приказ Федеральной пограничной службы РФ «Об утверждении Инструкции о мерах по предупреждению распространения ВИЧ-инфекции в Пограничной службе Российской Федерации» от 25 мая 2001 г. № 327 // БНА. — 2001. — № 30.

³ Приказ Минздравмедпрома РФ от 30 октября 1995 г. № 295.

⁴ См.: Доклад «Нарушения прав граждан Российской Федерации в контексте эпидемии СПИДа»/ Российский фонд «Имена». — М., 1998. — С.2—3.

бюджетов можно реально лечить примерно 1500 ВИЧ-инфицированных и больных СПИДом из 5000 нуждающихся. Ясно, что без увеличения соответствующего финансирования со стороны государства и при росте числа ВИЧ-инфицированных и больных СПИДом в нашей стране в самом ближайшем будущем указанные нормы Федерального закона останутся только на бумаге.

Есть еще одна проблема, связанная с получением ВИЧ-инфицированными необходимой медицинской помощи, — это дискриминация их отдельных категорий. Некоторые зарубежные исследования показывают, что отношение, например, к потребителям наркотиков, инфицированным вирусом иммунодефицита человека, и со стороны специалистов, и со стороны обычных граждан значительно более негативное, чем к другим категориям больных. Наркоманы рассматриваются как склонные ко лжи, безответственные люди, не способные соблюдать сложный режим приема современных противоретровирусных препаратов, используемых при специфическом лечении ВИЧ-инфекции. Естественно, что при высокой стоимости такого лечения в условиях ограниченных финансовых ресурсов именно они окажутся в России наиболее уязвимой группой ВИЧ-инфицированных с точки зрения получения доступа к медицинской помощи. В отечественной специальной литературе уже обращалось внимание врачей на сложность решения вопроса о назначении противоретровирусной терапии потребителям наркотических средств, если врач не будет уверен в том, что пациент сможет соблюдать необходимый режим лечения.

Отмеченные недостатки применения Федерального закона 1995 г. являются только частью всего комплекса проблем, которые необходимо решать в России в связи с распространением ВИЧ-инфекции. Уже сегодня, по оценкам специалистов, в стране заражено ВИЧ около 1 млн. человек¹. Проводимые профилактические и противоэпидемические мероприятия пока не дают должного эффекта, и ВИЧ-инфекция становится объективной угрозой для здоровья населения России. Это требует от государства создания и реального финансирования эффективной национальной программы предупреждения дальнейшего распространения вируса, в рамках которой правовые способы и механизмы должны использоваться для баланса интересов общества и интересов личности.

¹ ВИЧ-инфекция: Информ. бюл. — М., 2002. — № 22. — С.26.

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ПСИХИЧЕСКОМ ЗДОРОВЬЕ В США

**Рецензия на книгу: The evolution of mental health law / Ed. by
Frost L.E., Bonnie R.J., Amer. psychological association. —
Wash.: DC, 2001.**

**Законодательство о психическом здоровье¹, т.е. совокупность
правовых норм, которые в различных отраслях права определяют юри-
дическое значение психических расстройств, охватывает весьма широ-**

¹ Термин «mental health law» переведен здесь как «законодательство о психическом здоровье», что соответствует терминологии, принятой в отечественной теории права.

кий круг вопросов — от оснований и процедуры установления недееспособности до обеспечения прав лиц с психическими расстройствами при оказании им психиатрической помощи, от регулирования деятельности соответствующих медицинских служб до решения вопросов уголовной ответственности и обращения с психически больными нарушителями уголовного закона и др. Некоторые правовые положения, входящие сегодня в рассматриваемую область законодательства, имеют долгую историю, другие же начали складываться лишь во второй половине прошлого века.

История развития законодательства о психическом здоровье в различных странах имеет много общего. Традиционно оно использовалось как средство социального контроля и имело своей главной целью поддержание общественного порядка и защиту граждан от опасных действий лиц, страдающих психическими расстройствами. Эта цель достигалась прежде всего средствами уголовного права, не проводившего последовательного и четкого различия между преступниками и психически больными практически до середины XIX в. Но даже если человек с психическим расстройством не попадал в орбиту уголовного права и оказывался в психиатрической больнице исключительно для лечения, он все свои права оставлял за дверями лечебницы. Потребовались длительные и серьезные усилия, чтобы обратить внимание общества на тех его членов, которые, страдая психическими расстройствами, остаются гражданами государства с такими же правами, как и остальные. И тогда у законодательства о психическом здоровье появилась новая цель — обеспечение и защита прав лиц с психическими расстройствами как одной из уязвимых групп населения. О том, как проходило признание этой цели в законодательстве о психическом здоровье в США, рассказывает книга «Эволюция законодательства о психическом здоровье».

Ее редакторы Л. Фрост и Р. Бонни собрали материалы, написанные ведущими специалистами — юристами, психиатрами, психологами и социологами, профессорами университетов и практическими работниками системы общественного здравоохранения, нарисовав таким образом объективную картину развития и современного состояния американского законодательства о психическом здоровье и практике его применения. Книга представляет собой, прежде всего, ретроспективу представлений о психически больных и их положении в американском обществе, нашедших отражение в судебных решениях и законодательных актах.

По мнению редакторов книги, рассматриваемой отрасли законодательства еще 30 лет назад не существовало. Хотя некоторые нормы, например о невменяемости, имеют исторические корни, но все же начало развития отрасли они связывают с тремя историческими судебными решениями. В 1972 г. Верховный суд США в решении по делу *Jackson v. Indiana*¹ распространил конституционные требования надлежащей процедуры и равной защиты на обвиняемых с нарушениями психики. Тогда же федеральный окружной суд штата Висконсин перечислил конституционно необходимые процедурные гарантии, которые должны соблюдаться при помещении больного в психиатрическую лечебницу без его согласия (*Lessard v. Schmidt*)². К тому же году относится и решение федерального окружного суда штата Алабама, в котором были сформулированы «минимальные конституционные стандарты для адекватного лечения» (*Wyatt v. Stickney*)³.

В результате к середине 70-х годов около 15 штатов США отменили ограничительные законы, касающиеся «сексуальных психопатов», «психически дефективных правонарушителей» и аналогичных субъектов, подвергавшихся до этого времени более суровому обращению, чем преступники. Изменения коснулись и всех лиц с психическими расстройствами, которые вследствие появления их дел в судах перестали быть «людьми-невидимками» и оказались в фокусе внимания американского общества. Конституционные права этой группы населения были подтверждены в судебных решениях и закреплены на уровне законов, а условия содержания пациентов в психиатрических больницах стали предметом общественного контроля. С этого момента и вплоть до настоящего времени законодательство о психическом здоровье, включая нормы, касающиеся нетрудоспособных лиц с психическими расстройствами, является одной из самых быстро развивающихся отраслей американского законодательства.

Изменения в законодательстве и связанные с ними реформы политики в области психического здоровья, как и всей системы медицинских и иных служб, осуществляющих деятельность в этой области, описаны в 15 главах книги, объединенных в 5 разделов.

¹ См.: 406 U.S. 715 (1972).

² См.: 349 F. Supp. 1078 (E.D. Wisc.1972).

³ См.: 344 F. Supp. 373 (M.D. Ala. 1972).

Раздел 1 «Законодательство о психическом здоровье и американское общество» содержит две исторические главы, анализирующие причины, по которым положение лиц с психическими расстройствами привлекло внимание общества, и социальные ценности, лежащие в основе законодательства о психическом здоровье (Р. Бёрт, Р. Бонни). Главы, входящие в раздел II «Право и этика при оказании психиатрической помощи», посвящены юридическим и этическим механизмам защиты прав лиц с психическими расстройствами, включая использование таких лиц при проведении научных исследований и деятельность специализированных медицинских и иных служб, которые в условиях так называемой регулируемой медицинской помощи (*managed care*) не в полной мере обеспечивают потребности всех пациентов (Р. Дрессер, Д. Петрила, Дж. Бевилакуа, С. Полубинская). Раздел III «Ответственность и наказание» посвящен вопросам уголовной ответственности и содержит три главы — о понятиях свободной воли и ответственности как основополагающих для современной юриспруденции применительно к лицам с психическими расстройствами (С. Морс), о реформах юстиции по делам несовершеннолетних, связанных с развитием законодательства о психическом здоровье (Т. Гриссо), и о роли психиатров в вынесении приговоров к смертной казни (С. Халлек). В разделе IV «Рост знания и экспертиза» объединены главы, содержащие обзор научных прогнозов риска будущего опасного поведения лиц, страдающих психическими расстройствами (Д. Монахан и Г. Сидман), описываются тенденции развития судебнопсихиатрической экспертизы (на опыте штата Вирджиния) (Г. Хоук и Л. Фитч), а также содержится ретроспективный анализ использования американскими судами доказательств, предоставляемых судебными психиатрами, за последние 25 лет (К. Слобогин). В еще одной главе этого раздела рассматривается вклад психоанализа в право в прошлом, настоящем и будущем (Е. Сакс). Завершается книга разделом V «Терапевтическая юриспруденция», авторы двух глав которого описывают основанное ими новое научное направление — «терапевтическую юриспруденцию» — и его влияние на судебную и иную юридическую практику (Д. Векслер, Б. Виник).

Авторы книги, анализируя законодательство США о психическом здоровье за 30 лет, отмечают все положительное, что было достигнуто для обеспечения прав лиц, страдающих психическими расстройствами, и обозначают проблемы, от которых не свободна и данная отрасль законодательства, как и практика его применения.

Первой такой областью является расхождение положений профессиональной этики, которая требует от медицинских работников оказывать помощь и обеспечивать уход за пациентом, исходя из клинических показаний, с концепцией автономии личности. Особую сложность представляет оказание психиатрической помощи без согласия пациента. Оправданием недобровольного психиатрического лечения служит необходимость защитить пациента или общество, особенно если пациент не осознает необходимость такого лечения. Однако одного мнения врача о том, что такое лечение необходимо для пользы пациента, недостаточно. Попытки в США найти баланс между необходимостью оказания психиатрической помощи и уважением автономии и личной свободы пациента привели к юридическому признанию за психиатрическими пациентами, включая даже госпитализированных недобровольно, права отказаться от лечения, в частности, от приема антипсихотических препаратов. Другим результатом изменившихся представлений о правах психически больных стало существенное сокращение начиная с 70-х годов прошлого века числа пациентов с хроническими психическими расстройствами, ранее длительное время, а нередко и пожизненно находившихся в психиатрических больницах и в учреждениях для лиц, страдающих умственной отсталостью. Негативным последствием такого процесса оказалось увеличение на улицах американских городов бездомных, многие из которых явно страдали нарушениями психики. Ответом были попытки сформулировать в законодательстве о психическом здоровье право на лечение, на получение необходимой медицинской помощи. По мнению Р. Бёрта, это стремление может рассматриваться как выражение гуманности, тогда как отказ общества от заботы о лицах с психическими расстройствами на основании строгого следования концепции автономии приводит к их исключению из общества.

Второй проблемной областью стало противоречие между представлениями о преступлении как акте сознательного поведения субъекта и самом преступнике. В конце 60-х — начале 70-х годов американские суды на основании доказательств, получаемых в результате судебно-психиатрических экспертиз, стремились выносить справедливые решения с учетом влияния убеждений, мотивов и эмоций субъекта на совершение им общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом. Потребности в судебно-психиатрических знаниях были высоки также и тогда, когда суды оценивали положительные перспективы лечения для конкретного субъекта или вероятность совершения им нового

общественно опасного деяния. Такие оценки были фактом повседневной судебной практики. Но уже в конце 70-х — начале 80-х годов наступило разочарование в идеях реабилитации, которое привело к практике вынесения приговоров, ориентированных на преступление и причиненный им вред, становящихся все более суровыми. Эта тенденция, которая коснулась даже юстиции по делам несовершеннолетних, трактуется специалистами как крайне тревожная (Т. Гриссо, Р. Бонни). Суды больше не стремятся оценивать правонарушителя как личность и выносить индивидуализированные решения, оставляя все меньше места для деятельности судебных психиатров и психологов.

И, наконец, третьей проблемной областью является достоверность и надежность экспертных заключений в отношении дееспособности (недееспособности), опасности и некоторых других основополагающих категорий, используемых в законодательстве о психическом здоровье, а также научных представлений, лежащих в основе таких заключений. Так, имеющие правовое значение решения о дееспособности (недееспособности) или об опасности субъекта в смысле прогноза его будущего поведения должны базироваться на достоверных научных знаниях. За период, описанный в книге, такие знания и их использование при вынесении юридических решений оценивались по-разному — от полного отрицания самой возможности достоверно судить об этих категориях применительно к конкретному человеку до преувеличения значения данных, полученных в результате выборочных научных исследований, и их использования в принятии судебных решений по конкретным делам.

Сегодня о мозге человека, в том числе и страдающего психическим расстройством, известно много больше, чем 30 лет назад. Соответственно, развивались и науки о человеческом поведении, что позволило разработать научно обоснованные и более точные методики для оценки дееспособности (недееспособности) и риска будущего опасного поведения лиц, страдающих психическими расстройствами. Однако пока нельзя сказать, какое влияние результаты этих научных исследований окажут на клиническую практику и юридические решения, поскольку их широкое практическое применение является делом будущего.

«Почти революцией» назвал реформы в законодательстве о психическом здоровье, произошедшие в США с начала 70-х до середины 90-х годов, ведущий американский эксперт в этой области П. Аппелбаум¹.

¹ См.: Appelbaum P. Almost a revolution: Mental health law and the limits of change. —

Кардинальные изменения в представлениях о лицах с психическими расстройствами, а отсюда — и серьезные новации в законодательстве и правовой политике опирались на основополагающие гуманитарные ценности, такие как автономия, человеческое достоинство и свобода личности. Американский опыт показывает также, что движущей силой подобных реформ может выступать и стремление способствовать благополучию людей. В этом смысле он может послужить примером для других государств, в каждом из которых лица с психическими расстройствами являются одной из уязвимых групп населения и нуждаются во внимании и защите.

С.В.Полубинская

Раздел II

ПРАВА ПАЦИЕНТА

Проблема защиты прав людей, пользующихся медицинскими услугами, оказывающимися в сфере действия учреждений здравоохранения, — одна из самых острых. Юристы разных стран уделяют ей постоянное внимание, разрабатывая не только очевидные вопросы, например о согласии пациента на медицинское вмешательство (оперативное или лекарственное), но и расширяя сферу правового регулирования путем включения в нее норм об обеспечении конфиденциальности информации о состоянии здоровья, проведенной трансплантации и т.п., об условиях принятия решения о вмешательстве со стороны врача и многих других. В данном разделе представлены материалы, освещающие правовое регулирование процедуры разъяснения врачом предпринимаемых им действий и получения согласия на них пациента, особенности защиты прав пациентов и специфику обеспечения ее для некоторых категорий лиц, проходящих лечение. Этот раздел особенно важен при изучении медицинского права врачами и юристами. Первым это поможет избежать ошибок и нарушений прав человека, вторым — эффективно защищать их.

Е.Г.Афанасьева

ПРАВО НА ИНФОРМИРОВАННОЕ СОГЛАСИЕ КАК ОСНОВА ЮРИДИЧЕСКОГО СТАТУСА ПАЦИЕНТА

Некоторые субъекты права (недееспособные и частично дееспособные, представители меньшинств, потребители) характеризуются повышенной уязвимостью, поскольку в правоотношениях противостоят фактически значительно более сильной стороне. Их права могут быть нарушены особенно легко, поэтому им необходима специальная юридическая защита. Надежность такой защиты в значительной степени служит показателем цивилизованности общества, его правовой культуры.

Одной из категорий таких «уязвимых» субъектов права являются пациенты, поскольку они, как правило, не обладают профессиональными знаниями в области медицины,веряют врачам информацию о своей частной сфере, несанкционированное распространение которой может причинить им значительный ущерб, а также такие бесценные блага, как жизнь и здоровье, и имеют ограниченные возможности самостоятельного осуществления своих прав и их защиты. Важность правовой защиты пациентов определяется еще и тем, что каждый в течение своей жизни регулярно оказывается в этой роли.

На международном уровне защита прав пациентов осуществляется нормами конвенций и директив, резолюций, рекомендаций международных организаций (например, резолюция Генеральной Ассамблеи ООН о принципах медицинской этики). Нормы конвенций и резолюций международных организаций обязательны для государств-участников, а нормы директив обязательны лишь в части провозглашенных в них це-

лей, средства достижения которых государства выбирают сами. На национальном уровне медицинское обслуживание граждан регулируется несколькими отраслями права. Частное (гражданское) право распространяется на отношения между пациентами и субъектами, оказывающими медицинские услуги, основанные на автономии и равенстве сторон. Гражданско-правовые средства применимы для защиты имущественных и неимущественных прав пациентов, например, в случаях небрежного лечения или разглашения сведений, составляющих медицинскую тайну. Вместе с тем за нарушение прав пациентов может возникать административная и уголовная ответственность. Административно-правовыми являются нормы о получении разрешений на занятие медицинской практикой (о лицензировании, аккредитации и т.п.). Практически во всех правовых системах в сфере здравоохранения действуют как более общие нормы частного и публичного права, так и специальное медицинское законодательство, имеющее комплексный характер. В странах англо-американской правовой семьи многие важнейшие вопросы медицинского обслуживания (например, основания для принудительного лечения, искусственного прерывания беременности, деликтной ответственности за небрежное лечение) регулируются судебными прецедентами.

В СССР пациенты представляли собой одну из самых незащищенных категорий субъектов права. Здоровье человека расценивалось прежде всего как общественное достояние, необходимый атрибут для служения идеалам коммунизма. Непосредственное действие норм международного права, направленных на защиту прав пациентов, в СССР не признавалось. Законодательство о здравоохранении носило декларативный характер, реально в сфере медицины действовали непубликуемые ведомственные инструкции и нормы советской врачебной этики, в значительной мере определяемые партийной моралью. Для регулирования этой сферы отношений использовались главным образом публично-правовые методы, реальные права за пациентами не признавались.

Лишь в начале 90-х годов начинает формироваться российское «медицинское право», ориентированное на международные стандарты, признается прямое действие международных норм, относящихся к правам пациента. Интересно, что этот процесс начался с принятия 2 июля 1992 г. Закона о психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании, в котором нашли закрепление (хотя и с некоторыми ограничениями) права пациентов, страдающих психическими заболеваниями, на информированное согласие на лечение, согласие на использование в

качестве объектов учебного процесса, фото- и видеосъемки, прием посетителей, пользование собственной одеждой (ст. 6, 11, 37). Оказалось, что душевнобольные — единственная категория пациентов, за которой закон закрепил реальные права. В какой-то мере эта ситуация могла быть оправдана тем, что лица, страдающие психическими заболеваниями, — наиболее уязвимая и беспомощная часть пациентов, и именно в сфере психиатрии в советский период происходили самые вопиющие нарушения их прав. Представляется, что в период до принятия общего закона, регулирующего защиту прав пациентов (Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г.), нормы Закона о психиатрической помощи, посвященные правам пациентов, могли применяться по аналогии и к другим их категориям.

В настоящее время комплексная отрасль законодательства — «медицинское право» в России представлена Основами законодательства об охране здоровья граждан и рядом специальных законов. Необходимо отметить, что правовой статус пациента, безусловно, должен определяться именно на уровне законодательства. Только на нем, а не на уровне ведомственного нормотворчества допустимо и заполнение пробелов — например, урегулирование таких юридически значимых вопросов человеческой репродукции, как правовой статус гамет и эмбрионов, находящихся вне человеческого тела, условия прерывания беременности недееспособных, правомерность возмездного суррогатного материнства.

При разработке нового российского законодательства о здравоохранении учитывался опыт развитых стран. Так, из зарубежного права позаимствовано ранее неизвестное отечественному законодательству понятие информированного согласия на лечение и иные медицинские процедуры (informed consent).

Новое российское медицинское законодательство не свободно от недостатков и пробелов. Непросто идет процесс изменения правосознания профессионалов. Поэтому сохраняется актуальность знакомства с правовым регулированием медицинского обслуживания за рубежом, проведение сравнительно-правовых исследований.

Взаимоотношения врача и пациента могут строиться по различным моделям. Исторически первая из них — *патерналистская*, она хорошо известна российским пациентам по недавнему прошлому. Врач решает, как лечить пациента, и даже если пациент не согласен с предлагаемыми врачом процедурами, его мнение не столь важно, поскольку он

не специалист в области медицины; возможно, впоследствии он поймет правильность принятого врачом решения

Напротив, *информационная модель* отводит пациенту активную роль: врач обязан предоставить пациенту все существенные сведения, касающиеся заболевания, а пациент, руководствуясь полученной информацией, самостоятельно осуществляет выбор лечения, которому врач должен последовать.

Много общего с этой моделью имеет *интерпретационная модель*, которая также предполагает обязанность врача как можно более полно информировать пациента о состоянии его здоровья, вариантах лечения, достоинствах и недостатках. Однако здесь врач играет более активную роль, нежели в информационной модели, не навязывая пациенту своей точки зрения, но прилагая все усилия, чтобы выбор пал на наиболее разумное решение. Врач в данной модели является советчиком, разъясняющим, почему именно это, а не какое-либо иное медицинское вмешательство наиболее полно соответствует интересам пациента¹. С интерпретационной моделью схожа *модель сотрудничества*, в соответствии с которой врач вовлекает пациента в диалог, разъясняет ему все возможные варианты лечения и рекомендует один из них, являющийся, по мнению специалиста, наиболее подходящим. Концепция автономии больного заключается в том, что он имеет возможность выбора метода лечения на основе детального обсуждения с врачом всех альтернативных вариантов и определения оптимального².

На протяжении второй половины XX в. в развитых странах наблюдается отказ от патерналистской модели взаимоотношений врача и пациента в пользу одной из трех последних моделей, что в первую очередь связано с формированием и развитием доктрины *информированного согласия*.

Необходимым условием любого медицинского вмешательства в современных цивилизованных правовых системах признается информированное согласие пациента. Право на информированное согласие — важнейшее юридическое право пациента, и без его понимания невозможно составить правильное представление о правовом статусе пациента.

¹ Esmanuel E. Four models of the physician-patient relationship//JAMA. — Chicago, 1992. — Vol.267, N2. — P. 2221–2225.

² Savulescu J. Choosing the best: against the paternalistic practice guidelines// Bioethics. — Oxford, 1996. — Vol.10, N 4. — P. 323–335.

Концепция информированного согласия на медицинское вмешательство в ее нынешнем виде восходит к Нюрнбергскому кодексу 1947 г. и Хельсинкскому акту 1964 г.; в основе ее лежит уважение автономии личности, права человека на личную неприкосновенность: дееспособное лицо вправе самостоятельно определять, что надлежит делать с его телом. Врач не имеет права осматривать, касаться или лечить пациента, пока не сообщит ему о своих намерениях и не получит согласия на соответствующее медицинское вмешательство.

Право на информированное согласие нашло отражение в российском законодательстве о здравоохранении в 1992–1993 гг., в частности в Основых законодательства об охране здоровья граждан (ст. 31–33). В законодательстве указано, какую информацию вправе получить пациент, перечислены случаи, когда согласие должно даваться в письменной форме, дан перечень оснований для принудительного медицинского вмешательства. По смыслу ст. 34 этот перечень должен носить исчерпывающий характер: заболевание лица представляет опасность для окружающих; лицо страдает тяжелым психическим расстройством; лицо совершило общественно опасное деяние.

По общему правилу пациент не обязан подвергаться какому-либо лечению. Чтобы дать согласие на проведение какой-либо процедуры, пациент должен быть проинформирован о своем состоянии и прогнозе развития заболевания, о сущности, назначении и характере процедуры, связанных с ней болевых ощущениях и неудобствах, вероятности благоприятного исхода, возможных рисках, альтернативах и последствиях отказа от лечения, знать имена и квалификацию медицинского персонала. Сегодня распространение получило представление о здоровье как товаре и пациенте как потребителе услуг здравоохранения, способном осуществить осознанный выбор при условии предоставления ему необходимой информации¹.

Определение круга необходимых сведений для принятия пациентом решения о лечении или отказе от него возможно как с точки зрения пациента, так и с точки зрения врача, причем в обоих случаях можно исходить как из объективных, так и из субъективных критериев. Таким образом, получается четыре критерия: *объективные критерии среднего разумного врача* (стандарты профессионального поведения: какие сведе-

¹ Tuoby P. Children's consent to medical treatment// New Zealand law j. — Wellington, 2001. — July. — P.253–256.

ния обычно предоставляют врачи пациентам для получения согласия на подобные процедуры) и *среднего разумного пациента* (какие сведения обычно желают получить разумные люди, прежде чем дать согласие на медицинское вмешательство или отказаться от него) и *субъективные критерии конкретного врача и конкретного пациента*¹.

Для более раннего периода развития доктрины информированного согласия характерно предпочтение критерия среднего разумного врача. Так, согласно правилу Болама, сформулированному в известном английском прецеденте по делу *Bolam v. Friern* (1957), медик не виновен в совершении небрежности, если он действует в соответствии с практикой, принятой как должная советом медиков-профессионалов данной специальности. Для применения этого правила судьям, не обладающим специальными познаниями в области медицины, приходилось обращаться к коллегиальному заключению экспертов-медиков. Если по делу было получено два противоположных коллегиальных экспертных заключения, то иск о небрежности не удовлетворялся (так как для признания практики принятой достаточно одобрения ее даже одним советом экспертов), если только экспертное заключение в пользу ответчика не отклонялось судом как неправильное².

Критерий среднего разумного врача имеет определенные достоинства, например, возможность единообразного разрешения споров. В пользу выбора критерия среднего разумного врача при решении вопроса о том, предлагать ли пациентам в качестве альтернативы традиционным новые и более рискованные методы лечения, высказывается И.Росс, сравнивая традиционный хирургический метод лечения грыжи и новый метод лапароскопии³.

При рассмотрении исков пациентов, которые считали, что были ненадлежащим образом информированы перед тем, как согласиться на медицинское вмешательство, можно проследить отход от критерия среднего разумного врача. В 1985 г. в Англии палатой лордов было рассмотрено дело *Sidaway v. Governors of Bethlem Royal Hospital*. В результате послеоперационного осложнения, риск которого составлял *менее 1%*, истица была парализована. В иске могло быть отказано, поскольку было

¹ Ross I.A. Practice guidelines, patient interests and risky procedures// Bioethics. — Oxford, 1996. — Vol.10, N 4. — P. 311–322.

² McManus F., Russel E. Delict. — Chichester etc., 1998. — XLIII, 636 p.

³ Ross I.A. Practice guidelines, patient interests and risky procedures// Bioethics. — Oxford, 1996. — Vol.10, N 4. — P. 311–322.

получено одно экспертное заключение в пользу ответчика. Однако один из лордов воспользовался правом отклонить заключение экспертов, поскольку счел, что осведомленность пациента о некоторых рисках столь важна для дачи информированного согласия на лечение, что уклонение от предупреждения о них недопустимо.

Примером ориентации на критерии среднего и конкретного пациента является решение Верховного суда Австралии по делу *Rogers v. Whitaker*, вынесенное в 1992 г. Истица в результате полученной в детстве травмы почти полностью ослепла на правый глаз; левым глазом она видела нормально, и не ощущала своей неполноценности. Ответчик, хирург-офтальмолог, предложил провести операцию на слепом глазу для улучшения его внешнего вида; кроме того, была некоторая вероятность частичного восстановления зрения. Пациентка согласилась на хирургическое вмешательство, однако в результате к правому глазу зрение не вернулось, а здоровый левый глаз из-за развития симпатической офтальмии ослеп. Поскольку сама операция была проведена качественно, суду предстояло лишь выяснить, лежала ли на враче обязанность предупредить пациентку о риске развития симпатической офтальмии и вследствие этого — полной потери зрения. Вероятность развития симпатической офтальмии (не всегда, кстати, вызывающей слепоту) в результате таких операций — *один случай из 14 тыс.*; правда, вероятность повышается, если слепота большого глаза вызвана проникающим ранением, как это случилось у истицы. Суду было представлено два экспертных заключения, в одном из которых говорилось, что не предупреждать пациента о столь малом риске — нормальная медицинская практика. Как уже отмечалось выше, согласно правилу Болама, если хотя бы один экспертный совет сочтет действия ответчика нормальной медицинской практикой, они не считаются небрежными. Однако суд удовлетворил иск пациентки, указав, что процесс информирования пациента имеет существенные особенности по сравнению с процессами диагностики и лечения. Во-первых, без полноценной информации согласие пациента подвергнуться медицинскому вмешательству ничтожно. Во-вторых, поскольку доведение информации до сведения пациента не требует такого профессионального мастерства, как диагностика и лечение, необязательно быть медиком, чтобы судить, были ли соблюдены при информировании пациента нормы профессиональной заботливости. Просто судьи должны представить себя на месте пациента и решить, достаточно ли среднему разумному человеку той информации, которую предоставил пациенту врач, чтобы

принять решение о согласии на медицинское вмешательство или отказе от него. Суд определил, что профессиональная обязанность врача состоит в предупреждении пациента о существенных рисках, связанных с предлагаемым лечением; риск является существенным, если при данных обстоятельствах разумный человек на месте пациента, будучи предупрежден об этом риске, придал бы ему значение, либо врач сознавал или должен был сознавать, что данный пациент придал бы значение риску, будучи предупрежден о нем¹.

В какой *форме* должно выражаться согласие пациента на лечение? По голландскому законодательству (Закону о медицинском договоре) согласие пациента на любую медицинскую процедуру допустимо получать в устной форме, если сам пациент против этого не возражает, а согласие подвергнуться несложным процедурам может даже презюмироваться².

В законодательстве некоторых других стран определяются случаи, когда согласие пациента должно быть выражено в письменной форме (например, при изъятии трансплантата у донора, при проведении медицинского эксперимента). На практике письменная форма используется шире как доказательство, что согласие действительно было получено, на тот случай, если пациент станет оспаривать этот факт.

Практику получения письменного согласия пациента в целом принято оценивать как положительную, однако можно выделить и некоторые ее отрицательные стороны. Так, нередко пациент, поставив свою подпись, уже чувствует себя если не юридически, то морально обязанным подвергнуться лечению. Между тем на самом деле он вправе отказать от медицинского вмешательства на любом этапе, в том числе и после дачи письменного согласия, о чем врачам следует напоминать пациентам.

Некоторые больницы настаивают на даче пациентами в начале лечения единого письменного согласия на совершение врачом любых действий. Юридическая сила такого согласия в отношении мер, имевших альтернативу или представлявших риск для пациента, вызывает большие сомнения.

¹ Tuckner K. Rogers v. Whitaker — giving patients meaningful choice // Oxford j. of legal studies. — Oxford, 1995. — Vol.15, N1. — P.109—118.

² Markensnein L.F. The codification in the Netherlands of the principal rights of patients: a critical review // Europ. j. of health law. — Dordrecht, etc., 1995. — Vol.2, N 1. — P.33—43.

Осуществление права на информированное согласие тесно связано с институтом *дееспособности*. Пациенты, достигшие определенного возраста, предполагаются дееспособными, пока не доказано обратное. Так, в Великобритании в отношении пациентов, достигших 18 лет, действует презумпция дееспособности. Согласно тесту, сформулированному в решении *in re C.* (1994), дееспособный пациент должен быть в состоянии получать и запоминать необходимую информацию, понимать и оценивать ее, сопоставлять необходимость и риски и осуществлять правильный выбор (в 1997 г. этот тест был подтвержден в несколько модернизированном виде в решении *in re M.B.*). Таким образом, для опровержения презумпции дееспособности взрослого пациента надо доказать невозможность осуществления им хотя бы одного из указанных действий. Подростки в возрасте от 16 до 18 лет предполагаются дееспособными, однако опровергнуть эту презумпцию проще, чем в отношении взрослых (они должны полностью понимать и оценивать последствия как лечения, так и отказа от него). В отношении лиц, не достигших 16-летнего возраста, действует презумпция недееспособности, которая может быть опровергнута на основании теста, выработанного при рассмотрении дел *Gillic* и *in re C.* Недееспособных детей можно лечить в их наилучших интересах с согласия родителей или заменяющих их лиц либо с санкции суда. Даже в случае, когда ребенок признан дееспособным, его согласие на лечение может быть при определенных условиях преодолено¹.

Случаи, когда допускается *принудительное лечение дееспособных*, как правило, закрепляются в законодательстве. Так, вне зависимости от дееспособности на основании ст. 63 английского закона об умственном здоровье 1983 г. при наличии указанных в этом законе оснований больной может быть подвергнут принудительной госпитализации и лечению, связанному с психическим расстройством².

Английские суды порой находят и другие юридические лазейки для принудительного применения медицинских мер в отношении дееспособных пациентов, например, с помощью конструкции *временной недееспособности*. Так, английскими судами неоднократно рассматривались заявления больниц о получении санкции на производство недобровольного кесарева сечения дееспособным женщинам, состояние которых оценива-

¹ Lewis P. Feeding anorexic patients who refuse food // Medical law rev. — L., 1999. — Vol.7, N1. — P.21–37.

² Ibid. — P.33.

лось как временная неспособность давать согласие на операцию или отказываться от нее.

Обстоятельства рассмотренного в феврале 1997 г. апелляционным судом дела были таковы. В клинику поступила женщина с патологической беременностью; по прогнозам врачей угрозы ее здоровью не было, однако риск гибели ребенка или рождения его с повреждениями головного мозга при естественных родах составлял 50%. Врачи убедили ее в необходимости кесарева сечения, и она дала письменное согласие на операцию. Но когда выяснилось, что для анестезии необходимо сделать инъекцию, пациентка отозвала свое согласие, поскольку панически боялась игл. Затем она согласилась на операцию с использованием другого вида анестезии, однако в последний момент отказалась, испугавшись, что задохнется в маске. Врачам пациентка сказала, что была бы счастлива подвергнуться кесареву сечению, если бы она не видела и не чувствовала игл. Беседовавший с ней психиатр заключил, что она в состоянии оценивать показания к операции и в общем согласна на нее, однако в страхе перед непосредственным применением игл или маски временно теряет способность принимать информированное решение. Больница обратилась в суд.

Судья счел, что пациентка в целом согласна на операцию, однако под воздействием фобии теряет способность оценивать информацию в момент непосредственно перед операцией, и санкционировал производство кесарева сечения. В тот же день апелляционный суд отклонил апелляцию адвоката пациентки, сославшись на прецедент 1990 г. по делу F., согласно которому правомерно в интересах пациента принятие неотложных мер, связанных с нарушением его телесной неприкосновенности, когда согласие невозможно получить из-за его недееспособности.

Апелляционный суд подчеркнул, что каждый человек предполагается дееспособным, в том числе способным принимать решения о своем лечении, если не доказано обратное. Пациентка может не соглашаться на кесарево сечение по религиозным или иным соображениям, которые могут казаться врачам нерациональными; даже в случаях, когда такой отказ грозит смертью женщине или ребенку, суд не вправе принуждать женщину подвергнуться операции. Исключения составляют случаи, когда способность принимать решение нарушается под влиянием *временных факторов*, например патологического страха (однако не всякий страх перед операцией нарушает способность принимать решение). О временной недееспособности пациента свидетельствуют те обстоятель-

ства, что он теряет способность понимать или удерживать в памяти информацию или оценивать ее для принятия решения. Апелляционный суд пришел к выводу о том, что пациентка могла понимать и удерживать в памяти информацию, но под влиянием патологической боязни игл временно теряла способность оценивать ее и становилась временно недееспособной. Отвечая на вопрос, соответствует ли насильственное производство кесарева сечения интересам пациентки, суд принял во внимание свидетельства о том, что она хотела появления ребенка, желала, чтобы он родился здоровым. Страдания, которые она испытывает в результате насильственного применения анестезии, будут непродолжительными, в то время как, по заключению психиатра, женщина испытает длительные страдания, если ее ребенок родится неполноценным или умрет. Суд решил, что в данном случае допустимо применение разумного принуждения; степень такого принуждения должна определяться в каждом деле индивидуально с учетом всех обстоятельств. Интересы плода суд во внимание не принимал, он исходил только из интересов вынашивавшей его женщины¹.

Когда во время операции врач обнаруживает непредвиденные обстоятельства, требующие немедленного вмешательства, дополнительные меры могут быть приняты без предварительного согласия больного, если его состояние является угрожающим. Например, хирург, оперировавший женщину, у которой, как он считал, была внематочная беременность, в ходе операции обнаружил у нее острый аппендицит. Суд установил, что в данном случае удаление аппендикса было оправданным. Лечебная процедура может быть дополнена и при отсутствии угрожающего состояния, если такое дополнение незначительно, разумно сочетается с лечением, на которое больной дал согласие, и не ведет к утрате какого-либо органа или его функции. Основное правило, которое можно сформулировать в отношении дополнения процедуры, таково: дополнение допустимо, если оно предпринято для лечения того заболевания, которое больной согласился лечить, и не увеличивает риск, на который был согласен больной.

Если получить согласие дееспособного пациента невозможно (например, он находится в бессознательном состоянии), презюмируется, что он согласен на применение в отношении него мер, направленных на спасение его жизни.

¹ Enforced cesarians // Bull. of medical ethics. — L., 1997. — N 127. — P. 21–24.

Судебный процесс по иску Moore v. Regents of the University of California, состоявшийся в 1991 г., продемонстрировал, как развивается доктрина информированного согласия. Врач, лечивший Джона Мура, неоднократно производил забор на анализ крови, костного мозга и иных тканей пациента с его согласия. Позднее Мур выяснил, что его ткани использовались врачом для научных исследований и их забор неоднократно осуществлялся не в связи с диагностикой и лечением, а исключительно с научными целями. Кроме того, ткани, изъятые у пациента, врач использовал для выращивания клеточных структур, имеющих огромную экономическую ценность¹. Формально врач не нарушил права больного на информированное согласие. В соответствии со сложившейся на тот момент в американском праве доктриной информированного согласия пациент должен был быть осведомлен о том, что произойдет с ним во время и после лечения, однако требование информировать его о том, какая судьба ожидает отделенные в ходе лечения части его тела, доселе сформулировано не было. Возник вопрос, может ли быть основана на доктрине информированного согласия защита пациентов от использования против их воли или втайне от них их тканей, изъятых в целях диагностики или при лечении.

Рассмотрев иск Мура, суд пришел к выводу о неправомерности использования тканей, взятых для анализов и отделенных при лечении, без ведома пациента, поскольку, если врач скрывает от пациента свой научный или экономический интерес, пациент не обладает *всей полнотой информации*, необходимой для согласия на лечение или отказа от него. Однако даже защита, основанная на такой аргументации, носит ограниченный характер: пациенту предоставляется возможность лишь отказаться от лечения, если он заподозрит, что врач действует не в его, а в своих интересах. Возможность запретить использование своих тканей, изъятых в ходе лечения, и получить компенсацию морального ущерба, если лечением не нанесен вред здоровью, у пациента отсутствует. Полноценно защитить пациентов в подобных случаях можно, расширив доктрину информированного согласия, установив ее взаимосвязь не только с правом на телесную неприкосновенность, но и с правом на уважение достоинства человека. С. Перли предлагает сделать это путем проведения аналогии между правом на использование тканей и иных частей тела,

¹ Magnusson R. The recognition of proprietary rights in human tissue in common law jurisdictions// Melbourne univ. law rev. — Melbourne, 1992. — Vol.18, N3. — P.601–629.

отделенных в ходе лечения или диагностики, и правами на использование чужого имени и изображения, изъятых у донора трансплантата, гамет, взятых для оплодотворения *in vitro*, абортированного эмбриона, останков умершего. Во всех указанных случаях необходимо получение согласия лица, чье изображение (имя, донорские органы, гаметы) предполагается использовать: использование тканей абортированного эмбриона допускается только с согласия вынашивавшей его женщины; суды признают обязательным исполнение воли умершего в отношении судьбы его останков. Расширение доктрины информированного согласия в соответствии с убеждением, что использование отделенных от организма пациента тканей без его ведома ущемляет его достоинство, позволит судам препятствовать использованию тканей пациента вопреки его воле или даже обязывать ответчика возместить потерпевшему моральный ущерб, в особенности если несанкционированное использование противоречило убеждениям пациента¹.

Информированное согласие на лечение несовершеннолетних детей, как правило, дается их родителями или иными законными представителями. Такой подход закреплен в ст. 6 принятой Советом Европы Конвенции о правах человека и биомедицине, национальным законодательством и судебной практикой. По общему правилу, родители не могут отказаться от лечения ребенка, жизнь которого находится в опасности. Так, согласно федеральному законодательству США о дурном обращении с детьми, отказ от лечения и кормления больных детей является дурным обращением с детьми и преследуется в уголовном порядке. Инструкция департамента здравоохранения по применению этого закона допускает отказ от лечения в случаях, когда ребенок находится в необратимом коматозном состоянии или когда лечение может лишь продлить умирание, но не улучшить угрожающее жизни состояние и само по себе является негуманным. В Нидерландах практикуется не только отказ от лечения и поддержания жизни новорожденных с серьезными дефектами, но и активная эвтаназия путем инъекции (по данным, приведенным в статье А.Дж.Клотзко², активная эвтаназия применяется в среднем в от-

¹ Perley S.N. From control over one's body — to control over one's body parts: extending the doctrine of informed consent// N.Y. univ. law rev. — N.Y., 1992. — Vol.67, N2. — P.335–365.

² Klotzko A.J. What kind of life? What kind of death? An interview with dr. Henk Prins// Bioethics. — Oxford, 1997. — Vol.11, N 1. — P.24–42. — P.24.

ношении десяти младенцев в год). В 1993 г. голландский врач Х. Принс сделал смертельную инъекцию новорожденной Р. по просьбе ее родителей. Девочка, родившаяся с серьезными физическими и психическими нарушениями, страдала от сильной боли и была обречена на смерть в течение нескольких недель или месяцев; операция могла продлить ее жизнь, но качество жизни было бы столь низким (неспособность к общению и самообслуживанию, необходимость постоянной медицинской помощи, постоянное страдание от боли), что врачи приняли решение не оперировать ребенка. Альтернативой смертельной инъекции было применение наркотических средств, которые оказали бы двойной эффект — устранение боли и ускорение смерти ребенка. В этом случае врач не столкнулся бы с правовыми проблемами. Однако Х. Принс сознательно пошел на риск привлечения к уголовной ответственности, поскольку считал, что немедленное прекращение жизни наилучшим образом отвечает интересам ребенка. Против него было возбуждено уголовное преследование, однако он был оправдан: суд первой инстанции решил, что осуществление эвтаназии по просьбе родителей ребенка правомерно, а суд второй инстанции считал, что деяние было совершено под влиянием необходимости.

Особым статусом в медицинской сфере обладают эмансипированные несовершеннолетние, в отношении которых родители или лица, их заменяющие, не несут обязанности по заботе и надзору, например несовершеннолетние, состоящие в браке; такие несовершеннолетние за некоторыми исключениями приравниваются ко взрослым пациентам. В последнее время все большее распространение получает убеждение, что и неэмансипированным несовершеннолетним, способным понимать информацию медицинского характера, должна быть предоставлена возможность выразить свое мнение. Согласно ст. 6 Конвенции о правах человека и биомедицине, мнение несовершеннолетнего следует принимать во внимание как фактор, значение которого определяется его возрастом и степенью зрелости. В части европейских стран (Нидерланды, Норвегия, Финляндия, Франция) законодательство требует от врачей выяснения воли несовершеннолетних, способных понимать информацию медицинского характера. Законодательство некоторых стран признает за несовершеннолетними начиная с определенного возраста (12—14 лет) право обращаться за медицинской помощью без согласия родителей в тех случаях, когда это бесспорно соответствует их интересам. Более чем в половине штатов США действует законодательство, предоставляющее

несовершеннолетним право самостоятельно, без согласия родителей обращаться за медицинской помощью в случаях беременности, заболевания наркоманией и в некоторых других случаях, когда по вполне понятным причинам дети стремятся скрыть свое состояние от родителей. Впрочем, и в судебной практике тех штатов, где такое законодательство не принято, не было случаев привлечения врачей к ответственности за сам факт лечения несовершеннолетних в связи с беременностью, наркоманией, от венерических и иных инфекционных заболеваний без согласия родителей. Несколько иная ситуация сложилась в США в отношении прерывания беременности несовершеннолетних. В 70-х годах во многих штатах были приняты законы, в которых необходимым условием правомерности искусственного прерывания беременности несовершеннолетних признавалось согласие (в некоторых штатах — уведомление) одного или обоих родителей. Врачи, участвовавшие в производстве аборта без соблюдения этого условия, подвергались судебным преследованиям. В 1976 г. при рассмотрении дела *Planned Parenthood v. Danforth* Верховный суд США указал, что подобные законы являются конституционными только в том случае, когда несовершеннолетним предоставляется право при несогласии родителей или вместо получения их согласия или уведомления обратиться в суд. В соответствии со стандартами, установленными в решении по делу *Bellotti v. Baird*, судья должен санкционировать производство аборта, если убедится, что несовершеннолетняя достаточно развита для того, чтобы самостоятельно дать согласие на аборт, или если сочтет, что прерывание беременности наилучшим образом отвечает интересам несовершеннолетней. Такие законы резко критиковались за дискриминацию несовершеннолетних по признаку пола, установление длительной и травмирующей несовершеннолетнюю процедуры.

Сложной в этическом и правовом аспекте представляется ситуация, когда ребенок отказывается от применения мер медицинского характера, а родители или медицинское учреждение настаивают на этом, особенно если речь идет о спасении жизни ребенка. Логичным было бы признать за несовершеннолетним, которому предоставлено право давать согласие на лечение, также и право отказываться от лечения. Английская судебная практика исходит из того, что даже в случае, когда ребенок признан дееспособным, его согласие на лечение может быть преодолено запретом родителей, равно как отказ от лечения — их согласием, если они действуют в наилучших интересах ребенка и налицо угроза серьезного и неизгладимого вреда его умственному или физическому здо-

ровью. На практике судьи, как правило, не могут позволить ребенку умирать без медицинской помощи даже в случаях, когда и ребенок, соответствующий критериям дееспособности, и родители отказываются от лечения.

Так, например, в Англии в 1986 г. Палата лордов при рассмотрении дела *Gillick v. West Norfolk a. Wisbech area health territory* установила, что подростки, не достигшие 16-летнего возраста, но достаточно развитые, чтобы оценивать последствия своего решения в медицинской сфере, имеют право на информированное согласие на лечение. Этот шаг был воспринят как торжество прав ребенка и получил развитие в Законе о детях 1989 г. Однако в 90-х годах судебная практика столкнулась с рядом случаев, когда подростки отказываются от лечения, необходимого для сохранения их жизни, по религиозным убеждениям. Так, в 1998 г. в больницу с тяжелыми ожогами поступила 15-летняя девочка из семьи, разделяющей убеждения Свидетелей Иеговы. Спасти ее жизнь можно было лишь благодаря переливанию крови. Между тем девочка продемонстрировала стойкое нежелание подвергаться этой процедуре (она заблаговременно составила документ об этом и не изменила своего мнения впоследствии); родители одобрили ее решение. Суд санкционировал лечение пациентки без ее согласия и согласия ее родителей, так как счел, что она фактически не может понимать последствий своего отказа от лечения¹.

Вторым основанием для непризнания юридической силы за решением законных представителей о медицинском вмешательстве в отношении несовершеннолетних детей является обусловленность медицинского вмешательства иными целями, нежели благо ребенка. В законодательстве большинства стран содержатся строгие ограничения на использование несовершеннолетних в качестве доноров. Однако некоторые государства допускают с согласия законных представителей изъятие у несовершеннолетних регенерирующих трансплантатов (например, костного мозга) независимо от их фактической способности давать информированное согласие на операцию. Например, во Франции разрешено изъятие у несовершеннолетних костного мозга для пересадки братьям или сестрам².

¹ Bridge C. Religious beliefs and teenage refusal of medical treatment// *Mod. law rev.* – L., 1999. – Vol.62, N 4. – P.585–594.

² Michaud J. French laws on bioethics // *Europ. j. of health law.* – Dordrecht, etc., 1995. – Vol.2, N1. – P.55–59.

Донорами костного мозга несовершеннолетние могут быть и по российскому законодательству.

По действующему российскому законодательству согласие на проведение медицинских процедур в отношении несовершеннолетних младше 15 лет дают их законные представители. Отказ родителей от лечения ребенка может быть оспорен больничным учреждением в суде только в случае, когда существует опасность для жизни ребенка. Такое решение критикует М.Н.Малеина¹, считая, что в качестве основания для оспаривания отказа родителей от лечения ребенка следовало предусмотреть и опасность причинения существенного вреда здоровью ребенка. Несовершеннолетние старше 15 лет за некоторым исключением (в сфере трансплантации установлена иная возрастная граница – 18 лет) приравниваются к взрослым пациентам и могут давать согласие на лечение или отказываться от него. Н.А.Ардашева убеждена в неоправданности снижения возраста приобретения полной гражданской дееспособности с 18 до 15 лет в контексте согласия на экспериментальное лечение², указывая на невозможность поставить право на распоряжение жизнью и здоровьем в один ряд с правом распоряжаться доходами, а также иными сделками, которые несовершеннолетние в возрасте 14-18 лет могут совершать без согласия родителей. М.Н.Малеина считает необходимым законодательно запретить участие в биомедицинских исследованиях небольших несовершеннолетних независимо от воли их законных представителей в связи с возможным риском причинения вреда их здоровью³. Необходимым условием экспериментального лечения несовершеннолетнего помимо письменного согласия законных представителей является цель спасения его жизни.

Признание автономии пациента, права отказываться от лечения подразумевает и признание за ним права распоряжаться своей жизнью, отказываться от мер, направленных на поддержание жизни. Американское право, например, признает юридическую силу за «прижизненным завещанием», в котором лицо высказывает пожелания о своем лечении на тот случай, если, находясь впоследствии в тяжелом состоянии, оно

¹ Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве: Учеб. и практ. пособие. – М., 1995. – 272 с.

² Ардашева Н.А. Проблемы гражданско-правового обеспечения прав личности в договоре на оказание медицинской помощи. – Тюмень, 1996. – С.41–42.

³ Малеина М.Н. Указ. соч. – С.60.

будет неспособно выразить свою волю. Прижизненным оно называется потому, что, в отличие от обычного завешания, приобретает юридическую силу до наступления смерти составителя (иногда в момент его клинической смерти, если в нем содержится указание о неприменении реанимационных мер). Как правило, в прижизненном завешании сообщается о нежелании пациента подвергаться медицинским процедурам, направленным на продление жизни, в случае, если его состояние будет признано безнадежным, а возвращение к сознательной жизни — невозможным. В большинстве штатов США действует законодательство о естественной (достойной) смерти, которым за прижизненным завешанием признается юридическая сила. В таких законах содержатся требования к форме составления прижизненного завешания, условия вступления его в силу (например, утрата дееспособности и признание заболевания неизлечимым), перечень мер, от применения которых пациент может отказаться, процедура исполнения завешания. Кроме того, в некоторых штатах США за пациентом признается право с помощью заранее составленной доверенности уполномочить любое дееспособное лицо принимать решения, касающиеся его лечения, в случае, если он окажется не в состоянии сделать это самостоятельно. Таким образом, американским законодательством и судебной практикой создан механизм осуществления пассивной эвтаназии — прекращения жизни пациента по его просьбе и в его интересах путем отказа от применения мер по искусственному поддержанию жизни.

В австралийской Северной территории с июня 1995 по март 1996 г. действовал Закон о правах смертельно больных, установивший 17 условий, при одновременном соблюдении которых допускалась даже активная эвтаназия (свободное, продуманное решение дееспособного, достигшего 18-летнего возраста пациента, смертельная болезнь, причиняющая серьезные страдания, отсутствие поддающейся лечению депрессии, участие троих врачей и т.д.). Будучи в силе менее года, Закон позволил применить эвтаназию в четырех случаях и перестал действовать после принятия федерального Акта о законодательстве об эвтаназии, который запретил легализацию эвтаназии австралийскими территориями¹.

Российское законодательство (ст. 45 Основ) запрещает эвтаназию, т.е. фактически санкционирует применение к лицу искусственных

¹ Stacy T. Death, privacy a. free exercise of religion// Cornell law rev. — 1992. — Vol.77, №3. — P.262—339.

мер по поддержанию жизни против его воли¹. Таким образом, к перечню исключений из принципа добровольного информированного согласия пациента добавляется еще одно. Н.А.Ардашева в своей книге предлагает проект закона об эвтаназии, в котором устанавливаются правовые условия применения как пассивной, так и активной эвтаназии в отношении новорожденных с физическими и психическими недостатками. Однако принятие подобного закона в нашей стране маловероятно².

Е.Г.Афанасьева

¹ См.: Сальников В.П., Кузнецов Э.В., Старовойтова О.Э. Правовая тинатология / Под общ. ред. В.П.Сальникова. – СПб., 2002.

² Ардашева Н.А. Указ. соч. – С.133–136.

Дж.В.Берг

«ГОВОРИТЬ ИЛИ НЕ ГОВОРИТЬ»: ЭТИКА И ЗАКОН О КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТИ МЕДИЦИНСКОЙ ИНФОРМАЦИИ

Развитие электронных средств информации, так же как и успехи генетической медицины, поставили под сомнение наше традиционное понимание «персональной» информации и конфиденциальности, защита неприкосновенности частной жизни подвергается переосмыслению по различным параметрам. Эти и другие причины актуализировали необходимость анализа предпосылок, а также этических и юридических пределов конфиденциальности медицинской информации в США, предпринятого автором в предлагаемой российским читателям статье. Возможно, их небесполезно будет учитывать при решении аналогичных вопросов в России.

Постановка проблемы

Юридической и этической защите конфиденциальности медицинской информации в последние годы в США уделялось много внимания, в результате чего было принято новое законодательство и внесены поправки в действующее как на федеральном уровне, так и на уровне отдельных штатов.

Несмотря на общее признание принципа конфиденциальности в медицинском сообществе, он никогда не был абсолютным барьером для раскрытия информации¹. Во-первых, юридические и этические мотивы

¹ Robert Gellman, «Prescribing Privacy: The uncertain role of the physician in the protection of patient privacy», North Carolina Law Review 62:255–294, 267 1984.

могут не совпадать. В случаях, когда разрешение на раскрытие информации дается пациентом, никаких нарушений не возникает. Во-вторых, когда пациент некомпетентен в каких-либо вопросах, отдельные лица на законном основании могут получить информацию, которая в противном случае была бы конфиденциальной. Представители или опекуны имеют право на доступ к медицинской информации своих подопечных, родители обычно имеют право на медицинскую информацию о своих детях¹. В-третьих, существование множества оснований для конфиденциальности не обеспечивает полной защиты от раскрытия, допуская исключения, основанные на балансе между конфиденциальностью и открытостью. По определению Верховного суда США, вынесенному в случае *Whalen v. Roe*, раскрытие конфиденциальной информации часто необходимо. Бесспорно, отстаивание некоторыми людьми неприкосновенности своей частной жизни может приводить к тому, что они откладывают или уклоняются от необходимого медицинского вмешательства, поэтому раскрытие частной медицинской информации докторам, персоналу больниц, страховым компаниям и агентствам здравоохранения в современной медицинской практике часто необходимо².

Обязанность врача не разглашать информацию содержалась уже в самых древних кодексах медицинской этики. Клятва Гиппократы, например, требует: «Что бы при лечении — а также и без лечения — я ни увидел или ни услышал касательно жизни людской из того, что не следует когда-либо разглашать, я умолчу об этом, считая подобные вещи тайной»³. Более поздние этические кодексы также включают в себя положения о конфиденциальности. Женевская декларация Всемирной медицинской ассоциации и Международный кодекс медицинской этики рекомендуют врачам соблюдать конфиденциальность даже после смерти пациента⁴. Этический кодекс Американской медицинской ассоциации констатирует, что «информация, которая была открыта врачу в процессе взаимоотношений между врачом и пациентом, является конфиденциальной до самой последней степени»⁵. Но, в отличие от ранних кодексов,

¹ William Roach, *Medical Records and the Law* 108-110 (1998).

² 429 U.S. 589 (1977).

³ *Ancient Medicine: Selected Papers of Ludwig Edelstein* edited by Oswei Temkin and C. Temkin, Baltimore: John's Hopkins University Press, 1967.

⁴ Bernard Friedland, «Patient-physician Confidentiality», 15 *J. Legal Med.* 249–277, 256–57 1994.

⁵ American Medical Association (AMA) Code of Medical Ethics, Opinion 5.05.1996.

Американская медицинская ассоциация признает ряд исключений из этого правила, «обусловленных доминирующими общественными суждениями», в частности, необходимость сообщать об угрозе причинения серьезного физического вреда другим людям, об определенных заболеваниях, передаваемых от человеку человеку, огнестрельных и ножевых ранениях.

Этические теории содержат различные основания необходимости защиты конфиденциальности¹: частная или общественная значимость деятельности, требуемый уровень открытости в особо доверительных отношениях, подлинная значимость невмешательства в частную жизнь как общечеловеческое благо, защита чувства собственного достоинства и независимости в межличностных отношениях. Различные философы и философские традиции придают некоторым из этих аргументов большое значение; представители разных школ профессиональной медицинской этики, например такие ученые, как Т.Бохем и Дж.Чилдресс, комбинируют их как взаимодополняющие, подтверждающие профессиональные традиции сохранения тайны. По их мнению, защита конфиденциальности может быть обоснована тремя типами аргументов: консеквенциальных, основанных на правах и основанных на верности², хотя ни один из них по отдельности или в совокупности не определяет абсолютных запретов на нарушение конфиденциальности. Этическая теория оценивает этику альтернативных способов поведения, основанных на практической важности, безотносительно к последствиям с точки зрения ценностей. Консеквенциальные теории (такие, как утилитаризм) определяют этический, или правильный, курс поведения путем рассмотрения последствий различных альтернатив. Альтернатива, которая ведет к наилучшему результату (определяемая, например, как «наибольшее счастье», «наивысшее благо» и т.д.), и является этической.

Одной из основных форм этического умозаключения становится проверка справедливости какого-то определенного действия или практики путем их универсализации: когда то, что делают все, не подтверждается теорией, это нарушает наше представление о том, что моральные правила должны быть равноприменимы для всех самостоятельных этических агентов (известное положение теории Иммануила Канта). Другим

¹ See generally, Tom Beauchamp and James Childress, *Principles of Medical Ethics* p. 44–111 (4th Ed. 1994) hereinafter «*Principles*».

² *Principles*, p. 422.

вариантом этического умозаключения является наличие в его основании доводов, предназначенных для гипотетической группы социальных контрагентов, руководствующихся написанными универсальными правилами поведения, при игнорировании их собственных индивидуальных интересов¹. Конечно, эти подходы формулируют основу этической и социальной политики путем исключения неправильной практики. Они не предписывают нам, какую линию поведения выбрать. Например, существуют не только практика абсолютной защиты конфиденциальности, сочетаемая с абсолютным соблюдением правил, но и система ограниченной защиты конфиденциальности, в которой заранее предусматриваются исключения как часть самого правила. Поэтому есть основания верить, что в отношении медицинской конфиденциальности могут существовать более разнообразные правила, включающие перечень заранее установленных исключений. Кроме того, единая система требований конфиденциальности должна быть совместима с существующей системой других унифицированных правил, например, с профессиональными требованиями непричинения вреда. Одной из наиболее слабых сторон этической теории является неразрешимость конфликта универсальных аксиом. Общие этические теории фокусируются, скорее, на определенных ценностях, чем на учете результатов. Но для специалистов в области медицинской этики исходными являются принципы, которые должны лежать в основе практики, с тем чтобы был достигнут баланс. Конфиденциальность иногда указывается как основа этического поведения и в других случаях, например в теории автономии², с исключениями, основанными на обязанности врача быть милосердным³. Общая этическая теория, таким образом, недвусмысленно подтверждает необходимость сочетать конфиденциальность с открытостью информации, часто не имея возможности предоставить специфические рекомендации практикам.

Этические теории оправдывают (или объясняют) необходимость конфиденциальности. Наиболее существенным основанием для защиты информации является тезис о том, что «пациент должен свободно и наиболее полно раскрывать информацию врачу, чтобы обеспечить возможность предоставления ему наиболее эффективных услуг»⁴. Конфиденци-

¹ See, e.g., John Rawls's adaptation of Kantian ethics.

² Beauchamp and Childress, p. 423–424.

³ Beauchamp and Childress, p.267.

⁴ American Medical Association? Code of Medical Ethics Opinion 5.05.

альность должна быть необходимым требованием взаимоотношений врача и пациента. Без уверенности в том, что частная информация останется неприкосновенной, пациенты неохотно сообщают сведения, относящиеся к их лечению. Например, из-за опасений дискриминации пациент не раскрывает свой статус ВИЧ-инфицированного, в результате врачи не имеют возможности его лечить.

Таким образом, общие требования к конфиденциальности в медицинской практике применяются, однако исключения из правил используются в тех случаях, когда сохранение конфиденциальности способно нанести ущерб другим людям. Можно сказать, что польза от защиты конфиденциальности (достижение всеобщего здоровья) эффективнее при условии открытости информации, чем сохранения ее конфиденциальности. В ситуации инфекционного заболевания, описанной выше, сохранение здоровья наилучшим образом достигается раскрытием информации, а не ее конфиденциальностью. Кроме того, потенциальный ущерб здоровью в этих обстоятельствах, скорее всего, будет минимальным (если большинство пациентов, страдающих заразными заболеваниями, не будут избегать медицинской помощи только из опасения раскрытия конфиденциальной информации).

Этические требования конфиденциальности не так легко отделить от требований закона. Кодекс Американской медицинской ассоциации, например, четко ссылается на закон, утверждая, что врач должен сохранять конфиденциальность информации за исключением случаев, когда необходимо сообщать эту информацию по закону. Ниже приводятся законы, которые содержат исключения. Не следует полагать, что пределы этической обязанности сохранять конфиденциальность точно соответствуют пределам требований закона. Раскрытие информации только тогда является этическим, когда обязанность врача по отношению к своему пациенту соотносится с его обязанностями врача по отношению к другим людям, которые могут пострадать в результате недостаточного раскрытия информации.

Итак, для любой этической теории непреложно: *защита конфиденциальности не является абсолютной*, в определенных обстоятельствах могут существовать различные исключения. Вопрос состоит в том, как организовать адекватную защиту, которая содействует реализации этических ценностей. Ведь конфиденциальность — не только этический постулат, она основывается на законе.

Юридические принципы (основы) конфиденциальности. Как было

замечено выше, этические теории не постулируют абсолютной защиты конфиденциальности. Точно так же и юридические теории разработаны для предоставления не абсолютной, а определенной степени защиты неприкосновенности частной жизни и конфиденциальности, т.е. содержат ряд исключений.

Существует несколько различных юридических оснований для установления и оценки требований медицинской конфиденциальности¹. Одно из них проистекает из договорного права и базируется на представлении, что в отношениях врач — пациент, которые возникают в процессе лечения, всегда подразумевается обещание врача не раскрывать информацию, полученную в результате лечения². Одновременно существуют некоторые ожидания конфиденциальности со стороны пациента, хотя неясно, как далеко они распространяются и являются ли достаточными для возникновения юридически обеспеченного договорного обязательства. Помимо этого, заключенный договор является довольно нежелательным основанием для защиты конфиденциальности, так как он должен быть подтвержден в каждом конкретном случае, поскольку автоматически не вызывает обязанностей общего характера. В результате пациенту не всегда гарантируется конфиденциальность. Более того, является неясным, как реализуются исключения — детально определяются заранее или предполагаются как часть гипотетически подразумеваемого договора? Нарушения положений договора в отношении раскрытия конфиденциальной информации являются редкими³, и в этих случаях выиграть дело достаточно сложно, за исключением случаев, когда все моменты защиты конфиденциальности были зафиксированы подробно в письменной форме. Отмечу, что вне контекста научных исследований таким образом определенные договорные обязательства конфиденциальности встречаются редко.

Более подходящим основанием, чем договорная теория, могла бы стать теория доверительных отношений, когда лица наделяются определенными обязательствами (в данном случае обязательством о неразглашении конфиденциальной информации). Вместо того чтобы в каждом случае требовать от пациента специального договора, врач должен будет

¹ See generally, William H. Roach, *Medical Records and the Law* (1998), p. 258–277.

² *Horne v. Patton*, 287 So. 2d 824, Ala. 1973; *Doe v. Roe*, 400 N.Y.S. 2d 688, 674.

³ Alan B. Vickery, «Breach of Confidence: An Emerging Tort», 82 *Columbia Law Review* 1426, 1448 (1982).

оспаривать презумпцию конфиденциальности, демонстрируя отсутствие доверительных отношений (например, врач-пациент). Теория доверия возникла из договорных отношений, в которых одна сторона была особенно уязвимой и неспособной защитить себя от нарушений¹. Традиционные случаи — агент (принципал) и доверительный собственник (бенефициарий) — были распространены в последние годы и на отношения врач-пациент. В некоторой степени эта модель подходит — ведь пациент явно является уязвимой стороной, а врач — ответственным за сохранение конфиденциальности всей информации, доверенной ему пациентом². Но врачи не совсем подпадают под модель доверительных отношений³, поэтому данная теория не столь легко применима для определения границ конфиденциальности.

Конфиденциальность здесь не определяется как запрет на раскрытие информации, но скорее как обязанность использовать конфиденциальную информацию на благо уязвимой стороны (пациента). Как интерпретируется это благо, напрямую зависит от доверенного лица. Доверенное лицо должно иметь определенную роль — в классическом случае агента — приносить пользу⁴. Трудно приписать врачу унифицированную (гражданско-правовую) функцию. Что важнее — продление жизни, минимизация страданий, лечение заболевания? Сохранение конфиденциальности возможно только тогда, когда является основной обязанностью доверенного лица. Например, главная цель врача — продление жизни, конфиденциальность должна быть нарушена ради продления жизни, если нераскрытие информации сократит жизнь. Так, угроза самоубийства должна быть раскрыта в целях непричинения пациентом вреда самому себе. С другой стороны, если основной целью является минимизация страданий, должно ли быть раскрыто решение покончить жизнь самоубийством, когда оно обоснованно и правомочно?

Поскольку ни договорная, ни доверительная теории не могут ясно очертить границ защиты конфиденциальности, необходимо обратиться к общим положениям о защите частной жизни, которые имеются в феде-

¹ Eileen Scalen, «Promises broken v. promises betrayed: Metaphor, analogy, and the new fiduciary principle», U. Illinois. L. Rev. 897–980, 1991.

² Restatement Second of Agency 395, 1958.

³ Marc Rodwin, «Strains in the fiduciary metaphor: Divided physician loyalties and obligation in a changing health care system», American journal of Law and Medicine 21:241–254, 1995.

⁴ Tamar Frankel, «Fiduciary Law», California Law Review 71: 795–836, 1983.

ральной Конституции и конституциях штатов, а также в общем праве. Неприкосновенность частной жизни зачастую считается фундаментальным правом, и различные основания для юридической защиты могут подпадать под эту категорию. Это включает в себя защиту жилища¹, физическую защиту², защиту персональной информации³. Но право на неприкосновенность частной жизни не является абсолютным, должен быть соблюден баланс между ним и другими основополагающими правами индивида и других лиц⁴. Защита неприкосновенности частной жизни гарантирована Конституцией, большинство же вопросов защиты частной информации (и, таким образом, — конфиденциальности) относится к гражданскому праву⁵.

Существует несколько типов судебных процессов в связи с посягательствами на неприкосновенность частной жизни, включая чрезмерные (неоправданные): 1) вмешательство в уединение; 2) присвоение имени или внешнего облика; 3) публичность частной жизни; 4) выставление кого-либо в ложном свете⁶.

Личная информация (основа медицинской конфиденциальности) не защищена законом в той же степени, как неприкосновенность жилища или физического тела. Фактически довольно значительный объем личной информации вообще не является защищенным. Например, довольно легко получить данные о финансах человека (даже легальным путем), в отличие от его истории болезни, несмотря на тот факт, что и та и другая информация может считаться очень личной, частной. По мнению некоторых авторов, защита неприкосновенности частной жизни в основном означает защиту особых интересов (репутация, избежание смущения или стыда, дискриминация) и необязательно означает, что определенная информация является в действительности частной⁷.

На самом деле, в общем праве выработан критерий: право предъявления иска за «публичное раскрытие частного факта» недвусмысленно указывает, что рассматриваемая информация должна быть «очень ос-

¹ United States Const. Amend. IV.

² *Cruzan v. Director, Missouri Dep't of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

³ *United States Dep't of Justice v. Reporters' Comm.* 489 U.W. 749, 763, 1989.

⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁵ Veckery, at. 1455.

⁶ Restatement (Second) of Torts § 752 A.

⁷ Richard Murphy, «Property rights in personal information: An economic defense of privacy», *Georgetown L.J.* 84: 2381–2417, 1996.

корбительна для соответствующего лица»¹. Такой подход является достаточно специфичным и, конечно же, не создает оснований для конфиденциальности медицинской информации. Кроме того, его применение необходимо соотносить с законными интересами общества знать определенную информацию. Иски о клевете² требуют доказательства нескольких фактов. Наиболее проблематичным в контексте нарушения медицинской конфиденциальности является то, что рассматриваемые показания должны быть ошибочными³. Даже для ошибочных утверждений (показаний) нет абсолютных и квалифицированных преимуществ, которые могли бы служить защитой от диффамации. Представители системы здравоохранения могут пользоваться установленными правомочными привилегиями, которые разрешают раскрытие информации на основании ее важности для интересов, которым они служат⁴. Суды установили порядок, согласно которому требование компенсации, различные законные деловые интересы, общественное здоровье должны считаться «важными» интересами⁵, могущими служить в качестве защиты в делах о диффамации.

В результате не вся информация (даже не вся медицинская информация) автоматически получает юридическую защиту, а только являющаяся особенно деликатной. Но даже деликатная информация может быть раскрыта при определенных обстоятельствах. Таким образом, конфиденциальность защищена только в тех пределах, в которых соблюдаются основные цели ее защиты. Юридическая защита конфиденциальности свидетельствует о том, какое значение наше общество придает неприкосновенности частной жизни, но она может быть нарушена под воздействием более важных обстоятельств, когда другие общественные ценности (такие, как общественное здоровье и безопасность) берут верх. Интересы неприкосновенности частной жизни и здоровья могут быть превзойдены в тех случаях, когда раскрытие информации необходимо для сохранения иных ценностей.

Действующее законодательство о конфиденциальности. И юридическая, и этическая теории сводятся к сохранению баланса интересов,

¹ Restatement (Second) of Torts § 652D.

² Restatement (Second) of Torts § 559.

³ Restatement (Second) of Torts § 558 See, William H. Roach, Medical Records and the Law 261 (1998).

⁴ Roach at 262.

⁵ Restatement (Second) of Torts § 594.

поддерживаемых конфиденциальностью, и интересов, поддерживаемых раскрытием информации. Исключения должны применяться в тех случаях, когда баланс смещается в сторону раскрытия информации. Повидимому, действующее законодательство отражает этот баланс.

Общие положения защиты конфиденциальности. Защита конфиденциальности осуществляется как на федеральном уровне, так и на уровне штатов. На федеральном уровне — это защита определенных типов конфиденциальной информации (например, наличие ВИЧ-инфицированности)¹ и отдельных федеральных органов. Поскольку эти законы меняются в связи с появлением новых электронных форм хранения и передачи медицинской информации, Акт о преемственности и ответственности страхования здоровья 1996 г. (HIPAA) обязал Конгресс принять документ о всесторонней защите конфиденциальности к 1999 г. Конгресс не выполнил эту задачу, и Департамент здравоохранения и социальной защиты постановлением от 28 декабря 2000 г. установил дополнительный период и определил новую дату для принятия постановления — 14 апреля 2001 г. Постановление вступит в силу через два года после его принятия. Возможно, что в переходный период Конгресс примет закон, который заменит или изменит эти правила.

Защита конфиденциальности в штатах существенно различается. Несколько штатов имеют всестороннее законодательство о конфиденциальности, многие контролируют раскрытие информации о здоровье, разрабатывая подробные правила, адресованные всему: от информации о конкретном заболевании до записей об аутопсии. Некоторые штаты воздерживаются от установления правил, требующих общей конфиденциальности, и просто на законодательном уровне закрепляют отдельные исключения, исходя из предположения, что защита информации о здоровье общим правом является достаточной. Основной проблемой защиты конфиденциальности является недостаточное количество санкций за ее нарушение; нежелательность использования средств судебной защиты (пациенту, который обнаружил нарушение конфиденциальности, сложно решиться пойти в суд и ознакомить людей как раз с той информацией, которую он скрывал). Таким образом, особенно важным является создание надежных гарантий для предотвращения неправомерных нарушений и в то же время достижение баланса с получением информации, необходимой для лечения пациентов, предоставления качественной медицинской помощи и проведения исследований для достижения прогресса в здравоохранении.

¹ Roach at 213–239.

Так же как и на федеральном уровне, законы штатов сориентированы либо на тип информации (обычно — о виде заболевания), либо на организации, являющиеся держателями данной информации (государственные агентства), либо на оба варианта. 35 штатов ввели некоторые ограничения на использование информации, содержащейся в медицинских записях, хранимых государственными агентствами¹. В 20 штатах имеется законодательство, запрещающее раскрытие медицинской информации больницами и другими учреждениями здравоохранения². В некоторых из этих штатов под определение «предоставляющие медицинские услуги» попадают гомеопаты³ и другие представители альтернативной медицины, стоматологи⁴, фармацевты⁵, психиатры⁶ либо же на этот счет существуют отдельные законодательные акты. 37 штатов имеют правила, которые регулируют использование информации о пациентах посредническими организациями в области здравоохранения, и в 18 существует регулирование использования такой информации страховыми компаниями⁷. Некоторые штаты комбинируют эти два типа организаций под наименованием «управляющие третьей стороны».

Исключения. Все правила, упомянутые выше, содержат исключения, разрешающие раскрытие информации при определенных обстоятельствах или определенным организациям. Все штаты разрешают раскрытие информации третьим сторонам, выступающим плательщиками в договорных отношениях; в большинстве случаев пациент в процессе лечения должен дать на это согласие (обычно в больницах или офисах вра-

¹ The State of Health Privacy: An Uneven Terrain (last visited Aug. 2, 2000). www.healthprivacy.org.

² Ibid.

³ Nev.Rev.Stat § 630A.380(WESTLAW THROUGH 1999 Reg. Sess.) (providing disciplinary action for homeopathic practitioner who willfully discloses a privileged communication).

⁴ See, e.g., Midi. Comp. Laws Ann. § 333,16648(1) (West, WESTLAW through 1999 Reg. Sess.) («Information relative to the care and treatment of a dental patient acquired as a result of providing professional dental services is confidential and privileged»).

⁵ See, e.g., Neb Rev. Stat. § 71-1, 147.36 (WESTLAW through 1999 1ST Reg. Sess.) (requiring patient information held by a pharmacist to be privileged and confidential).

⁶ See, e.g., Colo. Rev. Stat. Ann. § 27-10-120(1) (West, WESTLAW through 1999 1st Reg.Sess.) (requiring information and records prepared by mental health provider to be privileged and confidential).

⁷ The State of Health Privacy: An Uneven Terrain (last visited Aug. 2, 2000). <<http://www.healthpnvacy.org/resources/statereports/restrictionschart.html> > (accessed from Georgetown. University's Health Privacy Project).

чей это включено в специальные формы, заполняемые при поступлении) или в момент подписания первоначального договора о страховом возмещении¹. Рассмотрим в общих чертах правила об обязательном информировании, которые позволяют врачу принимать собственное решение раскрывать информацию. Эти правила обычно защищают от ответственности за раскрытие информации, до их появления ответственность могла быть наложена за нераскрытие информации.

Правила и прецедентное право регулируют исключения, действующие в ряде областей, включающих предоставление информации, важной для общественного здоровья, общественной безопасности, защиты уязвимого лица и исследовательских целей. Первые три категории имеют дело с общественным здоровьем и безопасностью, когда обязанность врача поддерживать здоровье (общества, и в некоторых случаях — отдельного индивидуума) перевешивает обязательство по сохранению конфиденциальности информации о пациенте. Последняя категория — раскрытие информации для исследовательских целей (включая статистическую регистрацию заболеваний и контроль качества) — рассматривается отдельно. Но даже в этих случаях цель связана со здоровьем, поскольку развивает общее знание для будущих успехов в здравоохранении. Существует еще группа ситуаций, в которых может быть допущен компромисс в отношении конфиденциальности: это случаи, когда врач проводит обследование для страховой компании, работодателя или суда. Такие ситуации лучше рассматривать не как исключения из правил конфиденциальности, а как случаи, когда обязанность врача раскрыть информацию третьей стороне установлена как составная часть договора между врачом и пациентом.

Здоровье и безопасность общества. Врачи несут этическую ответственность как перед обществом, так и перед отдельно взятым пациентом². Обычно это интерпретируется как обязанность врача охранять общественное здоровье. Предел этой обязанности не определен полностью, по крайней мере, в отношении обстоятельств, при которых она перевешивает ответственность врача перед конкретным пациентом. Однако имеется ряд четко определенных границ. Например, врач в интересах общества

¹ Roach, at 107.

«Mont. Code Ann». § 50–70–107 (WESTLAW through 1999 Reg. Sess.).

² See, e.g., American Medical Association (AMA) Code of Medical Ethics, Opinion 9.07.1996.

не может проводить эксперименты над пациентом без согласия на то пациента. В этом случае обязательство перед пациентом перевешивает обязательство перед обществом. Но этот пример иллюстрирует ситуацию, связанную с обязанностью врача по улучшению здоровья общества. Менее ясной является ситуация, в которой обязанностью врача является предотвращение нанесения ущерба обществу, т.е. нарушение конфиденциальности в случае угрозы общественному здоровью и безопасности.

Здоровье общества. Интересы здоровья общества перевешивают интересы отдельного пациента в случаях заразных инфекционных заболеваний¹. Многие штаты имеют законодательство, требующее раскрытия информации соответствующим органам здравоохранения об определенных заболеваниях, передающихся половым путем (ВИЧ/СПИД), или общих заболеваниях, передающихся от человека к человеку (туберкулез² и сифилис³). Дополнительно могут содержаться требования раскрыть информацию отдельным лицам, подвергающимся в данном случае риску. Информация может быть раскрыта: а) организациям здравоохранения⁴, б) другим организациям, предоставляющим медицинские услуги, в) партнерам и семье⁵ или даже г) «пользующимся одной иглой» наркоманам⁶. Правила, предписывающие сообщать информацию об инфекционных заболеваниях, существуют давно. Значительно позже предметом дискуссии стала обязанность врача раскрывать генетическую информацию лицам, подвергающимся в этом случае риску⁷. Вряд ли стоит подходить к этой информации с других позиций, это та медицинская ин-

¹ Simonsen v. Swenson, 177 N.W. 831, 1920.

² Ala. Code § 22–11F–9 (WESTLAW through 1999 2nd Special Sess.); MD Health-Gen. I § 18–205(a)(1)(xi) (Lexis, WESTLAW through 1999 Gen. Sess.) (amended by...).

³ MD Health-Gen. I 18–205(a)(1)(xi) (Lexis, WESTLAW through 1999 Gen.Sess.) (amended by...).

⁴ Davis v. Rodman, 227S.W.612, 1921.

⁵ Skillings v. Alien, 173 N.W.663, 1919.

⁶ E.G., Haw.Rev. Stat. Ann. § 325–101(4)(A)–(B) (Michie, WESTLAW through 1999 Reg.Sess.).

⁷ See, e.g., Angela Liang, The Argument Against a Physician's Duty to Warn for Genetic Diseases: The Conflicts Created by *Safer v. Estate of Pack*, 1 J.Health Care L. & Pol'y 437 (1998); L.J.Deftos, Genomic Torts; The Law of the Future – The Duty of Physicians to Disclose the Presence of a Genetic Disease to the Relatives of Their Patients with the Disease, 32 U.S.F.L. Rev. 105(1997); Sonia Suter, «Whose genes are these anyway? Familial conflicts over access to genetic information», 91 Michigan Law Review 1854–1908 (1994); Janet Kobrin, Confidentiality of Genetic Information, 30 UCLA L. Rev. 1283 (1983).

формация, которая обычно является конфиденциальной (за исключением случаев, когда она оказывает серьезное влияние на здоровье других людей, например, в случае заразных инфекционных заболеваний¹). Поскольку генетические особенности могут передаваться потомкам, но не угрожают так же, как инфекционные заболевания, они не в полной мере отвечают предмету дискуссии о заинтересованности в обеспечении общественного здоровья². В связи с этим более широкий контекст использования генетической информации находится за рамками данной статьи. Другое дело — раскрытие генетической информации членам семьи. Этот специфический вопрос становится особенно важным после смерти пациента. Фактически генетическая информация должна считаться особо важной для членов семьи, прогнозирующих собственные нужды здоровья (возможно, даже более, чем любой другой тип медицинской информации). Следовательно, этот аргумент может стать определяющим для раскрытия подобной информации. Одновременно ясно, что генетическая информация содержит значительный потенциал недобросовестного применения и может стать причиной дискриминации обследуемого индивидуума, следовательно, необходимы меры защиты конфиденциальности. Достижение баланса между конфиденциальностью и охраной здоровья в отношении генетической информации — трудный вопрос, который заслуживает внимания специалистов. Полагаю, что раскрытие информации при этих обстоятельствах должно зависеть от тех же факторов, которыми руководствуются, определяя полезность информации для здоровья пациента.

Безопасность общества. Встречаются ситуации, когда врач обязан раскрыть информацию в целях защиты общественной безопасности. Не совсем ясно при этом: несет ли врач ту же самую этическую ответственность, как и по отношению к здоровью общества. В результате нормы, требующие обязательного сообщения информации, в этом контексте являются более проблематичными с этической точки зрения. Кроме того, поскольку понятие «здоровье» очень широкое, бывает трудно определить разницу между заботой об общественной безопасности и об общественном здоровье. Многие штаты имеют правила, требующие сообщать информацию о ранениях, полученных в результате криминального поведе-

¹ Sonia Suter, «Whose genes are these anyway? Familial conflicts over access to genetic information», 91 Michigan Law Review 1854–1908 (1994).

² Safer v. Estate of pack, 677 a. 2d 1188, 1996.

ния, об алкогольных отравлениях, повреждениях от транспортных средств и ожогах. В Огайо, например, требуется сообщать о токсикомании в тех случаях, когда лицо работает в сфере общественного транспорта¹; в Нью-Джерси — о случаях эпилепсии в Департамент транспорта². Такая информация официально доводится до представителей властных структур. В некоторых случаях, однако, врач может быть обязан раскрывать информацию отдельному индивиду или группе лиц. Классическим примером является обязанность психотерапевта предупреждать, проистекающая из калифорнийского дела — Тарасов против правительства Калифорнии³. В этом деле пациент уведомил своего психотерапевта о намерении убить молодую женщину. После убийства семья убитой подала иск, в котором утверждалось, что врач был обязан предупредить жертву. Суд постановил, что психотерапевт может быть обязан открыть информацию, полученную от пациента в процессе консультации, если заявления пациента указывают на то, что он, возможно, собирается причинить серьезный физический ущерб идентифицируемой третьей стороне. Ряд штатов принял эту доктрину, и некоторые распространили ее на всех врачей и специалистов по психическому здоровью людей. «Обязанность предупреждения» базируется на: 1) серьезности угрозы ущерба и 2) идентифицируемости вероятной жертвы. Таким образом, врач не обязан раскрывать угрозу причинения меньшего ущерба или общую угрозу, когда невозможно идентифицировать третью сторону. «Обязанность предупреждения» не является бесспорной. Существует мнение, что возложение ее на врача ставит его в нежелательную роль правоприменителя, а не целителя. Неясно, делает ли конфликт между этими двумя ролями врача неспособным соблюдать требование конфиденциальности и таким образом, защиты медицинской информации. Однако многие штаты обдумывают вопрос о распространении такой обязанности на специалистов в области здравоохранения.

Защита уязвимых категорий граждан. Менее противоречивыми, чем случаи, связанные с общественной безопасностью, являются случаи, связанные с защитой уязвимых лиц. На врачей (так же как и на других специалистов) возложена некоторая ответственность по защите людей, особенно в ней нуждающихся. Неясно, распространяется ли эта обязан-

¹ Ohio St. § 2305.233, 1997.

² N.J.Stat. Ann. § 39:3–10.4 (west, WESTLAW through 199 Leg.).

³ Tarasoff v. Regents of California, 551 P. 2 d 334, Cal. 1976.

ность на все общество и не должна ли она быть выше обязанности по защите конфиденциальности. По общему правилу, в отношении несовершеннолетних такого рода защита считается обязательной. Практически во всех штатах существуют правила, обязывающие сообщать о жестоким обращении с детьми. Так, в штате Миссури врачи должны сообщать о наркозависимых несовершеннолетних в Департамент здравоохранения¹. В Нью-Джерси это требование распространено на всех наркозависимых пациентов². В некоторых штатах требуется сообщать о пациентах, злоупотребляющих госпитализацией и длительным лечением, неправомерным поведением по отношению к пожилым людям, к супругам и в быту.

Научные исследования/Государственные реестры. Помимо открытости информации в целях обеспечения здоровья и безопасности существуют правила, обязывающие предоставлять информацию в статистических или научно-исследовательских целях. В этих случаях раскрытие информации, как правило, не ставится под сомнение, поскольку ее получают федеральные государственные органы или государственные органы штатов³. Собранная информация обрабатывается, и официальные органы получают возможность вести разного рода статистику в области здравоохранения (например, реестры заболеваний ВИЧ/СПИД⁴, в штате Индиана — случаи пороков развития детей⁵, в штате Монтана — информация о профессиональных заболеваниях⁶). Эти данные являются конфиденциальными и обычно хранятся без идентификаторов. Однако с недавних пор возросла обеспокоенность по поводу использования такого рода баз данных, особенно тогда, когда информация может быть идентифицирована или хранится в электронном виде и недостаточно защищена⁷. Базы данных генетической или другой подобной информации

¹ Mo. St. § 191.737, 1977.

² N.J.S.A. § 24:21–39, 1997.

³ E.G., Minn. Stat. Ann. § 62J.201 (West, WESTLAW through 1999 Reg. Sess.) (mandating research initiatives in order to monitor and improve the efficiency and effectiveness of health care in Minnesota).

⁴ E.G., N.C. Gen. Stat. § 130F-135 (WESTLAW through 1999 Ex. Sess.); See also, VT. Stat. Ann. 18 § 1001(B)(a) (WESTLAW through 1999 Sess.) (requiring mandatory HIV reporting in the form of a unique identifier code).

⁵ Ind. Code Ann. § 16–38–4–9 (West, WESTLAW through 2000 Reg. Sess.).

⁶ Mont. Code Ann. § 50–70–107 (WESTLAW through 1999 Reg. Sess.).

⁷ Beverly Woodward, «Medical record confidentiality and data collection: Current di-

вызывают дополнительную обеспокоенность, особенно когда правоприменительные органы могут иметь к ней доступ¹. Дело не в существовании государственных реестров как таковых, а в необходимости создания новых механизмов защиты конфиденциальности медицинской информации в век компьютеризации и телемедицины².

Раскрытие информации (или доступ к конфиденциальной информации) для научных целей является более спорным. В ряде случаев из собранных данных может быть извлечена информация о конкретном пациенте. Если пациент дает свое согласие на участие в научном эксперименте, это может означать, что он согласен на использование информации о нем, собранной в процессе эксперимента. Однако законы ряда штатов детально регламентируют исключения, касающиеся нарушения конфиденциальности, разрешая доступ к медицинским записям с научной целью³. Более того, Департамент здравоохранения и социальной защиты допускает раскрытие информации с научной целью без разрешения пациента. Научные исследования, несомненно, служат целям охраны здоровья, разрабатывая более совершенные методы лечения, и раскрытие конфиденциальной информации должно быть дозволено при определенных обстоятельствах, в частности, если информация не может быть идентифицирована. Если гарантируется ее анонимность, она может быть раскрыта. Неприкосновенность частной жизни означает возможность индивидуума не допустить раскрытия определенной информации. Информация защищается не сама по себе, а в связи с конкретной личностью. Таким образом, не имеет смысла говорить о конфиденциальности анонимной информации, за исключением случаев угрозы безопасности.

Фактически федеральные нормативные акты, регулирующие проведение исследований (и, таким образом, федеральные требования как основание для получения информации), решают этот вопрос: информа-

lemmas», *Journal of Law, Medicine & Ethics* 25:88–97, 1997.

¹ Richard Turkington, «Medical record confidentiality: Law, scientific research, and data collection in the information age», *Journal of Law, Medicine & Ethics* 25: 113–129, 1997.

² Latanya Sweeny, «Weaving technology and policy together to maintain confidentiality», *Journal of Law, Medicine & Ethics* 25:98–110, 1997; David Rind, Isaac Kohane, Peter Szolovits et al., «Maintaining confidentiality of medical records shared over the internet an the world wide web», *Ann Intern Med*, 127: 138–141, 1997.

³ See, e.g., R.I. Gen. Laws § 5–37.3–4(b)(3) (WESTLAW through 1999 Reg. Sess.); Wash. Rev. Code Ann. § 42.48.020 (West, WESTLAW through 1999 Sp.Sess.) See, also Roach, at 123–127.

ция, полученная в результате исследования, включающего сбор или изучение существующих данных, документов, записей, патологоанатомических или диагностических образцов..., должна быть зафиксирована исследователем таким образом, чтобы предмет не мог быть идентифицируемым напрямую или через связи между идентификаторами, имеющими отношение к предмету¹.

Заключение. Мы являемся обществом, странным образом охваченным желанием, с одной стороны, обеспечить неприкосновенность частной жизни, а с другой — получить о ней информацию. Существует множество общедоступных фактов из нашей жизни, и пока большинство людей не подозревают об этом, они не обеспокоены потенциальным вредом и не заинтересованы в возможных злоупотреблениях. Медицинская информация является одной из наиболее противоречивых областей. Большинство пациентов не подозревают, до каких пределов сотрудники больниц осведомлены о ходе их лечения, но напуганы потенциальной возможностью того, что страховой компании потребуется доступ к ней для получения компенсации. Защита конфиденциальности медицинской информации в США является сегодня предметом исследования как на федеральном уровне, так и на уровне штатов.

Перевод *Т.В.Никишиной*

¹ 45 C.F.R.46.101(b) (4).

А.А. Рёрихт

**ПРАВА ПАЦИЕНТА И ЮРИДИЧЕСКАЯ
ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В МЕДИЦИНСКОМ ПРАВЕ
(НА ПРИМЕРЕ ПОЛЬШИ)
(Обзор¹)**

В статье «Волеизъявление для будущего пациента как правовой институт» известный польский ученый К. Поклевски-Козьел останавливается на важнейших аспектах проявления воли право-способного пациента, нацеленной на получение или отказ от услуг врача, осуществляющего над ним опеку, с учетом того, что в неизвестном будущем данное лицо может оказаться в состоянии, исключающем возможность принятия им решения. Институт волеизъявления пациента известен многим правовым системам. Так, в США практически половина штатов приняла законы, регулирующие условия влияния больного на поведение врачей в непредвидимом будущем, когда пациент не сможет принимать решения о своей судьбе. Здесь введен в правовой оборот термин «директивы (распоряжения) на будущее» в отличие от распоряжений, относящихся к пациенту, не обладающему физической возможностью принятия решения (бессознательное состояние и пр.).

Автор пишет: «Победившая свобода поэтапно освобождает чело-

¹ Обзор подготовлен по следующим публикациям: 1. Liszewska A. Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy // Państwo i Prawo. — W-wa, 1997. — N 1. — S. 36–48; 2. Nesterowicz M. Przemiany odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy leczeniu (Od odpowiedzialności cywilnej do ubezpieczeniowej i gwarancyjnej) / Ibid. — 2000. — N 2. — S. 3–13; 3. Poklewski-Koziell K. Oświadczenia woli pro futura pacjenta jako instytucja prawna // Ibid. — N 3. — S. 414.

века от различных видов принуждения, обязывания, зависимости, ограничений, но интересно, что самым тяжелым бременем становится полученная им свобода распоряжаться самим собой и собственной смертью». Ни Французская революция, ни свободное развитие в англосаксонских странах не смогли стереть пятна криминальности с самоубийства. Оно перестало быть уголовно наказуемым в Англии в 1961 г., в Канаде — в 1972 г., а в США показательным было высказывание одного из членов Верховного Суда по делу Вашингтон против Глюксберга (26 июня 1997 г.), признавшего несоответствие Конституции закона одного из штатов, легализующего помощь в самоубийстве: «Протест против самоубийства и его осуждение относятся к нашему философскому, правовому и культурному наследию. Точнее, на протяжении 700 лет англо-американских традиций общего права признавались и поддерживались наказание либо иные формы осуждения (неприятя) как собственно самоубийства, так и оказания помощи в его совершении».

Автор подчеркивает, что право на решение о себе самом и о целостности (ненарушимости) тела не исчезает с момента потери пациентом сознания. Все это отчетливо демонстрирует значение юридических формальностей в ситуациях, значимых и для семьи, — когда неизлечимо больной теряет сознание без надежды на его возвращение, и для его лечащего врача, — когда никто и ничто не указывают ему, в чем состоит воля пациента.

Автор статьи подробно анализирует в этой связи американское законодательство. Он подчеркивает, что в США — стране обычного права — многие штаты приняли системы волеизъявления пациента о своем будущем при утрате сознания, в ФРГ — стране континентального права — нет закона о завещании пациента, несмотря на то что в правовой доктрине и судебной практике сама идея и ее правовое оформление нашли детальное отражение. Автор подчеркивает особую важность воли пациента, уже не могущего ее высказать, для правильной ее интерпретации в применении права.

Далее в статье подробно рассматривается позиция Х.Г. Коха на правовой институт «диспозиции пациента», где доминирующую роль играет потенциальное, т.е. на будущее, волеизъявление пациента. 70% опрошенных респондентов в ФРГ высказались за данный правовой институт. Иллюстрируя это, автор излагает позицию Барбары Айзенхард, содержащуюся в ее книге «Завещание пациента и представительство по

делам о здоровье. Альтернативы в отношении реализации принятия решений о себе самом на пороге смерти», изданной в 1998 г.

К. Поклевски Козьел указывает, что в Польше назрела необходимость создания правового института, опирающегося на взаимное доверие, и связь между пациентом и врачом. Основой такого института должна быть свобода пациента, его автономия, не подвергающееся сомнению в течение жизни право на само-определение, а для врача — убежденность в том, что даже в ситуациях, когда человек находится под его опекой, но не способен выразить свою волю, нужно проникнуть в ее смысл, суть и стараться ее исполнить. Польское право не чинит такому подходу доктринальных преград. Тем не менее необходима специальная дискуссия о том, какими предписаниями, в каких актах следует предусмотреть уважение к воле трезвомыслящего, смотрящего в будущее человека — особенно для ситуаций, когда врач выполняет определенные действия по отношению к человеку, уже не могущему высказать свою волю. Это для врача трудная задача, поэтому ему следует нормативно помочь.

Элеонора Желинская — известный специалист в области уголовного и уголовно-медицинского права, считает что общее право пациента на самоопределение имеет два аспекта: позитивный и негативный. Позитивный касается требований пациента, предъявляемых к действиям врача и методам лечения; они должны приниматься им во внимание, но не вызывать правовой обязанности. Негативный аспект, т.е. отсутствие согласия пациента на определенные действия врача, безусловно, является юридически связывающим последнего.

Свобода выражения воли требует не столько нового правового урегулирования (есть Конституция, закон о врачебной профессии и пр.), сколько регулирования воли пациента на будущее, которую врач обязан учитывать постольку, поскольку она не противоречит правовым предписаниям.

А. Лишевская в статье «Согласие пациента на медицинские меры» обращает внимание на то, что правовое значение согласия пациента постоянно вызывает споры врачей и юристов. Первые считают, что у них должна быть правовая возможность принимать решения об определенных действиях медицинского характера даже против воли пациента, поскольку здоровье человека — высшая ценность. Вторые исходят из того, что в первую очередь надо защищать право человека на самоопределение, даже если такая защита входит в коллизию с охраной его жизни и

здоровья. Автор полностью поддерживает позицию юристов, отмечая, что и доктрина, и судебная практика признают лечение (или иные медицинские действия) актом противоправным при отсутствии согласия пациента, даже если оно осуществлялось правильно и принесло позитивный результат. Что касается законности врачебной деятельности, то, по мнению автора, тут существуют две позиции. Первая трактует любое медицинское действие как нарушающее целостность тела и заключающее в себе состав телесного повреждения. Вторая позиция воспринимает отсутствие согласия пациента как обстоятельство, обосновывающее ответственность врача за посягательство на свободу пациента, а не на его здоровье.

А. Лишевская подробно анализирует наиболее бескомпромиссную позицию по вопросу о квалификации самовольных действий врачей, сложившуюся в немецком праве: любое медицинское действие, нарушающее целостность тела, безразлично — увенчавшееся успехом или неудачное, проведенное профессионально или с недостатками, — объективно означает состав преступления телесного повреждения, конечно, при отсутствии согласия пациента. Она приводит аргументы Е. Хорна и А. Эзера (E. Horn, A. Eser), затем польского ученого А. Цоля, считающего, что «самовольное медицинское действие посягает только на право пациента на самоопределение, а следовательно, подлежит квалификации исключительно на основе предписаний, устанавливающих ответственность за преступления против свободы». При этом автор статьи отмечает, что данная позиция не решает вопроса о квалификации самовольных действий, предпринятых для спасения жизни или здоровья согласно медицинской науке и практике.

Далее она останавливается на весьма либеральном в отношении самовольных действий врача австрийском законодательстве, установившем, что, если мера проведена без согласия пациента *lege artis*, действия врача не содержат признаков состава телесного повреждения, а представляют специальный состав преступления.

В польском праве регулирование согласия пациента было существеннейшим образом реформировано в середине 90-х годов в связи с принятием Закона о врачебной профессии, Кодекса этики врача, Закона об охране психического здоровья.

А. Лишевская характеризует юридические аспекты выраженной воли пациента, в том числе:

а) фактическую способность пациента к волеизъявлению (здесь речь идет также о малолетних и несовершеннолетних, лицах, страдающих психическими заболеваниями, когда требуется согласие законного представителя, опекуна, опекунского суда; автор поддерживает позицию возложения на врача обязанности спасения жизни малолетнего, несмотря на возражения его представителей); она полемизирует с Г. Рейман (G. Rejman), которая, говоря об отказе родителей — «Свидетелей Иеговы» — дать согласие на переливание крови для спасения жизни ребенка, пишет, что «мировоззренческие, философские или религиозные взгляды имеют решающее значение, когда речь идет о сущности жизни, и врач не должен действовать вопреки таким взглядам, даже если бы в реальности его бездействие привело к негативным последствиям; с помощью кровезаменителей во многих странах спасают жизнь «Свидетелям Иеговы», которые не дают согласия на нормальное переливание крови»;

б) степень угрозы жизни и здоровью;

в) форму согласия (автор поддерживает документальную форму, т.е. заполнение и подписание бланка, но обосновывает необходимость отражения в нем не малейших деталей, касающихся каждого медицинского действия, а разъяснения общего направления лечения, диагностики и пр.).

С проблематикой согласия пациента тесно связан вопрос об обязанности разъяснения. Со ссылками на немецкую литературу А. Лишевская пишет о том, что «терапевтическое разъяснение» ограничивается указаниями пациенту, как принимать лекарства, как вести себя после операции, какую применять диету и т.п., а «разъяснение в целях самоопределения» должно помочь пациенту сознательно принять решение о границах и способах лечения. Отсутствие такого разъяснения трактуется как нарушение врачом правил поведения, обеспечивающих право на самоопределение. Это действительно очень сложные вопросы, и автор отмечает, что необходимо, во-первых, определить, что и в какой степени должно быть объяснено пациенту, во-вторых, при каких условиях разъяснение может быть ограничено или вообще отменено законным образом. Объяснены должны быть: сущность заболевания, тип намечаемой меры и ее результаты. Ведутся споры о том, о каких именно результатах может идти речь, и предлагается объяснить «типичные» результаты исходя из аналогичных случаев, другие предлагают критерий «возможных» результатов. Что касается ограничения информации, то, по общему мнению, критерием выступает благо пациента; право врача на

такое ограничение называется иногда «терапевтической привилегией». Наиболее распространена ситуация, когда врач должен решить, не ухудшит ли состояние больного объяснение ему того, что он тяжело и неизлечимо болен. Она приводит текст ст. 17 Кодекса врачебной этики: «В случае отрицательного для больного прогноза он должен быть об этом уведомлен тактично и осторожно. Информация о диагнозе и негативном прогнозе может быть не дана пациенту лишь в том случае, если врач глубоко убежден, что ее предоставление вызовет серьезные страдания больного и иные отрицательные для здоровья последствия, однако по ясно выраженному пациентом требованию врач должен предоставить такую информацию». Отмечу, что автор статьи не рассматривает вопроса об ошибочной диагностике и ошибочном прогнозе и правовых последствиях предоставления фактически ложной (в искреннем заблуждении) информации.

А. Лишевская подробно анализирует ситуации, когда предоставить информацию и дать разъяснения больному невозможно по объективным причинам. Например, во время операции обнаружилось, что требуются дополнительные меры, а пациент, естественно, находится под наркозом. Может ли врач выйти за пределы согласия, данного пациентом до начала операции? Однозначный ответ на этот вопрос невозможен, но все же автор полагает, что, если проведение потребовавшейся медицинской меры можно отложить, следует прекратить операцию, выяснить у больного его волю, получить или не получить согласие.

Рассмотренные в статье вопросы, как отмечает сама автор, касаются в основном лечебных действий и мер. Иначе с юридической точки зрения выглядит проблема согласия пациентов на прерывание беременности, медицинский эксперимент, косметическую операцию. Отсутствие в перечисленных случаях согласия не только делает такого рода вмешательства противоправными, но и является признаком состава преступления, посягающего на иные, чем свобода, объекты. Она приводит пример стерилизации без согласия пациента за исключением случаев обнаружения новообразования (т.е. диагностики рака), являющейся преступлением, наказуемым по ст. 155 § 1, а не 167 УК. Правовое значение согласия пациента при такого рода медицинских действиях значительно выше, чем при рассмотренных в данной статье.

М. Нестерович в статье рассматривает целый ряд важнейших проблем юридической ответственности в медицинском праве: кризис гражданскоправовой ответственности врачей и медицинских учрежде-

ний, опирающейся на принцип вины; тенденции расширения такого рода ответственности, складывающиеся в законодательстве и судебной практике в настоящее время; страховые и гарантийные модели компенсации вреда, причиненного пациентам; обеспечение в пользу пациента; статус фондов, гарантирующих возмещение вреда, причиненного пациентам; гарантийную ответственность государства. При этом он оперирует материалами не только польского права, но и законодательством других стран, проводя в необходимых случаях сравнительно-правовой анализ.

Статья начинается с анализа положений французского законодательства XIX в. об ответственности врачей в случаях тяжкой вины. Автор отмечает, что ответственность врачей и медицинских учреждений, опирающаяся на принцип вины, в наши дни переживает кризис, поскольку доказывание вины лежит на пострадавшем, что, как правило, затруднительно и не охватывает всех видов вреда, в частности потому, что новые средства и способы лечения влекут за собой существенные опасности. Возникают разновидности вреда, за которые никто не желает нести ответственности при отсутствии вины. Такого рода случаи определяются как «медицинские случаи», непредвидимые и не входящие в понятие риска, которые пациент, подвергающийся различным исследованиям и мерам, одобрил, а также такие, причины которых неясны и остаются вне связи с состоянием здоровья пациента и лечением. Автор отмечает, что существующий режим гражданско-правовой договорной и деликтной ответственности не в состоянии разрешить создавшиеся коллизии без пересмотра сложившихся принципов. В литературе все чаще утверждается, что необходимо отступление от ответственности, опирающейся на вину, в случае причинения вреда пациентам. Жертвы медицинских случаев не должны находиться в худшей ситуации, чем жертвы автокатастроф или потребители вредных продуктов, в отношении которых ответственность опирается на принцип риска. Принцип риска должен лежать в основе возмещения вреда, причиненного действиями врачей, необходимыми для диагностики или лечения, либо иного вреда — непредвидимого, конечно, при условии, что данный вред не вызван состоянием здоровья пациента и не является последствием такого состояния. С другой стороны, в литературе подчеркивается, что нельзя расширять гражданско-правовую ответственность, поскольку это парализует деятельность врачей и приводит к умножению обследований и диагностических анализов, часто ненужных, передаче больного «по цепочке», лишь бы избежать упрека, что врач не сделал необходимых анализов (особенно это харак-

терно для медицины США). Автор подчеркивает, что, по господствующему мнению специалистов разных стран, необходима интервенция (вмешательство) законодателя в целях создания эффективной системы компенсации вреда, понесенного пациентом.

Анализируя проблему расширения гражданско-правовой ответственности, М. Нестерович указывает на то, что при отсутствии законодательных решений, существующие пробелы заполняют судебные решения. Показательна в этом отношении практика французских судов. Он подробно анализирует ее, приводя многочисленные примеры, в частности, суммируя важнейшие решения, например: предоставление доказательства от противного лежит на клинике, которая должна доказать, что не несет вины в случае получения инфекции пациентом при стерилизации инструментария или обеспечения асептики операционной. Еще более значимо решение кассационного суда по вопросу наложения на врача обязанности предоставлять информацию или обязанности результата в случаях введения пациенту определенных кровепродуктов, переливания крови и проч. Особо в статье анализируется практика административных судов, которые решают дела исходя из ответственности без вины клиники за медицинские случаи, обосновывая решения применением новых терапевтических методов, возникновением ненормальных осложнений; обязательное условие — избрание новой методики лечения при отсутствии угрозы для жизни пациента. Возникает и решается вопрос о причинении непредвиденного вреда пациенту в результате операции: обязанность обеспечения безопасности пациента носит акцессорный характер еще до договора между хирургом и пациентом и не зависит от вины хирурга.

М. Нестерович подробно рассматривает различные страховые и гарантийные модели компенсации вреда, причиненного пациенту. Во Франции, Бельгии, США, Скандинавских странах разработаны доктрины и даже проекты законов, регулирующих эту проблему, в некоторых странах такие законы приняты. При этом указывается, что большая часть сумм, полученных в возмещение вреда, уходит на оплату адвокатов и иные процессуальные расходы, что характерно для США. Поэтому предлагаются следующие модели.

1. Система ответственности врачей и медицинских учреждений по принципу риска и страхование. Ответственность, базирующуюся на вине, следует заменить ответственностью по риску, подлежащему страхованию, подобно страховке при пользовании автотранспортом. Сторон-

ник этой модели О. Конноло предлагает, чтобы лица, оказывающие медицинские услуги, сами вводили данную систему для определенных медицинских действий.

2. Страхование в пользу пациента пропагандировалось в США в 70-х годах А. Эренцвайгом. Эта модель определяется как система вознаграждения в случае медицинских ошибок непосредственно в пользу пациента и покрывает все виды ущерба, кроме вреда, причиненного умышленно либо по халатности, что подлежит уголовной ответственности.

Страхование в пользу пациента было принято как добровольное в 1975 г. в Швеции, в 1996 г. — как обязательное; модель воспроизведена в Финляндии (1987), Норвегии (1988), Дании (1992). Здесь ярко выражена попытка шведского законодателя заменить гражданско-правовую ответственность страхованием. Шведский закон вводит страхование независимо от вида субъектов, оказывающих медицинские услуги, т.е. врачей, иных медицинских работников, общественных и частных клиник, и гарантирует возмещение вреда простым и быстрым способом. При этом страховка не заменяет гражданско-правовой ответственности, но создает альтернативу. Законодатель не предусматривает возмещения всех видов вреда, устанавливает лимиты и условия его возмещения, требует не доказывания причинной связи, но лишь высокой степени правдоподобности связи между лечением и вредом здоровью. Возмещению подлежат шесть категорий вреда в результате: 1) лечения (обследования, медицинских мер при условии, что вреда можно было избежать, выбрав иной метод или способ лечения, которые, по мнению экспертов, были менее рискованными); 2) недостатков в инструментах (оборудовании) или иных материалах, используемых при обследовании или лечении, либо ненадлежащего их использования; 3) неверного диагноза; 4) инфекции, возникшей в результате обследования или лечения; 5) случая в результате лечения, обследования либо во время транспортировки больного, пожара в клинике и проч.; 6) неверного предписания и применения лекарств.

Закон предусматривает лимиты возмещения: для каждого вреда 1000-кратная стоимость исходной базы, но не более 200-кратной — на одного пациента. В 1997 г. база составляла 37 тыс. крон. Если пациент не удовлетворен решением страховой кассы, он может обратиться (причем бесплатно) в комиссию экспертов. Ежегодно насчитывается около 500 таких обращений и только 10–15 исков направляются в суд. М. Нестерович считает, что шведскую модель можно было бы ввести в

Польше, ее основу составили бы взносы более чем 120 тыс. практикующих врачей, нескольких тысяч медицинских учреждений, а также квота, выделяемая госбюджетом.

3. Гарантийные фонды возмещения ущерба, понесенного пациентом. Соответствующие идеи подробно разработаны французским правом. Здесь созданы гарантийные фонды, например Фонд для зараженных вирусом HIV-иммунодефицита. В Бельгии обсуждаются возможности создания Фонда возмещения ущерба при медицинских случаях консорциумом страховых организаций. В США все чаще говорят о необходимости реформы медицинского страхования, а в штатах Виргиния в 1988 г. и Флорида в 1992 г. законами введены фонды возмещения неврологического вреда новорожденным, создаваемые взносами акушеров, гинекологов, иных специалистов и клиник на добровольной основе. Фонд возмещает ущерб на основе заключения комиссии специалистов.

4. Гарантии ответственности государства. За некоторые виды вреда, возникшие в ходе медицинских мероприятий, проводимых в интересах всего общества (вакцинация профилактическая, добровольная и обязательная, медицинские эксперименты; риск непредвиденных последствий и риск, превышающий нормальный уровень для пациента; безвиновные ошибки врачей; вред, причиняемый лекарствами, выявленный в связи с развитием науки), должно, по мнению автора статьи, отвечать также и государство. Правовые решения здесь могут быть разными: создание соответствующих публичных фондов, страхование с участием госбюджета, возмещение по итогам административного процесса (решения). Примеры такого рода можно найти в практике различных стран.

А. Элерс

ДОЛГ РАЗЪЯСНЕНИЯ¹ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ АДВОКАТА

На сегодняшний день очень велико число исков в суде о возмещении ущерба здоровью человека врачами. Врачебная деятельность все чаще становится темой публичных дебатов. Критика, содержащаяся в средствах массовой информации, приводит к тому, что население более обостренно реагирует на все, что связано с медициной. Стали популярными страховки о правовой защите, а застрахованные лица чаще прибегают к исковой защите своих прав. Существуют и иные обстоятельства, свидетельствующие об изменении поведения людей в сфере оказания медицинских услуг. Тем более удивительным кажется увеличение количества процессов в связи с нарушением долга разъяснения. Пациента, позже — истца, интересует компенсация врачебной ошибки, а не нарушенного права на самоопределение.

Статистически отразить данную ситуацию в ФРГ практически невозможно, так как официальной статистики не существует. Тем не менее, по косвенным данным, можно сказать, что две трети требований о возмещении вреда, нанесенного врачами, основываются на нарушении долга разъяснения.

¹ Долг разъяснения — это обязанность врача лично объяснить пациенту, как проходит медицинское вмешательство или лечение, чем оно обусловлено, каковы риски, какие медикаменты используются и другие относящиеся к лечению обстоятельства. Врач обязан ответить на все вопросы пациента. Это является проявлением права человека на самоопределение. — Прим. перев.

Вот уже двадцать лет суды придерживаются позиции Верховного суда, выражающейся в том, что нарушение долга разъяснения применяется тогда, когда невозможно доказать врачебную ошибку. Причины этого очевидны — различно распределяется бремя доказывания. Из этого следует, что подобные процессы и далее будут обременять страховые компании, а следовательно, станут важной сферой деятельности адвокатов.

Объективное бремя доказывания всегда предопределяет, кто проиграет процесс, если важное для решения обстоятельство останется недоказанным. В принципе считается, что каждая сторона несет бремя доказывания тех обстоятельств, которые являются предпосылками применения выгодной для нее правовой нормы. В типичном процессе по поводу врачебной ошибки пациент обязан эту ошибку доказать в суде. Это редко удастся, так как пациент далеко не всегда может разобраться в действиях врачей и медицинских работников, в их последовательности. Доступ к необходимой документации имеется в основном только у лечащих врачей или в больницах. Это типичная «информационная дыра» осложняет бремя доказывания пациента и «играет на руку врачам или больницам». С другой стороны, не каждое происшествие, даже повлекшее наиболее тяжкие последствия, является врачебной ошибкой. Тело человека, его органы и функции — в том числе и во время лечения — зачастую непредсказуемы. Даже самая прекрасная документация порой может и не доказать, что имело место — ошибка врача или удар судьбы.

Указанные проблемы требуют обращения к конституционно закреплённому принципу равноправия сторон в процессе. Облегчения бремени доказывания, предоставленные потерпевшему, необходимо рассматривать именно на этом фоне. Особую роль, следовательно, приобретают «грубые ошибки в лечении» и «нарушения долга разъяснения». Помимо этого в сложной процессуальной ситуации важнейшее значение приобретает право пациента на просмотр документов о его лечении.

В случае иска о нарушении долга разъяснения бремя доказывания ложится на врача. Разъяснение является необходимым условием разрешения, которое должен дать пациент для оказания ему медицинского вмешательства, и имеет с точки зрения доказательства характер оправдания¹. Свои полномочия (разрешение) на медицинское вмешательство в защищаемую правом ценность должен доказывать врач.

¹ Согласно немецкому праву, любое медицинское вмешательство уголовно нака-

В ряде решений Верховный суд ФРГ выразил свое мнение по поводу необходимого объема закрепления осуществленного разъяснения в целях доказывания. В принципе ни разрешение, ни разъяснение не подлежат заключению в какую-либо обязательную форму. На усмотрение врача предоставляется выбор: в какой форме он разъясняет все необходимые аспекты медицинского вмешательства и каким образом закрепляет это как доказательство. К разъяснению как к доказательству не должны предъявляться чрезмерные требования. Необходимой признается только понятное и точное взвешивание фактических обстоятельств. Письменный протокол разговора по разъяснению можно только посоветовать. Но его отсутствие не должно ставить врача в невыгодное положение относительно доказывания.

С другой стороны, недостаточным является исполнение долга разъяснения в случае передачи врачом пациенту определенных письменных данных, сведений, так как это противоречит смыслу разъяснения, суть которого заключается именно в личном разговоре врача и пациента, диалог между ними не должен быть формально-бюрократическим. Тем не менее письменные заключения применяются для разъяснения все чаще. В основном это связано с опасениями возможных процессов и с хронической нехваткой времени у медицинских работников. Однако их возможности как доказательства по различным причинам зачастую низки.

Так, общее разрешение на проведение лечения без конкретного наименования планируемой терапии или проводимого диагностического вмешательства недействительно. Разрешения, в которых обозначен вид медицинского вмешательства и далее указано, что пациенту разъяснена его сущность, риски, побочные явления и шансы на успех, также не являются доказательством надлежащего разъяснения. Недостаточны и заявления пациентов о том, что вид лечения они оставляют на усмотрение врача. Дело в том, что из подобных документов не следует, как и в каком объеме проведено разъяснение. Каждый текст, не содержащий индивидуальных признаков, должен быть признан недостаточным в качестве доказательства. Даже подробное письменное заключение не докажет, что врач разъяснил пациенту объем существенного в его случае риска. Если врач что-то вписывает в текст от руки, пациент на процессе часто пробует доказать, что в момент разъяснений этой записи не было.

зуемо, если пациент не дал на него четко выраженного разрешения. Разрешение может быть получено только в результате разъяснения. — Прим. перев.

Чтобы разрешение было действительным, пациент должен быть информирован в общих чертах обо всех относящихся к лечению фактах, постараться понять их; чем точнее и подробнее письменное заключение, тем ниже вероятность, что пациент разобрался в его содержании. Оно может служить основой для разговора и передаваться пациенту только после уже состоявшейся беседы. Идеальным разъяснением можно считать подробный разговор, содержание которого фиксируется хронологически в лечебной документации. В зависимости от обстоятельств можно пригласить еще одного врача как свидетеля. В особых случаях можно включить магнитофон. Но использование электронной техники содержит некоторые опасности. Записи даже спустя несколько лет могут быть подделаны так, что установить это невозможно, поэтому вес их как доказательств невелик.

Верховный суд ФРГ разъяснил, что пациент не может без объяснения причин заявить, что он отклонил операцию после разъяснения ему врачом типичных рисков. Он должен объяснить, почему он принял такое решение, если обычно пациенты в таких ситуациях с данными рисками смиряются.

Если врач пытается доказать, что вред наступил бы и при отсутствии согласия пациента или же в случае непроведения операции, он должен это доказать.

В случаях якобы исполнения долга разъяснения врач должен доказать, что в момент дачи согласия и в момент операции пациент обладал соответствующей информацией. В свою очередь, пациент обязан доказать, что ухудшение его здоровья, связанное с медицинским вмешательством, проистекает из нарушения долга разъяснения. В случае отзыва пациентом своего согласия, он несет бремя доказывания.

В ситуации конфликта с пациентом адвокат должен посоветовать своему клиенту следующее: врач обязан использовать во время процесса хорошо подготовленные записи; свидетелям, наоборот, лучше на записи не полагаться, так как это с процессуальной точки зрения может быть расценено как давление на свидетелей.

Врачам или клиникам следует посоветовать добровольно выдавать пациенту все касающиеся дела документы или ксерокопировать их, иначе существует опасность, что будет возбуждено уголовное дело, в рамках которого у адвоката пациента появится возможность истребовать все документы. В случае добровольной доставки документов пациенту врач по крайней мере будет знать, какие факты в руках у пациента. Даже если

дело дошло до уничтожения актов в ходе уголовного процесса, все равно адвокату врача стоит договориться с чиновниками о добровольной выдаче актов, чтобы предотвратить их фактическое изъятие.

Стоит также предупредить, что подделывать или изменять документацию не следует. Подделки очевидны и могут привести к изменению распределения бремени доказывания. В случае если документация дополняется после медицинского вмешательства, происшедшего недавно, стоит указать дату дополнения актов. Данное дополнение признается судебной практикой. В случае назревания конфликта имеет смысл сразу оповестить страховую компанию. Кроме того, врачам нужно посоветовать обратиться к адвокату, работающему исключительно на них, а не на страховую компанию, хотя эти расходы страховка не покрывает.

Обычно удается предотвратить вовлечение врача в процесс, но если до процесса дошло, существенно снижается имидж врача, несмотря на то что 2/3 процессов выигрывают врачи. Поэтому им следует обращать большее внимание на превентивные меры и чаще прибегать к ним: посещать курсы повышения квалификации, развивать адекватные организационные структуры, подобрать соответствующие кадры, проводить регулярно неожиданные проверки, вести документацию надлежащим образом и посвящать пациента в процесс лечения путем подробного разъяснения.

Перевод А.А. Рёрихт

Раздел III

НОВЫЕ МЕДИЦИНСКИЕ ТЕХНОЛОГИИ, БИОЭТИКА И ПРАВО

Современное развитие биологии, генетики, медицины и других наук дает возможность использовать все более совершенные лекарства для спасения жизни людей, вводить в оборот чуть ли не ежедневно новые фармацевтические средства, разрабатывать и широко внедрять новые технологии и тем самым повышать продолжительность жизни человека. В то же время они порождают ряд острейших проблем, решить которые невозможно лишь с помощью правовых инструментов и традиционной логики юристов. К числу их относятся клонирование, ксенотрансплантация, использование эмбрионов в научных медико-биологических исследованиях и др. Масштабное обсуждение перечисленных и иных вопросов на страницах общей и специальной печати, высказывания врачей, юристов, религиозных и политических деятелей приводят к необходимости выделить при изучении медицинского права специальный раздел о новых технологиях и биоэтических аспектах здравоохранения.

О.А. Хазова

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПРИМЕНЕНИЯ ВСПОМОГАТЕЛЬНЫХ РЕПРОДУКТИВНЫХ ТЕХНОЛОГИЙ В РОССИИ¹

1

Возможности зарождения человеческой жизни вне человеческого организма, замораживания половых клеток и эмбрионов, зачатия детей после смерти их родителей, изменения генетических характеристик на ранних стадиях развития эмбриона, создания эмбрионов в терапевтических и исследовательских целях — это лишь некоторые из тех вопросов, которые возникают в результате новейших достижений в области биомедицины.

Все более широкое применение на практике методов искусственной репродукции человека ставит перед юристами во всем мире, и Россия в этом отношении не является исключением, целый комплекс трудноразрешимых этико-правовых проблем. При этом, по мере прогресса в области биологии и медицины возникают все более сложные вопросы, которые настоятельно требуют своего разрешения. С большинством из них человечеству никогда прежде не приходилось сталкиваться и их решение связано с необходимостью выработки принципиально новых подходов.

¹ Данная статья является частью исследования по проекту «Проблемы семейного права и новые репродуктивные технологии», проведенного при поддержке Института «Открытое общество» (Фонд Сороса), Россия. Автор выражает глубокую признательность Фонду за оказанную финансовую помощь.

Несмотря на то что в России методы вспомогательной репродукции применяются уже на протяжении достаточно длительного времени, говорить о наличии у нас в стране надлежащим образом разработанной правовой базы не приходится. Большинство правовых вопросов, возникающих в этой связи, до сих пор не урегулировано в российском праве. Действующие правовые нормы в известной степени фрагментарны, затрагивают лишь отдельные аспекты возникающих проблем, многие из существующих положений спорны по существу или противоречат друг другу. Более того, в отечественной юридической литературе практически не существует теоретических исследований правовых проблем, связанных с достижениями биомедицины в области лечения бесплодия. Пожалуй, вся библиография по теме на русском языке сведется к нескольким статьям и отдельным главам в книгах¹. Не выработано соответственно и никакой позиции по наиболее принципиальным вопросам. При этом сложность заключается в том, что большинство проблем, возникающих в этой области, продолжает оставаться дискуссионным и в мировой юридической теории и практике.

2

¹ Афанасьева Е.Г. У истоков человеческой жизни: Правовые аспекты. — М., 1994; Биоэтика: принципы, правила, проблемы / Отв. ред. и составитель Б.Г. Юдин. — М., 1998. — С. 120—153; Введение в биоэтику: Учеб. пособие / Под ред. Б.Г. Юдина и П.Д. Тищенко. — М., 1998. — С. 222—240; Дргонец Я., Холлендер П. Современная медицина и право. — М., — 1991. — С. 161 и след.; Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. — М., 2000. — С. 183—186; Корсак В.С., Аншина М.Б., Исакова Э.В., Каменецкий Б.А., Черников С.Н. Вспомогательные репродуктивные технологии: Юридические аспекты // Проблемы репродукции. — 1998. — № 5. — С. 25—26.; Корсак В.С., Исакова Э.В., Воробьева О.А., Цирюльников М.В., Аржанова О.Н. Первый в России опыт осуществления программы суррогатного материнства // Проблемы репродукции. — 1996. — № 2. — С. 45—46.; Курило Л.Ф. Некоторые морально-этические проблемы репродукции человека // Биомедицинская этика / Под ред. В.И. Покровского. — М., 1997. — С. 151—171; Литвинова Г.И. Правовые аспекты искусственного оплодотворения // Сов. государство и право. — М., 1981. — № 9.; Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве. — М., 1995. — С. 92—103; Рубанов А.А. Генетика и правовые вопросы материнства в законодательстве и судебной практике стран Запада // Политические системы, государство и право в буржуазных и развивающихся странах: Тенденции и проблемы. — М., 1988. — С. 117—120; Хазова О.А. Репродуктивные права в России: Пределы законодательного регулирования // Конституционное право. Восточноевропейское обозрение. — М., 2000. — № 4 (33). — С. 15—24.

Одна из таких нерешенных эτικο-правовых проблем заключается в том, кто и при каких условиях может иметь доступ к методам вспомогательной репродукции¹: только ли женщина или в равной мере мужчина; только ли женщина фертильного возраста или речь может также идти о женщинах более старшего возраста; только ли лица, состоящие в браке, или в равной мере «фактические супруги», как быть в этой ситуации с однополыми парами; необходимо ли для этого наличие медицинских показаний и если «да», то как трактовать само понятие «медицинские показания». Можно ли говорить в этой связи о праве каждого человека независимо от пола, брачного статуса и других обстоятельств иметь своего ребенка, коль скоро уровень медицины позволяет ставить вопрос таким образом? Как в этой связи следует толковать п. 2 ст. 7 Конституции РФ о государственной поддержке материнства и отцовства? Ответа на все эти вопросы в российском праве на сегодняшний день нет.

По существу единственная норма, предусмотренная действующим российским законодательством и непосредственно касающаяся рассматриваемого вопроса, — это ст. 35 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан 1993 г.² Данная статья закрепляет право каждой совершеннолетней женщины детородного возраста «на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона». Аналогичной нормы, закрепляющей право мужчины на доступ к методам вспомогательной репродукции, в российском праве не существует. Означает ли это, что мужчина в случае бесплодия лишен возможности обратиться в медицинское учреждение по лечению бесплодия? Думается, что с полной уверенностью от-

¹ К методам вспомогательной репродукции (новым репродуктивным технологиям), применяемым при лечении бесплодия как у мужчин, так и женщин, в самом общем виде, как правило, относят: 1) искусственную инсеминацию женщины спермой мужа или донора; 2) экстракорпоральное оплодотворение (оплодотворение «вне тела» — *in vitro*) с последующим переносом (трансплантацией) эмбриона женщине; 3) вынашивание эмбриона (плода) суррогатной матерью. Необходимо сделать ряд пояснений относительно используемой в законодательстве медицинской терминологии. Искусственное оплодотворение, о котором идет речь в Основах и Семейном кодексе, охватывает несколько различных медицинских технологий: искусственную инсеминацию, экстракорпоральное оплодотворение и введение сперматозоида непосредственно в яйцеклетку (методом микроманипуляции — ИКСИ). Имплантация эмбриона означает медицинскую процедуру по переносу эмбриона в полость матки и последующий естественный процесс внедрения эмбриона в слизистую оболочку матки (в эндометрий).

² Далее — «Основы». Один из аспектов проблемы затронут также в Семейном кодексе РФ (п. 4 ст. 51), о чем речь пойдет ниже.

вет на этот вопрос может быть дан отрицательный. Едва ли при формулировании данного положения ставилась цель ограничить права мужчин в этом отношении: к этому нет никаких объективных оснований, и, кроме того, методы лечения мужского бесплодия уже давно широко применяются на практике. Скорее всего в данном случае «сработал» автоматизм, предполагающий, что и в случае мужского бесплодия в медицинское учреждение обращается не один мужчина, а супружеская пара, и, следовательно, предполагающий обязательное наличие у такого мужчины жены или какой-то определенной женщины, в отношении которой и будут применяться те или иные методы лечения бесплодия. Подтверждением этому является то обстоятельство, что в Инструкции по применению «метода экстракорпорального оплодотворения и переноса эмбриона в полость матки для лечения женского бесплодия» (курсив мой. — О.Х.) в качестве показаний к применению данного метода названо, в том числе в качестве самостоятельного пункта, и мужское бесплодие¹.

Очевидно, можно также с уверенностью сказать, что в начале 90-х годов, когда велась работа над проектом Основ, вопрос о праве мужчины на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона и необходимости защиты его интересов в этой области наравне с женщинами всерьез не обсуждался (если он вообще ставился в таком ракурсе), и никакие соображения гендерной симметрии в то время не принимались в расчет². Стремительное развитие медицины последних лет значительно опережает наши представления о возможных социальных последствиях тех или иных достижений, и хотя, строго говоря, с точки зрения формального равенства «автоматический» взгляд на проблему бесплодия «через призму женщины» являлся неверным с самого начала, только сейчас он начинает приобретать практическое значение. Дело заключается в том, что с внедрением в практику суррогатного материнства вопрос о доступе мужчин к методам вспомогательной репродукции наравне с женщинами перестает быть умозрительным и приобретает совершенно

¹ Утверждена Приказом Минздрава № 301 от 28.12.93.

² Гендерное, или социокультурное, равенство (от англ. слова «gender», обозначающего пол в социальном смысле, в отличие от «sex», обозначающего пол в физиологическом смысле) является составной частью общего принципа равенства как принципа демократического построения общества. См. об этом подробнее, например: Гендерная экспертиза российского законодательства / Отв. ред. Л.Н.Завадская. — М.: БЕК, 2001; Баллаева Е.А. Гендерная экспертиза законодательства РФ: Репродуктивные права женщин в России. — М., 1998.

реальные очертания. В качестве примера достаточно привести случай, обошедший практически все ведущие западные газеты, об однополый мужской паре, для которой суррогатная мать вынашивала ребенка¹.

Статья 35 Основ говорит о праве женщин «детородного возраста» на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона. Использование в данном контексте термина «детородный возраст» также едва ли означает, что в момент разработки законопроекта имелась цель ограничить в этом отношении права женщин более старшего возраста. Скорее всего это объясняется тем, что возможность иметь ребенка до недавнего времени в принципе считалась ограниченной определенным возрастом (48–50 лет). Сейчас этот физиологический барьер не является абсолютно непреодолимым, и искусственное оплодотворение *in vitro* в отношении женщин, перешагнувших естественный возрастной рубеж, уже производится в клиниках по лечению бесплодия. Однако в этой связи возникает вопрос, в какой мере это соотносится с интересами ребенка, который родится у такой женщины; какова вероятность того, что такая мама, будучи уже в столь немолодом возрасте, просто не успеет вырастить своего ребенка². Является ли это обстоятельство убедительным основанием для ограничения прав женщин, находящихся в периоде постменопаузы, на доступ к новым репродуктивным технологиям? Видимо, следует согласиться с мнением о том, что главную роль в решении данного вопроса должны играть господствующие в обществе взгляды на права человека, а не какие-нибудь другие соображения, тем более что число подобного рода случаев едва ли будет значительным³.

В российской юридической литературе отмечалось, что «в нашей стране искусственное зарождение детей» допустимо только по медицинским показаниям при условии стойкого бесплодия, болезни супругов, опасности естественного способа рождения для здоровья матери или ребенка; женщине (или супружеской паре), «способной к естественному

¹ См., например: *Gardian*. —L., 1999. — 2. Sept. — P.7. Зимой 2000 г. российские средства массовой информации (новости НТВ) сообщили, что у этой пары родилась двойня (мальчик и девочка).

² По этому поводу следует заметить, что, хотя в принципе возможность утраты родительского попечения вследствие болезни или даже смерти родителей существует всегда, эта вероятность тем выше, чем старше родители ребенка, тем более если речь идет о матери старше 50 лет.

³ Е.Г.Афанасьева Е.Г. Указ. соч. — С. 5.

рождению детей... эта операция не проводится»¹. Однако Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан не обуславливают право женщины обратиться в медицинское учреждение по лечению бесплодия наличием медицинских показаний; соответствующая оговорка появляется только в инструкции Минздрава². Едва ли найдется много желающих проходить через мучительные и часто рискованные процедуры, связанные с применением методов вспомогательной репродукции, без крайней необходимости, если для этого нет абсолютных медицинских показаний. Тем не менее ситуации, когда в клинику по лечению бесплодия обратится женщина, не имеющая формальных медицинских показаний для применения того или иного метода вспомогательной репродукции, в реальной жизни в принципе вполне возможны. Должно ли ей быть отказано в предоставлении этой медицинской услуги? Возможно ли расширительное толкование понятия «медицинские показания», и могут ли они включать какие-либо психологические компоненты, связанные в том числе с так называемой «нетрадиционной» сексуальной ориентацией? Представляется, что позиция законодателя по этому вопросу должна быть выражена более определенно³.

Что касается собственно медицинских показаний, как они определяются в названных выше нормативных документах Минздрава, то они сформулированы недостаточно четко и последовательно, а иногда содержат прямо противоречащие друг другу положения. Так, например, в соответствии с Инструкцией по применению метода искусственной инсеминации женщин спермой донора по медицинским показаниям показания к проведению данного метода охватывают как случаи женского, так и мужского бесплодия, а также «неблагоприятный медико-генетический прогноз в отношении потомства». В Инструкции по применению метода экстракорпорального оплодотворения и переноса эмбрионов в полость матки для лечения женского бесплодия в качестве показания к применению данного метода названо также и мужское бесплодие. Однако неблагоприятные

¹ Малеина М.Н. Указ. соч., — С. 95.

² В данном случае речь идет об Инструкции по применению метода искусственной инсеминации женщин спермой донора по медицинским показаниям, утвержденной названным выше приказом Минздрава № 301. См. об этом выше.

³ В проекте новой инструкции, разработанной недавно Минздравом РФ, по существу предлагается снять какие бы то ни было ограничения в этом отношении, поскольку в качестве одного из показаний для проведения искусственной инсеминацией спермой донора со стороны женщины предусматривается отсутствие полового партнера.

гоприятный медико-генетический прогноз в отношении потомства уже не фигурирует здесь в качестве показаний. Наоборот, наличие в анамнезе наследственных заболеваний и рождение ранее у одного из родителей детей с заболеваниями, наследуемыми сцепленно с полом, рассматриваются как противопоказания к применению данного метода вспомогательной репродукции.

Последнее из приведенных положений представляется в настоящее время весьма дискуссионным, если не абсурдным, так как преимплантационная диагностика, проводимая в процессе оплодотворения *in vitro*, позволяет выбрать «здоровый» эмбрион, не имеющий дефектных генов. Возможно, это является основанием для того, чтобы при пересмотре данных инструкций (а такая необходимость уже давно назрела) некоторые из названных в них противопоказаний перевести, наоборот, в разряд «показаний» к применению методов вспомогательной репродукции.

Относительно того, кто имеет право доступа к методам вспомогательной репродукции, также существует противоречие между Основами, которые, как уже было отмечено, признают такое право за каждой совершеннолетней женщиной детородного возраста независимо от ее брачного статуса, и Семейным кодексом РФ, который в статьях, регламентирующих порядок записи родителей ребенка в свидетельстве о рождении (п. 4 ст. 51) и оспаривание

отцовства и материнства (п. 3 ст. 52), использует термин «супруги» или «лица, состоящие в браке». Означает ли это, что, по замыслу законодателя, права лиц, не состоящих в браке между собой, на допуск к новым репродуктивным технологиям должны быть ограничены и что лица, не состоящие в браке, не подпадают под действие этой статьи?

Исходя из буквального толкования нормы Семейного кодекса, ответ на этот вопрос должен быть дан утвердительный. Однако сразу же следует заметить, что данная формулировка СК отнюдь не принадлежит к числу самых удачных. Оставляя в стороне в данном контексте вопрос о ее несоответствии другому федеральному закону, правомерность закрепленных в ней положений весьма сомнительна с точки зрения их соответствия Конституции РФ и провозглашенных в ней гарантий соблюдения прав человека, а следовательно, — его репродуктивных прав и прав на родительство в частности. Дело заключается в том, что п. 4 ст. 51 СК не только ограничивает право лиц, не состоящих в браке, на допуск к новым методам вспомогательной репродукции (причем даже если они стра-

дают заболеваниями репродуктивной сферы, являющимися причиной бесплодия), но и право граждан, у которых появились дети в результате применения этих новых методик, быть записанными в книгах регистрации актов гражданского состояния родителями своих детей. Думается, что какие бы то ни было дополнительные комментарии по этому поводу излишни. На практике, например, уже встречаются случаи, когда отделы ЗАГС отказывают лицам, не состоящим между собой в браке, в регистрации ребенка, рожденного «для них» суррогатной матерью¹.

Возможно, по поводу анализируемого положения ст. 51 СК и возникающих в связи с ним проблем можно было бы высказать следующее соображение. Наличие в СК статьи (а также соответствующей статьи в Законе об актах гражданского состояния), регулирующей порядок записи в книге записей рождений родителей ребенка, появившегося на свет в результате применения методов вспомогательной репродукции, только в отношении лиц, состоящих в браке, само по себе не означает, что по отношению к лицам, не состоящим в браке, существует в этой связи какой бы то ни было запрет. Такого запрета в российском законодательстве нет. Поэтому в данном случае речь должна скорее идти о существовании пробела в праве и о возможности применения аналогии закона. Вместе с тем, безусловно, наличие такого пробела как следствия неудачной или неправильной формулировки приводит, как показывает практика, к трудноразрешимым проблемам и к грубым нарушениям прав граждан.

Многое при выработке подходов к решению вопроса о доступе к новым репродуктивным технологиям зависит от того, как мы понимаем собственно применение методов вспомогательной репродукции. Если мы понимаем это как «имитацию естественного зачатия», правомерной может представляться возможность применения данных методов только в отношении гетеросексуальных пар². Однако в равной степени трактовка вспомогательной репродукции как «имитации естественного зачатия» может также означать, что мы должны признать за каждым человеком

¹ По информации, любезно предоставленной адвокатом Санкт-Петербургской городской коллегии адвокатов С.Н. Черниковым.

² Novaes S.B., Salem T. Embedding the Embryo // The Future of Human Reproduction / Ed. By J. Harris and S. Holm. — Oxford, 1998. — P.103. В упомянутой работе вспомогательная репродукция, понимаемая как «имитация естественного зачатия», обсуждается с точки зрения возможности применения данных методов, когда одного из супругов уже нет в живых. Этот аспект проблемы при всей его важности несколько выходит за рамки темы данной статьи, как она сформулирована в названии, и поэтому здесь не рассматривается.

право свободного доступа к методам вспомогательной репродукции. В противном случае мы можем вторгнуться в репродуктивную свободу человека и его право определять самому свое репродуктивное поведение, поскольку в обычной жизни и мужчины, и женщины при осуществлении своих репродуктивных прав не испрашивают какого-либо специального разрешения и не подлежат «лицензированию» как будущие родители¹. К счастью, закон не предусматривает никаких ограничений права человека иметь детей и не содержит никаких указаний, иметь ли ему их в браке или вне брака². Поэтому одинокая женщина не должна получать разрешение на то, чтобы завести ребенка вне брака; одинокий мужчина вправе воспитывать своего ребенка один, если по какой-либо причине ребенок остался без матери.

Пожалуй, единственное ограничение, которое могло бы показать-ся разумным в рассматриваемой связи, — это наличие медицинских показаний к применению методов вспомогательной репродукции. Назначение методов вспомогательной репродукции, безусловно, заключается в первую очередь в преодолении бесплодия или проблем, связанных с определенными генетическими характеристиками (например, наследственными заболеваниями, сцепленными с полом). Однако, оставляя в стороне собственно медицинские аспекты проблемы, если мы ограничим доступ к репродуктивным технологиям строго медицинскими показаниями (даже при самом широком толковании этого термина), мы все равно с большой долей вероятности рискуем вторгнуться в репродуктивную свободу человека, его право самому «принимать решения по вопросам, касающимся репродуктивного поведения»³. Существуют ли какие-нибудь убедитель-

¹ Harris J. Rights and Reproductive Choice // The Future of Human Reproduction. — Op. cit. — P. 6—7.

² Напомню, что дети, рожденные вне брака, при условии, что их происхождение было установлено в предусмотренном законом порядке, имеют такие же права и обязанности по отношению к своим родителям, какие имеют дети, родившиеся от лиц, состоящих между собой в браке (ст.53 СК).

³ В течение последнего времени репродуктивные права получили широкую поддержку в целом ряде международных документов и договоров по правам человека. В частности, значительное внимание репродуктивным правам уделено в итоговых документах, принятых на Международной конференции по народонаселению и развитию (Каир, 1994) и на четвертой Всемирной конференции по положению женщин (Пекин, 1995). В соответствии с Платформой действий, принятой на Пекинской конференции, репродуктивные права базируются на «основополагающем праве всех супружеских пар и индивидуумов свободно принимать ответственные решения относительно количества своих детей, интервалов меж-

ные основания для того, чтобы отказать женщине в доступе к процедуре искусственной инсеминации спермой донора на том основании, что у нее нет никаких медицинских показаний к проведению данной процедуры, если она по какой-то причине предпочитает этот «способ зачатия» естественному (например, если она не имеет полового партнера)¹? При всем своем желании, я не могу придумать ни одного довода, который прозвучал бы достаточно убедительно. А если таких оснований не существует в отношении метода искусственной инсеминации, каким образом мы сможем обосновать ограничение в доступе к иным видам вспомогательной репродукции?² По всей видимости, мы должны признать право свободного доступа к новым репродуктивным технологиям за каждым человеком, безотносительно от наличия у него нарушений репродуктивной сферы, коль скоро современный уровень медицины позволяет ставить вопрос таким образом. Однако в таком случае мы должны будем признать в равной мере и право мужчины на доступ к новым методикам, в частности программе суррогатного материнства, какой бы абсурдной нам ни показалась сейчас такая постановка вопроса. Напомню, что подобного рода практика уже начала получать известное распространение на Западе, и хотя у нас в стране пока неизвестны случаи обращения мужчин в клинику по лечению бесплодия, по-видимому, это только вопрос времени.

В условиях биотехнологического прогресса, свидетелями которого мы являемся, проблема соблюдения прав человека требует самого пристального внимания. «С успехами мировой цивилизации... идеи свободы личности, первичности прав человека приобретают еще более важное значение»³. При этом грань, которая проходит между тем, что может быть предметом государственного регулирования, и тем, что относится к

ду их рождением и времени их рождения и располагать для этого необходимой информацией и средствами, праве достигать высших стандартов сексуального и репродуктивного здоровья», включая «их право принимать решения по вопросам, касающимся репродуктивного поведения в условиях отсутствия дискриминации, принуждения и насилия».

¹ Хочется верить, что таких женщин будет немного, хотя подход к решению этого вопроса не должен определяться по количественному критерию.

² Разумеется, необходимо иметь в виду, что применение методов вспомогательной репродукции обычно сопряжено с болезненными, мучительными, часто рискованными и чреватыми негативными последствиями для здоровья женщины процедурами.

³ Топорнин Б.Н. Вступительная статья // Конституция Российской Федерации. Комментарий / Под общ. ред. Б.Н. Топорнина, Ю.М. Батурина, Р.Г. Орехова. — М.: Юрид. лит., 1994. — С. 10–11.

сугубо частной жизни каждого человека, в такой деликатной области, как репродуктивные права, является особенно тонкой. Общество, в котором права человека имеют приоритетное значение, неизбежно рано или поздно вынуждено будет прийти к необходимости уважать чужой «репродуктивный выбор», каким бы неприемлемым он традиционно ни считался. Если мы признаем этот тезис, мы должны будем признать и право на доступ к новым репродуктивным технологиям любого человека или пары независимо от их «репродуктивных вкусов».

Однако здесь, по всей видимости, мы должны в наших рассуждениях сделать остановку. Это именно тот момент, когда право каждого человека на свободный репродуктивный выбор, на свободное репродуктивное поведение, на свободный доступ к методам вспомогательной репродукции, право каждого человека иметь ребенка — одна из главных составляющих репродуктивных прав граждан, может «столкнуться» с правом самого ребенка знать своих родителей, жить и воспитываться в семье, а также нашим обязательством уделять первоочередное внимание наилучшему обеспечению интересов детей¹. Вместе с тем с учетом того распространения, которое получают в последнее время на Западе союзы однополых пар и так называемые «зарегистрированные партнерства», на этот вопрос на сегодняшний день также нет однозначного ответа.

3

Значительное количество нерешенных этико-правовых проблем связано также с использованием так называемого суррогатного материнства, или услуг «вынашивающей матери», часть из которых может быть рассмотрена в аспекте правового регулирования доступа к методам вспомогательной репродукции.

Термин «суррогатное материнство», используемый в российском законодательстве, охватывает лишь «полное» суррогатное материнство, когда яйцеклетка, оплодотворенная *in vitro*, переносится в тело женщины — суррогатной матери, которая является генетически посторонней будущему ребенку. Российское право, в отличие от принятого в праве стран Запада, не проводит дифференциации между полным, или «гестационным» («вынашивающим» — *gestational*), и частичным, или «тради-

¹ См.: ст. 54 Семейного кодекса РФ, ст. 3 и 7 Конвенции ООН о правах ребенка 1989.

ционным», суррогатным материнством. В последнем случае фактически происходит всего лишь искусственная инсеминация женщины, которая вынашивает генетически «своего» ребенка и после родов передает его «родителям-заказчикам»¹. В частности, с таким «традиционным», или частичным, суррогатным материнством был связан один из первых громких скандалов на Западе, разразившийся в связи с известным «делом Бэби М.» (1988), в котором суррогатная мать, в отношении которой была произведена процедура искусственной инсеминации и которая согласилась выносить ребенка для супружеской пары, в которой жена страдала бесплодием, отказалась после родов передать им ребенка². Что касается российского законодательства, то, как уже было отмечено, Семейный кодекс в статье, регулирующей порядок записи родителей ребенка, рожденного суррогатной матерью, говорит об имплантации «эмбриона другой женщине в целях его вынашивания». Это означает, что в нашем законодательстве не предусмотрена возможность использования метода «частичного» суррогатного материнства.

Российское законодательство исходит из того, что матерью ребенка является именно та женщина, которая его родила (ч. 2 п. 4 ст. 51 СК). При разработке соответствующих положений СК ставилась цель последовать лучшим правовым решениям, существующим в этом отношении в зарубежных странах, и тем рекомендациям, которые были сделаны в свое время экспертной группой Совета Европы³. Напомню, что СК допускает возможность записи других лиц, которые дали свое согласие на имплантацию эмбриона суррогатной матери и для которых она вынашивала этого ребенка, только при условии согласия последней. Предоставленное суррогатной матери право оставить ребенка у себя — один из немногих правовых механизмов, который позволяет в опреде-

¹ Ethical Issues in Modern medicine. — 5th ed. // Ed. by J.D. Arras and B. Steinbock. — California, 1999. — P.407–444; Garrison M. Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of legal Parentage // Harvard Law Review. — 2000. — P. 835.

² Рубанов А.А. Генетика и правовые вопросы материнства в законодательстве и судебной практике стран Запада // Политические системы, государство и право в буржуазных и развивающихся странах: Тенденции и проблемы. — М., 1988. — С. 117–120; Bioethics: Health Care Law and Ethics. — 3d ed. // B.R. Furrow, Th.L. Greaney, S.H. Johnson, et al. — St.Paul (Minn.). — 1997. — P. 93–134.

³ Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. — М., 2000. — С. 183–186; Council of Europe. Human Artificial Procreation. — Strasbourg, 1989. — Principles 14–15.

ленной степени избежать злоупотреблений, связанных с использованием этого метода.

Известно, что отношение в мире к суррогатному материнству отнюдь не однозначное. Есть страны, в которых предоставление услуг вынашивающей матерью либо вообще запрещено, либо эта возможность серьезно ограничена.¹ Вместе с тем во многих ситуациях суррогатное материнство — это единственный способ для бесплодной пары приобрести генетически «своего» ребенка, и запрет применения этого метода лишит их такой возможности полностью. Кроме того, учитывая, что институт суррогатного материнства получает все большее распространение и у нас в стране, и на Западе, а также расширившиеся возможности так называемого «туризма с целью произведения потомства»², введение серьезных ограничений на использование этого метода, а тем более полного запрета, едва ли поможет решить возникающие в этой связи проблемы. Скорее наоборот, это может привести к нелегальному использованию данного метода и, соответственно, к еще большим нарушениям, в первую очередь самими женщинами, которые решились выносить ребенка для других лиц. Как представляется, не решает проблему и ограничение возможности использовать суррогатное материнство кругом только близких родственников или друзей. Зарубежная практика показывает, что это не является надежной гарантией от возникновения конфликтных ситуаций и судебных споров.

Одним из основных аргументов противников суррогатного материнства является то, что этот способ ведет к эксплуатации женщины. Следует признать, что такая угроза действительно существует, особенно если женщина — суррогатная мать идет на программу суррогатного материнства, не вполне отдавая себе отчет (или совсем не отдавая себе отчет) в том, какими негативными последствиями для ее здоровья может быть чревато применение данного метода.

Поэтому, возможно, наиболее действенным средством, позволяющим предупредить эксплуатацию и принуждение в отношении женщины, собирающейся выступить в роли суррогатной матери, является ее максимально полное информирование о сути процедуры, всех тех рисках

¹ Field M. Surrogate Motherhood. The Legal and Human Issues. — Cambridge (Mass.), 1990.

² Morgan D. Procreative Tourism // New Law Journal. — 1994. — Vol. 144. — N 6631. — P. 44.

и возможных осложнениях, с которыми связана эта методика. Возможно, в данном случае степень информированности суррогатной матери должна быть более высокой, чем это принято в отношении «обычных» пациентов, например при пересадке эмбриона женщине, которая будет вынашивать ребенка для себя. В практике Санкт-Петербургского центра ЭКО ни одна из женщин, имевших только материальный интерес в желании выступить в роли суррогатной матери, не стала участвовать в программе после того, как ей была предоставлена полная информация¹. Безусловно, «недопустимо, чтобы врач использовал свои знания и положение для убеждения пациентов принять то или иное решение»². Однако при принятии столь ответственного решения, чреватого серьезными последствиями для здоровья женщины, степень опасности которых женщина в силу профессиональной неподготовленности не может адекватно оценить, тем более если это усугубляется соблазном материального вознаграждения, ее осведомленность о сути программы суррогатного материнства должна быть такой, которая сделала бы ее согласие действительно информированным. Может быть, поэтому «здоровая инъекция патернализма» со стороны специалиста, консультирующего по вопросу о методе суррогатного материнства и всех связанных с ним последствиях и рисках, является именно одним из способов, который позволяет предупредить возможные злоупотребления в отношении женщины, собирающейся выступить в роли суррогатной матери³.

Если женщина дает свое согласие на участие в программе суррогатного материнства осознанно, обладая всей необходимой информацией для принятия адекватного решения, едва ли есть серьезные основания опасаться ее эксплуатации. Принципиально важно при этом очень тщательно подходить к подбору будущей суррогатной матери, для того чтобы по возможности исключить возникновение в будущем каких-либо конфликтов между родителями ребенка и его суррогатной матерью. Целесообразно при этом руководствоваться не только состоянием здоровья суррогатной матери, но и ее социальным статусом, наличием своей собственной семьи и детей, относительно благополучным материальным по-

¹ Корсак В.С., Исакова Э.В., Воробьева О.А., и др. Первый в России опыт осуществления программы суррогатного материнства // Проблемы репродукции. — М., 1996. — № 2. — С. 45 и след.

² Там же.

³ Freeman M. Does Surrogacy Have a Future After Brazil? // Medical law review. — 1999. — Vol. 7, Spring. — P. 1–20.

ложением. Существуют самые различные причины, по которым женщина может решиться на вынашивание ребенка для других лиц, и гуманные, альтруистические мотивы далеко не всегда находятся на последнем месте. Кстати, опросы суррогатных матерей, проведенные в США, показали, что часто мотивация решения оказать содействие бесплодной паре и выносить для нее ребенка обусловлена чувством вины из-за сделанного в прошлом аборта¹. Но даже если материальный стимул является основным, он не единственный, гуманные соображения в той или иной степени должны присутствовать обязательно.

Что же касается такого сложного вопроса, как оплата «услуг» суррогатной матери, то едва ли, при условии соблюдения названных выше условий, выплата женщине, вынашивающей ребенка, определенной «компенсации», имеющая целью покрыть понесенные ею расходы, неполученный заработок, компенсировать, хотя бы отчасти, все те неудобства, мучения и риски, которые связаны с беременностью и родами, должна быть истолкована как коммерческое использование суррогатного материнства и эксплуатация женщины. Скорее, наоборот, отсутствие такой компенсации только осложнит положение суррогатной матери. Едва ли нам удастся убедить женщин в том, что «выплата им денег усугубляет их эксплуатацию, когда здравый смысл говорит им обратное»².

¹ Hanafin H. Surrogate Parenting: Reassessing Human Bonding (1987). — <http://www.creatingfamilies.com/hanafin.HTML>

² Freeman M. Does Surrogacy Have a Future After Brazil? // Medical law review. — 1999. — Vol. 7, Spring. — P. 1–20.

А.А. Рёрихт

**БИОЭТИКА И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА:
НАУЧНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ
(Обзор)**

Юристы в последние годы активно обсуждают проблемы биоэтики и медицинского права. Французскими учеными предложен целый ряд интересных концепций, конкретных законодательных, административных и судебных решений, выдвинуты серьезные аргументы, их работы часто переводятся на другие языки, что влияет на формирование медицинского права в странах, где оно пока недостаточно развито. В этой связи представляют интерес отбор тематики и содержание публикаций о французском медицинском праве в польской юридической печати, поскольку в русскоязычной правовой литературе подобная информация отсутствует. В данном обзоре рассматриваются вопросы медицины и биоэтики, их связи с философскими и религиозными взглядами, конституционно-правовые проблемы права на охрану здоровья на различных этапах человеческой жизни и в отношении различных субъектов права, уголовная и гражданско-правовая ответственность и некоторые другие.

В статье «Право на здоровье как конституционное право»¹ профессора Кристиана Быка, председателя Международного общества права и биоэтики, анализируются исторические факторы и особенности становления права на охрану здоровья во Франции от Великой французской революции до наших дней, предписания ряда актов конституцион-

¹ Byk Ch. Prawo do zdrowia jako prawo konstytucyjne // Państwo i Prawo . – W-wa, 2000. – № 9. – S. 22–31.

ного права, практика деятельности Конституционного совета, конституционное значение права на здоровье и т. п.

Автор исходит из того, что право на здоровье является настолько значимым в шкале ценностей, что с его учетом следует определять уровень развития правового государства, а пример эволюции французского конституционного права показывает если не конституционализацию права на здоровье, то по крайней мере его высокую эффективность и значение. Он считает, что, хотя конституционное право на здоровье признано под влиянием медикосанитарных и социальных факторов не так давно, его истоки коренятся в истории, например, военных госпиталей в XVIII в., в положении Конституции от 3.9.1791 г., прямо говорившей в ст. 356 об охране здоровья граждан, Конституции от 4.11.1848 г., расширившей обязанности государства в этой сфере, Конституции от 27.11.1946 г., в преамбуле (п.11) устанавливающей: «Гарантируется всем, особенно детям, матерям и пенсионерам охрана здоровья, материальная безопасность, отдых и свободное время»; преамбуле Конституции от 5.10.1958 г., сохраняющей в силе это положение предыдущего Основного закона и вводящей в свой текст Декларацию прав человека 1789 г. Таким образом, структура источников французского конституционного права на охрану здоровья выглядит достаточно сложно. Автор коротко характеризует и положения основных международных актов в этой области: Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, конституции ВОЗ (Всемирной организации здравоохранения).

Рассматривая конституционное значение права на здоровье, К.Бык указывает, что объектом обязанности, лежащей на государстве и публичной власти, является не здоровье само по себе, а охрана его. Право на здоровье относится к числу многоаспектных и развивается как смежное во многих отраслях; оно может быть субъективным правом, когда речь идет об охране личности, гарантированным — когда речь идет о доступе к медицинской помощи, и т. п. Оно носит обязательный характер. Конституционный совет признал его имеющим конституционное значение, т.е. как цель, для достижения которой законодатель и органы власти принимают предписания. В решениях Совета определены субъекты данного права и его сфера. Круг субъектов очень широк, о чем говорит формула «все, а в особенности дети, матери, пенсионеры», указания на работающих в пенсионном возрасте, молодежь. В настоящее время во Франции наиболее подробно обсуждаются в этой связи права на здоро-

вые эмбрионов и иностранцев. Автор пишет, что вопрос признания эмбриона субъектом права стал классическим и каждое государство решает его по-своему. Рассматривая конституционность законов о добровольном прерывании беременности, о биоэтике, Совет не высказался прямо о праве на жизнь эмбриона, хотя подчеркнул значение законодательных гарантий зачатия, имплантации, сохранения эмбрионов, особых условий, когда возможно прерывание беременности. По одной из теорий, кстати, понятие здоровья можно применять только к существу, здоровье которого отделено от здоровья матери.

Может ли в сфере охраны здоровья подход к иностранцу отличаться от отношения к собственным гражданам? На этот вопрос Конституционный совет ответил: «Иностранец пользуется всеми основными правами и свободами, которыми наделены все проживающие на территории Республики». В то же время законодатель имеет право издавать особые предписания в зависимости от того, пребывают ли лица, которых они касаются, легально или нет и на протяжении какого периода времени.

К. Бык выделяет три составляющие права на здоровье: доступ нуждающихся к медицинским учреждениям, получение социальной помощи и право на профилактические средства, уменьшающие опасность разных ситуаций именно для здоровья. Он ссылается при этом на мнение В. Сент-Джеймса: «Судопроизводство лучше определяет общие аспекты права на здоровье, чем индивидуальные, в том смысле, что указывает на ограничения, которым можно обязать индивидуума во имя здоровья всех». К. Бык считает, что такая точка зрения заходит слишком далеко, а Совет применяет одинаковый масштаб для обоих аспектов охраны здоровья. Совет относит право на охрану здоровья к социальным правам и обязывает государство и публичную власти к позитивным действиям. Это особенно важно в отношении санитарной политики, учитывая нашумевшее дело о заражении крови вирусом иммунодефицита. Таким образом, конституционные нормы, включившие после 1975 г. индивидуальные права на охрану здоровья в процесс социализации, налагают на государство определенные обязанности и предоставляют Конституционному совету право контролировать политику в этой области.

М. Галонзка в статье «Французское право об эмбрионе *in vitro*»¹ обращает внимание на необходимость усиления охраны нерожденного ребенка в связи с фактами использования человеческих эмбрионов в научных исследованиях, а также изъятия у них органов и тканей для последующей трансплантации и в других целях. Это подчеркивается и в Конвенции о правах человека и биомедицине от 4.04.1997 г., которая запрещает создание эмбрионов в научно-исследовательских целях и обязывает государства-члены обеспечивать охрану эмбрионов *in vitro*, если национальное законодательство допускает их использование в медицинских экспериментах (ст. 18). Автор отмечает, что в польском праве отсутствуют предписания, касающиеся данной проблемы, поэтому анализ французского права позволит избежать многих трудностей и ошибок. Во Франции в этом направлении много сделано Национальным конституционным комитетом по вопросам этики наук о жизни и здоровье (далее — Комитет), рекомендации которого, хотя и не имеют юридической силы, но оказывают существенное влияние на практику и правотворчество, в частности они учтены в законах — от 29.07.1994 г. об уважении тела человека и об изъятии и использовании частей и продуктов человеческого организма; медицинской помощи в зачатии и внутриутробной диагностике, воспроизведенных затем в предписаниях Кодекса общественного здоровья (далее — КОЗ), УК и ГК. Эти нормы продолжают оставаться предметом дискуссий.

Создание эмбрионов *in vitro* — это один из медицинских методов поддержки рождаемости. В соответствии со ст. L.152-1 КОЗ медицинская помощь в зарождении жизни охватывает клинические и биологические действия, делающие возможным оплодотворение *in vitro*, трансфер (перенесение) эмбрионов, искусственное оплодотворение и иные средства такого рода, позволяющие добиться эффекта зачатия ненатуральным путем.

Не вполне ясно, подлежит ли регулированию нормами закона о медицинской помощи или закона о биомедицинских исследованиях (ст. L.209 КОЗ) применение новых средств зарождения жизни, еще не опробованных и связанных с большим риском. Сомнения возникли и в отношении такого способа оплодотворения, как микроинъекции, и, конечно,

¹ Galanżka M. Prawo francuzskie wobec embrionu in vitro// Państwo i prawo. — W-wa., 2000. — № 6. — S. 63–74.

клонирования. По мнению комитета, клонирование недопустимо, и законодатель должен сформулировать четкую позицию по этому вопросу.

Автор рассматривает предпосылки создания эмбрионов.

1. Реализация потребности в «родительстве»; при этом КОЗ решает лишь две ситуации — бесплодия, носящего патологический характер, и в целях предупреждения заражения ребенка опасной болезнью. Создание эмбрионов в иных целях является преступлением, наказуемым тюремным заключением на срок до пяти лет и штрафом. Еще более сурово — до семи лет исправительной тюрьмы и штрафом — карается создание эмбрионов в коммерческих или промышленных целях либо для использования в научных экспериментах и научных исследованиях (ст. 511–24, 511–17, 511–18 УК).

2. Воспользоваться услугами по созданию эмбриона могут лишь мужчина и женщина, состоящие в браке или проживающие в доказанном сожительстве минимум два года.

3. Оба супруга (сожителя) должны на момент создания эмбриона жить и находиться в продуктивном возрасте, т.е. французское право запрещает это после смерти (*post mortem*) мужчины. После смерти женщины или мужчины, использующих методику *in vitro*, недопустимо создание эмбриона из их гамет. Автор статьи обращает внимание на возникающие здесь юридические сложности, в частности, в отношении уже существующего зародыша, если мужчина умер перед началом пересадки. Закон говорит только, что медицинское учреждение, где находится эмбрион, должно обратиться к женщине за согласием на передачу эмбриона другим супругам, но не регулирует вопроса, какова судьба эмбриона в случае ее отказа. М. Галонзка считает, что в этих случаях передача недопустима, а сама ситуация выглядит абсурдно: женщина, от которой эмбрион происходит, имеет право отдать его другим людям, но не имеет права требовать его пересадки в собственный организм. Второй аспект — если в момент смерти мужчины эмбрион находится уже не в пробирке (*in vitro*), а в матке (*in utero*), не означает ли это необходимости аборта для овдовевшей в момент беременности женщины?

4. Необходимым условием является предварительное согласие обоих заинтересованных на пересадку эмбриона; при этом отсутствует предписание о том, как быть, если в промежуток между оплодотворением и пересадкой один или оба супруга отказались от предварительно данного согласия.

5. Использование клеток, взятых от супругов (сожителей); в слу-

чаях отрицательной реализации разрешается использовать клетки третьего лица или эмбрион другой пары, но запрещается использование для создания эмбриона гамет третьих лиц.

Во французском праве сформировался институт принятия эмбриона, называемый иногда пренатальным адаптированием. Условием его допустимости является письменное согласие лиц, от которых происходит эмбрион, и решение суда, а также наличие уже существующего эмбриона. Это происходит на основе принципа полной анонимности в целях избежания возможных конфликтов между генетическими и юридическими родителями. Доступ к такого рода информации может иметь только врач в случаях терапевтической необходимости, но объем предоставляемой даже ему информации должен исключать идентификацию генетических родителей. Распространение такой информации — преступление, наказуемое лишением свободы в исправительной тюрьме на срок до двух лет и штрафом (ст. 511—23 и 511—10 УК).

Автор рассматривает также институт «эроз-материнства». В УК введен новый вид преступления за посредничество между лицом (супругами), желающим иметь ребенка, и женщиной, которая его бы родила и передала им, а также два квалифицированных состава: постоянное посредничество в договорах такого рода и корыстная цель — извлечение прибыли. Ответственность несет только посредник, но не стороны (ст. 227—12 УК). В гражданско-правовом смысле такого рода сделки признаются недействительными по ст. 16—7 ГК.

Французское законодательство не предусматривает нормы, ограничивающей число эмбрионов, которые могут возникнуть при оплодотворении «в пробирке», и число, которое может быть пересажено в организм женщины. Данная проблема имеет фундаментальное значение. С одной стороны, большее число эмбрионов повышает шансы на успех, но с другой — создание большого количества эмбрионов означает обреченность их на уничтожение. В лучшем случае они могут быть использованы для удовлетворения родительских потребностей другой пары.

Французское право предусматривает возможность замораживания эмбрионов *in vitro*. Супруги могут дать на это письменное согласие, действительное в течение пяти лет. Но законодатель не решает вопроса о том, что будет с законсервированными эмбрионами по истечении пятилетнего срока, если его родители откажутся от планов иметь еще детей. Конечно, его (их) могут передать другим парам, но если этого не случит-

ся, то эмбрионы должны быть уничтожены. Ни УК, ни ГК не предусматривают ответственности за это.

В 1994 г. в Конституционный совет был подан иск об антиконституционности предписания о пятилетнем сроке; уничтожение законсервированности эмбриона в нем трактовалось как покушение на жизнь, нарушение принципа равенства человеческих эмбрионов.

УК запрещает использование уже существующих эмбрионов в коммерческих и промышленных целях, а не только их создание, а также получение эмбрионов за плату, посредничество в этом и платную передачу эмбрионов третьим лицам (ст. 511–15). Наказание за эти преступления столь же сурово, как за торговлю органами и тканями, — до семи лет исправительной тюрьмы и штраф. Таким образом, с точки зрения уголовного права, эмбрион представляет такую же ценность, как и часть человеческого организма. Автор статьи считает не совсем обоснованным позицию УК. Раздел «Преступления в области биомедицинской этики» в первой секции касается охраны человечества как рода людского, во второй — охраны человеческого организма, а охрана эмбриона регулируется только в третьей. М. Галонзка полагает, что французское право обеспечивает охрану эмбриона от коммерческого и промышленного использования абсолютно и безусловно. Такая регламентация носит исключительный характер. Но в отношении запрета биомедицинских исследований на эмбрионах *in vitro* французский законодатель, по ее мнению, оказался не столь категоричным, запретив лишь создание эмбрионов в этих целях. Формулировка «исследования, не причиняющие вреда эмбриону», вызывает много сомнений. Не приносит вреда наблюдение за ним, но это — часть метода оплодотворения «в пробирке». Возможно также взятие клеток, но изменения 1997 г. в КОЗ ввели понятие «исследований, причиняющих эмбриону вред», т.е. имеющих целью изменения наследственности либо связанные с таким риском, который может ослабить способность эмбриона к развитию. В литературе высказываются опасения, что нечеткость урегулирования вопроса о возможности научных исследований эмбриона может привести к созданию сверхпланового их количества с целью обхода уголовно-правового запрета.

М. Галонзка рассматривает также вопрос о правовых последствиях взятия клеток эмбриона в предимплантационный период с целью обследования его на наличие тяжелых и неизлечимых болезней. Французское право требует согласия родителей на это, наличия особых полномо-

чий медицинского учреждения. Нарушение правил предимплантационных исследований наказывается по ст. 511-21 УК.

Применение предимплантационных исследований вызывает опасения их использования для работ по евгенике, ведь французское право молчаливо позволяет селекцию эмбрионов по их качественным характеристикам (жизнеспособность, наследственные, тяжкие заболевания). Но при этом по ст. 511-1 УК осуществление работ по евгенике, имеющих целью селекцию людей, является преступлением против человечества и наказывается тюрьмой до 20 лет (такой же запрет содержится в ГК — ст. 16-4, ч. 2). В доктрине разъясняется, что признаком преступления по ст. 511-1 является *массовый* характер таких работ, а предимплантационные исследования носят исключительный характер. В иске, поданном в Конституционный совет 29.06.1994 г., отмечается, что допустимость селекции эмбрионов посягает на генетическую наследственность человечества.

Наконец, автор статьи рассматривает правовой статус эмбриона. Представители французской доктрины указывают, что в некоторых ситуациях нормативные предписания приравнивают его к человеку и обеспечивают ему соответствующую охрану, в некоторых — низводят его до статуса вещи. Эмбрион фактически не трактуется как человеческое существо, а его жизнь не представляет собой самостоятельной отдельной ценности.

Книга, подготовленная коллективом авторов и рецензируемая К.Поклевски-Козьелом¹, позволяет ознакомиться с чрезвычайно важными взглядами французских ученых и ученых из других стран, в частности Италии, на связь морали, права и религии в рамках медицинских и биомедицинских проблем. Первая часть ее включает авторские тексты, в частности: П. Гуэр «Нормы и принципы. Введение в биоэтику»; Ж. Метро «Врач и права человека. Медицинское введение»; М. Скалабрино-Спадеа «Нормы и принципы международного права»; Г. Анри «Врачебная этика и права человека»; Э. Стреция «Католическая церковь и профессия врача», Ж.-Ф. Колланж «Биоэтика и протестантизм»; А. Гюго «Мораль иудаизма в отношении медицины и биотехнологии»; Ф. Бен Гамид «Мусульманская мораль о медицине и биотех-

¹ Poklewski-Koziell K. Medycyna a prawa człowieka. Normy i zasady prawa międzynarodowego, etyki oraz moralności katolickiej, protestanckiej, żydowskiej, muzułmańskiej i budyjskiej // Państwo i Prawo. — W-wa, 1997. — № 3. — S.89-92.

нологии»; Ж. Мартин «Буддизм и право человеческой личности на уважение в связи с опасностями, связанными с развитием биотехнологии»; Р. Лерой «Биоэтика и права человека». Предварены эти статьи текстами выступлений Катрин Люмбер и Ж.П. Массне — от лица Совета Европы и ЕС, а завершаются второй частью — «Рассматриваемые случаи», где излагается 58 таковых. В конце книги дан «Медицинский словарь» и документы ВОЗ, регулирующие вопросы этики и прав человека. В целом книга представляет собой переработанное издание тома «Врач и права человека», подготовленного в Международном институте прав человека в Триесте под руководством Г. Герина.

Рецензент указывает на значение для Польши регулирования переливания крови, когда спасение жизни малолетнего зависит от этого, а родители или опекуны, принадлежа к «Свидетелям Иеговы», такового не дают.

В работе высказаны важные и часто бескомпромиссные позиции ее авторов. Так, Р. Лерой, являясь противником генетических манипуляций, особенно ведущих к изменению наследственности, одобряет оплодотворение «в пробирке» и аборт, считая, что эти решения должен принимать сам человек. Это очень острый с точки зрения не только права и этики, но и религии вопрос.

Такого рода ситуации, как пишет Гуэр, возникают в некоторых странах, когда требуется изъять органы или ткани для трансплантации, а религия запрещает таковое ранее, чем через три дня, поскольку в это время душа еще остается в теле (буддизм).

Ф. Бен Гамид ссылается на Коран, указывающий, что Бог вдыхает душу в зародыш через три месяца и неделю после зачатия, поэтому о нем как человеческом существе можно говорить лишь начиная с сорог дня зачатия.

Во второй части книги, по мнению рецензента, представляют интерес случаи первый и последний — «Искусственное оплодотворение при участии постороннего донора» и «Транссексуализм». При этом все случаи сначала описываются фактически, затем решаются с точки зрения международного права, этики и религиозной морали.

Рассматривая первый случай, авторы цитируют нормы международного права, поддерживающие деятельность по искусственному оплодотворению и возможность иметь детей родителям, лишенным таковой по различным обстоятельствам (от актов Совета Европы до норм ВОЗ). Иначе выглядит позиция религии. Так, католическая церковь в целом

относится негативно к искусственному оплодотворению как аморальному, поскольку это противоречит постулатам супружеской связи, достоинству супругов и т. п. Протестантская мораль гласит: большинство протестантских церквей не рекомендует искусственного зачатия, но и не исключает его. Еврейская мораль учит, что девица может забеременеть, купаясь в воде, содержащей семя (Талмуд). Эти знаменитые слова, сказанные 1700 лет назад, явились основой для легализации искусственного оплодотворения. Мусульманство: искусственное зачатие категорически запрещено от постороннего мужчины, но разрешено от мужа. Буддизм считает, что при наличии добровольного согласия супругов и сохранении анонимности донора и при условии бесплатности такая практика допускается, поскольку в ее основе лежит лишь желание помочь ближним.

К. Поклевски-Козьел пишет, что идея сопоставления международного права (современного), светской этики и религиозных взглядов различных конфессий дает чрезвычайно богатые возможности познания механизмов формирования правовых норм и приобретения ими различных очертаний. Особо любопытно столкновение рационализма и эзотеризма, современности и консерватизма, знания и мифов.

* * *

Традиционная, гиппократовская этика с ее верой в кодексы и деонтологию непригодна в новых условиях, поэтому появляются новые институты, создаются многочисленные консультативные комитеты. В таких странах, как США и Великобритания, медицинское право становится все более сложным: фрагменты отдельных дисциплин объединяются в рамках «биоэтического курса», преподаваемого во многих университетах.

В Польше биоэтика — относительно новая отрасль знания. Вниманию читателя предлагаются несколько вышедших в последние годы работ. Книга правоведа М. Сафьяна¹ содержит вводную часть «Право — этика — медицина. Точки противоречия и сферы конфликта», пять разделов и приложение, в котором представлены некоторые законодательные акты.

¹ Wichrowski M., Liszeńska A. Dwugłos recenzyjny: Marek Safjan. Prawo i medycyna: Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny. // Państwo i Prawo. — W-wa, 2000. — N 1. — S. 90–96.

В первом разделе «Автономия личности по отношению к медицинскому вмешательству» анализируются осознанное согласие на таковое вмешательство, положения Закона о врачебной профессии от 5.12.1996 г. об обязательном информировании пациента. Во втором разделе «Гражданско-правовая ответственность врачей (медицинских учреждений). Тенденции и пути изменения» дается общее описание правил возмещения вреда при оказании медицинских услуг. В третьем разделе рассматриваются обязанности и ответственность медицинских учреждений и служб в сфере врачебной тайны в контексте права на частную жизнь. Здесь различаются два аспекта: информация, доверенная пациентом врачу, ее статус и информация о проведенных терапевтических и диагностических мероприятиях. М. Сафьян говорит также о правовой охране интересов третьих лиц. Четвертый раздел «Охрана личности при медицинских исследованиях» посвящен правовому регулированию медицинских экспериментов, содержащемуся в Законе о врачебной профессии, в частности: условиям их допустимости (ст. 22, 23, 29), риска (ст. 29, ч. 3), согласию на участие в них (ст. 25, 26, ч. 3) и др. В заключительном разделе «Дилеммы генетической диагностики. Иски из основания “wrongful life”» описывается новый тип деликтов, связанных с предъявлением исков о возмещении вреда при рождении ребенка с дефектами по вине врачей, которые либо неправильно определили степень риска, либо не провели всех необходимых тестов. М. Сафьян анализирует американскую практику, в частности — очень подробно — иск по поводу рождения ребенка с синдромом Дауна в результате употребления матерью контрацептивных средств, вызывающих нарушения хромосомных структур. Автор особо подчеркивает значение ст. 446 ГК Польши и новеллы от 30.08.1996 г., устанавливающей, что с момента рождения ребенок приобретает право на возмещение ущерба, причиненного до рождения.

В рецензии на книгу М. Сафьяна А. Лишевская отмечает важное значение предложенной М. Сафьяном схемы возмещения ущерба медицинскими учреждениями независимо от вины врача и медперсонала. Это — ответственность за организационные упущения и ненадлежащее качество медицинского обслуживания. Данная конструкция особенно важна для Польши в связи с появлением новой категории юридических лиц — региональных или отраслевых страховых касс, исполняющих функцию посредников между медицинским учреждением и пациентом. Отсюда — необходимость правового урегулирования ответственности таких субъектов за ненадлежащее исполнение медицинских услуг или их недоступ-

ность. Эволюция гражданско-правовой ответственности за материальный и нематериальный ущерб, вызванный лечением, с учетом прежде всего ее компенсационной функции, идет не только в направлении ее (ответственности) объективизации (анонимная вина как основание ответственности медицинского учреждения), но и – *de lege ferenda* – в направлении создания новой формулы ответственности *ex delicto* юридических лиц.

Что касается правового регулирования медицинских экспериментов, то А. Лишевская и М. Сафьян находятся на общих позициях: оно не является совершенным, но значительно улучшилось по сравнению с имевшимся ранее.

В заключение А. Лишевская пишет, что наиболее важные биоэтические дилеммы возникают потому, что достижения естественных наук разрушают существующие системы ценностей и не имеют ничего общего с лечением.

Б. Иवानьская¹ рассматривает конституционные основы допустимости медицинских экспериментов, в частности: цели, риски, статус субъектов проведения эксперимента и статус его участников, правовое значение согласия на участие и его отсутствие, формы согласия и роль биоэтических комиссий при решении вопросов о допустимости медицинских экспериментов.

Проведение медицинских экспериментов основывается на ст. 73 Конституции Польши о свободе науки, на ст. 31 об ограничениях в реализации прав. К числу ограничений автор относит иные охраняемые права и свободы, публичные блага, охрану окружающей среды, безопасности, общественного порядка, т.е. свобода науки не является абсолютной. Кроме того, ст. 39 гласит, что никто не может быть подвергнут научным экспериментам, в том числе медицинским, без явно выраженного добровольного согласия.

Правовые условия допустимости медицинских экспериментов достаточно подробно регулирует Закон о врачебной профессии от 5.12.1996 г., ст. 27 УК, другие акты.

Медицинские эксперименты разделяются на две группы: лечебные и исследовательские. Они могут проводиться, если ожидаемая польза, цели и способы соответствуют актуальному состоянию медицинской

¹ Iwańska B. Warunki prawne dopuszczalności przeprowadzania eksperymentów medycznych // Państwo i Prawo. – W-wa, 2000. – N 2. – S. 71–84.

науки и практики, а также врачебной этике. Лечебный эксперимент — это введение врачом новых либо только частично опробованных диагностических, лечебных, профилактических методов в целях достижения непосредственной пользы для больного. Исследовательский эксперимент имеет своей целью расширение знаний и может проводиться на здоровых и больных людях, допускается в случаях, когда участие в нем не связано с риском либо связано с небольшим риском и не находится в диспропорции с позитивными результатами эксперимента. Лечебный эксперимент в познавательных целях юридически недопустим, а исследовательский эксперимент не исключает получения пользы для больного.

Автор подробно рассматривает условия участия в исследовательском медицинском эксперименте малолетних. Оно допускается только с целью получения пользы для их здоровья и при отсутствии риска и не разрешается, если научные результаты могут быть получены при участии полностью право- и дееспособных (взрослых) участников. Б. Ивановская категорически возражает против появления третьей категории медицинского эксперимента, целями которого одновременно являются улучшение здоровья малолетнего и приращение научного знания.

Рассматривая проблему риска, автор подчеркивает, что участник эксперимента должен быть предварительно проинформирован о связанных с его проведением рисках, особенно это касается беременных женщин.

Польский законодатель принял в качестве критерия законности исследовательского эксперимента отсутствие риска или его незначительность. Б. Ивановская считает, что уровень допустимого риска в исследовательском эксперименте значительно уже, чем в лечебном, а познавательные ценности стоят в иерархии ниже, чем жизнь и здоровье.

Участниками лечебного эксперимента могут быть только больные, исследовательского — и здоровые люди, за исключением солдат действительной службы, заключенных, а также полностью дееспособных лиц, которые тем не менее не могут отдавать себе отчет о характере и результатах эксперимента. Кормящие матери и беременные женщины могут участвовать в исследовательском эксперименте только при полном отсутствии или незначительности риска.

Согласие участника является важнейшей правовой предпосылкой допустимости эксперимента. Автор пишет о двух видах согласия: непосредственном (выраженном только в письменной форме) и опосредованном (может быть дано опекуном судом).

Отсутствие согласия тем не менее не препятствует абсолютно проведению медицинского эксперимента. Он может быть проведен в случаях, не терпящих отлагательства, при условии непосредственной угрозы жизни (ч. 8 ст. 25 Закона о врачебной профессии), что, по мнению автора, противоречит ст. 39 Конституции РП. Кроме того, возникает вопрос: как быть в ситуациях, когда пациент отказывается в согласии даже при угрозе его здоровью и жизни. Автор считает, что, если есть возможность получить согласие пациента, такую попытку надо предпринять; если же он не дает согласия, то следует отказаться от проведения эксперимента, даже если под угрозой находится жизнь больного. Юридические тонкости имеются и при получении согласия представителя пациента или опекуна суда в случаях, не терпящих отлагательства. Здесь существенно правило, согласно которому требуется консультация с иным врачом и незамедлительное уведомление законного представителя, фактического опекуна, пациента или опекуна суда о предпринимаемых мерах.

На участие в медицинском эксперименте достаточно и устного согласия в присутствии двух свидетелей с последующей фиксацией в медицинских документах. Согласие должно быть добровольным, осознанным и конкретным.

Условием допустимости медицинского эксперимента также является заключение биоэтической комиссии о его целях, исполнимости и т.п. Состав, создание, финансирование, процедурные и иные вопросы деятельности биоэтических комиссий регулируются распоряжением министра здоровья и социальной опеки от 11.05.1999 г.

В заключение автор рассматривает вопросы отказа от уже выраженного согласия на участие в эксперименте, его прерывание из-за ухудшения состояния здоровья участника. Она считает, что помимо всех перечисленных условий допустимости важно, чтобы медицинский эксперимент был целевым, исполнимым и этичным одновременно.

Авторы статьи о праве человека на генетическую целостность А. Михальская и Т. Твардовский¹ — юрист и генетик — исходят из общепризнанного мнения о том, что генная инженерия может быть благом для человечества, но может повлечь непредвиденные негативные последствия, поэтому здесь особенно важно надлежащее нормативное регулирование, оптимизирующее положительные ее стороны и минимизирующее

¹ Michalska A., Twardowski T. Prawo człowieka do integralności genetycznej // Państwo i Prawo. — W-wa, 1999. — N. 5.

опасности. Необходимо взаимодействие в этой области юристов, биологов, биохимиков, медиков и генетиков.

В ряду достижений генной инженерии и биомедицины авторы называют: контроль над инфекционными заболеваниями благодаря познанию бактериальных и вирусных молекулярных механизмов, контроль над генетическими заболеваниями, молекулярную диагностику (используемую ныне и в уголовном процессе для идентификации либо установления отцовства); вакцинацию, генную терапию, химическую продукцию, в первую очередь производство лекарств, агробιοтехнологии и др.

А. Михальская и Т. Твардовский подчеркивают, что этики целей недостаточно, нужна также этика средств и методов, даже если цели моральны. Пока что многие исходные положения не разработаны, другие вызывают споры. Поэтому перспектива создания биоэтического кодекса представляется им отдаленной, что не снимает необходимости максимально возможного нормативного регулирования. Здесь приоритет принадлежит международному праву.

В этой связи авторы рассматривают концепцию целостности человека, означающую признание фундаментальной ценности его достоинства. В резолюции ООН, в докладах Генерального секретаря ООН «Охрана человеческой личности, ее физической и интеллектуальной целостности в свете развития биологии, медицины и биохимии» и «Значение генетических манипуляций на микроорганизмах для прав человека» отмечается приоритетность деятельности по охране физической и психической целостности человека в связи с развитием биологии, медицины и биохимии (Human Rights and Scientific and Technological Development). Тем не менее авторы констатируют отсутствие на международном и европейском уровнях тенденций к установлению права на целостность как отдельного права человека, хотя в регулировании генной инженерии ряд такого рода аспектов затрагивается. В этой связи они рассматривают содержание Конвенций по биоэтике, в частности Европейской конвенции по правам человека, устанавливающей право на наследование генетической структуры, которая не была искусственно изменена (ст. 2 и 3), принятой Советом Европы Конвенции о правах человека и биомедицине от 19.09.1996 г.

Конвенция запрещает дискриминацию с точки зрения генетических характеристик, определяет цели и порядок проведения генетических тестов и генной терапии. Тесты могут проводиться только для охраны здоровья или в научных целях, связанных с охраной здоровья,

лишь при наличии свободного и сознательного согласия. Генная терапия имеет своей целью модификацию человеческого генома для предупреждения развития наследственного заболевания и состоит в корректуре генетических ошибок соматических клеток. При этом Конвенция однозначно запрещает модификацию половых клеток.

Авторы анализируют также документы Комитета по биоэтике, в частности о запрете клонирования человека, Декларацию о человеческом геноме, принятую в 1997 г. ЮНЕСКО и одобренную 185 государствами — членами ООН в 1998 г., Декларацию по вопросу о геноме человека.

А. Михальская и Т. Твардовский суммируют направления ведущихся дискуссий: об источниках внешнего контроля (публичного, государственного) генно-инженерных работ; об определении перечня ценностей в сфере генной инженерии и биомедицины; о сфере публичного контроля (здесь существуют две противоположные тенденции — европейская с максимумом государственного контроля и более либеральная — американская). При этом авторы считают, что государственный контроль должен ограничиваться правотворчеством, а текущий — передаваться в руки специалистов, т.е. междисциплинарных комиссий по биоэтике.

У.Саксофски

ДИСКУССИИ О ГЕНЕТИКЕ ЧЕЛОВЕКА В НЕМЕЦКОМ ПРАВЕ

I. Введение

Эмбрион человека и все, что с ним связано, вот уже несколько лет является предметом горячих дебатов в Германии. Люди, участвующие в дискуссии, занимают очень разное положение в обществе: это политики, ученые — представители практически всех отраслей науки — философы, теологи, правоведы, специалисты в области общественных и естественных наук. Публикуется множество статей в крупных периодических изданиях, таких как литературное приложение к «Франкфуртер альгемайне цайтунг». В Бундестаге работает исследовательская комиссия «По праву и этике современной медицины», а федеральный канцлер созвал Национальный совет по этике.

Основными обсуждаемыми вопросами, возникшими вместе с появлением новых возможностей в области генетики, являются: 1) диагностика, проводимая до процесса имплантации; 2) научные исследования эмбриона человека; 3) изучение репродуктивных (воспроизводящих) клонов.

При проведении предимплантационной диагностики (die Präimplantationsdiagnostik — PID — ПИД) исследуются эмбрионы какой-то пары, созданные путем «оплодотворения в пробирке», на наличие определенных признаков, например генетических заболеваний. Только те эмбрионы, которые пройдут этот «экзамен», не вызывая ни малейших сомнений, будут впоследствии имплантированы. Таким образом, можно

сказать, что эта технология направлена на создание ребенка, не ставя своей целью привнесение ему определенных качеств.

Исследование самого эмбриона, напротив, предпринимается для успешного лечения конкретных людей. При этом прежде всего «руководствуются интересами» эмбриональных стволовых клеток. Стволовые клетки выделяются у эмбриона на ранней стадии развития, однако эмбрион при этой операции умирает. В конечном счете ту же цель преследуют лечебные клоны. При обычном исследовании стволовых клеток используются так называемые «лишние» эмбрионы. Это означает, что эмбрионы, которые не могут быть имплантированы, при помощи лечебных клонов фактически создают новые эмбрионы путем введения ядра человеческой клетки в «высвобожденную» яйцеклетку.

Можно надеяться, что заменитель человеческих тканей, который не только устранил дефицит органов-трансплантантов, но и снизит степень реакции отторжения организмом чужеродного органа, будет рано или поздно создан. Ведь обсуждение непродуктивных клонов не прекращается. Термин «воспроизводящие (или репродуктивные) клоны» используется для обозначения технологии воспроизводства генетической копии какого-либо человека. На сегодняшний день клонирование касается исключительно объектов животного мира, самый известный пример — овечка Долли. Для человека время использования технологий клонирования еще не пришло.

В данной статье анализируются в первую очередь три вышеназванные проблемы с точки зрения их регулирования в немецком общем и конституционном праве.

II. Положения общеприменительного права

Правовая защита эмбриона в Германии — одна из самых суровых в мире. В 1990 г. значительным большинством голосов был принят закон, запрещающий практически все, что касается эмбриональных исследований, за исключением оплодотворения на строго определенных условиях. Любые изменения человеческой зародышевой клетки запрещены (так же как и создание мутантов и гибридов) (§ 4-7 Закона о защите эмбрионов. — 3Э)¹. Параграф 1 этого закона устанавливает наказание за незаконное

¹ Gesetz zum Schutz von Embryonen — ESchG vom 13 December 1990. — BGBl, I, 2748.

применение передовых технологий размножения. Причем в качестве противозаконных рассматриваются все методики, которые ведут к «разделенному» материнству — независимо от того, произошло ли это через использование «суррогатной матери» или в результате сдачи донорской яйцеклетки. Еще одно ограничение — оплодотворение яйцеклетки разрешается только при условии, что это повлечет за собой беременность, *и при этом в одном цикле* наибольшее количество случаев, допускающих перенос эмбриона (оплодотворение), ограничено тремя. Параграф 2 закона дополнил список незаконного применения передовых технологий размножения запретом на использование эмбриона человека. Эмбрион не может быть никому продан, передан, если это не нужно лично человеку. Также запрещено проведение исследований с целью получить эмбрион человека, если при этом не ставится задача рождения ребенка. В правовых документах под термином «эмбрион» понимают оплодотворенную, способную к росту и развитию человеческую яйцеклетку с момента слияния ядер; образованные в дальнейшем эмбрионом тотипотентные клетки при наличии необходимых условий способны делиться и развиваться в самостоятельную особь (§ 8).

Вместе с тем предписания права Германии, принятые с учетом ПИД, дали определение исследованиям эмбриона и клонированию. Все это виды технологий в настоящее время в ФРГ запрещены. Согласно Закону о защите эмбрионов, разрешенным на сегодняшний день остается только изучение стволовых клеток в существующих стволовых линиях. В ФРГ запрещено выделение стволовой клетки из эмбриона, но возможно и допустимо для исследовательских целей привезти их из-за границы. Основанием для этого является то обстоятельство, что упомянутый закон, запретив исследования тотипотентных клеток, не выступает против изучения плюрипотентных человеческих клеток. Когда в начале 2001 г. стало известно, что Немецкое научно-исследовательское общество готово оказать финансовую поддержку проводимым двумя учеными из Бонна исследованиям стволовых клеток (импортированных), это стало причиной горячих споров — допустим ли импорт эмбриональных стволовых клеток. Сторонники исследований этого типа человеческих клеток указывают на огромное значение их для экономики и науки Германии и подчеркивают, что в ином случае уровень научной деятельности в Германии будет отставать от международного. Оппоненты же, напротив, высказывают опасения по поводу «прорыва плотины» в данной области. Они считают, что использование умерщвленных эмбрионов не менее предосуди-

тельно, чем их «убийство». Бундестаг после бурных дебатов в апреле 2002 г. принял новый акт — Закон для обеспечения безопасности и защиты эмбрионов в связи с ввозом и использованием для изучения эмбриональных стволовых клеток (*Stammzellgesetz — StZG — Закон о стволовых клетках (ЗСК)). А после того как Бундесрат 31 мая 2002 г. отказался от созыва Согласительного комитета, закон должен был быть объявлен и вступить в силу на следующей же неделе. Согласно ст. 1 ЗСК, цель закона — запретить или хотя бы попытаться уклониться от ввоза и использования эмбриональных стволовых клеток. Однако реализация данной цели непременно приведет к получению эмбриональных стволовых клеток или созданию эмбрионов для получения в дальнейшем стволовых клеток в самой Германии. Кроме того, одновременно с этим возникли предпосылки к тому, чтобы для ввоза или использования стволовых клеток эмбрионов выдавалось разрешение. Согласно § 6 ЗСК, это разрешение предполагает, что данные клетки предназначены для проведения опытов с дальновидной целью, а если учесть уровень развития науки и техники, по-другому и быть не может (§ 5 ЗСК). В первую очередь, должны быть разрешены ввоз и использование таких стволовых клеток, которые были получены в соответствии с установленными правовыми положениями в стране происхождения до 1 января 2002 г. и содержались в культуральной среде или, по согласованию, хранятся законсервированными в криогенной среде. К тому же стволовые клетки, полученные из эмбрионов, должны быть предназначены для искусственного зачатия с целью рождения ребенка. Можно добавить еще, что за передачу эмбриона запрещено устанавливать вознаграждение, предоставлять или обещать какие-либо иные материальные выгоды (§ 4 ЗСК). Прежде всего, путем установления сроков законодатель обеспечивает, что в результате введения этих правовых положений, регулирующих обращение с эмбрионом, в дальнейшем «умерщвления» эмбриона не должно происходить; также законодатель старается противодействовать коммерциализации обращения с эмбрионами. В заключение можно сказать, что исследование эмбриональных стволовых клеток возможно только при условии введения определенных мер предосторожности и ограничений.

III. Ключевые предписания конституционного права

Несмотря на строго запрещающие правовые положения, дебаты на тему человеческой генетики продолжаются. Удалось привести в соот-

ветствие правовую защиту эмбриона и новое законодательство. В свете международных, в том числе европейских, достижений возник и всегда будет существенным вопрос, как долго сможет Германия держаться в стороне от проводимых исследований в этой области. Поэтому очевидно, что поле деятельности для законодателя в данной отрасли очень обширно. Можно отметить, что спор юристов начинается с положений конституционного права и идет дальше.

Выделим несколько ключевых моментов, на которых акцентируется внимание в дискуссии о конституционных правах в области обращения с эмбрионами: 1) параллельно со строгой защитой эмбриона должна существовать свобода исследований; 2) основные права потенциальных родителей; 3) права эмбриона; 4) человеческое достоинство как принцип конституционной государственности.

1. Свобода научных исследований

Абзац 3 ст. 5 Основного закона (Конституции) ФРГ гарантирует свободу науке и исследованиям. При этом Федеральный конституционный суд Германии «понимает» смысл термина «наука» следующим образом: это истина, установленная в результате анализа содержания и формы выполненных планомерных опытов. Под научными исследованиями подразумевается «умственная деятельность с определенной целью, в результате которой, используя разнообразные методы, систематизируя и проверяя различными способами, приобретаются новые знания»¹. Говоря о свободе исследований, можно говорить об изучении эмбриона, но не о его использовании, которое становится самым широким результатом применения полученных при изысканиях сведений.

Кроме того, свобода научных исследований ограничена. Хотя абз. 3 ст. 5 Конституции ФРГ не имеет оговорок, все же вмешательство (пусть и неправомерное) в область защиты науки и исследований и в результате его возникшие коллизии норм конституционного и отраслевого права могут вполне оправдываться.

¹ См. Постановления Федерального конституционного суда Германии 35, 79 (113), 47, 327 (367). — BVerfGE, 35?79 (113) 47, 327 (367). О порядке публикации судебных решений см.: Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. — М.: Спарк, 2001. — С. 63–68. — Прим. перев.

2. Права потенциальных родителей

В области применения репродуктивных технологий, в частности ПИД или клонирования, могли бы применяться основные правовые нормы, касающиеся потенциальных родителей. Конечно, люди, желающие иметь детей, могут прежде всего ссылаться на общую свободу действий, закрепленную в абз. 1 ст. 2 Основного закона ФРГ. Однако это основополагающее право относительно легко оспорить, поэтому для большей уверенности будущие родители могут ссылаться на специальные права.

Говоря о праве родителей, во внимание принимается абз. 2 ст. 6. Здесь говорится, что «уход за детьми и их воспитание», по формулировке абз. 2 ст. 6, предполагает наличие ребенка, но не говорит о праве выбора ребенка. Далее положения абз. 1 той же статьи могут пониматься как тот факт, что семья находится под особой защитой государства. И все же даже если считать, что эта статья содержит неприкосновенное право иметь ребенка, то в любом случае еще нет правовой нормы, которая закрепляла бы право выбирать его по определенным качествам. С другой стороны, можно задуматься над личными правами родителей, обозначенными в абз. 1 ст. 2 Основного закона ФРГ в соответствии с абз. 1 ст. 1 Конституции. Это право разрабатывается Федеральным конституционным судом Германии и защищает «область частной жизни, охраняет условия жизни»¹. Это гарантирует «каждому частную жизнь, дающую возможность проявить свою индивидуальность»². Данные основные права касаются, конечно, сексуальной жизни и (вполне возможно) желания иметь детей. И все же защита личных прав охватывает и саму личность с ее персональными качествами, и ее образ жизни. Абзац 1 ст. 2 Конституции ФРГ предусматривает новое право решения за другого человека³, выбор ребенка с определенными качествами, что также не относится к сфере действия основных положений права.

¹ Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Решения Федерального конституционного суда Германии – BverfGE, 54, 148(153), 72, 155(170).

² BverfGE 79, 256(268).

³ Текст решения см.: Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Федеральный конституционный суд ФРГ – BverfGE, Urt.v. 30|1|2002, <http://www.bverfa.de>, абз. № 64).

3. Эмбрион как носитель основных прав человека

Очень спорно, подходит ли к эмбриону, находящемуся в пробирке, понятие защита основных прав человека, речь идет в первую очередь о двух основных правах: право на жизнь (абз. 2 ст. 2 предложение 1 Конституции Германии); гарантии защиты человеческого достоинства (абз. 1 ст. 1 Конституции).

а) Защита жизни

Абзац 2 ст. 2, предложение 1.1. Конституции ФРГ говорит просто: «Каждый имеет право на жизнь». Относится ли эмбрион в пробирке к определению «каждый»? В Германии стали появляться первые объяснения по этому поводу. Федеральный конституционный суд в обоих решениях о прерывании беременности однозначно постановил, что в данной ситуации право неродившегося человека было нарушено, что человеческая жизнь приобретает право на защиту еще до «появления на свет»¹. Эта судебная практика принимается очень широко, правда, сомнения остаются. Конституционный суд до сих пор единственный, кто коснулся сроков беременности, т.е. периода, по истечении которого имплантация уже не является предметом решения. Но так как Конституционный суд предоставляет конституционную защиту в виде вынесенных рекомендаций, они не являются обязательными к исполнению. Много говорится о том, что защита основных прав человека по логике суда должна производиться обязательно. Суд подчеркнул непрерывность процесса человеческого развития. Это выражается в «генетической идентичности и вместе с тем в его уникальности и неповторимости», «процесс роста и саморазвития относится не только к человеческому роду, но и к человеку»². Поэтому точка зрения, что эмбрион уже в пробирке получает защищаемое право на жизнь, имеет приоритет.

Однако неясно, какие и в каких пределах права эмбриона, находящегося еще в пробирке, необходимо защищать. Отмечу все же, что основное право на жизнь не защищено «безусловно», хотя и оговорено в

¹ BverfGE 39, 1, 88, 203.

² BverfGE 88, 203 (251).

законе. Ограничения прав уже родившегося человека допустимы только при условии, что они установлены в нормативных документах, и вопрос, действуют ли они для нерожденного эмбриона, достаточно спорный. Суд высказывается категорически против усиления защиты права на жизнь с развитием организма. Однако может ли суд изменить свое мнение — однозначного ответа нет. Напротив, уже формируется позиция, согласно которой правовой порядок — с учетом мнения Федерального конституционного суда — содержит множество положений, которые регулируют жизнь неродившегося человека иначе, чем уже рожденного. Это соответствует интуитивному восприятию проблемы большинством людей; ведь эмбрион, когда он состоит из четырех клеток, защищается менее интенсивно, чем плод на сроке беременности в восемь месяцев. Такое заключение делается из концепции усиления защиты права человека на жизнь. Эмбрион, находящийся в пробирке, не может «наслаждаться жизнью» в полной мере, но в процессе его роста и развития защита его прав усиливается вплоть до момента, когда плод получит те же права, что и рожденный человек. Иначе говоря, это означает, что посягательство на жизнь эмбриона требует меньшего внимания, чем нарушение жизненных прав родившегося человека.

б) Защита человеческого достоинства

Абзац 1 ст. 1 Конституции ФРГ гласит: «Достоинство человека неприкосновенно. Оно защищается государством». Вопрос, применяются ли эти нормы к эмбриону, вызывает много сомнений. Из этого следует, вполне вероятно, что имеющиеся у эмбриона характер, чувства и эмоции вряд ли имеют отношение к влиянию защиты жизненных прав. При попытке сузить область этой многогранной дискуссии были сделаны следующие выводы: гарантии защиты человеческого достоинства четко отделяются от гарантий защиты права на жизнь. Конституционный суд использует некоторые вызывающие сомнения в толковании формулировки, однако исходит из того, что право на жизнь — это «жизненная база» сути человеческого достоинства¹, из чего следует, что любое убийство в сущности является нарушением человеческого достоинства. Все же включение двух гарантий основных прав в одну позицию неубедительно. Речь идет только о том убийстве, которое нарушает человеческое досто-

¹ BverfGE 39,1 (42).

инство, говорится в абз. 1 ст. 1 Конституции Германии.

Что же представляет собой суть гарантий защиты человеческого достоинства? Это предмет отдельного спора. Конституционный суд часто использует при этом формулировку объекта, которую развил Гюнтер Дюрих по Канту. Говоря о человеческом достоинстве и рассматривая человека как «голый предмет», можно сказать, что достоинство человека нарушено, если его личные качества поставлены под сомнение¹. Правда, уже много раз отмечалось, что это определение очень неконкретно и размыто. Однако возражения относятся только к области применения определения. В результате вопреки разным мнениям в теории было решено принять эту формулировку по поводу сущности человеческого достоинства. Данное определение достаточно значимо, хотя бы с точки зрения исторического опыта национал-социалистических режимов, оно учитывалось при принятии решений. Конституция и особенно абз. 1 ст. 1 сформулированы как сознательная реакция на тогдашние обстоятельства. Во всяком случае, все действия, «назначающие» человеческой жизни различную стоимость, запрещены Конституцией. В основу селекционных акций в Освенциме, экспериментов над человеком и расистской программы эвтаназии были положены правила, запрещенные основными понятиями о человеческом достоинстве.

При перенесении ПИД или исследований эмбрионов на аналогичную ситуацию с людьми становится очевидным, что последнее принципиально запрещено самим фактом существования человеческого достоинства. Так, если при проведении ПИД обнаруживается заболевание, такой эмбрион исключается из дальнейшей процедуры и фактически «не имеет права на жизнь». Здесь прослеживается явная параллель с программой эвтаназии нацистов. Аналогично, когда при исследовании эмбрионов фактически используют будущую человеческую жизнь как объект этих исследований, напрашивается параллель с проведением экспериментов над людьми.

Все вышесказанное приводит к новым спорным проблемам: может ли эмбрион в пробирке претендовать на наличие человеческого достоинства? Федеральный Конституционный суд ФРГ провел параллель между основой защиты жизни и человеческого достоинства: «Там, где существует человеческая жизнь, речь идет и о человеческом достоинстве, и не имеет значения, осознает ли это носитель такого права и знает ли он об

¹ BverfGE 50, 166 (175).

этом факте или нет»¹. В результате Конституционный суд ответил утвердительно. Не ясно, где должна находиться суть, определяющая человеческое достоинство. Это могло бы быть аргументировано в соответствии с религиозными учениями, которые говорят о том, что душа вселяется в человека только через несколько недель после зачатия. Однако в светском государстве такие представления не могут быть применимы. То есть эмбрион может иметь человеческое достоинство.

Защита человеческого достоинства не может оспариваться. Абзац 1 ст. 1 Конституции не имеет оговорок. Таким образом, вмешательство правотворчества, приводящее к возникновению коллизий с конституционным правом, как и с другими безоговорочно предоставляемыми основными правами, невозможно.

с) Обязанность защищать

Основные права находятся в первую очередь под защитой от неправомерных вмешательств государства. Вмешательством в жизнь или достоинство эмбриона угрожает обычно не государство, а частные лица: родители, которым будет разрешаться производить ПИД или получить клон, ученый, исследующий эмбрион. Конечно, они должны руководствоваться основными правами, но не дальше их области регулирования. В Германии уже давно признано, что основные права должны быть защищены. Из практики Конституционного суда ФРГ следует, что Конституция защищает себя самостоятельно, и прежде всего от вмешательства со стороны². Законодатель обычно придает большое значение исполнению этой обязанности защищать. Принимая во внимание жизнь нерожденного человека, суд требует, чтобы защита была действенной и достаточной. Во всяком случае, основные права, не совместимые с действительностью, должны быть запрещены.

¹ BverfGE 39,1 (41), 88, 203(252).

² BverfGE 88, 203 (251).

4. Защита эмбрионов как объективный правовой принцип

Положение о достоинстве человека тоже рассматривается как объективный простейший правовой принцип. Абзац 1 ст. 1 Основного закона, согласно конституционной норме абз. 3 ст. 79, не может быть изменен. Достоинство человека — это «главнейший конституционный принцип» и «основная ценность установленного основного демократического порядка»¹. Это объективное правовое содержание человеческого достоинства, если абстрагироваться от достоинства отдельного индивидуума, помогает понять, укладываются ли конкретные возможности человеческой генетики в принципы демократического общества. Предпосылкой к возникновению прав человека является признание всех людей равными и свободными. В признании себя равным главным может стать тот факт, что у всех людей есть возможность быть морально независимыми. Эта независимость способна появиться и в результате целенаправленной манипуляции, а следовательно, выбор генетического «снабжения» человека человеком подвергается сомнению. Философы в последнее время активно рассматривают эти вопросы, в том числе Юрген Хабермас, Ганс Йонас или Катрин Браун. То, что люди больше не «зачинаются», а «делаются», ставит под сомнение принцип взаимоотношений женщин и мужчин. Конечно, развитие подобных концепций находится еще в самом начале, однако это много-обещающее начало, чтобы в будущем следовать в этом направлении.

IV. Применение спорных положений

1. Предымплантационная диагностика

Как уже упоминалось, существует противоречие между ПИД и законом, защищающим эмбрион, но поскольку ПИД уже успешно проводится за границей, возникает вопрос: будут ли немецкие родители и дальше лишены подобных прав. До сих пор ПИД применяется в Германии только в виде исключения в случае явной, тяжелой наследственной болезни, вызывая споры по поводу того, может ли надолго сохраняться граница между «негативными» и «позитивными» евгениками. В США

¹ BverfGE 102, 370(389).

известны случаи, когда с помощью ПИД создаются эмбрионы только одного пола.

Затронуто основное право потенциальных родителей — свобода выбора, поэтому законодатель может запретить ПИД. Более того, исходя из сказанного выше, законодатель не имеет права разрешать ПИД. Правда, это следует не из прав эмбриона на жизнь, а скорее из требования гарантировать защиту человеческого достоинства. Выбор эмбриона по определенным качествам представляет собой не соответствующую понятиям достоинства селекцию. Действительно, это не может быть иначе решено, как путем ограничения применения ПИД только в сложных случаях генетических заболеваний. По своему содержанию достоинство человека — это как раз то, что принадлежит по рождению всем людям, а не только тем, у кого обнаружены определенные искомые качества. Соответственно, можно обосновать запрет ПИД еще и концепцией защиты достоинства фундаментальными государственными правовыми нормами. Признание всех равными и свободными было бы невозможно, если бы допускалось квалифицировать человека с определенными чертами как «недостойного» жизни. Кроме того, имелся бы способ ограничения существенного негативного воздействия на людей с такими заболеваниями. Усиливающаяся дискриминация была бы предсказуемым последствием.

2. Исследование эмбрионов

Исследования эмбрионов и терапевтических клонов вызывают большие сомнения, особенно если будет одобрено содержание основных прав эмбриона. Тем, что при исследованиях эмбрион убивают, его субъективные права принципиально ставятся под вопрос, ведь он используется только как средство достижения определенной цели. Гарантии абз. 1 ст. 1 Конституции запрещают подобное обращение. Исследование человеческого эмбриона в Германии должно оставаться запрещенным (в отличие от исследований стволовых клеток, которые сейчас благодаря и в соответствии с конституционно закрепленными перспективами изменений в праве становятся возможными, так как линии стволовых клеток только в будущем могут развиваться в человека. Стволовые клетки — это не носители основных прав).

3. Репродуктивные клоны

Если всерьез говорить о будущем репродуктивных клонов, то спор о наличии основных прав у эмбриона становится бессмысленным, так как репродуктивные клоны не имеют никаких основных прав, даже наоборот: только при условии клонирования возникает основное право. Репродуктивные клоны могли бы находиться в сфере регулирования конституционно-правовых норм, но только объективно учитывая объем гарантий защиты человеческого достоинства. Только когда будут считать, что клон человека нарушает основное условие демократического общества, т.е. взаимное признание свободы и равенства, тогда необходимо будет запретить клонирование человека. По состоянию на сегодняшний день мои размышления дают хорошую почву для рассмотрения всей этой проблемы¹. К счастью, у науки еще есть время обдумать и обсудить в спокойной обстановке эту проблему. Ведь на данный момент практически во всем мире приветствуется мнение, что репродуктивное клонирование человека должно быть запрещено, и как результат — оно запрещено². Остается надеяться, что заявления тех немногих врачей, которые все же экспериментируют с клонами человека и уже на ближайшее время предсказывают реальные перспективы, — это просто хвастовство.

Перевод А.Л.Ивановой

¹ См. также: Хабермас Ю. Будущее человеческой природы. — 2001.

² В РФ совсем недавно принят Федеральный закон «О временном запрете на клонирование человека» от 20 мая 2002 г. — СЗ РФ. — 2002. — N. 21. — Ст. 1917. Прим. отв. ред.

А.И.Йорыш

ПРАВОВЫЕ И ЭТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ КЛОНИРОВАНИЯ ЧЕЛОВЕКА

Клонирование живых существ, несомненно, является важнейшим технологическим и фундаментальным прорывом в генетике конца XX в. Этот феномен, революционизирующий биологию и прямо связанный с человеком, вызвал непрекращающиеся дискуссии; к решению сопутствующих морально-этических и юридических проблем оказались неподготовленными ни врачи, ни юристы.

Мировое сообщество задается целым рядом вопросов:

- Каковы последствия клонирования живых существ?
- Может ли новая технология быть применена к человеку?
- Если это так, нужно ли этому препятствовать и как можно было бы препятствовать?
- Каковы пределы, налагаемые этическими принципами и юридическими нормами?
- Есть ли уже сейчас на национальном и международном уровнях юридические механизмы, достаточные для обеспечения необходимых ограничений и регулирования деятельности по клонированию живых организмов, в том числе и в первую очередь человека?

Реакция общественности не однозначна. Имеется целый спектр мнений о перспективах и рисках применения технологии к человеку; прогнозом последствий заняты биологи и медики, этики и теологи, философы и социологи. Этой проблеме посвящены уже тысячи статей, социальных прогнозов, активизированы юридические институты развитых стран.

Сама по себе технология клонирования перспективна. Она может быть использована для: а) тиражирования ценных пород животных; б) сохранения редких видов; в) получения генетических копий животных-моделей; г) научных исследований; д) целевого создания клеток и «искусственных» органов человека, необходимых в генотерапии и трансплантологии.

Вместе с тем обоснованную тревогу вызывает целый ряд возникающих правовых и этических проблем. Среди них:

- неприемлемость направленной селекции людей с целевыми генетическими характеристиками;
- отсутствие знаний о рисках развития клонированных существ;
- непредсказуемость будущего клонированных детей, по сути, не имеющих родителей;
- юридические проблемы соотношения общества и «клонов»;
- проблема пренебрежения к личности и достоинству человека.

Основные опасения мирового сообщества связаны с возможностью нелегальных попыток создания человека, ведь эмбриологические приемы переноса клеточных ядер и клонирования, в целом, довольно просты и не требуют дорогостоящего оборудования. Возможность прецедента клонирования человека вступает в противоречие с целым комплексом правовых и этических проблем, религиозных принципов.

Успех экспериментов эмбриолога Я.Вилмута с клонированием овец реализовал вековую мечту ученых — экспериментально создать живой организм из одной клетки. Овца Долли прожила 6 лет и скончалась 15 февраля 2003 г. Информация о смерти первого клонированного животного, ставшего символом новой технологии — новой эпохи в жизни человечества, отражена во всех без исключения СМИ. Я.Вилмут продемонстрировал не технологический трюк, а подошел к открытию нового закона природы. Лишь несколько десятилетий назад ботаники научились выращивать из одной клетки целое растение. Использование генной инженерии привело к появлению трансгенных растений и животных, содержащих в своем геноме чужеродный генетический материал. Искусст-

венное оплодотворение человека и изменение его пола становятся рутинными операциями.

В практической ветеринарии применялись до последнего времени такие приемы клонирования, как: 1) микрохирургическое разделение ранних эмбрионов с последующей подсадкой их самкам-реципиентам или 2) введение ядра соматической клетки в оплодотворенную яйцеклетку (зиготу) с заранее удаленным собственным ядром для обеспечения последующего эмбрионального развития.

Новейшие технологии биомедицины оказываются сейчас во всем мире под двойным контролем: под контролем общества (его взглядов, опирающихся на современную этику) и права.

Человечество не в первый раз сталкивается с необходимостью осмысления правовых и этических аспектов использования новых технологий, однако скорость практического воплощения все возрастает с одновременным увеличением масштабов потенциального воздействия технологий на человека и окружающую среду, сокращая число равнодушных наблюдателей, уступающих право выбора и право решений другим современникам или вообще будущим поколениям. Биоэтика не дает готовых ответов на вопрос «что делать». Она помогает осмыслить ценности, в том числе оценить перспективы и риски клонирования.

Особенностью правового и этического регулирования проблемы клонирования человека стала его предвосхищающая направленность. Призывы правоведов и этиков к ученым продумывать заранее последствия своей научной деятельности остаются лишь благими пожеланиями.

В развернутой научной и общественной дискуссии можно воспользоваться современными этическими принципами, научными оценками технологии клонирования применительно к человеку, продумать соответствующую систему правового регулирования перед тем, как принять взвешенное решение.

Реальность клонирования взрослых млекопитающих из одиночной клетки, открывая необозримые возможности, уже вовлекла общество в эти сложнейшие правовые и этические дискуссии по типу «риск-выгода» и поставила задачи правового регулирования этой деятельности.

Среди несомненных выгод клонирования:

— выведение генетически оптимальных и экономически выгодных пород сельскохозяйственных животных (овец с высококачественной шерстью, копий быков-чемпионов или коров-суперпродуцентов молока);

— ускоренное создание трансгенных животных — суперпродуцентов биологически активных веществ медицинского и пищевого назначения;

— получение физиологически здоровых органов животных (в частности, свиньи), пригодных для пересадки их человеку;

— возможность решить в ходе дальнейшей разработки технологии клонирования такие фундаментальные проблемы, как неспособность мозга к регенерации, расшифровка структуры и функционирования позвоночника и мышц, а также понять процесс ракового перерождения клеток.

Клонирование человека может стать социальной и медицинской поддержкой бездетных пар. Этот подход, по-видимому, через ряд лет мог бы найти положительный отклик в обществе: ведь оно приняло, хотя и с большими этическими ограничениями, репродуктивную технологию с оплодотворением в пробирке и использованием «суррогатных» матерей.

К ограничениям относятся запреты Всемирной ассоциации акушеров и гинекологов на клонирование человеческих эмбрионов старше двухнедельного возраста, получение химеры человек-животное и работы по созданию «искусственной матки» для вынашивания «биоксерокса», если это только не связано с интересами здоровья.

Уже около десяти лет в РФ активно формируется нормативно-правовая база в области генно-инженерной деятельности, биотехнологии и биомедицины. Однако она не охватывает проблему клонирования человека. В июне 1996 г. впервые в истории России Государственной Думой был принят Федеральный закон «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности», вступивший в силу 5 июля 1996 г. Для регламентирования деятельности различных структур, обеспечивающих применение на практике этого закона, необходима его детализация — разработка конкретных правил безопасности при проведении генно-инженерных работ, а также создание логической информационной структуры, предлагающей многосторонний доступ к данным по биобезопасности. Очевидна также необходимость формирования Национального комитета и местных комиссий по биобезопасности.

Закон «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» запрещает какие-либо манипуляции с человеком. Вместе с тем в нашей стране была отработана технология клонирования животных, позволяющая получить клоны, т.е. особей с практи-

чески одинаковым геномом¹, и давно возникла реальная возможность клонирования человека, т.е. получения его генетически идентичных копий. По поручению Правительства РФ для анализа зарубежного правового опыта и выработки российской позиции в отношении регулирования использования технологии клонирования Миннауки России была создана Межведомственная рабочая группа.

Проанализировав зарубежный опыт, с учетом мнения российских экспертов, Межведомственная рабочая группа пришла к выводу о целесообразности принятия в нашей стране пятилетнего моратория на клонирование человеческих существ. Это предложение было поддержано Миннауки России, Минздравом России, Госкомэкологии России (ныне – Минприроды РФ), Межведомственной комиссией по проблемам гено-инженерной деятельности, российской научной общественностью.

В основу такого решения легли следующие доводы: а) необходимость длительной всесторонней, строго научной оценки генетических и социальных последствий технологии; б) предотвращение бесконтрольной деятельности в области клонирования на территории России, в том числе с участием зарубежных исследователей; в) обеспечение условий для развития российской науки в освоении технологий клонирования для целей медицины (трансплантация, генотерапия); г) необходимость учета динамики социальных и этических тенденций в обществе; д) своевременное введение моратория явится национальным вкладом России в международную систему регулирования, направленную на сохранение прав и достоинства человека.

19 апреля 2002 г. Государственная Дума приняла Федеральный закон «О временном запрете на клонирование человека», которым введен пятилетний запрет на клонирование человека, исходя из принципов уважения человека, признания ценности личности, необходимости защиты прав и свобод человека и учитывая недостаточно изученные биологические и социальные последствия клонирования человека. С учетом перспективы использования имеющихся и разрабатываемых технологий

¹ В 30-е годы XX в. Борис Астауров сумел получить от самок гусениц шелкопряда потомство без участия самцов: гусеницы-дочки были генетическими копиями гусениц-мамок. В 50-х годах была доказана возможность клонирования эмбрионов амфибий. В начале 90-х наука посягнула на млекопитающих. Российские ученые использовали иную, чем Я.Вилмут, технологию, основанную на микрохирургическом разделении ранних эмбрионов с последующей трансплантацией их самкам-реципиентам. Результаты этих работ имеют большое теоретическое и практическое значение.

клонирования организмов предусматривается возможность продления запрета на клонирование человека или его отмены по мере накопления научных знаний в данной области, определения моральных, социальных и этических норм при использовании технологий клонирования человека. Но действие Закона не распространяется на клонирование иных организмов.

В Законе определяются два важнейших понятия: *клонирование человека* — создание человека, генетически идентичного другому живому или умершему человеку, путем переноса в лишенную ядра женскую половую клетку ядра соматической клетки человека; *эмбрион человека* — зародыш человека на стадии развития до восьми недель. Кроме того, запрещается ввоз на территорию Российской Федерации и вывоз с территории Российской Федерации клонированных эмбрионов человека на весь период действия Закона, т.е. на пять лет.

В Законе содержится отсылочная норма об ответственности за нарушение его требований, но пока что уголовным или административным законодательством такие составы не предусмотрены. Большинство стран, подписавших протокол о запрете клонирования человека, ввело за такие эксперименты суровые наказания. Во Францию за попытку изготовления человеческого двойника можно получить до 20 лет тюрьмы, в Германии — 5, в Японии — 10.

Законотворческое решение обусловлено необходимостью длительной всесторонней, строго научной и межотраслевой оценки генетических и социальных последствий технологии. Введение временного запрета должно предотвратить начало бесконтрольной деятельности в области клонирования на территории России, в том числе с участием зарубежных исследователей, не имеющих такой возможности у себя в стране из-за действующих там регулирующих норм, а также обеспечить необходимые условия для развития российской науки в освоении технологий клонирования для целей медицины (трансплантации, генотерапии) и предоставить возможность (с учетом динамики социальных и этических тенденций в обществе) принять взвешенное решение проблемы клонирования.

Вместе с тем многими людьми попытки искусственного создания человеческих существ путем клонирования воспринимаются как вызов фундаментальным ценностям общества, в частности, как унижение или оскорбление достоинства человека и личности, которое, согласно ст.21 Конституции РФ, охраняется государством. В настоящее время трудно

оценить, как они могут сказаться на институте семьи, какими будут их психологические последствия.

Россия готова к подписанию Конвенции Совета Европы по правам человека и биомедицине (Страсбург, 1996 г.), открытой к подписанию с апреля 1997 г. Подписание Конвенции влечет за собой рассмотрение вопроса о присоединении к дополнительному к ней Протоколу «О запрете на клонирование человеческих существ» (Париж, 1998 г.), подписанному 17 европейскими странами. Для любой страны, подписавшей Конвенцию, присоединение к Протоколу не является автоматически обязательным, оно определяется ее национальным выбором.

Наша научная общественность выступила не за жесткий запрет, диктуемый Протоколом, а за пятилетний мораторий.

Хотя Россия вправе принять собственное решение по форме регулирования новейшей технологии, она обязана четко определиться и информировать перед подписанием Конвенции ее Секретариат о своей национальной позиции. Но здесь приходится учитывать, что сфера действия Федерального закона «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» (1996), дополненного Федеральным законом «Об изменении и дополнении Федерального закона «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности», не включает клетки в состав организма человека. Для предотвращения злоупотреблений уже сейчас надо обсудить пределы правового регулирования. При этом приходится учитывать, что:

а) клоны людей должны официально иметь те же юридические права и ответственность, что и любое другое человеческое существо. У людей не будет права содержать человеческого клона в изоляции для запасных частей своего тела;

б) живущий в настоящее время человек не должен клонироваться без его письменного согласия. Любому человеку автоматически дается право собственности на его генетический код и право им распоряжаться по собственному усмотрению; код должен оставаться под его контролем. Человеку должно быть разрешено определять по своей воле, хочет ли он разрешить клонировать себя после смерти и при каких условиях. Видимо, целесообразно запретить клонирование несовершеннолетних, так как они еще не достигли зрелости для принятия такого рода решений;

в) клоны человека должны вынашиваться и рождаться только взрослой женщиной, действующей по собственной воле, без принуждения. Выращивание человеческого плода вне тела женщины, например, в

лабораторных аппаратах, должно быть запрещено. В настоящий момент не существует технологии для искусственного выращивания плода, но японские исследователи над этим работают;

г) существуют некоторые основания полагать, что предрасположенность к жестокости и убийству генетически предопределяются. Клонирование осужденных убийц и других жестоких преступников следует запретить.

Примерно таков — в самом общем виде — круг проблем, которым посвящена Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины (Конвенция о правах человека и биомедицине). Этот важный документ, работа над которым началась в 1990 г., был окончательно принят Парламентской ассамблеей (высшим представительным органом) Совета Европы в ноябре 1996 г. Вначале подготовка проекта велась в рамках специально созданного Комитета, который в 1993 г. был преобразован в Руководящий комитет по биоэтике. Планировалось принять конвенцию по биоэтике, однако в окончательном тексте было решено отказаться от применения этого термина (хотя в обиходном, неофициальном словоупотреблении ее часто продолжают именовать именно так). Одна из основных причин такого изменения заключается в том, что Конвенция является юридическим документом, так что употребление в нем слова «этика» может вводить в заблуждение. Иными словами, нормы, заложенные в Конвенции, имеют не только силу морального призыва — каждое государство, присоединившееся к ней, берет на себя обязательство воплотить эти нормы в собственном законодательстве. Более того, государство обязано не просто провозгласить их, но и обеспечить их реальное выполнение, что, как мы знаем, особенно актуально для России, поскольку в нашей стране разрыв между записанными в законе нормами и реальной практикой может быть сколь угодно велик. Соответствующие инстанции Совета Европы получают право контролировать соблюдение норм Конвенции в каждой из подписавших ее стран.

Конвенция представляет собой первый юридически обязывающий международный документ, регулирующий на основе общепризнанных стандартов в области прав человека рамки практического применения достижений в области генетики, эмбриологии, трансплантации органов и т.д., а также процедуры медицинских и научных исследований на человеке. В преамбуле Конвенции подчеркивается необходимость уважения человеческого существа и как индивида, и как представителя челове-

ского рода, признается важность обеспечения его достоинства, которому может угрожать опасность при недобросовестном использовании достижений биологии и медицины.

Положения Конвенции устанавливают разумный баланс между законодательными ограничениями и поощрением научного поиска. Ее главная цель — гарантировать наряду с обеспечением защиты прав, свобод, достоинства и здоровья каждого человека, также целесообразность и неприкосновенность человеческой личности, что является краеугольным камнем современной биоэтики. В качестве основополагающего Конвенция утверждает принцип верховенства человеческого существа, чьи «интересы и благо должны иметь преимущество перед интересами исключительно общества и науки». Это, в частности, означает, что перспектива получения даже самых заманчивых научных результатов не дает оснований для проведения исследований или экспериментов на человеке без его согласия и вопреки морально-этическим нормам. Подтверждается принцип равного доступа для всех к медицинской помощи и услугам приемлемого качества в соответствии с международными стандартами и профессиональными требованиями и т.д.

В Конвенции сформулированы наиболее важные принципы, правила и юридические нормы, необходимые для защиты прав пациентов и испытуемых, включая недееспособных лиц (в частности, обязательность добровольного информированного согласия на всех стадиях любого вмешательства в организм человека, право на информацию о своем здоровье и т.д.). Вводятся определенные ограничения, в частности, в связи с генетическими и иными исследованиями на человеческом организме. Запрещается создание эмбрионов человека в исследовательских целях, программирование пола будущего ребенка, торговля органами и тканями человека, любая дискриминация, основанная на геноме, и т.д.

В целях действенного применения положений Конвенции ее участники предусматривают в национальном законодательстве надлежащие меры, включающие, в частности, судебную защиту, санкции в случае возможных злоупотреблений, выплату компенсаций потерпевшим. Вместе с тем допускается в отдельных случаях ограничение прав и защищаемых их норм, но только по закону и в той степени, в какой это диктуется в демократическом обществе интересами общественного порядка, предотвращения преступлений, охраны здоровья или защиты прав и свобод других лиц.

С учетом динамичного развития науки и практики предусмотрена возможность внесения поправок в текст Конвенции и принятия дополнительных протоколов, развивающих и конкретизирующих изложенные в ней общие подходы.

Предусмотрены также отчетность участников Конвенции, по запросу Генерального секретаря Совета Европы, относительно эффективного применения ее положений на национальном уровне и механизм обращения в Европейский суд по правам человека в Страсбурге по вопросам толкования положений Конвенции. (До сих пор Суд давал толкование только по основополагающей Конвенции Совета Европы — о защите прав человека и основных свобод).

Конвенция подчеркивает необходимость и важность широкого публичного обсуждения фундаментальных проблем, связанных с прогрессом биомедицины и находящихся в поле зрения биоэтики.

Конвенция вступила в силу с 1 декабря 1999 г. Ее ратифицировали Греция, Дания, Испания, Сан-Марино, Словакия и Словения, подписали еще 22 государства.

Дополнительный протокол развивает касающиеся генной инженерии статьи Конвенции и прежде всего ст.18, запрещающую создание эмбрионов человека в исследовательских целях. Он запрещает «любое вмешательство с целью создания человеческого существа, генетически идентичного другому человеческому существу, живому или умершему». Протокол не позволяет никакого отклонения от изложенных в нем положений, которые, однако, не следует понимать как налагающие запрет на технику клонирования в клеточной биологии. В Пояснительном докладе к Протоколу детально аргументированы необходимость и актуальность запрещения клонирования человеческих существ.

Для вступления Протокола в силу необходимы пять ратификаций. К настоящему времени его подписали 23 государства, ратифицировали Греция, Испания, Словакия и Словения.

Присоединение нашей страны к данной Конвенции и Дополнительному протоколу к ней представляется своевременным и политически важным, особенно с учетом сложившегося в российском обществе консенсуса в пользу такого шага. Участие России в этих международно-правовых актах будет способствовать дальнейшему развитию правосознания в нашей стране, процессу совершенствования отечественного законодательства в области охраны здоровья и созданию дополнительных гарантий правовой защищенности российских граждан. Конвенция о за-

щите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины, как и Всеобщая декларация ООН о геноме человека и о правах человека ориентирует государства на принятие национальных мер по недопущению практики, противоречащей человеческому достоинству, такой, как клонирование в целях воспроизводства человеческой особи.

В настоящее время принят ряд международных документов против клонирования человека в целях воспроизводства. В некоторых из них сформулированы основополагающие принципы и предписания. Для российского читателя, по моему глубокому убеждению, будет чрезвычайно важно ознакомиться с текстом этих норм — пусть даже в извлечениях.

Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО). Всеобщая декларация о геноме человека и правах человека от 11 ноября 1997 года.	<i>Статья 1.</i> Геном человека лежит в основе изначальной общности всех представителей человеческого рода, а также признание их неотъемлемого достоинства и разнообразия. Геном человека знаменует собой достойные человечества. <i>Статья 2.</i> а) Каждый человек имеет право на уважение его достоинства и его прав, вне зависимости от его генетических характеристик. б) Такое достоинство неприложно означает, что личность человека не может сводиться к его генетическим характеристикам и требует уважения его уникальности и неповторимости.
Организация здравоохранения (ВОЗ) Резолюция ВОЗ (WHA) 51.10. Об этических научных и социальных последствиях клонирования для здоровья человека от 16 мая 1998 года. Резолюция ВОЗ (WHA) 50.37 о клонировании человека в целях воспроизводства от 14 мая 1997 года.	Первый пункт преамбулы. Напоминая резолюцию 50.37 и ее положения с осуждением клонирования для воспроизводства человека как практики, уничтожающей человеческое достоинство. Пункт 1. Вновь подтверждает, что клонирование для репликации (воспроизводства) человеческих существ является недопустимым с этической точки зрения и противоречит принципам человеческого достоинства и целостности. Пункт 1. Подтверждает, что использование клонирования для репликации (воспроизводства) человеческих существ является недопустимым с этической точки зрения и противоречит принципам человеческого достоинства и морали.
Региональные договоры и документы. Совет Европы. Дополнительный про-	Первый пункт преамбулы. Отмечая научные достижения в области клонирования млекопитающих, в частности посредством деления эмбрионов и пересадки ядер. Пятый пункт преамбулы. Учитывая вместе с

токол к Конвенции о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины относительно запрещения клонирования человека от 12 января 1998 года (European Treaty Series No. 168).	тем, что инструментализация людей по средствам преднамеренного создания генетически идентичных людей противоречит человеческому достоинству и в силу этого представляет собой предосудительное использование биологии и медицины. Шестой пункт преамбулы. Учитывая также серьезные трудности медицинского, психологического и социального характера, к которым такая предумышленная биомедицинская практика может привести для всех соответствующих индивидов.
Европейский союз. Хартия основных прав Европейского союза, принятая в Ницце, Франция, 7 декабря 2000 года Европейский совет. Декларация о запрещении клонирования человека от 16 июня 1997 года	Статья 1. Человеческое достоинство нерушимо. Оно должно уважаться и защищаться. Статья 3 (1). Каждый человек имеет право на уважение его и ее физической и психической неприкосновенности. Пункт 1. Европейский совет отмечает, что развитие новых технологий в области генной инженерии порождает острые этические проблемы.
Европейский парламент. Резолюция о клонировании человека от 7 сентября 2000 года.	Пункт F преамбулы. ...в Сообществе существует консенсус в отношении того, что манипуляции с зародышевыми клетками человека и клонирование человека являются оскорблением публичного порядка и морали. Пункт 2. «Терапевтическое клонирование», включающее создание зародышей человека исключительно в исследовательских целях, создает глубокую этическую дилемму, непорочно переходит границы исследовательских норм и противоречит публичному по-

	рядку, принятому Европейским союзом.
Европейский парламент. Резолюция о клонировании человека от 15 января 1998 года.	Пункт С. ...клонирование человека, будь то на экспериментальной основе, в контексте лечения бесплодия, предимплантационного диагноза, пересадки тканей или для любой другой цели, является неэтичным, морально неприемлемым, противоречащим уважению личности и грубым нарушением основных прав человека, которое ни при каких обстоятельствах не может быть оправдано или принято. Пункт 1. ...вновь заявляет, что каждый человек имеет право на свою собственную генетическую идентичность и что клонирование человека должно быть запрещено.
Европейский парламент. Резолюция о клонировании от 12 марта 1997 года.	Пункт А Преамбулы. ...клонирование порождает новую этическую проблему и вызвало значительное беспокойство общественности. Пункт В Преамбулы. ...клонирование человека, будь то на экспериментальной основе, в контексте лечения бесплодия, предимплантационного диагноза, пересадки тканей или для любой другой цели, ни при каких обстоятельствах не может оправдываться или допускаться никаким обществом, поскольку оно является серьезным нарушением основных прав человека и противоречит принципу равенства людей, и поскольку оно разрешает производить евгенический расистский отбор человеческой расы, является оскорблением человеческого достоинства и требует проведения экспериментов над людьми. Пункт 1 Преамбулы. Подчеркивает, что каждый человек имеет право на свою собственную генетическую идентичность и что

	клонирование человека запрещено и этот запрет должен сохраняться.
Европейский парламент. Резолюция об этических и правовых проблемах генной инженерии от 17 марта 1989 года.	Пункт D Преамбулы. ...геномный анализ может, с одной стороны, позволить добиться усовершенствования профилактической медицины и терапии, но, с другой стороны, влечет за собой опасность установления обязательных евгеническо-профилактических целей, применения генетического анализа для целей социального контроля и сегрегации всех социальных слоев, отбора зародышей и плодов лишь на основе генетических характеристик и осуществление фундаментальных изменений в нашем обществе. Пункт 29 ...правовое положение зародыша человека должно быть определено с целью обеспечения безусловной защиты генетической идентичности; Пункт 30 ...даже если изменение генной комбинации лишь частично изменяет генотип, происходит подмена идентичности человека, что является безответственным и неоправданным, поскольку затрагивает само правовое положение личности; Пункт 32 ...процедуры, включающие живые зародыши или плоды человека или эксперименты с ними, оправданы только в том случае, если они непосредственно приносят пользу благополучию соответствующего ребенка и его матери, которое не может быть достигнуто иным путем, и уважают физическую и психическую целостность соответствующей женщины.
Европейский парламент. Резолюция о клонировании зародышей	Пункт С Преамбулы ...будучи твердо убежден в том, что клонирование человека, будь то на экспериментальной основе, в контексте лечения бесплодия, предимплантацион-

человека	ного диагноза, пересадки тканей или для любой другой цели, является неэтичным, морально неприемлемым, противоречащим уважению личности и грубым нарушением основных прав человека, которое ни при каких обстоятельствах не может быть оправдано или принято; Пункт 1 осуждает клонирование человека для каких бы то ни было целей, в том числе для целей исследований, как грубое нарушение основных прав человека, противоречащее уважению личности, морально неприемлемое и неэтичное.
Определения. Региональные договоры и документы // Совет Европы Дополнительный протокол к Конвенции о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины относительно запрещения клонирования человека от 12 января 1990 года.	Статья 1 1. Любое вмешательство с целью создания человека, генетически идентичного другому человеку, будь то живому или мертвому, запрещается. 2. Для целей настоящей статьи термин «человек, генетически идентичный другому человеку», означает человека, имеющего одинаковый с другим человеком набор нуклеарных генов.
Запреты. // Глобальные документы. Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) Резолюция ВОЗ (WHA) 51.10 об этических, научных и социальных последствиях клонирования для здо-	Пункт 2 ...настоятельно призывает государства-члены продолжить непрерывный и информационно обоснованный диалог по этим вопросам и предпринять надлежащие шаги, включая законодательные и юридические меры, направленные на запрещение

ровья человека от 16 мая 1998 года. Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины от 4 апреля 1997 г. (Конвенция о правах человека и биомедицине) Дополнительный протокол к Конвенции о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины относительно запрещения клонирования человека от 12 января 1998 года. Совет Европы, Парламентская ассамблея, постановление № 354 (1997) об исследованиях и клонировании человека от 23 сентября 1997 года, принято Ассамблеей, очередная сессия 1997 года, четвертая часть, 22 — 26 сентября 1997 года.	клонирования для воспроизводства человека. Статья 13. Вмешательство, имеющее своей целью изменить геном человека, может быть предпринято лишь в профилактических, диагностических или терапевтических целях и только в том случае, если оно не направлено на внесение изменений в геном наследственности. Статья 13... 2. Создание эмбрионов человека для целей исследования запрещается. Статья 1 1. Любое вмешательство с целью создания человека, генетически идентичного другому человеку, будь то живому или мертвому, запрещается; 2. 2. Для целей настоящей статьи термин «человек, генетически идентичный другому человеку», означает человека, имеющего одинаковый с другим человеком набор нуклеарных генов. Пункт 2. Ассамблея в своем заключении № 202 (1997) поддерживает принцип, согласно которому любое вмешательство с целью создания человека, генетически идентичного другому человеку, будь то живому или мертвому (при этом «человек, генетически идентичный другому человеку», означает «человека, имеющего одинаковый с другим человеком набор нуклеарных генов»), должно быть запрещено. Пункт 3. Ассамблея и Европейский парламент также призвали прямо запретить во

Совет Европы, Парламентская ассамблея, рекомендация 1046 (1986) об использовании зародышей и плодов человека в диагностических, терапевтических, научных, промышленных и коммерческих целях от 24 сентября 1986 года, принята Ассамблеей, тридцать восьмая очередная сессия, вторая часть, 17–25 сентября 1986 года.	всем мире клонирование человека. Пункт 14.А Рекомендует Комитету министров: призвать правительства государств-членов: II...ограничить использование зародышей и плодов человека и их частей и тканей в промышленном контексте целями, которые являются строго терапевтическими и для которых не существует никаких других средств в соответствии с принципами, изложенными в добавлении, и привести свое законодательство в соответствие с этими принципами или принять в соответствии с ним нормы, в которых, среди прочего, должны устанавливаться условия, при которых изъятие или использование может быть осуществлено в диагностических или терапевтических целях; III запретить любые действия, которые могут рассматриваться как нежелательное использование или отклонение от этой методики, в том числе: — создание идентичных человеческих особей путем клонирования или любым другим методом, будь то для целей расового отбора или иных целей; — имплантация зародыша человека в матку животного или наоборот; — соединение человеческих гамет с гаметами животного; — создание зародышей при помощи спермы разных людей; — соединение зародышей или любые другие операции, в результате которых может по-

Совет Европы, Парламентская ассамблея, заключение № 202 (1997) о проекте дополнительного протокола к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно запрета клонирования человека от 23 сентября, 1997 года, принято Ассамблеей, очередная сессия 1997 года, четвертая часть, 22—26 сентября 1986 года.	лучиться химерный организм; — эктогенез, или создание отдельной независимой человеческой особи вне матки женщины, т.е. в лаборатории; — создание детей от людей одного пола; — выбор пола путем генетической манипуляции для нетерапевтических целей; — создание идентичных близнецов; — проведение исследований над жизнеспособными зародышами человека; — опыты над живыми зародышами человека независимо от того, являются ли они жизнеспособными; — содержание зародышей <i>in vitro</i> свыше двух недель после оплодотворения (без учета времени, необходимого для замораживания). Пункт 8 ...Ассамблея рекомендует Комитету министров: V. Просить Генеральную Ассамблею Организации Объединенных Наций принять положения в целях прямого запрета во всем мире клонирования человека в духе Дополнительного протокола Совета Европы относительно запрещения клонирования человека. Статья 3(2) В областях медицины и биологии должно соблюдаться, в частности, следующее: — запрещение практики евгенического ха-

Хартия основных прав Европейского союза, принята в Ницце, Франция 7 декабря 2000 года (2000 O.J. (C 364) 01)	рактера, в частности практики с целью отбора людей; — запрещение превращения тела человека и его частей как таковых в источник финансовых доходов.

Т.В.Никишина

**КЛОНИРОВАНИЕ КАК ИНСТРУМЕНТ
РЕПРОДУКЦИИ ЧЕЛОВЕКА В США
(Обзор)**

Три недавних научных открытия в области медицинских технологий привлекли всеобщее внимание к проблеме, суть которой можно сформулировать следующим образом: должны ли быть наложены определенные правовые ограничения на их применение. Первое — создание вирусов, патогенных для человека. Когда австралийскими учеными случайно был создан вирус, который убивал мышей путем выведения из строя их иммунной системы, возникло опасение, что эта технология может нести угрозу создания смертоносных вирусов и нового биологического оружия. Второе — создание животных с измененными генами. С момента появления в 1976 г. первого животного с измененными генами — мыши — было создано множество подобных животных различных видов (фруктовые мухи, овцы, кролики, козы, свиньи и т.д.). Но в октябре 2000 г. впервые создан примат с измененными генами — макака резус с вживленными генами медузы. Это открытие вызвало этические опасения, что ученые могут использовать данную методику для придания желаемых черт человеческим эмбрионам и тем самым откроют эру дизайнеров человека. Но данное открытие дает надежду на создание животных с вживленными человеческими генами, отвечающими за развитие болезни Альцгеймера, рака груди, наследственной слепоты и других заболеваний, на которых могли бы тестироваться вакцины, различные препараты и методики лечения. Третьим открытием явилось клонирование и возмож-

ность клонирования человеческого эмбриона.

В январе 2001 г. в Великобритании вступили в силу поправки к Закону об оплодотворении и эмбрионах 1990 г.¹, дающие послабление в вопросе создания человеческих эмбрионов методом клонирования. Законодательство по-прежнему запрещает создание детей методом клонирования, но разрешает исследования на стволовых клетках и дает указание разрушать клоны на 14-й день развития эмбриона. Исследования стволовых клеток неизбежно включают в себя клонирование эмбрионов, так как врачи хотят использовать в лечении своих пациентов их собственные клетки. Клонированные клетки будут генетически идентичны клеткам пациента и, таким образом, могут теоретически преодолеть проблему отторжения трансплантата. В США низкодифференцированные эмбриональные стволовые клетки получают из купленных или полученных в дар эмбрионов, произведенных в частных клиниках, в особенности занимающихся экстракорпоральным оплодотворением.

Профессор Колумбийского университета Дж.П.Смит в статье «Установление рамок: Медицинские технологии и закон»² подчеркивает необходимость формирования критериев оценки новых биотехнологий и законодательных ограничений их использования как на «макро» уровне — назначение и эффекты медицинской технологии, так и на «микро» (индивидуальном) уровне — оценка применения данной технологии. Он указывает на необходимость оценивать предоставляемые ими возможности с гуманистической точки зрения, определяя, перевешивает ли потенциал уменьшения человеческих страданий опасность возникновения негативных последствий. По мнению автора, мораторий на научные исследования такого рода, продиктованный как долгосрочными, так и краткосрочными издержками и опасениями (например, экономическими, социальными, этическими), не перевешивает многочисленных медицинских достижений, связанных с их развитием. Другими словами, продолжение подобных исследований является разумным. По результатам опроса 25 тыс. человек в 30 странах, проведенного канадской фирмой «Enviro-nics» в 1996 г., 78% опрошенных в Австралии и 90% в США оценивают положительно идею использования биотехнологии для достижения прогресса в медицинской науке, а на вопрос, одобряют ли они клонирование животных для развития новых технологий в медицине, положительно ответили

¹ Human Fertilisation and Embryology Act 1990(UK).

² Smith P. Setting Limits: Medical Technology and the Law // Sydney law rev. – 2001. – Vol. 23, P.283–295.

38% австралийцев и 47% американцев¹.

Автор считает, что простые и компактные правила общего права в США являются наиболее эффективным инструментом для нужд здравоохранения по сравнению с бесконечным набором юридических и законодательных инноваций. В основе общего права лежит нормативный стандарт разумности, которая может быть проверена с помощью простого теста, измеряющего степень вреда от принятого решения и сравнивающего ее либо с общественной пользой, либо с ситуацией *status quo*. В контексте медицинской науки такой подход создает баланс между индивидуальными нуждами и общественными интересами. По мнению автора, запретить научные исследования можно только в том случае, когда они неразумны с точки зрения краткосрочных и долгосрочных затрат и издержек в сравнении с выгодой, могущей быть полученной от продолжения исследований и применения их на практике.

Американский профессор Р.Честер в своей статье «Клонирование для репродукции человека: американская перспектива»² высказывает предположение, что клонирование человека является делом недалекого будущего. Он считает, что применение данной методики как одной из возможных форм репродукции человека не должно быть запрещено законом, его следует строго контролировать правительством. Р.Честер рассматривает научные, этические, религиозные и юридические вопросы, возникающие в связи с применением данной методики. Автор подчеркивает, что клонирование человеческого организма отличается от клонирования отдельных его клеток. Оно является формой асексуальной репродукции человека и может быть использовано как мужчиной, так и женщиной для воспроизведения своего генотипа. Человеческий клон, полученный в результате такой процедуры, является неким подобием так называемого «отсроченного генетического близнеца». Вследствие этого возникает вопрос, кем считать полученный организм — близнецом данного человека или же его ребенком. Автор предлагает считать генетического родителя и полученного в результате клонирования ребенка представителями разных поколений. До тех пор пока не создана искусственная матка, мужчина, пожелавший клонировать себя, должен будет найти женщину, которая стала бы суррогатной матерью для клона. Женщина же в случае отсутствия медицинских противопоказаний и при наличии

¹ Smith D. Op. cit.

² Chester R. Cloning for human Reproduction: One American Perspective // Sydney law rev. — Vol. 23. — P. 319–346.

желания может выносить и родить свой клон сама либо также прибегнуть к услугам суррогатной матери. Наименее проблематичным с точки зрения закона, на первый взгляд, представляется случай, когда замужняя женщина с согласия супруга изъявляет желание использовать методику клонирования как одну из форм искусственного оплодотворения и собирается вынашивать клон сама.

В том случае, когда один из супругов решает клонировать себя, а второй дает свое согласие, никаких проблем с юридической точки зрения не возникает. Оба супруга признаются родителями ребенка, родившегося в результате клонирования. Если одна из сторон не признает своего отцовства или материнства, существуют законодательные механизмы, позволяющие решить эту проблему, аналогично тому, как эта проблема решается в случае с обычными детьми.

Если мужчина собирается получить ребенка методом клонирования, он в любом случае сталкивается с проблемой суррогатной матери. Эта проблема существует и в случае искусственного оплодотворения. Суррогатная мать, вынашивающая клон мужчины, является гестационным, а не генетическим суррогатом, поэтому суррогатная мать на основании факта рождения у нее данного ребенка может оспаривать свои родительские права на него в суде. Генетическим суррогатом будет женщина, которая за деньги соглашается на искусственное оплодотворение своей яйцеклетки спермой потенциального отца и на имплантацию данной яйцеклетки. Гестационной называется суррогатная беременность, при которой женщина за деньги соглашается на имплантацию эмбриона, полученного в результате оплодотворения яйцеклетки другой женщины. Такая суррогатная мать имеет меньше оснований для иска в суде, так как ее ДНК может быть обнаружена лишь в митохондриях клеток организма клона, но не в его геномном типе. В настоящее время законодательство некоторых штатов закрепляет материнство гестационной суррогатной матери по отношению к ребенку, несмотря на тот факт, что она не имеет с ним никакой генетической связи. По словам автора, приведенные выше примеры иллюстрируют необходимость использовать традиционные юридические принципы, разработанные для репродукции человека, и в случаях клонирования человека признаваемых еще одним методом борьбы с бесплодием. Однако реакция различных структур в США, в том числе и государственных, сводится к запрету исследований по клонированию человека. По мнению автора, сфера искусственного оплодотворения недостаточно урегулирована законодательно. Возникает множество

проблем: отсутствие у бесплодных пар иного пути родить ребенка, нежели заплатить огромные суммы соответствующим клиникам; возможная эксплуатация суррогатных матерей в зависимости от ситуации и платы за их услуги. В настоящее время эти вопросы регулируются путем подписания соответствующих контрактов между сторонами. Остается открытым вопрос: должно ли общество попытаться законодательно урегулировать рынок данных услуг, чтобы поставить стороны такого договора в заведомо равное положение.

В статье поднимается ряд морально-этических проблем, связанных с клонированием. В частности, какой момент должен считаться зарождением жизни и обретением эмбрионом души. Поскольку в настоящее время научно не определен абсолютный момент зарождения жизни, автор предлагает учитывать интересы ученых, врачей, бесплодных пар в определении в каждой конкретной ситуации момента, с которого развивающаяся жизнь должна охраняться. Аргументом против клонирования является то, что на ранних стадиях клонирование человека связано с разрушением одних эмбрионов в целях получения другого, который и будет развиваться дальше. Однако, возражает автор, более 60% эмбрионов, получившихся в результате естественного оплодотворения, не имплантируются в стенку матки и не развиваются дальше. Интересен, по мнению автора, тот факт, что и клонированный эмбрион, и эмбрион, произведенный *in vitro* из двух гамет, законодательно более защищены в США, нежели после их помещения в организм матери, поскольку она в итоге по различным причинам может по собственному желанию сделать аборт. Если допустить, что клонирование человека становится реальностью, то мужчина или женщина могут клонировать себя без помощи или согласия другой стороны, за исключением суррогатной матери. Данная перспектива подрывает традиционные семейные устои, прежде всего идею партнерства в воспитании ребенка.

Автор считает, что возникающая в этой связи проблема отрыва ребенка — эмоционально и финансово — от потенциального второго «родителя» должна быть законодательно разрешена на уровне правительства к тому моменту, когда клонирование человека станет реальностью. По мнению профессора Р.Честера, законодательное запрещение клонирования человека переместит эти исследования в теневой сектор или офшорные зоны, и значит возможность законодательного регулирования данного процесса на уровне государства будет утрачена. В заключение Р.Честер пишет, что, несмотря на тот факт, что в настоящее время кло-

нирование человека еще не стало реальностью, необходимо всесторонне изучать возможные последствия его внедрения в жизнь, как юридические, так и моральные, этические, религиозные. Общество должно быть готово к появлению этой новой реальности. Следует отметить, что возможность практического применения современных научных достижений в области биотехнологии, и клонирования в особенности, требует тщательного изучения его правовых последствий. Очевидным является тот факт, что помимо широкого применения аналогий с другими правовыми ситуациями потребуется разработка нового законодательства, детально регулирующего данную сферу.

Т. Гутманн

В ПОИСКАХ ПРАВОВЫХ ЦЕННОСТЕЙ: О НАКАЗУЕМОСТИ КЛОНИРОВАНИЯ ЛЮДЕЙ¹

В последнее время тема клонирования человека вызывает горячие споры как в медицинской, юридической, политической, так и в этической областях. В октябре 1993 г. в медицинском Центре Джорджа Вашингтона медики Джерри Холл и Роберт Стиллман впервые разделили одноклеточный эмбрион на дву- и восьмиклеточный². 27 февраля 1997 г. «Обсервер» сообщала, что группа ученых Рослинского института Эдинбурга произвела из ядра клетки, которое было взято из зрелой соматической клетки взрослой овцы и помещено в яйцеклетку другой овцы, жизнеспособного ягненка, являющегося генетическим близнецом взрослого животного³. Тем временем южнокорейские ученые произвели такую трансформацию ядра из соматической клетки женщины в ее яйцеклетку⁴.

¹ Полностью статья Томаса Гутманна «В поисках правовых ценностей: о наказуемости клонирования людей» опубликована в книге «Медицинское уголовное право». 2-е издание. Издательство Ричарда Боорберга. 2001. С. 353–379.

T. Gutmann. Auf der Suche nach einem Rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen // Medizinstrafrecht. – 2 Aufl. – Richard Boorberg Verlag. 2001. – S. 353–379.

² Science 262 (1993), 652 f. (Наука 262. 1993. С. 652).

³ Nature 385 (1997), 810/ (Природа 385. 1997. С. 810).

⁴ Süddeutsche Zeitung vom 16.12.1998. (Южнонемецкая газета от 16.12.1998).

Состояние правового регулирования

В ФРГ клонирование людей запрещено с 1 января 1991 г. Законом о защите эмбрионов (от 13 декабря 1990 г.)¹. В § 6 этого Закона провозглашено:

1. Тот, кто искусственно вызывает возникновение человеческого эмбриона с такой же генетической информацией, как у другого эмбриона, зародыша человека или умершего, наказывается лишением свободы на срок до пяти лет.

2. Так же наказывается тот, кто перенесет упомянутый в абзаце первом эмбрион в организм женщины.

3. Покушение наказуемо².

В этом параграфе воплощена воля законодателя, направленная на предотвращение клонирования людей, включая искусственное создание близнецов³. Причиной пересмотра текста закона в Бундестаге в 1990 г. стал технический прорыв, связанный с именем овцы Долли.

При разделении эмбрионов по методу, примененному в Рослинском институте (Шотландия), у искусственных близнецов генетическая информация оказывается идентичной. Ядро клетки содержит 99% генетической информации, а оставшийся 1% образуется из митохондрического материала яйцеклетки-носителя. Соответствует ли в таком случае генетическая информация эмбриона генетической информации донора?

Федеральный министр юстиции Шмидт-Йорциг, отстраненный от должности в октябре 1998 г., согласился с разъяснениями экспертной комиссии федерального исследовательского Министерства, что в § 6 абз. 1 Закона о защите эмбрионов говорится не о *той же самой генетической информации*, а о подобной⁴. Толкованию этих терминов уделено

¹ Gesetz zum Schutz von Embryonen. – ESchG vom 13. Dezember 1990, BGBl. I, 2746.

² Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG) vom 13. Dezember 1990. (Закон о защите эмбрионов от 13 декабря 1990 – 33Э).

³ Закон о защите эмбрионов запрещает в § 7 образование монстров и гибридов и регулирует область, которая рассматривалась в США только в ноябре 1998 г. в сообщениях о соединении человеческой клетки с яйцеклеткой коровы. Более подробно: http://bioethics.gov/shapiro_letter.html.

⁴ Bundesjustizminister Schmidt-Jortzig im Deutschen Bundestag, 21. März 1997, zitiert nach Glauben, DRIZ 1997, 305–307 ff. (Федеральный министр юстиции Шмидт-Йорциг цитировал 21 марта 1997 в немецком Бундестаге (с. 305–307).

особое внимание: тот же самый означает точь-в-точь, а подобный — почти похож¹.

К тому же в § 6 Закона о защите эмбрионов недостаточно четко прописан состав преступления относительно «эмбриона». Нормативное понятие «эмбрион» дается в § 8 абз. 1. Эта норма устанавливает, что «эмбрионом считается оплодотворенная, способная развиваться человеческая яйцеклетка с момента слияния ядер (т.е. через 24 часа после оплодотворения)»². При клонировании же по методу Рослинского института (Шотландия) не происходит слияния ядер. Может ли это означать, что Закон о защите эмбриона (далее 33Э) не распространяется на данный произведенный эмбрион?

Прежний федеральный министр юстиции отстаивал точку зрения, что определение эмбриона, данное в § 8 абз. 1 33Э, не сводится только к этому, а защищаемый этим Законом эмбрион может возникнуть и без слияния ядра. Мнение федерального министра таково, что 33Э должен запретить клонирование людей по так называемому «Долли»-методу.

Федеральному Правительству и Бундестагу, благодаря заключению комиссии экспертов, стало известно, что метод перенесения ядра клетки в выделенную яйцеклетку, по сравнению с разделением ядра, представляет собой второй возможный способ клонирования животных и людей, хотя осуществимость этого метода в 1990 г. вызывала сомнение.

§ 6 33Э преследует цель предотвращения намеренного выбора генов для будущего человека. Для достижения этой цели в § 6 абз. 2 33Э было установлено, что перенесение эмбриона, произведенного путем клонирования, в тело женщины является наказуемым, и даже в том случае, если такого эмбриона впоследствии умертвляли. По прямому тексту Закона эмбрион, произведенный путем клонирования, — не эмбрион. Это же определение противоречит § 8 абз. 1 33Э, в котором дано легальное определение понятия «эмбрион». Таким образом, происходит конкуренция обеих норм. Данная проблема в области защиты эмбрионов еще не совсем урегулирована. Субъектом правонарушения является не общий, а специальный субъект, т.е. группа специалистов в области клонирования.

¹ (Закон говорит о запрете «клонирования, то есть целенаправленного создания генетически идентичного человека» (проект Правительства от 25.10.1989). (Regierungsentwurf, 25.10.1989).

² Немецкий законодатель продлил сроки исследования с эмбрионами, в отличие от законодателя Великобритании, который разрешил исследование с и над эмбрионами в течение 14 дней после его производства.

В связи с общим запросом фракций немецкого Бундестага (20.03.1997) о запрете клонирования людей эта тема опять была вынесена на рассмотрение.

Международно-правовое регулирование

12 января 1998 г. девятнадцать из сорока государств, являющихся членами Совета Европы, подписали Дополнительный протокол к Конвенции о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины, который запретил «всякие операции с целью создания человеческого существа, идентичного другому живому или мертвому человеку»¹ (ст. 1 разд. 2). В данном протоколе более четко, чем в немецком законе, прописано, что под генетической идентичностью понимается идентичность наследственной информации клеточного ядра (не митохондрии). Наряду с Советом Европы этим вопросом занимаются ЮНЕСКО и Комиссия по правам человека ООН.

Европейский совет в июне 1997 г. также выступил с заявлением о проведении мероприятий по запрещению клонирования человека. В настоящее время соответствующие правовые нормы есть по крайней мере в Великобритании, Дании, Испании, Аргентине и Австралии. В Соединенных Штатах в феврале 1998 г. также была запрещена техника перемещения ядра из человеческой соматической клетки в яйцеклетку, а потом в матку женщины².

Применение техники клонирования вне репродуктивной технологии

Особое внимание уделяется правовым проблемам, связанным с применением техники перемещения ядра из человеческой соматической клетки в яйцеклетку как средства человеческого размножения. Американский проект Закона о запрете клонирования человека («Prohibition on

¹ Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings – 12/1/1998; <http://www.coe.fr/eng/legaltext/168r.htm> abfufbar.

«Any intervention seeking to create a human being genetically identical to another human being, whether living or dead, is prohibited».

² «Human Cloning Prohibition Act of 1998», «Prohibition on Cloning of Human Beings Act of 1998».

Cloning of Human Beings Act of 1998») исходит из того, что запрет клонирования людей не означает ограничения применения техники клонирования в других областях. Использование технологии перемещения ядра из человеческой соматической клетки было бы полезно для клонирования молекул ДНК, клеток и тканей, а также для митохондрической, цитоплазматической и генной инженерии и в области животноводства¹. Вышеупомянутый протокол тоже подчеркивает, что клонирование клеток и тканей имело бы огромное значение. Техника применяется для клонирования и выращивания трансгенных животных. Известен пример так называемого «Долли»-метода². В связи с этим возникает ряд этических и правовых проблем. Клонирование посредством перемещения ядра — это достаточно долгий для созревания клетки процесс. Проще выращивать генетически подходящие ткани для терапевтической трансплантации. Существенный шаг в этом направлении был сделан 6 ноября 1998 г.: в журнале «Наука» (Science) были опубликованы результаты исследования, проведенного в Висконсинском университете (США). Ученым удалось при помощи деления получить различные плюрипотентные ретикулоцитарные линии человеческой бластоцисты. Данная техника, исходя из формулировок Закона о защите эмбрионов, в целом не запрещена³. Но, несмотря на это, такие эксперименты подвергаются критике в дискуссиях, связанных с абортами и нерепродуктивной терапевтической техникой клонирования. При этом учитываются ли «интересы» лечения больных людей с помощью искусственно созданных эмбрионов. При помощи техники клонирования на их основе могут быть изготовлены «лекарства» для тяжело больных (больных болезнью Паркинсона, Дауна, Альцгеймера).

¹ National Bioethics Advisory Commission, Cloning Hyman Beings, 1997, Kap. 2, 84 f. Internet: <http://www.secularhumanism.org/fi>. (Национальная биотехническая консультативная комиссия «Клонирование человека». 1997. Глава 2, с. 84).

² Hughes, Journal of Medical Ethics 24 (1998), 18–24. (Хьюджес. Журнал «Медицинская этика» 24. 1998. С. 18–24).

³ Положения Закона о защите эмбрионов во многом противоречивы. В целом статус эмбриона не определен. В § 2 абз. 1 Закона предусмотрен штраф за применение экстракорпорального способа производства эмбриона и плюрипотентных ретикулоцитарных линий посредством деления человеческой бластоцисты в целях клонирования человека. В то же время предусмотрены в § 6 Закона штраф за перенос клонированного эмбриона в тело женщины, наказание в виде смерти в случаях, если такой эмбрион, несмотря на положения параграфа 6, будет создан экстракорпорально.

Политика и общественность

Положение о клонировании было воспринято на Западе однозначно: клонирование людей нужно запретить. Политики заявляют: «Клонирование людей нарушает их права и свободы; это античеловеческий поступок, бессмысленность и противоестественность природы». В свою очередь, Национальная биоэтическая консультативная комиссия в своем докладе упоминает о следующем: родители согласны ради спасения своего больного ребенка на изъятие и клонирование его клеток для дальнейшего переноса их в тело ребенка (в данном случае речь идет о создании трансплантантов костного мозга). С другой стороны, Йенс Райх утверждает, что «запрет клонирования людей в настоящее время также целесообразен, как и запрет иммиграции марсиан». Данный вопрос вызывает этические и философско-правовые дискуссии; большинство участников которых выступают за запрет клонирования. Мы должны знать, почему мы запрещаем клонирование людей полностью или частично; почему это является уголовно наказуемым деянием и какими аргументами мы должны обладать.

Клонирование и право на свободное осуществление репродуктивной функции

В Германии права личности закреплены ст. 1 абз. 1 и 2 Основного закона. Исходя из этого, Национальная биоэтическая комиссия США считает: размножение людей при помощи клонирования возможно лишь в некоторых случаях. Например, если пара лесбийская. Они могут получить ребенка путем клонирования без гетерологического оплодотворения. Это возможно, если оба партнера имеют сложные рецессивные генетические дефекты или если один из них получил по наследству митохондрические болезни.

В свою очередь католическая церковь отрицательно относится к технологии клонирования человека в целом. Католики пресекают любые возможные способы клонирования, ссылаясь на моральные нормы, данные человеку Богом. Клонирование еще в большей степени, чем иные репродуктивные технологии, открывает возможность манипуляции с ге-

нетической составляющей личности и способствует ее дальнейшему обесцениванию. Человек не вправе претендовать на роль творца себе подобных или подбирать для них генетические прототипы, определяя их личностные характеристики по своему усмотрению. Замысел клонирования — это несомненный вызов самой природе человека, заложенному в нем образу Бога, неотъемлемой частью которого является свобода и уникальность личности. «Тиражирование» людей с заданными параметрами может представляться желательным лишь для приверженцев тоталитарных идеологий.

Некоторые положения, касающиеся данного вопроса, содержатся в нормах Уголовного кодекса. Уместно задать вопросы: почему клонирование людей заслуживает наказания; какую правовую ценность защищает запрет клонирования.

По мнению ученых, метод клонирования — достаточно неконтролируемый процесс. Примером может служить эксперимент с овцой Долли. Чтобы получить данную овцу, было проведено 277 попыток: зародыши, начиная с третьего месяца внутриутробного развития, подвергались риску клонирования. У Долли были не слишком удачные предшественники: уродцы, нежизнеспособные клоны. Сложно представить, что было бы, если бы все это происходило с человеческим эмбрионом. Ведь КПД эксперимента с Долли составил всего 0,3%, при клонировании же более сложных существ, в том числе человека, КПД снизится до сотых, если не тысячных долей процента.

Наука почти ничего не знает о том, как может развиваться процесс старения человека, клонированного из уже готовой биологической зрелой клетки; какой может быть мутация и что делать с потомством в случае рака и других болезней?¹ Запрет клонирования — это защита жизни и здоровья клонированного человека.

Применение техники клонирования могло бы способствовать созданию человека второго класса. Вопреки распространенному мнению создателей фильмов ужасов, клонированный человек — это не монстр Франкенштейн, не «Гамма», «Дельта» и «Эпсилон», описанные Олдосом Хаксли в его «Прекрасном новом мире».

Сможет ли клонированный человек обладать такими же правами, как любой другой? Имеющийся правопорядок способен привести к дискримина-

¹ National Bioethics Commission, Cloning Human Beings, 26. (Национальная биотехническая консультативная комиссия «Клонирование человека», с. 26).

ции клонированного человека, т.е. к социальному неравенству, что теоретически невозможно в правовом обществе.

Интересно, что будет чувствовать клонированный ребенок? Будет ли он страдать от того, что генетически не уникален? Будет ли чувствовать свою зависимость от «донора»? Будет ли постоянно думать о том, что он является генетической копией другого человека? И будет ли этот клонированный человек обладать похожим характером и даже цветом глаз? Сможет ли он произвести на свет здорового ребенка? Насколько мы знаем, уникальность человека образуется взаимодействием его генетических особенностей с естественным и культурным окружением, формируется в процессе его обучения и воспитания. Ум — наследственность — полностью повторяется в генетической копии. Роль обучения неоспорима, без него гениальные задатки остались бы невостребованными. Влияние факторов среды на интеллект полезно; зная направленность дарования гения, можно организовать условия жизни так, чтобы они с раннего детства способствовали развитию именно этого дарования. Но не исключено, что семья с клонированным ребенком окажется в социальной изоляции.

Английский философ Дерек Парфит описал парадокс, связанный с опасностью вреда для клонированного человека. Он назвал его «проблема неидентичности»¹.

Немецкие юристы придерживаются следующей точки зрения: клонирование человека должно быть запрещено, так как оно нарушает право на неприкосновенность личности и человеческое достоинство (ст. 1 абз. 1 Основного закона). Однако клонированное существо в целом не может считаться личностью, поскольку сам клон является лишь копией нормального человека, в этом случае об исключительности и неповторимости человека не может быть речи. Но в то же время возникают противоречия: к примеру, однайцовые близнецы являются генетическими двойниками. Их генетическая идентичность — составная часть их индивидуальности. Это можно отнести и к клонам. Однайцовые близнецы — точный прототип будущих генетических копий человека, разве что первые появляются на свет один за другим, а копии — примерно через двадцать лет после оригинала.

¹ Parfit, Reasons and Persons, Journal Medicine and Philosophy 21 (1996). 315 ff. (Парфит «Разум и личность». Журнал «Медицина и философия» 21 (1996). С. 351.

Федеральный Конституционный суд ФРГ разъяснил содержание ст. 1 абз. 1 Основного закона, которая говорит, что противоречит человеческому достоинству превращение человека в объект государства или общества. В результате клонирования возникает проблема самобытности человека.

Группа ведущих немецких ученых выступает с заявлением: «При клонировании людей человек будет являться средством для достижения определенной цели. Быть генетически похожим на другого человека во все не его желание». В § 6 Закона о защите эмбрионов говорится о том, что создать человека, преднамеренно выбирая его наследственность, это значит нарушить его человеческое достоинство. Ведь каждый человек имеет право на защиту своих мыслей и чувств. Не каждый согласится на клонирование самого себя. Человек индивидуален и неповторим.

Судья Федерального Конституционного суда Германии Гримм, ссылаясь на ст. 1 абз. 1 Основного закона, утверждает, что «его действие распространяется на весь род человеческий, который так же нуждается в защите как и отдельная личность»¹. Философ Дитер Бирнбахер² подчеркивает, что клонирование может посягать на «достоинство человека», что неизбежно разрушает общечеловеческие правовые ценности.

Нет четкого ответа на вопрос: какие правовые ценности соответствуют понятию «защита нашей индивидуальности»? Здесь есть две возможности. Первая — это защита «чувствительности» третьих лиц, которая также, в частности, защищается § 167а, 168 или 183а УК ФРГ. Вторая связана с поиском объекта защиты не в восприятии и чувствительности, но в интегральности культурного опыта и смысловых образцов. Только в конце жизненного пути можно говорить о том, состоялся ли человек. Незапланированность — суть человеческой жизни. Это рассматривается в теме клонирования очень серьезно. Как будет развиваться клон — своим путем или его действия уже предсказуемы, поскольку он точная копия нормального человека.

Таким образом, вопрос клонирования так и остается нерешенным. Хотя Закон о защите эмбрионов, запрещающий клонирование человека, принят, исследования, несмотря на запреты, продолжаются, о чем сви-

¹ Bundesverfassungsrichter Grimm, NYW. 1989. С. 1305.

² Birnbacher, Gefährdet die moderne Reproduktionsmedizin die menschliche Würde?— in: Leist (Herg.) Um Leben und Tod. Moralische Probleme bei Abtreibung, künstlicher Befruchtung, Euthanasie und Selbstmord. S. 266. (Бирнбахер «Представляет ли опасность современная репродуктивная медицина для человеческого достоинства?». С. 266).

детельствует рождение клонированной овцы Долли. Но к клонированию человека люди еще не готовы. При ближайшем рассмотрении этой проблематики возникает много сомнений в том, что средствами уголовного права можно воспрепятствовать клонированию человека. Необходим глубокий анализ, которому нет альтернативы, поскольку мы не можем нефiltroванно превращать нашу моральную интуицию в нормы права.

Перевод *Н.А. Ленчиной*

Р.Меркель

МЕДИЦИНА, ЭТИКА И УГОЛОВНОЕ ПРАВО: ХИРУРГИЧЕСКОЕ РАЗДЕЛЕНИЕ СИАМСКИХ БЛИЗНЕЦОВ¹

В медицинской литературе особое внимание уделяется проблеме хирургического разделения сиамских близнецов. Она рассматривается с этической и уголовно-правовой точек зрения в работах таких ученых, как О'Нил, Хойл, Филлер, Ньюманн, Меркель. Термин «сиамские близнецы» происходит от знаменитых близнецов, сросшихся в области грудины, — Чанга и Энга Бункеров. Они родились в 1811 г. в Сиаме (Таиланд) и умерли в возрасте шестидесяти трех лет в 1874 г. Американский предприниматель П.Т. Барнум организовал в своем цирке представление под названием «Сиамские близнецы». Чанг и Энг демонстрировали себя за деньги в Европе, Америке. Они были женаты и имели многочисленное потомство.

Рождение сиамских близнецов — это очень редкое событие. Точной статистики нет, но одна пара близнецов приходится на 14 тыс. рожденных в Юго-Восточной Азии и некоторых регионах Африки, а в Восточной Европе и Северной Америке — на 80-200 тыс. рожденных. Многие авторы считают: пара близнецов приходится на 50 тыс. рожденных детей по всему миру. При этом, большое число сиамских близнецов рож-

¹ Полностью статья Рейнхарда Меркеля опубликована в книге Медицинское уголовное право, 2-е изд. Издательство Ричарда Боорберга. 2001. — С. 147–174. Reinhard Merkel. An den Grenzen von Medizin, Ethik und Strafrecht: Die chirurgische Trennung sogenannter siamesischer Zwillinge. — S. 145 – 174. Medizinstrafrecht. 2. Auf. — Richard Boorberg Verlag. 2001.

дается мертвыми (40%) или умирает в течение суток после рождения (35%).

С точки зрения эмбриологии сиамские близнецы — монозиготные. Генетически идентичные близнецы — развивающиеся внутри матки в одном хорионе и находящиеся в одной плаценте. Деление зиготы между четырнадцатым и двадцатым днем эмбрионального развития приводит к сращиванию двух независимых эмбрионов.

Редкость такого явления, как сиамские близнецы, отчасти объясняет то обстоятельство, что эта проблема нормативно не урегулирована ни в этике, ни в уголовном праве. К 1987 г. было опубликовано более 600 статей о сиамских близнецах, 167 из них посвящены проблеме хирургического разделения. Первый успешный опыт разделения состоялся еще в 1689 г. Подавляющее большинство операций приходится на период 1950–1990 гг. Около ста из них прошли успешно. Но это не означает, что оба ребенка остались в живых после тяжелой операции.

Сиамские близнецы классифицируются на следующие виды:

- * сросшиеся в области грудной клетки (торакопаги);
- * сросшиеся в области живота (омфалопаги);
- * сросшиеся тазом (ишиопаги);
- * сросшиеся в области крестца (пигопаги);
- * сросшиеся в области черепа (краниопаги);

Среди сиамских близнецов выделяют также гетеропагов. Часто встречается такое явление, как «паразитические близнецы»: когда один ребенок имеет все части тела, а у другого отсутствует голова. В первом случае речь идет об индивидууме, а во втором — о дицефале. У дицефалов к тому же может быть одно туловище и два позвоночника (симметричный диплогенез).

В этой области встречаются странные случаи, например, когда головы детей полностью или частично соединены (цефалото-ракопаги). Очень редкий случай среди сиамских близнецов, который встречается раз в тысячелетие, так называемый дипросопус (двуликий Янус). Имеются предположения, что римский бог Янус в реальности существовал в образе сиамских близнецов. Он изображается с двумя лицами (одно обращено в прошлое, другое — в будущее), то есть на одной голове у человека имеется два лица. Не известно, сколько могут прожить такие дети. Например, в 1982 г. родился такой ребенок. Ему было обеспечено питание и соответствующая температура, но, несмотря на это, он умер через три дня после рождения.

Существуют различные виды и подвиды сиамских близнецов. В медицине, литературе такие нетипичные виды и подвиды сиамских близнецов представляют собой сложение нескольких терминов. В Англии в 1992 г. был описан случай хирургического разделения сиамских близнецов, сросшихся в плечевой области, области грудной клетки, живота, таза (цифо-торако-омфало-ишиопаги). Исходя из этого термина, можно сделать вывод о сверхтяжелой операции таких близнецов. Один из близнецов при хирургическом разделении умер сразу же после операции.

В январе 1982 г. в Национальном госпитале университета Тайваня были разделены мужские особи сиамских близнецов (их обозначают А и В), сросшиеся в области груди и таза, имеющие к тому же три ноги. У каждого из них были все внутренние органы, за исключением почки. Кроме того, близнецы имели только один половой орган. При разделении половой орган сохранил близнец В. Что касается близнеца А, то его половые органы будут соответствовать женскому фенотипу. Каждый ребенок по окончании операции должен был иметь только одну ногу. Кожа с третьей ноги была удалена и использована при операции для реконструкции области разделения. На десятый день после разделения произошло омертвление тканей, врачи приняли решение ампутировать ноги у близнецов и использовать ткани ног для восстановления омертвевшей ткани. Таким образом, дети остались без нижних конечностей.

В октябре 1977 г. в Детском госпитале в Филадельфии родились сиамские близнецы, сросшиеся в области грудины. Дети имели общую грудную клетку, диафрагму и только одно сердце. Оно было четырехкамерное, при этом связано с тремя камерами неразвитого второго сердца. Их хирургическое разделение было возможным только теоретически, а на практике пришлось долго решать, кто будет жить, а кто умрет. Разделение такого вида близнецов в большинстве случаев приводит к смерти обоих. После разговора с родителями, клиника получила у них разрешение на проведение операции. Разделение близнецов прошло успешно. Однако через три месяца один из близнецов, получивший нормальное четырехкамерное сердце, умер. Причины его смерти не были связаны с проведенным разделением.

Детский госпиталь в Филадельфии через десять лет снова провел операцию по разделению сиамских близнецов, сросшихся в области грудной клетки. Оба ребенка имели общую печень и единую систему желчных протоков, общее сердце. Через три с половиной недели после рождения им грозила бы смерть в результате неразвитости сердца. Был

выбран для спасения только один ребенок. Общее сердце было эксплантировано и пересажено выбранному близнецу (реверсальная автотрансплантация). Так же как и в предыдущем случае, операция не удалась. Ребенок, которому было пересажено сердце, вскоре после операции умер, несмотря на успешное применение метода реверсальной автотрансплантации.

Операции по разделению сиамских близнецов можно классифицировать следующим образом:

1. Неотложные операции по спасению жизни обоим близнецам.
2. Неотложные операции по спасению жизни только одному из близнецов.
3. Избирательное разделение¹.

Первый случай не представляет особого интереса с юридической точки зрения в отличие от второго и третьего.

Пример из Тайваня показывает, что даже «нормальное» хирургическое разделение создает определенные проблемы. Если слияние близнецов очень тесное или охватывает большую площадь общей поверхности тела, то хирургическое разделение в случае удачной операции может приводить к тяжелым увечьям. Данная хирургическая операция по разделению всегда сопряжена с повышенной опасностью и риском. Сложнейшие случаи работы детских хирургов описаны многими авторами.

Что касается случаев из Филадельфии, то ко времени операции сиамским близнецам был уже месяц. Перед врачами стояла дилемма: или умрут оба ребенка, или умрет один, чтобы спасти жизнь другому. Методика «спасения жизни одного во имя другого» встречается не так часто. Из всех случаев, описанных в литературе до 1988 г., проведение таких операций составляло 7,2%.

Существуют три ситуации, при которых сохраняется жизнь только одному ребенку — близнецу, а именно:

- * близнецы—торакопаги при сращивании камер сердца;
- * близнецы—омфалопаги или близнецы—ишиопаги, имеющие только одну систему желчных протоков;
- * близнецы—дицефалы с одним телом и с двумя головами.

¹ Многие детские хирурги отрицательно относятся к разделению дицефальных сиамских близнецов, т.к. последствием этого разделения может быть смерть обоих близнецов. Другие считают, что такое разделение при необходимости нужно проводить. Последствия таких операций достаточно оптимистичны. (Прим. авт.)

Что касается примера из Национального госпиталя университета Тайваня, речь идет об операции, при которой учитываются интересы обоих детей-близнецов. Несмотря на «легкость» в данной операции, никто, кроме сиамских близнецов, не поймет, как могут жить два разных человека с общим телом, и имеющие, кроме того, общие органы. Врачи гарантируют родителям, что сделают все возможное для спасения обоих детей. Решение по разделению должно лежать вне сферы наказуемости, несмотря на то, что оно связано с повышенным риском для детей. Это соответствует этическим убеждениям большинства врачей. Врачи будут нести ответственность лишь в том случае, если проведут такую операцию без согласия родителей. Правовые основы данной проблемы содержатся в Германском гражданском уложении (§1666) и в Уголовном кодексе (§ 34).

Операцию по разделению близнецов нужно проводить, если это действительно угрожает жизни детей. §223 Уголовного кодекса предусматривает ответственность за телесные повреждения в виде лишения свободы или штрафа. Поскольку близнецы имеют дефекты тела от рождения, то телесные повреждения наличествуют и без проведения операции. Операция по разделению близнецов направлена не только на уменьшение телесных дефектов, но и на разделение двух людей, которые будут иметь свою собственную судьбу.

Обстоятельствами, исключаящими противоправность деяния, являются крайняя необходимость (§34 Уголовного кодекса) и предположительное согласие. §34 Уголовного кодекса формулирует ограничение как условие преодоления интересов, направленных на спасение жизни. Сложнейшей проблемой разделения близнецов является их духовное и физическое единение. Таким образом, данная проблема имеет глубокие моральные, философские, правовые корни.

Никто не должен приносить себя в жертву во имя другого. При избирательном разделении нарушается принцип свободы, а также право на жизнь каждого (в том числе и потенциальной жертвы). Избирательное разделение близнецов в приведенных выше примерах можно рассматривать как умышленное причинение смерти одному из близнецов. Является ли это преступлением с точки зрения уголовного права, моральных и этических предписаний? В случае сращивания близнецов в области грудной клетки, головы их невозможно разделить хирургическим путем, не причинив смерти одному из них. Даже если действия врачей будут признаны правомерными, то, исходя из моральных соображений, врач все-

гда будет чувствовать свою вину по окончании данной операции. В немецком праве разделение таких близнецов запрещено. Защита жизни сталкивается с правовыми принципами.

Защите жизни новорожденных, в отличие от взрослых, необходимо уделить особое внимание. Вряд ли хирург решился бы на проведение операции по разделению взрослых сямских близнецов. Такую операцию нужно делать младенцам, поскольку это касается этических моментов.

Следовательно, решая данную проблему, необходимо исходить как из принципа охраны, защиты жизни человека, так и из нормы морали и нравственности, запрещающих целенаправленное активное причинение смерти.

Перевод *Н.А.Ленчиной*

ТРАНСПЛАНТАЦИЯ И ДОНОРСТВО

Д.П.Кобяков

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРАНСПЛАНТАЦИИ ОРГАНОВ И ТКАНЕЙ В РОССИИ

Хотя традиции трансплантации тканей, органов, переливания крови сложились значительно раньше, чем был получен опыт клонирования или использования иных биотехнологий в медицине, в наши дни многие проблемы донорства и трансплантологии приобретают иной правовой смысл. Усложняется правовое регулирование отношений между донором, реципиентом и врачом. Различно отношение людей к возможности торговли органами: в некоторых странах это разрешено, в подавляющем большинстве — запрещено и карается суровым наказанием. В данном разделе отражены новейшие позиции в области правовой регламентации, донорства и трансплантологии, борьбы с незаконной торговлей органами и тканями в РФ, ФРГ, Республике Польша, Японии, США и ряда других стран.

Современные достижения в генетике, иммунологии, молекулярной биологии, медицинской инженерии и психологии вышли за узкопрофессиональные границы: сегодня эти исследования определяют уже не только судьбу отдельного человека, но и будущее человечества — возможно, вероятность его сохранения как такового. В последние годы для описания и анализа всего многообразия воздействия биологических наук на

жизнь общества все чаще используются термины «биоэкология» и «биоэтика»¹. Трансплантация органов от одного индивидуума к другому, а тем более от животного — человеку помимо многочисленных специфических медицинских аспектов поднимает ряд фундаментальных правовых, нравственных и этических проблем. Среди них: право личности распоряжаться собственным телом и органами после смерти, основополагающие принципы трансплантации человеческих органов, такие, как донорство в трансплантологии, а также аспекты, связанные с религиозными воззрениями на божественную природу человека, ряд других не менее серьезных вопросов.

Проблемы трансплантологии охватывают не только человека, но и животный мир, в том числе и дикую природу. В бурно развивающейся практике пересадки органов животных человеку — так называемой ксенотрансплантации — выделилось важное направление: создание генетически измененных (трансгенных) животных для производства донорских органов и тканей. Эти животные имеют не свойственные данному виду гены, чаще всего человеческие. Подобные генно-инженерные манипуляции проводятся не только с домашними, но и с дикими животными. При этом возникает опасность непреднамеренного попадания «очеловеченных» животных на свободу — в окружающую среду, где они могут причинить существенный вред, став источником новых инфекционных заболеваний, т.е. привести к нарушению биоразнообразия.

С одной стороны, развитие и совершенствование методов трансплантологии позволит спасти жизнь многим больным с тяжелыми неизлечимыми заболеваниями, которым грозит неминуемая смерть. С другой стороны, необходимо постоянно иметь в виду степень риска в плане угрожающих жизни больного возможных осложнений, сопутствующих внедрению новых технологий, а также известный комплекс общечеловеческих морально-этических проблем, способных спровоцировать и вызвать лавину нежелательных последствий. И в этом случае следует при-

¹ Кобяков Д.П., Красовский О.А. Возможность использования органов и тканей генно-инженерной свиньи в трансплантологии: правовые проблемы и моральные дилеммы // Биотехнология. — М., 1999. — №3. — С. 92–96; Кобяков Д.П. Успех эксперимента — понятие клиническое. Правовые аспекты возможных последствий новых методов пересадки органов требуют тщательного рассмотрения на государственном уровне // Независимая газ. — М., 1999. — 15 сент.; Кобяков Д.П. Этические аспекты при разработке новых способов длительной сохранности функциональной активности трансплантантов// Вестник трансплантологии и искусственных органов. — М., 2000. — №2. — С. 46–52.

нимать во внимание глобальные интересы сохранения гено типа человека, обеспечения биобезопасности человечества.

Человек является частью природы, ее животного мира. Поэтому, с одной стороны, регулирование трансплантации должно осуществляться в рамках Федерального закона «О животном мире», с другой — оно имеет прямое отношение к ст.41 Конституции Российской Федерации о праве каждого на «охрану здоровья и медицинскую помощь». Таким образом, в трансплантологии как ни в одной другой медико-биологической науке (учитывая ее правовую составляющую) необходимо создание этических правил и соответствующего законодательного регулирования процесса пересадки биологического материала.

Закон «О трансплантации органов и(или) тканей человека» (1992) урегулировал ряд правовых вопросов трансплантологии¹. Тем не менее остается еще много нерешенных вопросов. Необходимость защиты прав человека в области трансплантологии обусловлена существующим риском вторжения в сферу жизнедеятельности человека возможных неблагоприятных факторов, в том числе угрозой преступлений, связанных с криминальным использованием донорских органов.

Ряд международных соглашений включает нормы, регламентирующие соблюдение прав человека при возможных вторжениях в сферу его здоровья. Вместе с тем эти нормы не отражают всего комплекса проблем обеспечения био- и экобезопасности человека в связи с последними научно-техническими достижениями в медицине и биологии. Закон РФ «О трансплантации органов и (или) тканей человека» (далее — Закон) нуждается в дополнениях, главной задачей которых становится поиск общих закономерностей, необходимых для защиты прав человека при любых неблагоприятных воздействиях на сферу его здоровья.

При определении пределов допустимости трансплантации следует руководствоваться принципами пропорциональности целей («чем больше значение поставленной цели, тем выше степень допускаемого риска») и минимального риска («неудача лечения, даже случайная, не должна угрожать пациенту более, чем его болезнь»). Главным постулатом трансплантологии должно быть положение о том, что согласие больного (реципиента) есть важнейшая правовая предпосылка осуществления трансплантации, независимо от вида ее по признаку *ex mortuo* (от трупа), либо

¹ Закон Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека» // Сборник законодательных актов РФ. — Вып. II (XXII) — М. 1993. — С. 49–54.

ex vivo (от живого человека). Другими словами: если пациент, имеющий статус реципиента, не согласен с пересадкой органа в его организм, трансплантация *недопустима*. Поскольку согласие реципиента — это юридическое действие, а волеизъявление — составной элемент этого действия, то основой согласия реципиента является выражение воли подвергнуть себя трансплантации. Подобный принцип используется и в других отраслях медицины, например, при проведении лечения с помощью оперативного воздействия, химиотерапии и т.п.

Поскольку трансплантация среди прочих медицинских вмешательств может вызвать наибольшее количество осложнений, следует дополнить Закон следующим положением: «Изъятие органов и тканей у живого донора может осуществляться лишь в интересах лечения реципиента и в случае отсутствия пригодных органов или тканей умершего лица и альтернативного метода лечения с сопоставимой эффективностью». Это положение заимствовано из международной Конвенции «О защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины», принятой 19 ноября 1996 г. на Совете Европе в Страсбурге (ст.19).

Кроме того, поскольку решение вопросов права и биомедицинской этики (трансплантологии) должно иметь в своей основе незыблемые принципы гуманизма в сфере охраны прав человека, следует дополнить Закон нормой, гласящей: «Интересы и благо человека превалируют над интересами общества и науки». Ключевым аспектом клинической трансплантологии, без которого она теряет всякий смысл, остается наличие донорских органов, поэтому один из наиболее спорных вопросов состоит в установлении взаимосвязи между донором и реципиентом, в том числе и в получении согласия донора на изъятие трансплантата после его смерти. Любой гражданин должен иметь право самостоятельно решать вопрос о возможности изъятия органов из его тела после смерти для пересадки их нуждающемуся лицу. Согласно установившейся традиции общество предоставляет это право человеку или его ближайшим родственникам. Недопустимо никакое принуждение или давление с целью заставить человека при жизни либо членов семьи после его смерти отдать орган для последующей пересадки. Главным побудительным мотивом остается стремление помочь другим. Проблема получения достаточного для трансплантации количества органов и тканей на основе добровольности в настоящее время, к сожалению, не решена.

В наши дни существуют две основные юридические системы, регулирующие законодательно процедуру получения согласия на изъятие органа у потенциального донора. Наиболее полно и четко они изложены в комментариях к первому руководящему принципу Всемирной организации здравоохранения¹: 1) «система согласия (договора)», или «испрошенного согласия»; 2) система отсутствия согласия («отсутствия договора, презумпция согласия, предполагаемое согласие») или «неиспрошенное согласие».

В России действует вторая система законодательного регулирования донорства в целях клинической трансплантации — «предполагаемое согласие, презумпция согласия», что, по-видимому, является наиболее приемлемым для социальной структуры нашего общества. Основная сложность проблемы, в том числе ее правовой и этической стороны, заключается в том, что каждый врач несет ответственность за использование принципа «неиспрошенного согласия». Исходя из российских традиций, к «испрошенному согласию» у нас практически не прибегают, как, впрочем, и не создаются и соответствующие службы. Принятие решения о «неиспрошенном согласии» осуществляется в большинстве случаев в условиях полного отсутствия информации населения по правовым вопросам, касающимся изъятия и применения донорских органов. Нельзя исключить, что решение о взятии органов у конкретного умершего индивидуума может вызвать в дальнейшем ряд негативных последствий для принявшего такое решение должностного лица со стороны родственников умершего. Особую остроту могут приобретать и финансовые взаимоотношения между родственниками умершего донора, с одной стороны, и нуждающимся реципиентом или трансплантационным центром — с другой. Никакой компенсации (финансового вознаграждения) родственникам умершего донора, органы которого использовали для трансплантации, Законом не предусмотрены. Недопустимы, согласно этому же Закону, также и прямые финансовые расчеты между живым донором и реципиентом.

В то же время нельзя отстраняться от реалий: нехватка донорских органов диктует необходимость создания специальных правовых норм. Это означает, что предписания Закона, сформулированные довольно абстрактно, необходимо развить и конкретизировать. С моей точки зрения, главным является закрепление права больного на единый доступ к

¹ Всемирный форум здравоохранения. — 1991 — С. 54.

трансплантационной программе вместе с обеспечением права на получение донорского органа. Эти меры должны обезопасить больного от любых злоупотреблений в этой области. Необходимо обеспечить юридические гарантии для предотвращения возможности преимущественного, коррумпированного доступа к «листу ожидания» или к получению органа в зависимости от финансового или социального статуса больного.

Трансплантация органов и (или) тканей человека осуществляется с письменного согласия реципиента. При этом реципиент должен быть предупрежден о возможных осложнениях для его здоровья в связи с предстоящим оперативным вмешательством. Если реципиент не достиг 18 лет либо признан в установленном порядке недееспособным, то такая пересадка осуществляется с письменного согласия его родителей или законного представителя (ч.1 ст.6 Закона).

Перспективной и высокоэффективной следует считать международную кооперацию в организации донорской службы, связывающую на основе обмена трансплантационные программы («листы ожидания», распространение донорских органов) различных государств. Абсолютно неприемлемым является создание рынка органов и получение прибыли, поскольку коммерциализация противоречит гуманистической идее трансплантологии: «смерть служит продлению жизни»¹.

Закон в основном учитывает утвержденные международные принципы. В ст.15 зафиксирована неприемлемость продажи органов и (или) тканей человека. Однако профилактическая сила этой статьи Закона может стать действенной лишь после внесения соответствующих дополнений и изменений в УК РФ.

Надо сказать, что с учетом российских правовых традиций особое значение в правовом регулировании трансплантации приобретают нормы УК РФ. Их профилактический потенциал в сфере предупреждения возможных злоупотреблений в области медицины в отечественных условиях действительно неоценим. Но, тем не менее, следует реально подходить к определению круга уголовнонаказуемых деяний. Ими в отношении больного (реципиента) могут быть: несовершенство пересадки, которая была бы единственным средством спасения жизни пациента, устранения недуга, или ее ненадлежащее совершение; взятие у донора органа или ткани без его согласия; аналогичное изъятие у лица, которое не может быть донором; принуждение к изъятию органа. Предельно опасным явилось

¹ Биомедицинская этика / Под редакцией В.И.Покровского. – М., 1997. – 224 с.

бы убийство человека с целью взятия трансплантата либо ложная констатация момента смерти предполагаемого донора.

Далее: велико уголовно-правовое значение врачебной ошибки, связанной с ненадлежащим осуществлением пересадки, повлекшим за собой смертельный исход либо причинение вреда здоровью. Врачебная ошибка вообще, а при трансплантации в частности, сама по себе не является деликтом. Она лишь первое условие его (деликта) наличия. Вторым обязательным условием выступает наличие причинной связи между ошибкой и наступившими последствиями, и только третьим является вина врача. Поэтому ответственность лица, выполняющего медицинское вмешательство, за причинение вреда здоровью или смерть возникает лишь тогда, когда: а) само вмешательство было выполнено не по правилам, как говорят врачи — *ne lege artis*, б) если между установленным нарушением правил и отрицательным исходом существует причинная связь, в) если исполнявший медицинское вмешательство виновен в наступлении нежелательных последствий. Вина при врачебной ошибке может быть только в форме неосторожности. Если врач сознательно нарушает правила врачевания, сознавая возможность наступления вредных последствий, и реально не совершает действий по их предотвращению, то в данном случае наличествует состав иного уголовно-наказуемого деяния с умышленной формой вины.

Существующий опыт свидетельствует о том, что медицинские работники в большинстве своем не считают, что статьи УК РФ об ответственности за неосторожное убийство или неосторожное причинение телесных повреждений имеют в виду и совершаемые ими ошибки и упущения, повлекшие причинение вреда больному. Они не рассматривают свои возможные ошибки, а также упущения при врачевании, повлекшем смерть больного или причинение вреда его здоровью, как убийство либо другое преступление, совершенное по неосторожности. Согласно утверждению проф. П.С.Дагеля¹, известного специалиста в области уголовного права и криминологии, остро реагировавшего на насущные проблемы и обладавшего даром предвидения, в наступлении таких последствий врачи склонны видеть неизбежные издержки своей профессии, имеющей дело с людьми больными, поскольку организм человека является до конца не познанным. Как ни странно, почти за 40 лет эта позиция при всех новациях медицинской науки и практики в профессиональном сообществе

¹ Дагель П. Об уголовной ответственности врачей// Сов. юстиция. —1964. — № 19. — С. 14.

ве медиков изменений не претерпела. Кроме того, выделение состава врачебной неосторожности, в том числе неосторожности, связанной с лечением трансплантаций, позволило бы предусмотреть ответственность и за создание опасности для жизни больного.

Сравнительный анализ уголовного законодательства показывает, что во всех случаях, связанных с деятельностью, требующей особой сложности и осторожности, нарушение правил безопасности признается преступным и при отсутствии последствий, но при возможности (угрозе) их наступления. В этом случае подобную опасную неосторожность следует признавать деликтной.

Убийство с целью изъятия трансплантата (п. «м» ч. 2 ст. 105 УК РФ) — наиболее серьезная из возможных опасностей, которая может возникнуть при распространении метода лечения пересадкой органов и тканей. Правовой заслон должен быть поставлен прежде всего против этой опасности. Остальные ситуации, которые можно себе представить в будущем в связи с применением трансплантации, по-видимому, не отличаются от уже известных случаев для медицины вообще и для установления уголовной ответственности в частности. Новым может быть разве только принуждение к изъятию органов или тканей у потерпевшего (ст. 120 УК РФ).

Заведомо ложная констатация смерти донора, который является жизнеспособным, но ему не оказывается медицинская помощь, для того чтобы использовать его органы для другого лица, ничем не отличается от умышленного убийства. Злоупотребление служебным положением, халатность, будь то преступление или проступок, — под эти категории в зависимости от наличия, отсутствия и величины вреда можно отнести следующие действия: нарушение принципа коллегиальности при решении вопросов трансплантации; предоставление врачам, констатировавшим смерть предполагаемого донора, возможности участвовать в последующих операциях по извлечению трансплантата или его пересадки реципиенту; допуск к производству пересадки лиц, не имеющих права на подобные хирургические операции; необоснованный отказ врача или судебно-медицинского эксперта предоставить трансплантат; санкционирование использования для пересадки органов от лиц, которые не могут быть донорами. Ныне действующий уголовный закон (например, ст. 285, 286, 292, 296 УК РФ) в основном способен создать правовой заслон от злоупотреблений в области трансплантации. Предлагаемые отечествен-

ными специалистами дополнения сделают его максимально эффективным в достижении этой цели.

Е.Г.Афанасьева

ДОНОР И РЕЦИПИЕНТ ПЕРЕД ЛИЦОМ ЗАКОНА: ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Под трансплантацией подразумевается медицинская операция по замене больной части человеческого организма здоровой частью, взятой из того же или из другого организма. Частными видами трансплантации являются самотрансплантация, при которой донор и реципиент совмещаются в одном лице (например, пересадка кожи с одних участков тела на другие), и ксенотрансплантация (пересадка органов животных в человеческий организм). В обоих случаях правовых проблем обычно не возникает. Напротив, пересадка больному органов, взятых у другого человека, связана с рядом юридических сложностей.

Важнейшим правовым условием взятия трансплантата (органа или ткани для пересадки) у *живого человека* является его добровольное, осознанное, информированное согласие. Отсутствие такого согласия препятствует осуществлению даже тех процедур, которые направлены во благо самого пациента. Вполне естественно, что соблюдение этого условия тем более необходимо для процедур, приносящих вред здоровью пациента, направленных во благо третьих лиц. Важно, чтобы потенциальный донор прежде, чем дать согласие, был осведомлен о состоянии своего здоровья, процедуре изъятия трансплантата, ее возможных последствиях для своего здоровья, о послеоперационном режиме, который ему придется соблюдать, и о вероятности успеха трансплантации.

В качестве гарантии добровольности прижизненного донорства законодательство многих государств устанавливает специальные процедуры получения согласия донора на изъятие у него трансплантата, ус-

ложенные по сравнению с процедурами получения согласия на обычное оперативное вмешательство¹. Так, Законом Бельгии об изъятии и трансплантации органов установлено, что согласие донора должно быть выражено в письменной форме и подписано в присутствии дееспособного свидетеля. В Законе Греции об изъятии и трансплантации человеческих органов и тканей определено несколько альтернативных форм дачи согласия донора: письменная форма с нотариальным удостоверением, письменная форма с удостоверением подписи донора в полиции и устная форма дачи согласия в присутствии двух свидетелей с записью в специальном реестре. В законодательстве Бельгии и Турции содержится требование получения согласия не только самого донора, но даже его супруга. По Закону РФ о трансплантации органов и (или) тканей человека от 22.12.1992 г. согласие как донора, так и реципиента должно выражаться в письменной форме (ст.6,11)².

Законодательство большинства стран вводит строгие ограничения на использование в качестве доноров органов и тканей лиц, недееспособных в силу несовершеннолетия или душевной болезни. Так, в Испании установлен абсолютный запрет на прижизненное изъятие трансплантатов у недееспособных. В Дании использование в качестве доноров лиц, не достигших 21 года, но фактически способных давать согласие на проведение операции по изъятию трансплантата, допускается в исключительных случаях с разрешения родителей. Законодательством Норвегии аналогичное правило установлено в отношении несовершеннолетних младше 18 лет. Некоторые государства допускают изъятие у несовершеннолетних *регенерирующих* трансплантатов независимо от их фактической способности давать информированное согласие на операцию. Например, Законом Финляндии об изъятии человеческих органов и тканей для медицинских целей установлено, что изъятие регенерирующего трансплантата у лица, не достигшего 18-летнего возраста, допускается в отсутствие его возражений с согласия его законных представителей и с санкции Национального совета по здравоохранению. Законодательство Греции и Франции разрешает изъятие у несовершеннолетних только ко-

¹ О регулировании этих вопросов в немецком праве см.: Дубовик О.Л., Жалинская А.А. Законодательство ФРГ о трансплантации органов и тканей. – Журнал рос. права. – М. – 1998. – № 10–11. С. 206–212; Рёрихт А.А. Закон ФРГ о трансплантации органов. Конституционные и уголовно-правовые следствия. – Право и политика. – М. – 2000, № 7. – С. 94–102.

² Подробнее см.: Тихонова С.С. Прижизненное и посмертное донорство в Российской Федерации. – СПб. – 2002.

стного мозга исключительно для пересадки их братьям или сестрам¹. Согласно российскому законодательству о трансплантации использование в качестве прижизненных доноров лиц, не достигших 18-летнего возраста, не допускается за исключением донорства костного мозга. Следовательно, дети могут быть донорами костного мозга с согласия их законных представителей. Подобным образом решен вопрос о донорстве несовершеннолетних и в Конвенции о правах человека и биомедицине. Ст.20 устанавливает, что в качестве исключения с письменного согласия законных представителей допускается использование в качестве доноров регенерирующих трансплантатов недееспособных лиц при соблюдении следующих условий: отсутствует дееспособный донор, реципиентом является брат или сестра, трансплантация может спасти жизнь реципиента, донор не возражает против взятия трансплантата. Напротив, при любых условиях неправомерно использование несовершеннолетних в качестве доноров *нерегенерирующих* органов. Так, в решении по делу *Brown v. Perley*, вынесенном в 1989 г., один из судов штата Калифорния не признал за родителями право согласиться на пересадку почки от здорового малолетнего ребенка его больному брату-близнецу, посчитав, что родители не могут санкционировать изъятие почки у здорового ребенка, поскольку изъятие неспособного к регенерации трансплантата представляет опасность для здоровья.

Законодательство некоторых государств разрешает при соблюдении определенных условий использование в качестве прижизненных доноров лиц, признанных недееспособными вследствие душевной болезни или слабоумия. В качестве таких условий называются фактическая способность давать согласие на операцию (Турция), получение санкции уполномоченных государственных органов в отсутствие возражений донора (Швеция).

Лицо, давшее согласие на прижизненное изъятие у него органов и тканей для трансплантации, может отозвать его в любой момент и в любой форме. Для обеспечения этого права законодательство Испании устанавливает, что операция по изъятию трансплантата не может быть проведена ранее, чем через 24 часа с момента получения согласия донора.

¹ Michaud J. French laws on bioethics // *Europ. j. of health law.* – Dordrecht, etc., 1995. – Vol.2, N1. – P. 55–59.

В законодательстве ряда государств предусмотрено ограничение круга возможных реципиентов близкими кровными родственниками и супругом прижизненного донора. По ст.11 российского Закона о трансплантации реципиент должен находиться с прижизненным донором в генетическом родстве (это правило не распространяется на донорство костного мозга, а также на донорство крови и органов и тканей, имеющих отношение к процессу воспроизводства человека, не подпадающее под данный закон).

Посмертное изъятие органов и тканей для пересадки также должно осуществляться с соблюдением ряда юридических условий: как правило, *с согласия донора*, выраженного прижизненно, либо *с согласия его ближайших родственников*.

В законодательстве различных стран существует два основных подхода к определению правомерности изъятия трансплантата у умершего человека. В ряде стран действует *презумпция согласия* умершего на изъятие его органов и тканей для целей трансплантации. Изъятие не производится, если стало известно, что умерший при жизни выразил свое отрицательное отношение к посмертному использованию его органов и тканей для трансплантации, либо в случае несогласия его родственников. По такой модели построено, в частности, законодательство Франции, Италии, Турции. По законодательству Бельгии презумпция согласия на посмертное использование тела для трансплантации применяется в отношении бельгийских подданных и резидентов страны, а основанием для посмертного изъятия органов или тканей у иных лиц может служить только их явно выраженное при жизни согласие. Многие зарубежные специалисты по медицинской этике и праву здравоохранения считают, что законодательно установленная презумпция согласия играет лишь отпугивающую роль, вызывая в людях недоверие и побуждая их искать способы зафиксировать свое возражение против посмертного использования их органов. Презумпция согласия на посмертное изъятие органов и тканей для пересадки сформулирована и в ст.8 российского Закона о трансплантации, причем врачам даже не вменяется в обязанность выяснять мнение родственников умершего, бремя активных действий (успеть заявить о своем несогласии) возлагается на последних: если родственники умершего сами не побеспокоились о том, чтобы заявить возражение против извлечения органов из его тела, взятие трансплантата *ex mortuo* с точки зрения российского закона правомерно.

Законодательство других стран, в частности большинства штатов США, пошло по пути установления презумпции несогласия умершего на изъятие у него трансплантата. Фактами, опровергающими презумпцию, признаются прижизненно выраженное согласие самого потенциального донора либо, если его воля осталась неизвестной, согласие его родственников. Такой порядок установлен Единообразным законом США об анатомическом даре, действующим в редакции 1987 г., и принятыми на его основе законами штатов. В Швеции до 1988 г. применялась презумпция согласия, однако новый закон о трансплантации заменил ее презумпцией несогласия, сохранив, однако, исключения в отношении «незначительных вмешательств»: изъятия мелких органов и желез, например, роговицы, гипофиза, которое допустимо без каких-либо ограничений, даже вопреки воле родственников или прижизненно выраженной воле умершего. Королевским комитетом выдвинуто предложение отказаться от этого исключения, распространив единый правовой режим на процедуры посмертного изъятия любых человеческих органов и тканей¹.

В США, для того чтобы упростить процедуру волеизъявления о посмертном донорстве и стимулировать приток донорских органов, разработан специальный бланк донорской карточки:

¹ Michailachis D. Legislating death: Socio-legal studies of the brain death controversy in Sweden. – Uppsala: Ed. Office, 1995. – 254 p.

Универсальная карточка донора

Надеясь помочь другим, настоящим я совершаю анатомический дар, подлежащий передаче после моей смерти, если он будет приемлем с медицинской точки зрения. Нижеследующие слова и отметки выражают мою волю. Я приношу в дар:

а) любые необходимые органы и части тела;

б) только указанные ниже органы или части тела: _____

для целей трансплантации, лечения, медицинских исследований, обучения;

в) мое тело для анатомического исследования.

Ограничения или дополнительные пожелания:

При оформлении карточки нужные слова в ней подчеркиваются, пустые строчки при необходимости заполняются. Карточка подписывается в присутствии двух свидетелей и, как правило, остается у подписавшего ее лица. Она может быть лишена силы путем физического уничтожения либо путем устного волеизъявления в присутствии двух свидетелей.

В карточке может быть отмечено, кому конкретно предназначается анатомический дар (определенному лицу или медицинскому учреждению). Если анатомический дар не принимается тем лицом, которому его предназначал умерший, его использование для других целей неправомерно.

По данным на начало 90-х годов, карточки доноров заполняли менее чем 20% американцев. Факторами, препятствующими заполнению карточки донора, являются нежелание думать о смерти, опасение заинтересованности врачей в смерти потенциального донора, боязнь причинения нравственных страданий родственникам. В отсутствие заполненной карточки донора согласие на использование органов умершего может быть получено от его ближайших родственников. Вообще, в США к правам ближайших родственников на тело умершего применяется конструкция квазисобственности. Разумеется, тело умершего не составляет части принадлежавшего ему имущества, не входит в наследственную массу, не

может быть продано наследниками. Но право квази-собственности позволяет пережившему супругу или иному близкому родственнику (next of kin) выбрать место, ритуал погребения, а также требовать правовой защиты в случае отказа в выдаче тела, незаконной аутопсии, несанкционированного изъятия органов, несоответствующих похорон. Недозволенное обращение с телом умершего дает его ближайшим родственникам право требовать возмещения морального ущерба (mental distress). В одном случае вдова узнала о произведенном вопреки ее воле вскрытии тела ее умершего супруга лишь через 10 лет после похорон. Суд обязал больницу-ответчика выплатить потерпевшей возмещение за нравственные страдания. Использование органов умершего вопреки воле его родственников в США не практикуется даже в тех случаях, когда умерший санкционировал его в карточке донора, хотя такое использование не является противоправным¹.

Законодательство некоторых штатов США разрешает использовать органы неопознанных трупов, если попытки установления личности умершего и розыска его родственников в течение установленного времени не увенчались успехом, однако такая практика не встречает единодушного одобрения. В 1968 г. в Калифорнии у человека, погибшего в результате несчастного случая, после того, как полиция в течение 24-х часов безуспешно пыталась установить его личность, было изъято сердце для трансплантации. И хотя формально требования законодательства были соблюдены, это событие получило весьма противоречивые оценки. Высказывалось мнение, что недопустимо использование органов умершего, чье отношение к посмертному донорству осталось невыясненным.

Правовое регулирование посмертного донорства тесно связано с установлением *критерия смерти человека*. Поскольку жизнь не прекращается одновременно во всех органах человеческого тела, важно определить, прекращение деятельности какого из них означает смерть человека и дает возможность изымать у него органы и ткани для пересадки. Длительное время смерть человека определялась путем констатации прекращения сердечной и дыхательной деятельности. Однако современная медицина позволяет достаточно долго поддерживать такую деятельность организма искусственными мерами. В последние десятилетия на смену критерию прекращения сердечной деятельности пришел *критерий смер-*

¹ Magnusson R. The recognition of proprietary rights in human tissue in common law jurisdictions// Melbourne univ. law rev. – Melbourne, 1992. – Vol.18, N3. – P.607.

ти головного мозга (Единообразный закон США об объявлении смерти 1981 г., Закон Швеции о трансплантации 1988 г., Закон РФ о трансплантации органов и (или) тканей человека 1992 г.).

В законодательстве большинства государств о трансплантации присутствуют нормы, призванные обеспечить независимость профессионального суждения врачей при констатации смерти человека, предотвратить возникновение *конфликта интересов*. По российскому законодательству (ст.9 Закона о трансплантации) не допускается констатация смерти потенциального донора врачами, которые будут изымать у него органы и ткани для пересадки и трансплантировать их. Законодательство Бельгии запрещает констатировать смерть потенциального донора врачам, участвующим в лечении потенциального реципиента. Законом Норвегии запрещено осуществлять трансплантацию посмертно изъятых органов врачу, лечившему донора непосредственно перед смертью.

Имеет ли человек право продавать свои органы, которые могут изыматься *ex vivo*, для нужд трансплантации? Немногочисленные сторонники положительного ответа на этот вопрос считают, что продажа своих органов — реализация свободы личности, и донорство органов должно материально стимулироваться, подобно донорству крови и спермы. Однако общественное мнение в целом относится к коммерциализации донорства органов и тканей, в особенности нерегенерирующих, отрицательно. Высказываются обоснованные опасения, что это приведет к эксплуатации малообеспеченных лиц, которые будут вынуждены продавать невозобновляемые ресурсы своего организма. В законодательстве большинства государств содержится запрет купли-продажи донорских органов под страхом уголовного преследования. Вместе с тем представляется справедливым, чтобы донор, который вследствие утраты органа вынужден был нести расходы на лечение или утратил трудоспособность, получал возмещение этих убытков.

В правовом положении реципиента определяющим фактором является недостаток донорских органов для пересадки, что обуславливает необходимость выработки критериев выделения больных, имеющих преимущественное право на получение донорских органов. В 1997 г. более 20 тыс. пациентов в США получили донорские органы, но 50 тыс. больных, нуждавшихся в пересадке, остались ждать своей очереди, 40 тыс. умерли, не дождавшись трансплантата¹. Жители разных американских

¹ Chen R.T. Organ allocation and the states: can the states restrict broader organ sharing?// Duke

штатов имеют разные возможности доступа к донорским органам. Например, в Айове донорскую печень приходится ждать в среднем 28 дней, а в Пенсильвании — 237. В 1984 г. федеральным законом о трансплантации органов в стране департамент здравоохранения был уполномочен выделять гранты на создание и деятельность «обеспечивающих организаций» — некоммерческих частных организаций, которые занимались бы заготовлением и предоставлением донорских органов по договорам с больницами (в настоящее время их 63). Этим же законом было предусмотрено создание объединенной сети распределения органов — основанной на членстве организации, объединяющей обеспечивающие организации и трансплантационные центры; ведение единого списка нуждающихся в трансплантации.

Объединенная сеть распределения органов выработала правила распределения в отношении каждого органа, в которых используется территориальный критерий. Например, донорское сердце сначала предлагается местным реципиентам, затем, если осталось невостребованным, реципиентам в радиусе 500 миль, затем — в радиусе 1000 миль, затем — за пределами этого радиуса. Если внутри одной зоны на донорское сердце претендуют несколько пациентов, вступают в действие такие критерии, как срочность пересадки, срок ожидания трансплантата, совместимость. Подобные правила установлены в отношении донорской печени. При распределении донорских почек первостепенное внимание уделяется биологической совместимости, однако территориальный критерий также применяется. Например, если найдены два пациента, которым донорская почка подходит идеально, преимущество имеет пациент, находящийся ближе к месту заготовления трансплантата. Иногда распределение трансплантатов происходит в соответствии с соглашениями между обеспечивающими организациями, что лишь усиливает действие территориального принципа, поскольку соглашения обычно заключаются между организациями, расположенными в одном штате.

В пользу территориального критерия выдвигается несколько аргументов: время нахождения трансплантата вне человеческого тела должно быть минимально; отказ от этого критерия приведет к закрытию небольших местных трансплантационных центров; определенная часть потенциальных доноров хочет помочь прежде всего людям, которые жи-

вут рядом с ними, поэтому использование территориального критерия стимулирует донорство.

Вначале федеральный закон допускал распределение донорских органов по территориальному принципу, однако в 1988 г. в него были внесены положения о необходимости справедливого распределения органов между пациентами, а не больницами, по медицинскому критерию, то есть с учетом биологической совместимости, срочности, эффективности доставки органа от донора к реципиенту, медицинской целесообразности, справедливости.

В 1998 г. департамент здравоохранения США обязал объединенную сеть установить основания для включения пациента в очередь на трансплантат, определения срочности пересадки и выработать правила распределения донорских органов по критерию срочности. Намерение прекратить использование территориального критерия департамент объяснил тем, что разрыв в сроках ожидания донорских органов в различных штатах огромен (например, 55 дней в Техасе и 767 дней в Вирджинии в отношении донорского сердца), между тем в недавнее время изобретены способы более длительного экстракорпорального хранения трансплантатов (печени — до 18 час., почек — до 24 час.). Предвидя, что штаты могут попытаться предотвратить утечку донорских органов, департамент включил в указанное правило оговорку о том, что издание норм, препятствующих исполнению правил распределения донорских органов, ориентированных на критерий срочности, недопустимо. Тем не менее семь штатов приняли законы, направленные на предотвращение утечки донорских органов за пределы штатов.

Х.Шэнкин свидетельствует о том, что при распределении дефицитных трансплантатов в США принимаются во внимание и такие факторы, как злоупотребление потенциального реципиента алкоголем (при трансплантации печени) или курение (при трансплантации легких и сердца)¹. Такая практика породила серьезные дискуссии. Противники этого подхода называют его медицинским наказанием за моральные изъятия и утверждают, что выполнение хирургом роли судьи нравов нарушает общепризнанные принципы взаимоотношений врача и пациента. Возражая против дискриминации алкоголиков как потенциальных реципиентов донорской печени, О.Сермен заключает: «В таком случае можно

¹ Shankin H.A. Medical ethics: evolution, rights a. the physician. – Dordrecht, 1991. – IX, 491 p. – Episteme; Vol.17. – P.390.

будет отказать в лечении сбитому автомобилем пешеходу, который перешел улицу в неполюженном месте, и другим пациентам, которые сами виноваты в своих заболеваниях»¹. А.Мосс и М.Сьеглер отмечают, что использование такого подхода обусловлено спецификой пересадки печени, дефицит которой очень велик, и они вовсе не призывают использовать его и в других сферах медицины². Другие американские авторы считают, что дискриминация алкоголиков и курящих при распределении донорских органов оправдана только в тех случаях, когда курение или употребление алкоголя может повлиять на исход трансплантации: донорский орган должен быть предоставлен тому пациенту, который наиболее серьезно относится к своему лечению и с большей вероятностью может выдержать ограничения послеоперационного режима. Дж.Ландберг, редактор журнала Американской медицинской ассоциации (JAMA), признался, что, если бы гений нуждался в донорском органе, тот факт, что он курит, не повлиял бы на решение выбрать из множества кандидатов именно его, чтобы продлить его творческую активность. При столь явном отсутствии даже намека на единогласие в решении данного вопроса неудивительно, что в литературе высказывается мнение о неспособности врачей осуществить беспристрастный выбор реципиента; если степень биологической совместимости нескольких лиц, нуждающихся в трансплантации, и единственного доступного донорского органа одинакова, справедливо было бы применить жребий.

Наряду с трупными органами и тканями для трансплантации могут использоваться *ткани абортированных эмбрионов*. Особенно эффективны пересадка клеток, вырабатывающих инсулин, больным диабетом, пересадка клеток мозга лицам, страдающим болезнью Паркинсона, а также трансплантация вилочковой железы реципиентам с синдромом Ди-Джорджа. Обстоятельствами, подталкивающими к использованию для этих целей эмбриональных тканей, являются не только недостаток трансплантатов в условиях широкого распространения этих заболеваний (так, например, болезнью Паркинсона страдает около 400 тыс. жителей США), но и такие свойства эмбриональных тканей, как повышенная способность приживаться в чужом организме и регенерировать.

Главной этической проблемой, встающей на пути развития этого перспективного направления медицины, представляется появление сти-

¹ Surman O.S. The morality of transplantation// JAMA. – Chicago, 1991. – Vol.266, N2. – P.213.

² Moss A. Siegler M. Should alcoholics compete equally for liver transplantation? // Ibid., N4. – P. 1295–1298.

мулов для зачатия детей с целью их последующего абортирования для использования в качестве донорских ресурсов. Причем мотивом, подталкивающим женщин к совершению таких действий, может быть не только получение вознаграждения, но и спасение близких людей, для лечения которых необходима трансплантация. Американский законодатель не пошел по пути полного запрета подобных операций и исследований в данной области, но наложил мораторий на финансирование из федерального бюджета исследований над живыми и абортированными эмбрионами за исключением направленных на выяснение их жизнеспособности (Федеральный Закон 1974 г. об исследованиях).

В 1988 г. по инициативе директора Национального института здравоохранения была создана комиссия по выработке рекомендаций по трансплантации эмбриональных тканей. Большинство членов комиссии высказалось за отмену моратория на следующих условиях: процедуры принятия решения о прерывании беременности и собственно производства аборта не могут быть связаны с процедурой изъятия и использования тканей эмбриона; взимание платы за предоставление эмбриональных тканей для трансплантации должно быть запрещено; реципиенту должно быть известно происхождение трансплантата; с тканями эмбрионов следует обращаться с не меньшим уважением, чем с тканями, посмертно изъатыми у людей. В целом эти принципы совпали с принципами, выработанными соответствующими комиссиями Совета Европы, Великобритании, Австралии, Франции, Швеции, Канады.

С юридической точки зрения важным представляется решение вопроса о том, кто правомочен давать согласие на использование тканей абортированного эмбриона. Необходимость согласия женщины, вынашивавшей эмбрион, вытекает из требований американского законодательства о трансплантации получать согласие ближайшего родственника умершего на посмертное изъятие трансплантата. На распространение этого правила на абортированные эмбрионы прямо указывает норма Единообразного закона об анатомическом даре. Кроме того, право женщины на согласие или отказ от использования тканей эмбриона, который она вынашивала, для целей трансплантации можно обосновать исходя из взгляда на эмбрион как на часть ее тела, отделенную в процессе медицинского вмешательства или отделившуюся под влиянием естественных причин (в случае выкидыша). То обстоятельство, что женщина являлась инициатором прерывания беременности, не лишает данное обоснование убедительности.

Намерение использовать ткани абортированного эмбриона для трансплантации иногда обуславливает изменение процедуры прерывания беременности в сторону ее усложнения, поэтому информированное согласие на использование тканей эмбриона в таких случаях неразрывно связано с информированным согласием женщины самой подвергнуться медицинскому вмешательству.

Помимо женщины, вынашивавшей эмбрион, право возражать против использования его тканей для пересадки следует признать за мужчиной, от которого произошло зачатие, а в случае использования для зачатия ребенка донорской яйцеклетки — и за женщиной, выступившей в качестве донора яйцеклетки.

КАВАГУЧИ Х.
УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
ТРАНСПЛАНТАЦИИ ОРГАНОВ В ЯПОНИИ
(Реферат)

KAWAGUCHI H.
Strafrechtliche Probleme der Organtransplantation in Japan –
Freiburg: MPI für ausländisches und internationales Straf-
recht, 2000. – Band S 85. – 159 S.

Книга Хироказу Кавагучи представляет собой сравнительный анализ японского и немецкого права по вопросу трансплантации органов в уголовно-правовом аспекте. Автор подчеркивает актуальность данной проблемы в обеих странах, выявляя при этом существенные различия. Основными являются момент смерти мозга и согласие пациента на пожертвование органов.

Так, в Японии в центре дискуссии о трансплантации находится вопрос о моменте наступления смерти. Японские ученые, в отличие от ученых подавляющего большинства стран, придерживаются мнения, что момент смерти мозга еще не есть момент наступления смерти человека. Особенно остро критикует данную (для России, Германии и многих других стран само собой разумеющуюся), концепцию смерти мозга знаменитый японский журналист Такаши Тахибана. Подобная позиция связана с

философскими представлениями японцев о смерти. Кроме того, японский ученый Маруяма утверждает, что главный аргумент сторонников концепции смерти мозга, заключающийся в том, что мозг — это центральный и единственный незаменимый орган нашей нервной системы, координирующий все ее функции, при современном состоянии и возможностях медицинской науки уже неверен, так как людей, у которых прекратилась работа мозга, можно еще с помощью технических средств поддерживать живыми (например, в случае необходимости беременной женщины выносить ребенка). Правда, в последнее время в Японии появились и сторонники концепции смерти мозга, так что окончательного решения проблема пока не получила.

Многие не могут принять концепцию смерти мозга по философским или религиозным соображениям. Позитивным решением вопроса, гарантирующим право на самоопределение, автор считает принятый в Нью-Джерси в 1991 г. закон, позволяющий лицу в своего рода завещании самому определять — придерживаться данной концепции в случае собственной смерти или нет.

Законодательное регулирование трансплантации существует довольно давно, но распространялось оно только на постмортальные пересадки роговицы и почек. После продолжительных дискуссий 17 июля 1997 г. был принят новый Закон о трансплантации в Японии, имеющий более обширный предмет регулирования.

Наиболее важной со сравнительно-правовой точки зрения является модель дачи согласия — семейная модель, утвержденная в этом Законе и существенно отличающаяся от трех основных моделей¹, распространенных в большинстве стран. До принятия закона 1997 г., согласно данной модели, врач перед изъятием органов должен испросить письменного согласия у родственников умершего, если умерший при жизни не оставил письменного распоряжения на этот счет. Даже в случае, если умерший такое распоряжение оставил, а родственники придерживаются противоположного мнения — решение остается за ними. Против такого пренебрежения правом самоопределения человека возражали многие японские конституционалисты, например, Кацанава и Ишихара. Современный закон несколько смягчает данную модель, но родственники все еще играют центральную роль. Профессор Хирабаяши утверждает, что в

¹ См.: Жалинская А. Дискуссии по поводу законодательства о трансплантации в ФРГ: Обзор// Социальные и гуманитарные науки: Отеч. и зарубеж. литература. Сер. Государство и право. — М., 1998. — № 4. — С. 184–188.

результате семейной жизни между умершим и его семьей устанавливается духовная связь, на основании которой родственники должны иметь право решать вопрос об изъятии органов.

С точки зрения уголовного права эта концепция имеет много недостатков. В частности, проф. Кацанава подчеркивает, что это противоречит ст. 13 Конституции, гарантирующей свободу личности. Примирующую позицию занимает проф. Ишихара, считающий, что волю родственников можно учитывать, если она не противоречит воле умершего и принимается ими во внимание. С точки зрения автора книги — проф. Кавагучи, семейная модель противоречит не только Конституции, но и уголовному закону, и должна быть заменена моделью, в большей степени учитывающей интересы индивида, так как только индивид обладает правом распоряжения такими благами. Вопреки собственному мнению, автор одновременно признает, что в Японии модель, направленная на защиту индивидуальных интересов, невозможна и не будет принята, — слишком сильна традиционная позиция родственников.

Существенной проблемой для японской правовой действительности и медицинской практики является пробел в японском законодательстве, касающийся регулирования пожертвования органов живыми людьми. Дело в том, что в Японии уже почти пятнадцать лет, т.е. начиная с 1989 г., проводятся подобные операции при полном отсутствии законодательного регулирования. Проблемы обостряются в особенности в тех случаях, когда проводятся операции, где донорами являются несовершеннолетние или душевнобольные, так как с правовой точки зрения они не могут дать согласия. Автор подчеркивает необходимость решения данной проблемы, ликвидации пробела законодательства и приведения норм японского права в соответствие с существующими в других странах, в частности с германским правом¹.

Х.Кавагучи анализирует в своей книге чрезвычайно показательный пример. В сентябре 1990 г. в Японии для целей трансплантации изъняли органы жертвы преступления. В результате произошел конфликт между интересами правосудия и интересами медицины. В принципе, приоритет должен быть отдан интересам расследования, но специалисты обеих отраслей — уголовного и медицинского права — рассуждают о воз-

¹ О влиянии немецкой правовой доктрины на формирование послевоенного права Японии и о реценции многих институтов германского права в законодательство Японии см.: Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С.20–21; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М., 1998. — С.29–30 и след.

возможности достижения компромисса. Ориентиром для этого могут послужить США, где установлено, что ответственный за производство вскрытия судебный эксперт может дать свое согласие на изъятие органов для целей трансплантации¹.

Одним из мало изученных аспектов японского медицинского права является проблема запрета торговли органами. Современный закон о трансплантации запрещает любую торговлю органами. Дискуссия в литературе по этому поводу почти отсутствует. Авая, японский правовед, специализирующийся на гражданском праве, провел эмпирические исследования о торговле органами в Индии, но его позиция в отношении полного запрета торговли органами применительно к ситуации в Японии не ясна. Кроме того, в Японии сейчас проходит оживленная дискуссия о возможности создания объединенных сетей, т.е. специализированных и взаимодействующих организаций для облегчения медикам координации и распределения органов, аналогичных созданным в других странах, например в США.

Завершая свою работу, автор подчеркивает, что в японском медицинском праве много пробелов, которые предстоит заполнить.

А.А. Рёрихт

¹ В этой связи приходится напомнить о предложениях, высказанных российскими медиками, касающихся введения законодательного разрешения на подобные действия без получения согласия на их осуществление со стороны родственников. – (Прим. реф.).

Э.М. Гузик-Макарук

ПОЛЬСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ТРАНСПЛАНТАЦИИ КАК МЕТОДЕ ЛЕЧЕНИЯ

Первые попытки пересадки тканей и органов были выполнены в Индии еще до нашей эры. В XVI в. итальянский хирург Тоглиацоччи осуществлял пластические операции на лице путем пересадки кожи. В 1858 г. Л.Оллиер предпринял исследования пересадки костей, продолженные в XX в.¹.

Первая неудачная трансплантация почки была предпринята в 1933 г. Взятый у погибшего орган был пересажен 26-летней пациентке, которая умерла через два дня после операции. В послевоенный период началось развитие трансплантационной медицины. В 1952 г. в Париже врачи пересадили почку, взятую у живого пациента, но трансплантация все же завершилась смертью больного. И только в 1954 г. была сделана первая удачная пересадка почки в Бостоне. Коллектив врачей, руководимый Дж.Мюрреем, будущим лауреатом Нобелевской премии в области медицины 1990 г., осуществил пересадку почки, взятой от живого донора. Ситуация была необычной: донор и реципиент были однояйцовыми близнецами. Этот опыт позволил сделать вывод о том, что трансплантация органов между однояйцовыми близнецами имеет большие шансы на успех благодаря одинаковой генетической конструкции организмов донора и реципиента. Исследования набирали темп, и в 1960 г. был достигнут очередной успех: удачные трансплантации почек между родственни-

¹ Balicki A. Transplantacje. Polska na tle Europy – aspekty prawne. – Rubikon. 1998 // 1, <http://venus.ci.uw.edu.pl/~rubicon/Nr1/transpla.htm,s.2/>

ками, не являющимися близнецами, и, наконец, между не связанными родством донором и реципиентом¹. Переломное значение в развитии трансплантологии имели начатые в 50-е годы XX в. исследования в области иммунологии. В декабре 1967 г. осуществлена первая удачная пересадка сердца в Капштадте (ЮАР) (К.Барнард)². Серьезное развитие данной отрасли медицины совпало с концом прошлого века, и сегодня мы можем видеть, сколь значительных успехов достигла трансплантационная медицина во всем мире.

Трансплантация органов понимается как метод лечения, состоящий в выравнивании потерь в организме человека путем оперативного перенесения ткани, органа либо помещения мертвого (неживого) субстрата в целях спасения жизни человека либо восстановления функций его организма³. Трансплантация, при которой донор и реципиент — представители одного и того же вида, называется алогенической; аутогенической является пересадка лицу, которое одновременно и донор, и реципиент; ксеногенетическая имеет место в случаях, когда в организм человека пересаживаются органы и ткани животных. Кроме того, трансплантация разделяется на осуществляемую *in vivo*, когда донором является живой человек, и *ex mortuo*, когда органы или ткани взяты у умершего.

Конституция Республики Польши от 2 апреля 1997 г. иначе, чем некоторые страны, например Швейцария, регулирует вопросы трансплантации. Она не содержит положений, непосредственно относящихся к трансплантационной медицине, однако приоритетные принципы в этой области можно все же выделить с помощью толкования. Раздел II охватывает предписания в области прав, свобод и обязанностей человека и гражданина. В ст.30 провозглашено естественное и неизменное достоинство человека, которое одновременно является источником его свободы и прав. Оно нерушимо, а уважение к нему и защита его являются обязанностью (долгом) публичной власти. В соответствии со ст.31 свобода человека подлежит правовой охране, и каждый обязан уважать свободы и права других. Никого нельзя принуждать к совершению того, что не предписывает ему право. Правовая охрана жизни человека входит в перечень личных прав и свобод и подкрепляется запретом научных экспе-

¹ Dumoulin J.F. Organtransplantation in der Schweiz// Das Recht am Scheideweg zwischen Leben und Tod. — Bern, 1998. - S.7—9.

² Zenker R. Ethische und rechtliche Probleme der Organtransplantation. —München, 1979. — S. 483.

³ Mala encyklopedia medycyny. — W-wa,1982. — S. 1009.

риментов над человеком, в том числе медицинских, без добровольно выраженного согласия. В сфере прав и свобод экономического, социального и культурного характера Конституция гарантирует каждому право на охрану здоровья. С уверенностью можно сказать, что указанные выше принципы относятся и к трансплантационной медицине, хотя непосредственно не содержат такого указания.

Отметим также, что Польша подписала Европейскую Конвенцию о правах человека и достоинстве человеческой личности в сфере применения биологии и медицины, так называемую Конвенцию о правах человека и биомедицине. Хотя Конвенция регулирует только три проблемы, связанные с трансплантацией, однако в ней создан определенный минимальный стандарт, и следует отметить, что польский Закон о трансплантации в своей основе согласован с положениями Конвенции, а в некоторых конкретных вопросах даже обеспечивает большую охрану, чем минимальный стандарт, установленный Конвенцией¹.

Основные правовые предписания, регулирующие изъятие и пересадку трансплантатов, содержатся в Законе «Об изъятии и пересадке клеток, тканей и органов»² (далее Закон), а также принятых в соответствии с ним актах исполнительной власти. Ряд предписаний содержится в иных источниках права: гражданском, административном и уголовном. Введение в действие этого Закона 7 марта 1996 г. ознаменовало новый этап в развитии польской трансплантологии и ликвидировало колоссальный законодательный пробел в данной сфере. На сегодняшний день в Закон уже трижды вносились изменения и дополнения³. На его основе принято семь распоряжений⁴ и три исполнительных решения⁵.

¹ Ст. 119а Конституции Швейцарии от 18 июня 1999 г. // <http://www.admin.ch/chd/sr/101/index.htm>

² Конституция РП от 2 апреля 1997 г. // Dzennik Ustav (далее –Dz.U.) / – W-wa, 1997. – № 78. – Poz. 473.

³ Żielińska E. Polska ustawa transplantacyjna w świetle uregulowań międzynarodowych. Raport o stanie przeszczepiania komorek, tkanek i narządów w Polsce. – W-wa, 2000. – S. 14.

⁴ Закон от 26 октября 1995 г. «Об изъятии и пересадке клеток, тканей и органов» // Dz.U. – W-wa, 1995. – № 138. – Poz. 682.

⁵ Предписания о введении Уголовного кодекса – Закон от 6 июня 1997 г. // Dz.U. – W-wa, 1997 / – № 88. – Poz. 554. См. также Закон от 20 июня 1997 г. об изменении Закона об учреждениях здравоохранения и об изменении некоторых других законов // Dz.U. – W-wa, 1997. – № 104. – Poz. 661; Закон от 22 декабря 2000 г. Об изменении некоторых законодательных полномочий по принятию нормативных актов и об изменении некоторых законов // Dz.U. – W-wa, 2000. – № 120. – Poz. 1268.

Закон регулирует изъятие клеток, органов и тканей у мертвого или живого человека, т.е. оба способа трансплантации — *ex vivo* и *ex mortuo*. Вне сферы действия данного Закона находятся две группы вопросов: а) изъятие и пересадка *детородных* клеток и *гамет*, тканей эмбриональных и плода, а также органов деторождения, б) изъятие, сохранение, преобразование и переливание крови. Что касается первой группы, в польском законодательстве все еще нет специального акта, вторая группа вопросов регулируется комплексным нормативным актом — Законом «О публичной службе крови»¹.

Исходным положением Закона является принцип, согласно которому клетки, ткани и органы могут изыматься из тел умерших в диагностических, лечебных, научных и образовательных целях (ст.2), а у живого человека, генетически либо эмоционально связанного с донором, — только в соответствии с жесткими правилами о выборе донора и реципиента (так называемой аллокации способа) — ст.9, 10.

В области изъятия клеток, тканей и органов из тел умерших известны две модели, регулирующие институт согласия на осуществление этого действия: американско-канадская, требующая согласия при жизни, и французская, требующая выраженного несогласия². Первая модель принята в Дании, Швеции, Греции, Великобритании³, а вторая — в Австрии, Финляндии, Бельгии, Франции и в Польше¹.

¹ Распоряжения министра здоровья и социальной опеки (далее — министра. — Прим.пер.): от 1 октября 1996 г. о центральном реестре выраженных несогласий на изъятие клеток, тканей и органов, способах регистрации несогласий и способах установления наличия несогласия в форме заявления // Dz.U. — W-wa, 1996. — №124. — Poz. 588; от 12 ноября 1996 г. по вопросу о требованиях, которым должна соответствовать медицинская документация, касающаяся изъятия клеток, тканей и органов, их хранения и пересадки // Dz.U. — W-wa, 1996. — № 144. — Poz. 667; от 13 ноября 1996 г. по вопросу способов и условий образования национального и региональных банков клеток и тканей, предназначенных для пересадки // Dz.U. — W-wa, 1996. — № 144. — Poz. 668; от 30 ноября 1996 г. по вопросам условий изъятия и пересадки клеток, тканей и органов, а также методов проверки исполнения этих условий // Dz.U. — W-wa, 1996. — №151. — Poz. 718; от 30 декабря 1996 г. по вопросам методов и процедур получения информации от прокурора либо о позиции семейного суда о невыражении несогласия на изъятие из трупа клеток, тканей и органов // Dz.U. — W-wa, 1996. — №6. — Poz. 37; от 9 октября 1997 г. по вопросам распределения клеток, тканей и органов // Dz.U. — W-wa, 1997. — № 132. — Poz. 880; от 9 октября 1997 г. по вопросам принципов и порядка определения стоимости (расходов) на изъятие, хранение и транспортировку клеток, тканей и органов, а также возмещения этих расходов // Dz.U. — W-wa, 1997. — № 132. — Poz. 881.

² См.: Указания министра от 5 ноября 1996 г., от 30 января 1997 г., от 6 февраля 1997 г.

³ Закон от 22 августа 1997 г. о публичной службе крови // Dz.U. — W-wa, 1997. — № 106. —

Правило так называемого предполагаемого согласия (ст.4 Закона) позволяет изымать клетки, ткани и органы из тел умерших, если умерший при жизни не выразил несогласия с этим. Вместо малолетнего либо иного недееспособного лица несогласие может выразить его законный представитель (при жизни данного лица). Несовершеннолетнему, достигшему 16 лет, самому представляется возможность выразить несогласие. При этом надлежит применять предписания ГК об оценке дееспособности².

Несогласие может быть выражено в трех формах: а) записи в центральный реестр выраженных несогласий (возражений), б) собственноручно подписанного письменного свидетельства, в) устного заявления в присутствии двух свидетелей в момент поступления в клинику или во время пребывания в ней. Несогласие может быть отозвано в любой момент в письменной или устной форме в присутствии двух свидетелей.

Центральный реестр несогласий ведется Организационно-координационным центром по вопросам трансплантации Полтрансплант в Варшаве. Это информационный и архивный фонд данных и сведений о заявлениях о записи несогласия и заявлениях об исключении из записи несогласия. Подтверждением осуществления записи или исключения несогласия является соответствующее уведомление в форме компьютерной распечатки, врученное заявителю.

Существование несогласия в форме письменного заявления устанавливается двумя способами. Во-первых, путем констатации, что в медицинскую документацию, которая ведется в связи с пребыванием пациента в клинике, включено его заявление в форме записи в такого рода документации, подтвержденное его собственноручной подписью, либо сделанное заявление, представляющее собой самостоятельный документ с подписью лица, которого касается несогласие. Второй способ подтверждения несогласия состоит в проверке, что при умершем находится подписанное им заявление, либо такое заявление было представлено третьими лицами.

Poz. 681.

¹ Rejman G. Zgoda na pobranie organu, narządu lub tkanek ze zwłok jako okoliczność uchylająca bezprawność czynu// Studia Juridica. – 1991. – t. XIX.- S. 167; Rozental K. Nowe uregulowania ustawowe// Przegląd Sądowy. – W-wa, 1992. – N 9. – S.37.

² Żelinska E. Transplantacja w świetle prawa w Polsce i na świecie// Państwo i Pra-wo. – W-wa, 1995. – N 6. – S. 24.

Существование несогласия в форме устного заявления, сделанного в момент оформления в клинику либо во время пребывания в ней, устанавливается путем проверки наличия в медицинских документах лица, выражающего несогласие, письменного заявления как минимум двух свидетелей, подтверждающих факт выражения несогласия в данной форме¹.

Изъятие клеток, тканей и органов для пересадки допускается после констатации длительного и необратимого прекращения функции головного мозга (смерти мозга), которая определяет для интенсивной терапии разумные границы использования реанимационных мер. Они позволяют отменить принудительную вентиляцию легких вплоть до спонтанной остановки кровообращения, несмотря на произошедшую и несомненную смерть человека в результате прекращения функции головного мозга².

С точки зрения уголовного закона, смерть – это пограничный момент, указывающий на прекращение жизни человека, являющейся объектом уголовно-правовой охраны. Установление этого момента имеет решающее значение для квалификации действий лица, обвиняемого в убийстве или неумышленном причинении смерти³.

Констатация смерти является обязательной в связи с планируемым изъятием органа в целях пересадки его реципиенту. Делать это надо как можно раньше, чтобы ткань трансплантата сохранила все свойства, характеризующие живой орган⁴. Смерть мозга должна констатировать единогласно комиссия, состоящая из трех врачей, в том числе одного специалиста в области неврологии или нейро-хирургии, одного специалиста в области анестезиологии и интенсивной терапии. Чрезвычайно важен принцип, согласно которому врач, входящий в состав комиссии, не может принимать участия в деятельности по трансплантации клеток, тканей и органов от умершего лица, у которого данная комиссия установила смерть мозга. В основе такого регулирования лежит, несомненно,

¹ Rutkowski S. Transplantacja w świetle przepisów prawnych // Prokuratura i Prawo. – W-wa, 1996. – N 10. – S. 128.

² Гражданский кодекс. (Закон от 23 апреля 1964 г.) // Dz.U. – W-wa, 1964. – № 16. – Poz. 93.

³ См. цит. Распоряжение министра от 1 октября 1996 г.

⁴ Sych M. Kilka uwag o ustawie z dnia 26.10.1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komorek, tkanek i narządów // AMSIK, 1996. – N 2. – S.82.

законодательная цель предупреждения возможных злоупотреблений, связанных с нелегальным оборотом органов.

Клетки, ткани и органы из трупа могут быть изъяты также во время вскрытия, проводимого в соответствии со специальными предписаниями. Речь идет о положениях Закона «Об учреждениях здравоохранения»¹. По ст.24 и 25 этого Закона останки лица, которое умерло в клинике, могут подлежать вскрытию, если при жизни данное лицо не выразило несогласия, либо этого не сделал его законный представитель. Вскрытие не может быть проведено раньше, чем через 12 час. после установления смерти. Если все же возникает необходимость изъятия клеток, тканей или органов, руководитель учреждения социальной опеки может принять решение о производстве вскрытия до истечения указанного срока с соблюдением принципов и процедур, предусмотренных Законом «Об изъятии и пересадке клеток, тканей и органов».

Как было сказано выше, данный закон регулирует также вопросы трансплантации *ex vivo*. Эта разновидность трансплантационной деятельности имеет смешанный характер, поскольку, с одной стороны, данная мера является лечебной, так как речь идет о возвращении здоровья или сохранении жизни реципиента, с другой же — она не носит терапевтического характера в отношении донора. Донору в результате проведения изъятия причиняется телесное повреждение, и поведение врача можно было бы квалифицировать в соответствии с уголовно-правовыми нормами о преступлениях против жизни и здоровья. По мнению проф. Г.Рейман, соответствующим праву является то действие врача, которое осуществляется при соблюдении трех условий, а именно: 1) существует согласие донора; 2) оно не противоречит хорошим обычаям, 3) возможно устранение изменений в организме донора². Проблему правомерности действий врача, осуществляющего изъятие органов и тканей у живого лица, несколько иначе трактует Я.Радзицкий. Он утверждает, что, поскольку эти действия не носят лечебного характера, они не подлежат правовой регламентации, установленной для мер лечения. Эти действия надлежит обосновывать отсутствием общественной опасности деяния либо трактовать как разновидность состояния крайней необходимости³. Разрешить эти дискуссионные вопросы помогает комплексное регулиро-

¹ Rejman G. Odpowiedzialność karna lekarza. — W-wa, 1991. — S. 99.

² Marcinkowski T. Medycyna sądowa dla prawników. — W-wa, 1993. — S. 116.

³ Закон от 30 августа 1991 г. Об учреждениях здравоохранения // Dz.U. 1991. — №91. — Poz. 408 с последующими изменениями.

вание, содержащееся в Законе. В соответствии со ст.9 и 10 допустимо изъятие клеток, тканей и органов у живого человека в целях пересадки их другому лицу при соблюдении следующих девяти условий:

1. Изъятие происходит в пользу родственника по прямой линии, брата, сестры или супруга. Оно может производиться и для иного близкого лица, что, однако, требует предварительного решения районного суда, вынесенного во внепроцессуальном производстве.

2. Если предметом изъятия является костный мозг или иная регенерирующаяся клетка или ткань, изъятие может наступить также для лиц, не состоящих в генетической или эмоциональной связи.

3. Обоснованность и целесообразность изъятия трансплантатов от определенного донора и пересадка их определенному реципиенту определяет врач, который будет проводить трансплантацию на основе современного состояния медицинского знания.

4. Изъятие органов и тканей необходимо предварять медицинскими обследованиями, установившими, что риск не превышает предвидимых допустимых границ такого рода мер и не ухудшит существенным образом состояния здоровья донора.

5. Кандидат-донор детально информируется о планируемой мере, риске, связанном с этой мерой, и о возможных типичных последствиях для состояния его здоровья в будущем.

6. Если кандидатом в доноры или реципиенты является женщина в состоянии беременности, оценка риска, связанного с изъятием и пересадкой трансплантатов, должна производиться также с учетом последствия для ребенка, который должен родиться.

7. Кандидат в доноры обладает полной правоспособностью и добровольно выражает врачу письменное согласие на изъятие клеток, тканей или органов в целях их пересадки определенному реципиенту. Требование определения реципиента не относится к случаям изъятия костного мозга или иных регенерирующихся клеток и тканей.

8. Кандидат в доноры предупреждается о последствиях для реципиента, вытекающих из отказа от согласия на изъятие трансплантатов, связанных с последней фазой приготовления реципиента к пересадке.

9. Кандидат-реципиент информируется о риске, связанном с изъятием, и о возможных его последствиях для здоровья донора. Также необходимо его выраженное согласие на принятие клеток, тканей либо органов от данного донора. Требование выраженного согласия на принятие

трансплантата от определенного донора не распространяется на костный мозг или иные регенерирующие клетки и ткани.

Перечисленные выше условия правомерности пересадок *in vivo* можно разделить на те, которые касаются пересадки костного мозга и иных регенерирующих клеток, а *contrario* на относящиеся к нерегенерирующим органам. «За» введение различных условий пересадки с учетом вида органов говорят факторы медицинского характера, поскольку изъятие регенерирующих тканей не представляет серьезной опасности для здоровья пациента, не вызывает постоянного (длительного) повреждения организма. В основе такого решения лежит мнение о том, что человек имеет право распоряжаться своим здоровьем для спасения жизни или здоровья другого человека до момента, в который мера по изъятию трансплантата сделала бы его инвалидом¹.

Условием правомерности изъятия нерегенерирующих трансплантатов является соблюдение предусмотренных в Законе мер по субъекту, ограничивающих круг потенциальных доноров только лицами, непосредственно породненными или близкими донору. Одним из аргументов, обосновывающих такого рода ограничения, является потребность в обеспечении полной добровольности передачи органов и исключении какой бы то ни было коммерциализации в данной области². Важно в связи с этим обратить внимание на отсутствие оснований для трактовки согласия на повреждение своего тела во имя блага другого человека как достаточной предпосылки правомерности действий врача, осуществляющего изъятие. Поэтому следует исходить из того, что врач, изымающий орган в целях пересадки его лицу, не принадлежащему к кругу субъектов, определенному Законом, допускает умышленное преступление против жизни и здоровья, правовая квалификация которого зависит от размеров причиненного ущерба (вреда здоровью)³.

Рассматривая вопрос о субъектах, уполномоченных отдавать органы *ex vivo*, невозможно не остановиться на тех положениях Закона, которые позволяют изъятие трансплантатов у малолетних. Эта ситуация может возникать только в отношении костного мозга. Малолетний может быть донором только в случае непосредственной угрозы утраты жизни, которой невозможно избежать иным способом кроме как пересадкой

¹ Reiman G. Op.cit. — S. 80.

² Radzicki J. Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym. — W-wa, 1967. — S. 191.

³ Rejman G. Op. cit. — S. 81.

костного мозга. Оно может осуществляться только в пользу родителей, приемных родителей и братьев (сестер), при условии, что не вызовет предвидимого вреда функциям организма донора. Изъятие может быть проведено по согласию его законного представителя и получению разрешения опекунского суда, действительного по месту жительства кандидата в доноры. Если донор старше 13 лет, требуется его согласие.

Действия по изъятию и пересадке клеток, тканей и органов могут проводиться в учреждениях здравоохранения и в медицинских высших учебных заведениях, университетах с медицинским факультетом, научно-исследовательских медицинских учреждениях и организационных подразделениях службы крови. К этим действиям применяются соответствующие предписания Закона «Об учреждениях здравоохранения» от 30 августа 1991 г.¹, Закона «О профессии врача» от 5 декабря 1996 г.², которые являются *lex generalis* в отношении к приоритетному трансплантационному Закону³.

Трансплантационная деятельность может осуществляться только лицами, обладающими соответствующей профессиональной квалификацией.

Изымать клетки и ткани из тел умерших для приготовления биостатичных трансплантатов уполномочены врач, магистр биологии, медицинский техник и лаборант-медик, костный мозг и клетки системы кровообращения — только врач-специалист. Если предметом изъятия являются органы — врач-специалист в области хирургии, детской хирургии, кардиохирургии, хирургии кровеносных сосудов или урологии. Пересадка клеток, тканей или органов может проводиться врачом-специалистом в области медицины, соответствующей виду трансплантации⁴.

Принципиальным является то, что все данные, касающиеся донора и реципиента *ex mortua*, охватываются врачебной тайной и подлежат правовой защите. Она предусматривается в предписаниях о профессиональной и служебной тайне, а также в предписаниях, относящихся к медицинским документам, которые ведутся органами здравоохранения. Если трансплантат должен быть изъят у живого человека, личностные

¹ Nesterowicz M. Prawo medyczne. — Toruń, 1996. — S. 116.

² Liszewska A. Odpowiedzialność karna lekarza za niezgodne z prawem pobranie organów, tkanek i narządów za życia dawcy// Palestra. — 1996. — N 5-6. — S. 41.

³ Dz.U. — 1991. — N 91, poz. 408 с посл. изменениями.

⁴ Dz.U. — 1997. — N 28, poz. 152 с посл. изменениями.

данные донора и реципиента известны этим лицам. Распространение режима тайны на сведения о доноре и реципиенте, как и на медицинские документы, должно обеспечить предупреждение возможных осложнений морального или этического характера.

Основу для выбора реципиента, которому должны быть пересажены клетки, ткани или органы, составляют медицинские критерии или списки лиц, ожидающих трансплантации. Ведение таких списков возложено на несколько организационных структур: Государственную клиническую больницу № 1 Медицинской академии в Варшаве, Институт трансплантологии в области, охватывающей лиц, ожидающих пересадки почки, поджелудочной железы, сердца, легкого, желудка и кишечника, Нижнесилезский центр туберкулеза и легочных заболеваний – Госпиталь им. К.Длуского, Отдел иммунотерапии и пересадки костного мозга во Вроцлаве в области, охватывающей лиц, ожидающих пересадки костного мозга либо клеток системы кровообращения, Банк тканей глаза в Варшаве в области, охватывающей лиц, ожидающих пересадки роговицы, Клиническую больницу Collegium Medicum Ягеллонского университета в Кракове, Клинику хирургии сердца и кровеносных сосудов Института кардиологии в области, охватывающей лиц, достигших 18-летнего возраста, ожидающих алогеничной пересадки сердечного клапана и Институт «Центр здоровья ребенка» в Варшаве в области, охватывающей лиц, не достигших 18-летнего возраста, ожидающих алогеничной пересадки сердечного клапана¹. Каждая из указанных организаций ведет национальный список лиц, ожидающих пересадки соответствующих органов.

Закон разрешает создание банков клеток и тканей в масштабах страны и регионов в целях сбора, хранения и преобразования тех, что предназначены для трансплантации. Национальный и региональные банки клеток и тканей могут быть образованы как внутренние организационные структуры публичных органов здравоохранения, медицинских высших учебных заведений, университетов, на которых есть медицинский факультет, медицинских подразделений научно-исследовательских учреждений, структур службы крови. Создание банка предусматривает

¹ Kubicki L. Aktualny stan prawny w odniesieniu do pobierania i przeszczepiania komorek, tkanek i narządów. Raport o stanie przeszczepiania komorek, tkanek i narządów w Polsce. – W-wa, 2000. – S. 10.

получение заключения Национального совета трансплантации и согласия министра здоровья и социальной опеки¹.

В соответствии с рассматриваемым Законом в Польше был создан Национальный совет трансплантации как совещательный и экспертный орган при министре здоровья и социальной опеки. В задачи данного органа среди прочего включены: информирование в области обеспечения клетками, тканями и органами в целях спасения жизни и здоровья, экспертиза проектов нормативно-правовых актов, взаимодействие с организациями и объединениями (как национальными, так и зарубежными), занимающимися развитием трансплантологии.

В соответствии со ст.18 Закона за изъятие от живого донора либо из тела умершего человека клеток, тканей или органов запрещено требовать либо принимать оплату или иные материальные ценности. Допускается лишь возмещение реально понесенных расходов в связи с изъятием, сохранением, транспортировкой, преобразованием и пересадкой клеток, тканей и органов, путем признания того, что такое возмещение не является оплатой и не приносит материальных выгод.

Закон предусматривает четыре типа запрещенных деяний, в частности:

1) распространение объявлений о платных продаже, приобретении либо о посредничестве в платных продаже и приобретении клеток, тканей и органов в целях их пересадки (ст.19);

2) приобретение либо сбыт чужих клеток, тканей и органов в целях получения материальной выгоды ;

3) посредничество в приобретении или сбыте чужих клеток, тканей и органов для получения материальной выгоды;

4) участие в пересадке полученных вопреки законным требованиям клеток, тканей и органов, происходящих от живого человека либо изъятых из тела умершего (ст.20).

Перечисленные виды запрещенных деяний являются проступками. Причем в последних трех случаях возможна их оценка как квалифицированного преступления, если благодаря совершению данного деяния лицо обеспечило себе постоянный источник дохода. Перечень преступлений, которые могут быть совершены в нарушение требований данного Закона, разумеется, в нем не определяется исчерпывающим образом.

¹ См. цит. Распоряжение министра от 30 ноября 1996 г.

Они содержатся в нормах УК РП от 6 июля 1997 г.¹ среди преступлений против жизни и здоровья (например, умышленное и неумышленное причинение телесного повреждения или расстройства здоровья, убийство, неумышленное причинение смерти) либо против свобод человека, т.е. наказуемое по частному обвинению потерпевшего исполнение врачебной меры без согласия пациента (ст.192 УК РП).

Специальную проблему образуют пересадки клеток, тканей и органов, взятых у животных (ксенотрансплантология). Закон в ст.15 допускает таковые. Этот вид трансплантации может осуществляться только в лечебных целях. На ксенотрансплантологию распространяются правовые предписания, регулирующие медицинские эксперименты.

Правовое регулирование медицинских экспериментов устанавливается двумя основными правовыми актами. Это УК РП — в соответствии со ст.27 исключается уголовная ответственность субъекта, действующего в целях проведения медицинского эксперимента, если ожидаемая польза от его проведения имеет существенное значение, а предполагаемые результаты, целесообразность и способ проведения соответствуют актуальному состоянию знания (науки). Эксперимент является недопустимым без согласия участника, на котором он проводится, надлежащим образом проинформированного об ожидаемых результатах и грозящих ему опасностях, правдоподобности их наступления, а равно о возможности отказа от участия в эксперименте на любом из его этапов. Принципы и условия допустимости медицинского эксперимента регулирует Закон «О профессии врача» от 5 декабря 1996 г. (ст.21—25)².

В соответствии с данным Законом медицинский эксперимент, производимый на человеке, может быть экспериментом лечебным или исследовательским³. Лечебным экспериментом является применение врачом новых либо только частично апробированных методов диагностики, лечения или профилактики заболеваний в целях получения непосредственной пользы для больного. Он может быть осуществлен, если применяемые до этого времени методы не являются эффективными либо их результаты недостаточны. Исследовательский эксперимент прежде

¹ Dz.U. — 1997. — Nr.88. — Poz. 533 с посл. изменениями. (Перевод УК РП на русский язык см. — Минск: Тесей, 1998. (Прим. пер.).

² См. Указание министра от 5 ноября 1996 г. по вопросам назначения учреждений здравоохранения и других организационных структур, ведущих национальные списки ожидающих пересадки клеток, тканей и органов // Monitor Polski. — 1996. — Nr.77. — S. 705.

³ См. цит. Распоряжение министра от 13 ноября 1996 г.

всего ориентирован на расширение, приумножение знания в области медицины. Он может проводиться как на больных, так и на здоровых людях. Его проведение допускается в случаях, когда участие в эксперименте не связано с риском или риск невелик и не находится в диспропорции к возможным позитивным результатам.

Условием проведения медицинского эксперимента является требование, чтобы ожидаемая лечебная или научная польза имела существенное значение, а предвидимая достижимость такой пользы, ее целесообразность и способы проведения эксперимента были обоснованы с точки зрения актуального состояния медицинского знания и согласовывались с врачебной этикой. Руководить медицинским экспериментом может врач, обладающий соответствующей высокой квалификацией.

Закон о профессии врача допускает также участие несовершеннолетних и полностью недееспособных лиц в медицинском эксперименте, обуславливая такого рода ситуации дополнительными, чрезвычайно жесткими условиями.

Стоит обратить внимание на описанные аспекты правового регулирования, поскольку существуют достаточно реалистические прогнозы в области клинического применения ксенотрансплантатов в течение ближайших 10 лет. Наверняка это позволит снизить диспропорцию между потребностью в доступных органах, тканях и клетках и их наличием¹.

В заключение нужно указать со всей определенностью, что дальнейшее развитие трансплантологии в Польше будет зависеть не только от надлежащим образом сконструированных правовых предписаний, обеспечивающих эволюцию данной области медицины, но и от финансирования лечения больных, обучения медицинского персонала и приятия обществом идеи трансплантации органов.

Перевод *О.Л.Дубовик*

¹ Rowinski W. Wprowadzenie do raportu o stanie przeszczepienia komorek, tkanek i narzadow w Polsce: Raport. — S. 6.

П.Кёниг

УГОЛОВНЫЙ ЗАПРЕТ ТОРГОВЛИ ОРГАНАМИ¹

1. Введение

Момент вступления в силу Закона о трансплантации органов² (далее — Закон) явился началом важнейшей правовой и политической реформы послевоенного времени³ в области здравоохранения ФРГ. Закон ставил своей целью определить четкие рамки донорства, чтобы преодолеть ту неуверенность, которая сдерживала людей от желания помочь своим близким и не допустить возврата к существовавшей ранее правовой неопределённости. В то же время он противодействовал тому об-

¹ Статья П.Кёнига полностью опубликована в книге «Медицинское уголовное право»: König P. Das strafbewehrte Verbot des Organhandels// Medizinstrafrecht. – 2. Aufl. – Richard Boorberg Verl. – 2001. – S. 291–312.

² Закон «О донорстве, изъятии и пересадке органов» от 5 ноября 1997 г. или Закон о трансплантации – ЗТП – BGBL., 1997. – С. 2631. На русском языке о содержании этого Закона см.: Жалинская-Рёрихт А.А. Дискуссии по поводу законодательства по трансплантации в ФРГ (Обзор) // Социальные и гуманитарные науки: Отеч. и зарубеж. лит. Сер. Государство и право. – М., 1998. – № 4. – С.184–188; Жалинская-Рёрихт А.А., Дубовик О.Л. Законодательство ФРГ о трансплантации органов и тканей // Журн. российского права. – 1998. – № 10-11. – С.206-212; Жалинская-Рёрихт А.А. Закон ФРГ о трансплантации органов: конституционные и уголовно-правовые следствия // Право и политика. – 2000. – № 7. – С. 94–102.

³ О предыстории вопроса. См.: König P. Strafbarer organhandel. – 1999. – С.15. (Кёниг П. Уголовно наказуемая торговля органами).

стоятельству, что немецкие трансплантационные центры использовали в основном органы, поступающие из-за рубежа, а не от немецких граждан, что должно было рано или поздно вызвать недовольство иностранных государств.

Этот закон образовал новую область правового регулирования. По многим вопросам при создании закона было достигнуто согласие. Существенные дискуссии вызвала концепция определения момента смерти мозга при изъятии органов у покойных. Уголовно-правовое регулирование трансплантации создало целый ряд специальных проблем, которые обсуждаются до сих пор. Закон строго ограничил доступ к донорству, что привело к излишней криминализации. (Например, если сын жертвует отцу свою почку, а отец в благодарность составляет завещание на сына, то оба они подлежат уголовному наказанию).

Очевидно, что жесткие правовые рамки и содействие пересадке органов как цель закона противоречат друг другу¹.

2. Об уголовно-политической легитимации

Каждая новая уголовно-правовая норма должна пройти проверку временем и реальностью. Существуют ли в государстве достаточные причины выделять в отдельный состав и наказывать определенное деяние зависит от того, является ли это деяние общественно опасным? В Германии состояние дел, связанное с трансплантацией, отличается, например, от ситуации в странах третьего мира, таких, как Индия, Алжир или Ирак, где существует законный рынок органов. Бедные люди продают свои органы, чтобы улучшить материальное положение семьи. Причем донорам достается лишь малая часть того высокого вознаграждения, которое готовы заплатить покупатели, так как основную прибыль получают профессиональные перекупщики органов. Естественно, в ФРГ такое невозможно. Случаются лишь единичные случаи сомнительной коммерции, которые вызывают возмущение общественности.

Трансплантационные центры, как правило, просто не сталкиваются с попыткой пересадки «проданного» органа. Но все же палитра коммерческой деятельности с органами и иными телесными субстанциями

¹ König P. Op. cit. – S. 109, 137.

очень ярка, сюда входят операции с волосами, плацентой, консервированной кровью и др. Наряду с незаконной коммерцией встречаются и абсолютно безопасные виды торговли.

Поэтому применительно к ситуации внутри Германии не было *настоятельной* потребности в очередной криминализации. С другой стороны, законодатель не должен оставаться равнодушным к недостойным поступкам на том основании, что они единичны. Закон призван предупреждать опасные деяния. Донор имеет возможность воспользоваться состоянием реципиента и настоять на вознаграждении в обмен на свой орган, в свою очередь реципиент может использовать материальную или какую-либо иную нужду донора и принудить его к жертве.¹ Эти деяния могут образовывать составы ростовщичества или принуждения, и они не в полном объеме охватываются действующим уголовным правом. Однако вышеизложенное не является поводом для следования иностранным образцам, и в регулировании пересадки органов основные функции должны принадлежать не уголовному праву.

3. Содержание состава торговли органами

Согласно § 17 раздела 2 Закона врачу запрещается изымать и пересаживать «проданные» органы, а потенциальному реципиенту — позволять их пересаживать. В соответствии с § 18 нарушение этого правила влечёт за собой уголовную ответственность. То, что на первый взгляд так легко осуществить, становится очень затруднительным, когда доходит до правоприменения.

Предмет преступления. Понятие «органа» в Законе. Предметом преступления, согласно § 17, 18 Закона, является орган. В широком смысле в это понятие входят также части органов и ткани. Под органом понимаются клетки и ткани сложных частей тела, которые образуют единство и имеют определённые функции. Ткани — это отдельные виды клеточных соединений, из которых состоит организм и которые выполняют общую функцию². Примерами являются сердце, почка, печень, ко-

¹ Так реципиент в обмен на почку может предоставить донору какие-либо выплаты, от которых зависит не только материальное благополучие, но и существование донора (Прим. авт.)

² Pschyrembel (Bearb.: Zink u.a.). Klinisches Wörterbuch. — 1994. — S. 1111. (Пширембель.

жа, кости, жесткая оболочка мозга или роговица глаза. Не относятся к органам по закону: кровь, костный мозг, органы эмбрионов и зародышей, а также их ткани и части их органов¹. Также не включаются в понятие «органы» гены, сперматозоиды и яйцеклетки.

Оговорка о медикаментах. Существует ещё одна разновидность предмета. Специальная оговорка в законе посвящена медицинским средствам, созданным из или на основе органов человека. Если бы не оговорка, продажа препаратов из кожи, связок или костей человека подпадала бы под действие запрета. Такая прагматичность законодателя не гармонирует с запретом незаконной торговли. Не ясно, почему, если нельзя приобретать органы, находящиеся в своем первоначальном состоянии (это посягает на человеческое достоинство), то можно покупать те же органы, когда они обработаны, законсервированы, аккуратно расфасованы и стоят на полках в ожидании покупателя.

Законодатель предусмотрел перечень органов, из которых не должны создаваться медикаменты. Это: сердце, почки, легкие, печень, поджелудочная железа, кишечник, роговица глаза.

О готовых медикаментах говорится в Законе о медикаментах (AMG). Если органы, используемые для приготовления лекарственных средств, прошли соответствующие процедуры разрешения и регистрации, то их продажа неизбежно отграничивается от незаконной торговли органами. Таким образом, из состава торговли органами выпадает значительная часть.

Цель медицинского вмешательства. Под целью медицинского вмешательства в законе понимается спасение жизни/здоровья больного. Если руководствоваться однозначным определением этой цели нельзя, то получается, что запрет не охватывает возмездную передачу органов в научных и исследовательских целях, а также для создания косметических средств. Дать убедительное оправдание и даже объяснение этой законодательной натяжке представляется невозможным.

Признак торговли. Единственным способом совершения деяния по §17 абз. 1 и §18 абз. 1 является осуществление торговли. Этот признак раскрывается в предписаниях об обороте опасных предметов (в основном наркотических средств). Феномен данной сферы правового регули-

Клинический словарь).

¹ В дальнейшем законодатель создал комплекс правил в отношении торговли эмбрионами и зародышами. Так, в этой области тоже существуют определённые злоупотребления, например в косметической промышленности. (König P. Op.cit. – S. 35, 36, 84, 141).

рования состоит в том, что здесь предусмотрена ответственность, как правило, для профессиональных преступников, рецидивистов, участников преступных групп. Они, благодаря разделению обязанностей и маскировке, получают огромную прибыль, наживаясь на жизни и здоровье людей. В основе такой коммерческой деятельности лежат корыстные мотивы, делающие возможным оборот опасных предметов. Применение данной конструкции к обороту органов, в конечном счёте, проблематично. Структурная разница заключается в том, что органы как обязательный предмет преступления сами по себе не опасны, а наоборот необходимы для спасения жизни или здоровья человека. Их оборот признается желательным. Но мнение законодателя склоняется к криминализации такого оборота, так как одна из целей закона – поставить профессиональных преступников в ситуацию отсутствия спроса и предложения.

Донор как субъект преступления. Первоочередной адресат норм Закона – потенциальный донор органов. Законодатель хочет достичь социальнозначимой цели – предотвратить продажу здоровья. Такой подход вытекает из патерналистской концепции. Государство, защищая свободу договоров между носителями благ, среди которых есть и человеческое достоинство, жизнь и здоровье, тем не менее хочет запретить поведение людей, направленное на причинение вреда самим себе. Оно пытается подвигнуть донора на роль «доброго самаритянина». На самом деле, основную выгоду от пересадки получает реципиент. Он поправляет свое здоровье, может выйти на работу, получить страховку. Донор, принося добровольную жертву, не получает ничего, кроме невосполнимых потерь, да еще может подвергнуться наказанию.

Понятно, что следует предупреждать и наказывать корыстное донорство. Но как относиться к донору-добровольцу, который не рассчитывал на вознаграждение за свои услуги, но получил его. Это нельзя считать признаком корысти.

Граница между добровольным и корыстным донорством расплывчата. В соответствии с предписаниями закона донор может получить страховку по потере трудоспособности. Следовало бы предусмотреть другое основание для страхования, например, страхование жизни на случай неудачной операции. Существующий способ не вполне удачен, донор может получить страховку и тогда, когда доказательства возникшей нетрудоспособности неубедительны¹.

¹ Об этом см.: Bauman // Günther H.-L., Keller R. Forpflanzungsmedizin und Humangenetik –

Существуют и иные виды благодарности, которые сложно различить. Например, приглашение на обед или предложение провести отпуск за границей за счет реципиента.

Донорство нерегенерирующих органов законодатель разрешает только лицам, состоящим в близких отношениях. Он предполагает таким образом уменьшить возможность торговли органами, не учитывая, что и в кругу родственников и близких лиц экономические связи (вплоть до зависимости материальной) могут играть большую роль и оставаться скрытыми. В кругу близких лиц этически приемлемо и типично чувство долга и благодарности по отношению к донору. В случае, когда отец продал свою почку, чтобы оплатить дочери учебу в университете, суд нашел признаки преступления. Получается, что в какой-то степени суд обнаружил признак корысти в том, что человек исполнил свой семейный долг.

Такая оценка уничтожает значимость сужения круга доноров.

Реципиент как субъект преступления. Закон предусматривает ответственность лица, которое позволяет пересадить себе орган, являющийся предметом торговли. В таком позволении законодатель усматривает тяжкое нарушение закона, покупку органа. Цель законодателя — уничтожить коммерческий спрос на органы. Трудно согласиться с решением криминализировать действия смертельно больного реципиента. По сути это то же самое, что наказывать донора-добровольца за получение им подарка. Не ясно, почему особенная тяжесть уголовного наказания ложится на конечную стадию торговли — продажу органа. Если обратиться к УК Германии (§§ 26, 27), то он является необходимым соучастником, а соучастие является наказуемым только при превышении минимума соучастия. Поэтому подобное законодательное решение выглядит не слишком логично.

Оговорка об отказе и смягчении ответственности по § 18 абз. 4 Закона. Согласно § 18 абз. 4, суд может снизить ответственность донора и реципиента или вообще освободить их от нее. По моему мнению, здесь возникает коллизия с принципом разделения властей. Руководящим принципом для практики является оговорка о том, что отказ от наказания связан со сложной жизненной ситуацией реципиента или донора. Причем что касается донора, то имеет значение, был ли его поступок альтруистичным по отношению к реципиенту, и принесла ли пересадка

вред его здоровью. В случае «агрессивных» поступков донора/реципиента их ответственность может быть только снижена. В результате, суд иногда полностью не учитывает благие поступки субъекта.

Субъекты преступления, осуществляющие профессиональную деятельность. При трансплантации органов производится целый ряд действий, которые совершенно необходимы и, так сказать, автоматически имеют своей целью получение прибыли, требуют расходов и не могут совершаться из альтруистических побуждений. Например, хранение или приготовление органов в банке органов, их перевозка.

Такие действия подпадают под признаки торговли органами (корыстное создание или поддержание оборота). Оборот — это согласованная передача органа от одного лица другому. Стремление к выгоде здесь является несомненным. Однако в этом случае следует учитывать чрезвычайно важное правило, а именно: *оговорка о вознаграждении*. Не является признаком корысти по закону получение соразмерного вознаграждения за необходимые мероприятия, в том числе изъятие, консервацию органов и другие действия (например, по защите от инфекций, хранению, доставке). Краеугольным камнем запрета торговли органами является то, что плата за орган недопустима. Возмещаться в соразмерном объёме могут только действия, направленные на совершение удачной пересадки. Существует проблема разграничения соразмерной платы и явной незаконной прибыли. Законодатель не хочет создавать полного запрета вознаграждения. Но «соразмерное вознаграждение» в некотором смысле подрывает концепцию запрета коммерческой пересадки. Получается, что наказуемость и необходимость наказания за слишком высокое вознаграждение превращает состав торговли органами в деликт искусственного завышения цен. В этом случае возникает конкуренция норм.

Оговорка о вознаграждении распространяется и на *оговорку о медикаментах* (Закон о медицинских средствах — AMG), вплоть до использования органов и тканей покойных в медицинской промышленности.

Что касается субъекта, то оговорка о вознаграждении относится как к профессиональному торговцу органами, так и к почтенному врачу-трансплантатору и к владельцу банка органов, о чём будет сказано позднее.

При определении состава преступления следует учитывать такое явление, как умысел. Для определения соразмерного вознаграждения применяются правила, используемые в сфере здравоохранения. Ничтож-

ное повышение известной суммы может сделать человека торговцем органами. Законодателю следовало бы уделить этому вопросу больше внимания; игнорирование им данной проблемы вызывает неприятное удивление.

Приведу пример практического значения оговорки о вознаграждении. Предположим, владелец банка органов запрашивает чрезмерно высокую цену. Врач знает об этом, но, поскольку дело не терпит отлагательств, соглашается. Если сумма с его одобрения будет переведена, то он может быть подвергнут уголовному наказанию. Логически развивая эту ситуацию, предположим, что врач собирается произвести пересадку органа; входит ли тогда в его обязанность поиск банка органов с более приемлемым тарифом? По-моему, возложение такой обязанности на врача лежит на грани невозможного, если не за ней.

Существует круг лиц, в отношении которых оговорка о вознаграждении должна быть пересмотрена. Это лица, участвующие в пересадке, которые самостоятельно своими действиями не создают оборот органов: нанятые врачи или сиделки, другие лица, осуществляющие уход за больным. Было бы странным, если бы уголовная юстиция занималась тем, что отслеживала, какую плату предоставляет этим лицам их работодатель.

Трудно отыскать решение возникшей дилеммы. Буква закона создает массу барьеров для его применения. Возможно, следует исключать вышеупомянутых лиц из круга тех, к кому применяется оговорка по аналогии. Аналогия приведёт к тому же выводу, что и раньше. Естественно, лица, которые в сфере своей профессиональной деятельности способствуют противоправному обороту органов, должны быть наказаны. Но с ними заодно под действие уголовного закона попадают работники медицинских учреждений, действующие неумышленно.

Профессиональная деятельность и участие в коммерческой трансплантации. Трансплантация органов — это сложный взаимосвязанный процесс, в котором при многих обстоятельствах трудно провести границу между участием и соучастием. Признак корысти должен быть обнаружен в действиях каждого конкретного лица. Если лицо, совершающее трансплантацию органа, ожидает соразмерного вознаграждения, то можно говорить только о соучастии.

Преступный торговец органами как субъект преступления. Оговорка о вознаграждении не имеет ограничений по кругу лиц. Она может быть распространена и на настоящего профессионального торговца ор-

ганами. Если вознаграждение, которое он получает, является соразмерным, то не ясно, как вообще его можно наказать. Возможно, следует ввести такой признак торговли органами, как тайная, замаскированная оплата.

Особенности регулирования деятельности врачей. Не по букве, но по сути содержания Закона существует особый состав преступления, субъектом которого является врач-трансплантолог. Законодатель предусматривает ответственность врача не только тогда, когда он умышленно и корыстно участвует в торговле органами, но даже тогда, когда он не получает никакой особенной прибыли, а просто желает помочь больному. Особая криминализация в этом случае, как и во многих других, объясняется целями закона. Но такой состав создает конкуренцию составу причинения вреда здоровью. В запрете, который законодатель понимает как вердикт против нарушения добрых нравов, должно учитываться выражение согласия на медицинское вмешательство. Тогда врач, осуществляющий изъятие/пересадку, будет подвергаться ответственности за умышленное причинение вреда здоровью, где применим состав § 224 УК Германии. Иными словами, при врачебной ошибке, которая повлекла смерть пациента (неосторожное убийство), он будет подвергнут наказанию в виде лишения свободы на срок от 3 до 15 лет (§ 227 УК Германии). Во избежание таких последствий § 17 раздел 2 и §18 раздел 1 Закона должны рассматриваться как специальные предписания, которые в области применения закона о трансплантации замещают состав причинения вреда здоровью. Это означает, что состав неосторожного причинения вреда здоровью, в том числе неосторожного убийства, не должен применяться.

Пересадка органа, как правило, требует совершения множества предварительных действий по покупке, передаче органа и т.д. Образуется целая цепь уголовно-наказуемых деяний. Но, благодаря оговорке о вознаграждении, из этой цепи может выпасть такое звено, как врач, если он осуществляет трансплантацию за соразмерное вознаграждение.

Дополнения.

Следует упомянуть, что пенализация, т.е. введение санкции за осуществление состава покушения, не квалифицируется как торговля органами (§ 18 Закона), а имеет собственное уголовно-правовое значение. Квалифицированный состав покушения предусматривается только для профессиональной торговли и особого субъекта преступления — преступных торговцев органами. Тем не менее он может быть применен ко

всем, кто принимает профессиональное участие в обороте органов. Значение положения о профессионализме (*Gewerbsmäßigkeit*) трактуется широко. Для определения профессиональной торговли важно наличие умысла у ее участников, что предполагает ещё и длительность преступления, а также учет иных признаков профессиональной (организованной) группы.

4. Дальнейшие перспективы

Оглядываясь на все вышеизложенное, можно сделать вывод, что уголовно-правовой запрет торговли органами, сформулированный в Законе о трансплантации, является скорее средством устрашения в рамках современного (уголовного) законодательства. Трудно предположить, впрочем, что законодатель мог сам разрешить все проблемы без сигналов со стороны практики. Бундестаг назначил Комиссию «Этика современной медицины», которая занимается также и вопросами трансплантации. Желательно, чтобы ожидаемые новеллы оказались не просто политическими спецэффектами и демонстрацией чрезмерного внимания к незначительным деталям.

Перевод *Е.В. Пономаревой*

У.Шрот

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ РАМКИ ДОНОРСТВА В ФРГ¹

Введение в проблему

Закон о трансплантации, который вступил в ФРГ в силу 01.12.1997 г., призван очертить рамки прижизненного и посмертного донорства. В отношении прижизненного донорства в законе различается сфера свободы действий донора, реципиента и врача, осуществляющего пересадку органов. Положения данного закона следует оценить критически.

¹ Полностью статья опубликована в книге «Медицинское уголовное право»: Schroth U. Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendspende // Medizinstrafrecht. 2. Aufl. — Richard Boorberg Verlag. 2001. — S.271–289.

Законодатель предполагает, с одной стороны, соразмерно защитить интересы донора, а с другой — не ограничить возможность помощи тяжелобольным людям. Свободное, добровольное решение донора всегда должно являться предпосылкой пересадки органов. В связи с этим возникает ряд проблем, в частности: существуют ли достаточные гарантии добровольности решения донора, не следует ли для защиты прав донора создать дополнительные правовые ограничения.

1. Условия допустимости добровольного донорства

а) Уголовно-правовые ограничения донорства

Они достаточно многочисленны и разнообразны. Согласно Закону о трансплантации (в дальнейшем — Закон) подлежит уголовному наказанию лицо, осуществляющее трансплантацию, если оно не является квалифицированным врачом в данной области, т.е., по немецкой терминологии, апробированным врачом. Для врачей, не имеющих апробации, необходимо наличие специального образования, дающего право осуществлять такое комплексное хирургическое вмешательство, как пересадка органов.

Далее важно учитывать объект (предмет) донорства. В данном случае речь идет о донорстве в отношении органов. При этом нужно учесть, что понятие «орган» включает, согласно Закону, также части органов и ткани. Не являются, в соответствии с Законом, органами: кровь, костный мозг, органы эмбрионов и зародышей, а также их ткани и части их органов. Также не включаются в понятие «органы»: гены, сперматозоиды и яйцеклетки. Ограничения и другие правила их использования регулируются иначе.

Кроме того, согласно Закону, подлежит уголовной ответственности врач, изъявший орган у несовершеннолетнего лица или против воли донора. Спорен вопрос о том, является ли полностью верным запрещение донорства лицам, не достигшим 17 лет. Такой запрет означает, что ответственный и благоразумный 17-летний человек не имеет права пожертвовать органом для спасения жизни своего брата-близнеца. С другой стороны, это правило освобождает несовершеннолетнего от давления, которое могут на него оказывать родственники с целью спасения жизни его брата или сестры.

Уголовно-наказуемым считается изъятие органа у донора без надлежащего разъяснения. Это положение расширяет общее требование к врачам разъяснять свои действия пациентам. К надлежащему разъяснению относится: объяснение вида хирургического вмешательства, объема и последствий предполагаемого изъятия органов, влияния операции на здоровье пациента, а также ожидаемых перспектив успешной пересадки органов и прочих обстоятельств, которые помогут донору понять значение пересадки органов.

Поскольку эти положения Закона о трансплантации могут применяться наряду с нормами УК ФРГ о телесных повреждениях, то данные составы следует рассматривать как специальные.

Уголовный Кодекс Германии предусматривает санкции за пересадку органов, приведшую к смерти донора также и в том случае, если он настаивал на пересадке. (§§ 211, 212, 216 УК Германии).

***б) Условия прижизненного донорства,
не охраняемые уголовно-правовыми средствами***

Иногда нарушения обязанностей врачами, осуществляющими пересадку донорских органов, не являются уголовно наказуемыми. Как уже говорилось, операция разрешается только после предупреждения пациента о возможных осложнениях. Если врач предупредил пациента об угрозе осложнений и получил согласие донора на пересадку, то его деяния не являются уголовно наказуемыми.

Утверждение, что даже получение согласия не освобождает врача от соблюдения его профессионального и морального долга, ошибочно. Законодатель создал специальный закон, нормы которого вытесняют нормы УК Германии. Поэтому нельзя утверждать, что уголовная ответственность может наступить только за проступок против морального долга или добрых нравов.

Пересадка органов живого донора возможна только тогда, когда она согласована с реципиентом и посредством пересадки будет излечено серьезное заболевание или реципиент будет избавлен от мучений. Если врач разъяснит пациенту бессмысленность пересадки органов, то его дальнейшие деяния декриминализуются и могут считаться только проступком. В данном случае речь идет об абсолютно бессмысленной, по прогнозам врача, операции.

Донорство от живых людей также ограничивается наличием в момент пересадки донорских органов, изъятых у умерших. Нарушение этого правила не приводит к уголовной ответственности. Законодатель предполагает в данном случае, что пересадка органов от умерших людей является менее полезной, чем от живых¹.

¹ Исследования показывают, что ожидаемый успех пересадки почки от живого донора статистически выше, чем при пересадке почки, полученной после смерти донора.

Наконец, условием донорства является решение специальной Комиссии о том, не существует ли явных фактических оснований полагать выражение воли донора несвободным, или не является ли орган предметом незаконной торговли. Решение Комиссии для врача формально не обязательно, однако он должен перед изъятием органа дожидаться, пока Комиссия выскажет свое мнение. Тем не менее нарушение этого правила не влечет уголовной ответственности, хотя и может оказаться уголовно значимым. Если Комиссия твердо установит, что орган получен, например, путем незаконной торговли или против воли донора, тогда врач будет отвечать по статье УК Германии, предусматривающей ответственность за нанесение телесных повреждений.

Согласно трансплантационному законодательству врач должен разъяснить донору и реципиенту необходимость дальнейшего медицинского обслуживания в специальном трансплантационном центре. Сделав это, он освобождает себя от уголовной ответственности, если он является врачом такого центра. Если он не является врачом специализированного центра и совершит медицинскую ошибку при последующем уходе, которая приведет к повреждению здоровья или смерти человека, тогда врач будет отвечать за неосторожное причинение телесных повреждений или неосторожное убийство.

в) Уголовно наказуемая торговля донорскими органами

В соответствии с трансплантационным законодательством, нарушение запрета на торговлю донорскими органами карается уголовным законом. Законодатель обосновывает этот запрет бесценностью человеческой жизни. Считается, что делать человека (его органы) объектом торговли — значит ставить под сомнение его ценность как субъекта. Однако то, что донор добровольно после консультации за определенную сумму жертвует своей почкой, никак не подвергает сомнению субъективную ценность его человеческого достоинства. В таком случае не ясно, почему запрещена торговля донорскими органами для медицинских и научных целей.

Следовало бы предусмотреть и иные составы, связанные с трансплантацией органов, например, ростовщичество, посредничество, а также квалифицированный состав принуждения.

Запрещены, согласно Закону, как и торговля, любые корыстные преступления в области оборота органов. Ненаказуемым является толь-

ко взимание платы за необходимые платные мероприятия медицинского характера.

В Законе предусмотрен специальный состав преступления, субъектом которого названы врачи — это изъятие и пересадка органа, являющегося предметом торговли органами. Врач должен знать об этом факте. Представляется сомнительным, действительно ли необходим такой состав. Если врач знает о том, что орган является предметом торговли, то он в любом случае должен считаться соучастником в торговле донорскими органами. Поэтому не обязательно предусматривать для привлечения врача к ответственности специальный состав и выделять его в особую статью.

Реципиент подлежит уголовному наказанию, если он знает, что пересаживаемый орган является предметом торговли органами, вне зависимости от того, он или третье лицо заплатили за этот орган. Мне это представляется несоразмерной криминализацией. Зачем наказывать человека, который использует плоды уже совершенного кем-то преступления, причем они жизненно важны для его здоровья. Это означает, что больной человек должен позволить «умереть» изъятому органу, хотя он необходим для здоровья или спасения жизни. Криминализацию действий реципиента оправдывает только желание законодателя уничтожить рынок донорских органов. Законодатель предусмотрел возможность уменьшения ответственности недобросовестных доноров и реципиентов. Суд может по своему усмотрению смягчить их ответственность.

Квалифицированный состав торговли органами в виде промысла трактуется, как правило, слишком широко. Под него подпадает не только торговец органами, для которого и был предусмотрен состав, но также и владелец банка тканей, который продает ткани и слишком завышает плату за них.

г) Уголовно-правовое ограничение круга доноров

Изъятие органов, которые не могут восстанавливаться естественным путем, возможно по Закону только у тех доноров, которые входят в определенный круг лиц¹. Донор и реципиент должны быть род-

¹ Ограничение круга доноров и автономия донорства не имеют ничего общего. Человек может быть принужден близкими лицами, либо, наоборот, совершенно свободно выразить свою волю по отношению к посторонним. Также неверно, что это правило может

ственниками 1-й или 2-й степени родства, супругами, возлюбленными или лицами, состоящими в особых близких отношениях. Нарушение этого правила врачом уголовно наказуемо. При этом не вполне ясно, считаются ли донор или реципиент виновными в таком преступлении, как соучастники.

2. Содержание понятия торговли органами. Проблемы разграничения незаконной торговли от сходных с ней действий

Понятие торговли органами законодатель заимствует из норм, регулирующих ответственность за наркоманию. Торговля предполагает совершение корыстных действий, приводящих к обороту органов.

Для квалификации такого деяния, как торговля органами, не обязательно, чтобы орган был пересажен. Достаточно организации собственно оборота.

Корыстный образ действий предусматривает получение прибыли; ею может быть любой доход, вознаграждение материального и нематериального характера. Естественно, требование компенсации ущерба, который претерпел донор, не является признаком незаконной торговли органами.

а) Соотношение взаимного донорства с запретом на торговлю органами

Взаимное донорство с точки зрения запрета торговли органами является проблематичным. Например, один из супругов нуждается в пересадке органа, но между супругами существует несовместимость групп крови. Тогда эта супружеская пара находит другую, с теми же проблемами, и они взаимно обмениваются донорскими органами. В смысле существующего законодательства здесь можно усмотреть признаки незаконной торговли: корыстные мотивы, создание оборота, взаимное исполнение обязательств.

Вопрос взаимного донорства мало обсуждается в научной литературе. В отношении приведенного примера рамки запрета на торговлю

повлиять на торговлю органами. В кругу близких лиц торговля органами может быть не менее распространена и ее гораздо легче скрыть. — Прим. авт.

органами должны быть сужены с точки зрения наличия в действиях взаимных доноров корыстной цели. Чтобы решить эту проблему, взаимные доноры (кроссдоноры) могут попытаться доказать возникновение между ними особых близких отношений, о которых будет сказано в дальнейшем.

Существует также проблема предоставления вторым потенциальным донором своего органа. Если операции производятся одновременно, то сложностей не возникает. Но в небольших трансплантационных центрах это невозможно. Как поступать в ситуации, если донор, до того выразивший свое согласие на пересадку, внезапно откажется от операции. Несбывшаяся надежда на то, что второй кросс-донор пожертвует своим органом, уже не может сделать согласие первого недействительным. Остается рассчитывать на то, что стороны до проведения операции придут к определенному взаимному согласию.

б) Торговля органами и страхование доноров

Специального рассмотрения заслуживает вопрос о том, относится ли требование донора застраховать себя от возможного медицинского риска способом запрещенной торговли, например, при страховании риска утраты трудоспособности или жизни. Как мне кажется, не следует считать такие последствия пересадки органов особым страховым случаем. Если донор желает позаботиться о себе и своей семье, его желание не должно считаться продажей органа.

Законодатель не хочет лишать донора возможности оградить себя от возможного риска. Его денежное требование, однако, должно быть соразмерным. Например, если лицо, имеющее квартиру стоимостью 300 тыс. марок, полученную в кредит, хочет в случае своей гибели выплаты равнозначной суммы своей семье, он, по-видимому, имеет право это сделать. Но донор почки, не имеющий долгов, вряд ли имеет право на страховку, равнозначную цене квартиры стоимостью 300 тыс. марок, такое требование будет эксплуатировать крайнюю нужду реципиента.

в) Донорство и вознаграждение донора

Нарушается ли запрет на торговлю органами, когда реципиент хочет выразить свою благодарность донору в виде вознаграждения? С моей точки зрения, запрет не применим в том случае, если донор готов на пе-

пересадку органов вне зависимости от последующего вознаграждения. Закон ставит своей целью уменьшить возможность принуждения к донорству.

г) Требование гонорара врачом

В общем смысле Закона требование гонорара врачом относится к корыстным действиям, т.е. это понимается как торговля органами. Но из данного правила есть исключения. Например, если врач желает получить соразмерное вознаграждение за медицинские услуги, оказанные по требованию пациента. Остается решить, во-первых, какое вознаграждение считать соразмерным, и, во-вторых, за какие именно медицинские услуги.

Медицинская помощь в случаях неотложной необходимости не считается действием, произведенным по требованию пациента.

Соразмерным принято считать вознаграждение в установленном медицинскими правилами размере.

Естественно, будет считаться признаком незаконной торговли давление на пациента, связанное с требованием вознаграждения за выполнение необходимых операций или за предоставление донорского органа.

д) Торговля органами и реципиент

Можно ли считать реципиента соучастником в торговле органами? Если он действует без умысла, то он, по-видимому, действует и без корыстных мотивов.

3. Уголовно-правовое ограничение круга доноров и связанные с ним правовые проблемы

Как уже говорилось, донорство возможно только при принадлежности к определенному кругу лиц. Донор и реципиент должны быть родственниками первой или второй степени родства, супругами, возлюбленными или лицами, состоящими в особых близких отношениях. Нарушение этого правила делает действия врача уголовно наказуемыми.

Понятие родства определяется законодательством очень четко. Исходя из этого, лица, которые по прямой нисходящей или восходящей или по боковой линии являются родственниками, могут быть донорами друг друга до второй степени родства. Что касается брака, он должен быть официальным. Влюбленность подтверждается взаимностью и серьезностью отношений, имеющих фактически брачный характер. Для лиц, находящихся в особо близких отношениях, связь может подтверждаться общеизвестностью данных отношений.

Бликие отношения — это нечто иное, чем душевное родство. Их можно охарактеризовать как чувство взаимопринадлежности, которое не может возникать при каждой случайной связи и должно быть твердо установлено. Связь может подтверждаться наличием совместных планов на будущее, ее длительностью. По моему мнению, должны приниматься во внимание также отношения не только длительные, но и особо интенсивные.

Естественно, и гомосексуальная связь может быть признана особыми близкими отношениями. Сюда, по-моему, относятся и тайные любовные отношения, о которых поставлен в известность врач. Спорен вопрос о том, относится ли дружба к особо близким отношениям. Такие отношения должны подтверждаться интенсивной дружеской взаимосвязью. Тесная дружба может иметь и вполне платонический характер. Такая широкая интерпретация не противоречит предписаниям Закона, который все-таки не направлен на максимально возможное ограничение круга доноров.

Наконец, на практике встречается особый вид близких отношений. Например, женатый мужчина, у которого ранее была близкая подруга, узнав о необходимости пересадки, желает пожертвовать для нее своим органом. Здесь следует ссылаться, скорее, на интенсивные дружеские отношения, чем на влюбленность, имевшуюся в прошлом. Скорее

всего, при таком стечении обстоятельств донорство также возможно, хотя Закон и трактуется здесь предельно широко.

Сильное сужение круга доноров представляет огромную опасность для врача, осуществляющего пересадку органов.

Уголовно-правовые нормы должны наказывать только общественно вредные и опасные деяния. Тем не менее, если лицо добровольно, получив медицинскую консультацию, из альтруистических побуждений желает пожертвовать своим органом в пользу постороннего человека, согласно букве Закона, такой донор должен быть наказан.

Из этого примера видно, что, желая наказать всякое нарушение права, законодателем может быть поставлено под удар и поведение, не являющееся общественно опасным, т.е. вводится санкция за общественно полезные добровольные действия.

Положения Закона о трансплантации несоразмерно вмешиваются в принцип свободы торговли, установленный германским Гражданским уложением. Цели ограничения круга доноров: подтвердить свободное волеизъявление донора, снизить возможность торговли органами. Обе этих цели не вполне достижимы с помощью такого средства, как ограничение круга доноров. Возможность психического и физического давления на потенциального донора у близких лиц, родственников не меньше, а иногда и гораздо больше, чем у посторонних лиц. Если же говорить о возможности вознаграждения за предоставленный орган, то в семейных структурах те стимулы, которые законодатель хочет предотвратить, значительно разнообразнее и проявляются менее явно, чем среди посторонних лиц.

Перевод Е.В.Пономаревой

Раздел IV

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЭВТАНАЗИИ

Проблема смерти, юридические и медицинские критерии ее установления, процесс принятия решения врачом об отключении жизнеподдерживающей аппаратуры и оформлении принятого решения, ответственность за возможную ошибку и многие другие вопросы являются более чем актуальными. Литература об эвтаназии обширна. Ниже представлены позиции ученых и законодателей целого ряда стран, в чем-то схожие, в чем-то кардинально различающиеся. Изучающим медицинское право будет, несомненно, полезно ознакомиться с этими материалами, впервые на русском языке отражающими столь обширный спектр стран и правовых предписаний.

В.П.Сальников, Э.В.Кузнецов, О.Э.Старовойтова

ПРАВО НА СМЕРТЬ В СИСТЕМЕ СОМАТИЧЕСКИХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Среди многочисленных естественных и неотчуждаемых прав человека можно выделить группу таких, которые основываются на уверенности и праве человека распоряжаться своим телом: совершенствовать его, изменять функциональные возможности и расширять их медикаментозными средствами или с помощью новейших технологий. К этим правам мы можем отнести право на смерть, право на изменение пола, на трансплантацию органов, тканей и генов человека, на искусственное оплодотворение, на стерилизацию и аборт, на клонирование и «объемное» виртуальное моделирование¹. Отдельные из этих прав известны с древности, а некоторые актуализированы временем и вызывают шок в сознании современного человека. Эти права в научной литературе определяются как «соматические» («soma» — в переводе с греческого означает «тело»). Комплекс соматических прав вряд ли может быть квалифицирован в традиционной типологии прав человека как «личные», поскольку он имеет своеобразные институциональные признаки². «Комплекс соматических прав не является элементом негативного статуса личности, природа их, скорее, биополярна: здесь человек не только претендует на автономность поля своей юрисдикции, но и заявляет встречные — соответствующие его

¹ См.: Крусс В.И. Личностные («соматические») права человека в конституционном философско-правовом измерении: к постановке проблемы// Государство и право. — М., 2000. № 10. — С.43.

² Там же.

намерениям пользователя — позитивные претензии к обществу в плане их обеспечения и гарантирования. Исключительно своеобразен здесь и предмет правовых притязаний: будучи лишь отчасти (потенциально) материальным, он вместе с тем принципиально определен персональными характеристиками правообладателя»¹.

Проблема соматических прав человека не является новой. И ее решение вовсе неоднозначно. Христианство, в том числе мораль католической церкви и протестантская этика решительно выступают против биотехнологий в сфере пользования соматическими правами, выступают за их ограничение. Они исходят из того, что «человек по-настоящему человечен только тогда, когда он создан Богом и не пытается производить манипуляции с самим собой»².

Интерпретируя православную антропологию С.Л.Франка, известного русского религиозного философа, и, в частности, идеи, высказанные в его книге «Реальность и человек», следует сделать вывод, что государство и право обязаны ограждать жизнь людей от губительных последствий их греховидной воли, ограничивать свободу их действий. С.Л.Франк пытался преодолеть вековой раздор между двумя верами — верой в Бога и верой в человека. «Вера в самодержавно-неограниченную власть человека как высшего, самовластного хозяина своей жизни противоречиво сочетается с верой в служение неким абсолютным не зависящим от самочинной человеческой воли, нравственным ценностям»³.

По его мнению, ограничение возможностей пользования соматическими правами есть ограждение жизни от губительных последствий греховной воли, а поэтому оно допустимо и оправдано. Конституционное ограничение соматических прав человека явилось бы тем реальным внешним фактором, который способствовал бы решению задачи сущностного преодоления греха (морального зла) в человеке. Необходимо заметить, что С.Л.Франк вовсе не призывал к организационно-принудительному ограничению «свободы греховной воли». Государство не должно заниматься внутренним перевоспитанием человека, которое является делом только его автономной воли и Бога. «Единственное, что может и должно здесь делать право и государство, это, не касаясь непо-

¹ Медицина, этика, религия и право. Материалы конференции. — М., 2000. — С.173—174.

² См.: Медицина и права человека: Пер. с франц. — М., 1992. — С.42.

³ Франк С.Л. Реальность и человек. — СПб: РХГИ, 1997. — С.5.

средственно нутра человеческой души, создавать внешние условия, наиболее благоприятные для свободного внутреннего самоусовершенствования человека»¹. И с этим можно, пожалуй, согласиться. Наше исследование не претендует на анализ всех соматических прав человека. Объем и тема работы ограничивают нас рассмотрением лишь части из этих прав, имеющих прямое отношение к проблеме смерти (право на смерть, трансплантацию, эвтаназию). При этом следует заметить, что мы не отождествляем понятия «право на смерть» и «право на эвтаназию». Эти понятия соприкасаются, но не сливаются воедино. Не все виды ухода из жизни можно отнести к разряду «легкой смерти». Мы оставим в стороне и такие проблемы, как самоубийство и аборт, которые заслуживают самостоятельного анализа.

Современные медицинские технологии позволяют продлить не только жизнь больного, но и его агонию. Именно поэтому вопрос об отношении к смерти должен рассматриваться не в зависимости от возможностей медицинской техники или новейших лекарств, а в плане человеческих ценностей, в том числе правовых, в плане естественных прав и свобод человека и гражданина.

Постановка вопроса о праве на смерть с точки зрения обычных канонов и давней культурной традиции, согласно которой в основе всякого права лежит право на жизнь, по мнению профессора Нью-Йоркского университета Ганса Ионаса, является парадоксальной².

Смерть в ее привычном измерении не представляет собой позитивной ценности, тогда как предметом права обычно выступает именно такая ценность.

Однако если встать на позицию субъекта права, который, осуществляя свое основное право на жизнь, столкнулся с ситуацией выбора между жизнью и смертью, то возникает вопрос, влечет ли за собой право на жизнь обязанность жить и бороться за выживание любыми доступными средствами? Заметим, что право на жизнь с позиции теории права представляет собой меру возможного поведения, предусмотренную Законом. Иными словами, человек может и отказаться от этого права.

М.И.Ковалев в связи с этим резонно замечает: «Нет никаких веских аргументов против того, чтобы провозгласить, что человек имеет право на жизнь и на смерть. Оба эти человеческих права так тесно свя-

¹ Франк С.Л. Реальность и человек. — СПб: ПХГИ, 1997. — С.333.

² См.: Jonas H.Pravo do smierci // Etyka. — W-wa; Poczpi, 1988. — № 23. — С.7—26.

заны, что являются как бы двумя сторонами одной медали, при этом такой деликатной и хрупкой, что требуется особая осторожность в обращении с ней. Однако с правом на смерть возникает значительно больше проблем, чем с правом на жизнь»¹.

Какие же это проблемы? Их достаточно много. К примеру, сама постановка вопроса: «Существует ли право на смерть?» — требует определенных оговорок. На какую смерть? На естественную? Да. На достойную? Да. На насильственную, на чужую? И здесь мы вправе также сказать «да», при этом имея в виду определенные ситуации: героическая смерть во имя Родины или при защите личности и прав обороняющегося или других лиц, охраняемых законом интересов общества или государства от общественно опасного посягательства, если при этом не было допущено превышения пределов необходимой обороны (ст. 37 УК РФ).

Наиболее драматическую форму этот вопрос принимает в случае неизлечимой болезни человека, особенно если тот не в состоянии осознавать собственные действия и намерения. Болезнь неизлечима и причиняет больному невыносимые страдания. Может ли врач в таком случае помочь в самоубийстве больному? Может ли и должен ли врач десятилетиями обеспечивать жизнь человеку, пребывающему в состоянии летаргического сна, коль скоро жизнь больного связывается по преимуществу с деятельностью сердца? Профессор Г.Ионас считает, что за больным может быть признано право на смерть как дополнение важнейшего права — права на жизнь, ибо жизнь завершается смертью².

Не всякий уход из жизни следует относить к разряду самоубийств. В этом смысле следует согласиться с мнением М.И.Ковалева, согласно которому в юридическом плане следует различать собственно самоубийство и любое лишение себя жизни. Под самоубийством следует понимать собственноручное, сознательное и добровольное лишение себя жизни по любым причинам, кроме случаев сознательного воздействия на человека со стороны других лиц, под влиянием которых он принимает решение уйти из жизни не добровольно, а в силу безвыходности ситуации, сложившейся по воле этих лиц. Такое определение дает основания для разграничения самоубийства, с одной стороны, и посредственного причине-

¹ Ковалев М.И. Право на жизнь и право на смерть // Государство и право. — М., 1992. — № 7. — С.71.

² См.: Szawarski Z. Samobojstwo: W poszukiwaniu definicji // Etyka. — W-wa; Poznan, 1988. — № 23. — С.27–62.

ния смерти, а также неосторожного воздействия других лиц, повлекших создание безвыходной ситуации, с другой стороны.

Подобные действия всегда есть не что иное, как непосредственное причинение вреда, т.е. убийство, умышленное или неосторожное. В таких случаях вопрос о праве на смерть не возникает, так как не происходит никакого свободного волеизъявления¹.

В уголовном законодательстве РФ, как известно, не содержится запрета на самоубийство. Означает ли это закрепление законом права на самоубийство? Здесь, по нашему мнению, надо дать лишь один ответ: «Нет, такого права законодательство РФ не закрепляет».

По мнению М.И.Ковалева, «существующее нормативистское представление о праве, видимо, должно распространяться только на действия, совершаемые в обществе и касающиеся взаимоотношений людей между собой, но не отношений человека со своей судьбой, если он сам захотел ее избрать. Нормы, регламентирующие такие отношения, как мне кажется, неотъемлемы от человеческой личности. Даже мертвые должны иметь права, которые охраняли бы их имя, покой и достоинство. Такие нормы могут существовать как вечные и неизменные принципы, достойные человека и священные для него»².

Таким образом, современное российское законодательство не закрепляет право гражданина на смерть как естественное право человека.

Проанализируем решение этой проблемы в законодательстве других стран.

В США одним из первых штатов, где был в 1994 г. принят Закон «О достойной смерти», был штат Орегон (Oregon Death with Dignity Act)³.

В преамбуле этого Закона отмечается, что «больные имеют законное право требовать и получить от врача лекарство, обеспечивающее гуманную и достойную смерть».

В самом Законе оговорены некоторые важные детали, например: — требовать от врача выписать рецепт на лекарство, чтобы умереть, может только взрослый больной, который находится в той стадии

¹ См.: Ковалев М.И. Право на жизнь и право на смерть // Государство и право, 1992. — № 7. — С.70.

² Там же. — С.71.

³ Alpers A., Lo B. Physician — assisted suicide in Oregon: A bold experiment // JAMA. 1995. — V.274. — N 6. — P.483–487.

болезни, смерть от которой неизбежно наступит в пределах шести месяцев, независимо от того, будут применены лечебные действия или нет;

- требование рецепта должно быть в первый раз письменным, удостоверенным двумя свидетелями. И через 15 дней после письменного обращения больной должен устно подтвердить свою просьбу;

- больной должен быть полностью проинформирован о диагнозе, прогнозе и лечебных альтернативах;

- родственники и другие представители больного не могут его заменить в просьбе о выписке смертельного лекарства;

- закон не относится к активной эвтаназии, милосердному убийству и инъекции средств, вызывающих смерть. В нем рассматривается лишь проглатывание смертельного средства, делающееся самим больным. Граждане (люди) штата Орегон, голосовавшие за закон, осознавали, что в течение последующих лет появятся юридические проблемы.

Одной из наиболее интересных в теоретико-правовом отношении работ по этой проблеме является монография Артура Рафаэля Миллера «Суд Миллера», на рассмотрении основных аспектов которой целесообразно кратко остановиться¹.

В главе «Право на смерть» Артур Миллер, констатируя это право, обращает внимание на две известные доктрины, на которых базируется право на смерть. Во-первых, это вековое правило о том, что каждый человек имеет право на самоопределение своего тела. Это означает, что Ваше тело и Вы не можете подвергаться медицинскому лечению без Вашего «осознанного согласия». Вторая доктрина связана с конституционным правом на врачебную тайну.

Тем не менее, рассматривая различные случаи из судебной практики, А.Миллер приходит к выводу, что убийство из милосердия на сегодняшний день с позиций закона является преступлением, и в этом смысле Ваше право на смерть ограничено самой естественной смертью. Иначе говоря, каждая человеческая жизнь бесценна и должна продлиться положенный ей срок. Эту же мысль можно изложить и так: «У Вас есть право умереть собственной смертью, но нет права на процесс, ускоряющий ее».

Однако А.Миллер обращается и к другим примерам из судебной практики, в основе которых лежит отказ пациента от лечения в ситуациях, когда это лечение может принести выздоровление. Некоторые из

¹ Miller Artur R. Miller's Court. Boston, 1982. — P.301.

этих примеров связаны с отказом «Свидетелей Иеговы» согласиться на переливание крови, так как это лечение противоречит их религиозным принципам. Ситуация усложняется, когда пациент уже находится в больнице, где врач обязан не только лечить, включая и переливание крови, но и еще должен иметь согласие пациента на лечение. Столкнувшись с такой дилеммой, больничные власти обращаются в суд, чтобы разрешить затруднение из-за отказа пациента от переливания крови.

Может ли закон содержать требование на принудительное лечение? При этом следует иметь в виду, что речь идет о случае, не связанном со смертельной болезнью или ситуацией искусственного продления жизни с помощью новейшей технологии. Мы имеем дело с человеком, которого можно излечить, но который умрет, если ему не сделать несложную медицинскую процедуру, — переливание крови.

Здесь право личности отказаться от лечения и право на свободу вероисповедания сталкиваются с интересами государства в отношении жизни и здоровья человека и гражданина и защиты интересов третьих лиц, которые могут быть затронуты смертью конкретной личности.

Интерес сохранения жизни, несомненно, сильнее, чем в случае со смертельно больным, чья жизнь может продолжаться только некоторое ограниченное время и часто ценой громадного личного страдания. Третьи лица, чьи интересы должны быть защищены, обычно являются детьми пациентов, которые могут попасть под опеку государства, если в результате отказа от лечения наступит смерть.

Государство также заинтересовано в защите медицинской профессии. Врачи попадают в трудную ситуацию, когда пациент отказывается от переливания крови или иного жизненно важного лечения. Врач обязан оказывать помощь больному. И если он будет ждать волеизъявления пациента, а тот умрет, то врач может быть привлечен к уголовной ответственности. К нему может быть предъявлен и гражданский иск родственниками пациента.

В то же время если врач идет против выраженной воли больного и делает переливание крови или иные необходимые процедуры, то по американским законам он может преследоваться в судебном порядке пациентом за «оскорбление действием», т.е. за посягательство на неприкосновенность его тела¹.

¹ См.: Artur R. Miller. Miller's Court. — P.242.

Ситуация отягощается возможной неспособностью пациента сделать сознательный выбор. Он может быть так дезориентирован болезнью, что не способен решить, принять лекарство или нет. К тому же врач, который должен нередко действовать быстро и который вовсе не является экспертом в вопросе, что есть «осознанный выбор», а что нет, может запутаться в юридических нюансах.

Любой медицинский работник, как никто другой, заинтересован в том, чтобы все эти сложные проблемы были регламентированы законом.

Случаи, подобные случаям со «Свидетелями Иеговы», запутаны правом пациента утверждать, что лечение противоречит его свободе вероисповедания. Судебная практика по таким делам, по словам А.Миллера, свидетельствует, что американские суды выносят неоднозначные решения. Так, один из судов заключил, что религиозные верования пациентки позволяют ей отказаться от переливания крови — это было ее собственное решение, и оно не угрожало здоровью нации, благоденствию или морали. Существенным было и то, что в данном случае пациентка не имела на своем иждивении детей, которые после ее смерти могли бы остаться без средств к существованию.

В другом случае суд обязал женщину, находящуюся в состоянии беременности, к переливанию крови, заметив, что нерожденный ребенок находится под защитой государства.

Однако в судебной практике имеют место случаи, вовсе не связанные с религиозными верованиями. А.Миллер приводит пример с известным скульптором, которая в результате несчастного случая оказалась парализованной. Для того чтобы ее жизнь продолжалась, она должна была быть подключенной к респиратору. Но невозможность заниматься искусством приводит ее к мысли о том, что так жить она не может. Имеет ли она право на отключение от респиратора, т.е. на смерть? Следует учитывать, что она не смертельно больна, и с помощью респиратора может жить долго.

Эта ситуация наводит на размышления о том, что качество жизни может стать основой права на смерть. Скульптор хочет умереть, но это желание вызвано не болью, а ее уверенностью в том, что жизнь стала бессмысленной и потому должна закончиться.

На наш взгляд, жизнь характеризуется не только ее продолжительностью, но и, в первую очередь, ее качеством. Процедуры, способствующие, как принято считать, продлению жизни, направлены, скорее, на процесс умирания. Само понятие «качество жизни» включает в себя два

момента: объективный и субъективный. Объективные параметры качества жизни не могут быть сведены только к решению клинических проблем. Если человек навсегда утрачивает способность размышлять, творить, любить, переживать, его «растительное состояние» не имеет смысла, даже если это состояние будет искусственно продлено еще на некоторое время. Несомненно, оценка качества жизни субъективна, поэтому не следует отрицать применения таких форм лечения и препаратов, которые бы купировали, смягчали тяжелые симптомы умирания («паллиативное лечение»).

Иногда закон оказывает сильное сопротивление попыткам «качественных» размышлений о введении права на смерть.

Во-первых, не существует объективного критерия для оценки качества жизни — то, что один человек считает неприемлемым, может быть сносным для другого. Таким образом, закон не может определить, чье субъективное желание может быть удовлетворено, а чье — нет. Люди, пережившие трагедию, с течением времени могут принять то, что произошло, а затем пожелать продолжать жить. Но эта возможность исчезнет, если удовлетворить первоначальную просьбу о смерти.

Однако, если мы разрешим людям решать за себя, есть риск, что они начнут решать за других. Шаг от отключения респиратора скульптора до отключения аппарата, который позволяет жить умственно отсталому, парализованному или просто старому человеку, не так уж и велик, если установится практика дозволения или поощрения уничтожения жизни по качественному признаку. Она может стать просто следующим шагом для тех, кто решит истребить целые группы людей, чьи жизни «не имеют ценности».

Таким образом, принятие законодательного акта, допускающего жизнеспасительное лечение против воли пациента, вовлекает Закон в его хорошо известную роль регулятора при столкновении прав и принципов. Возможно, важнейшим фактором здесь становится то, что однажды гарантированный выбор смерти является непреложным. Этот выбор возможен в случае скорой смерти; единственным вопросом является вопрос времени, что делает эти случаи более субъективными по отношению к естественным правам.

Вернемся к примеру со скульптором. Допустим, что несчастный случай привел ее к полному параличу, но ей не нужен респиратор, чтобы жить. Она тем не менее считает свою жизнь бессмысленной и хочет умереть.

Разница между этим и первым вариантом состоит в том, что теперь скульптор не просит, чтобы прекратили необходимое для жизни лечение — то, что больница, скорее всего, откажется сделать; она собирается выписаться из больницы, вернуться домой и просто уйти из жизни в результате отказа от пищи и воды. Больная не просит администрацию помочь ей, у нее есть друзья, которые приедут и заберут ее домой (она парализована и ничего не может делать самостоятельно). А затем она попросит своих друзей закрыть за собой дверь.

Могут ли больничные власти дать ей уйти? Добавим, что они знают о ее намерениях, задержав ее, они могут поддерживать ее жизнь, кормя внутривенно. Но она хочет вернуться домой. Фактически, если больничные власти хотят уберечь ее от самоубийства, они должны задержать ее против ее воли.

По-видимому, невозможно законно удержать скульптора от ее намерений. Заключение ее в больницу просто потому, что она говорит, что сделает, когда выпишется, является, несомненно, посягательством на ее свободу. Как только скульптор окажется дома, она будет защищена от вмешательства и вторжения конституционным правом неприкосновенности жилища, т.е. может легко свести счеты с жизнью. В данном случае она не столько применяет свое право на смерть, сколько совершает самоубийство при обстоятельствах, в свете которых никто не уполномочен вмешаться и остановить ее.

Мы видим, что смертельно больной человек, полностью контролирующей свои умственные способности, имеет право прекратить лечение, которое не может его излечить, а лишь продлевает страдания. Но что если пациент не способен сделать выбор? Что если болезнь, молодость, старость и другие обстоятельства сделали его неспособными решать за себя? Что если он юридически не самостоятелен, т.е. умственно не может оценить свое состояние? Довольно сложной для разрешения является ситуация с реализацией права на смерть людьми, которые в силу своих физических или психических недостатков не способны выразить свое мнение по поводу их дальнейшей жизни.

Встает вопрос, кто вместо такого больного должен решать вопрос о его судьбе: семья, суд, врач или все они вместе?

Иногда высказывается мнение, в соответствии с которым предлагается умерщвлять физически (слепых, глухих, немых, парализованных и т.д.) и психически неполноценных взрослых и детей. По мнению представителей этой точки зрения, люди несчастны из-за своей неполноцен-

ности. Но может быть несчастными ощущают себя не они, а те, кто ухаживает за ними? Как может быть несчастным человек из-за того, что он слеп от рождения или не может передвигаться, потому что родился без ног? Он несчастен и «жизнь его хуже смерти» лишь с точки зрения здоровых людей. Такой человек тоже имеет право на жизнь, причем не как способность соответствовать эталону «здорового», а как возможность иметь жизненный опыт, данный природой.

Право на смерть, в действительности, это право человека решать свою судьбу самостоятельно и достойно. Но, как и многие соматические права, это источник разногласий, особенно, когда смерть затрагивает интересы третьих лиц или может наступить только с чьим-то активным вмешательством. Вопрос о праве на смерть был вызван жестоким парадоксом, состоящим в том, что современная медицина может поддерживать жизнь пациентов, не имеющих надежды на излечение. Законодательство же в этой области еще очень несовершенно и работает неэффективно. Возможно, когда законы станут яснее и конкретнее, многие семьи и родственники не будут больше наблюдать за страданиями их близких и при этом минуют напряженных судебных тяжб. Закон, который обязан служить обществу, должен быть тесно связан с нравственностью. И вместе с тем он не тождествен нравственности. Нельзя забывать, что право, состоящее из законов, «есть низший предел или определенный минимум нравственности»¹. И потому совершенно прав был, на наш взгляд, Е.Трубецкой, который писал, что задача права «не в том, чтобы лежащий во зле мир превратился в Царство Божие, а в том, чтобы он до времени не превратился в ад»².

Очевидно, речь может идти о том, что право должно не только гарантировать соблюдение естественных прав и свобод человека, но и ограничивать действие тех из них, которые противоречат «идеальному началу святости»³. Свобода личности, которая не должна быть ограничена принудительно, включает в себя и свободу так называемой «греховной воли». Свободное самоопределение человека возможно только как свободное самообуздание. Поэтому защита со стороны закона естественных прав человека (в том числе и соматических), на наш взгляд, есть защита самой жизни, ограждение ее (жизни) от посягательств на нее, но сама

¹ См.: Соловьев В. Оправдание добра: Соч. в 2-х т. — М., 1988. — Т.1. — С.448.

² См.: Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. — М., 1913. — С.25.

³ См. Франк С.Л. Указ. соч., с.284—288.

эта жизнь должна быть, действительно, «даром Божиим». И во имя такой жизни человек имеет право на достойную смерть. И примеров в истории (в том числе и религиозной) реализации такого права немало.

Нам импонирует христианская позиция, которая была выражена профессором богословия В.И.Несмеловым. Он считает, что физическая смерть — это не столько переход в новую жизнь, сколько «последний момент действительной жизни¹». Это личностно-значимое событие.

И в православной этической традиции, по справедливому замечанию И.В.Силуяновой, никогда не шла речь о том, что нельзя жертвовать собой во имя спасения жизни человека. Сама жертвенная смерть Спасителя является свидетельством этической ценности самопожертвования. Но самопожертвование как сознательное и добровольное действие человека исключает любое внушаемое воздействие и насилие. Определенным видом нравственного насилия может стать превращение человеческой способности к жертвенности в норму или правило, или новый критерий гуманности².

Эвтаназия и закон

Как уже отмечалось, одной из форм осуществления права на смерть является эвтаназия. Для теории права (как, впрочем, и для биоэтики) проблема эвтаназии и ее соотношение с законом, представляют особый интерес.

Эвтаназия — составное слово греческого происхождения, совместившее в себе два понятия: «танатос» — смерть и «эв» (эй, эу) — хороший, благой, т.е. «хорошая, благая смерть». В нашем представлении *эвтаназия* — это действие или бездействие врача, иного человека, наконец, самого больного, влекущие за собой наступление мгновенной или безболезненной смерти последнего. Эвтаназия может быть добровольной и принудительной. И добровольная, и принудительная эвтаназия, в свою очередь, делятся на пассивную и активную. Это определение может быть представлено в следующей схеме, имеющей определенный смысл для специалистов в области права:

ЭВТАНАЗИЯ

(действие или бездействие, влекущее за собой

¹ См.: Несмелов В.И. Наука о человеке. — Казань, 1994. — С.387.

² См.: Силуянова И.В. Современная медицина и православие. — М., 1998. — С.167.

наступление легкой смерти)

ДОБРОВОЛЬНАЯ ЭВТАНАЗИЯ наличие воли больного на достижение легкой смерти		ПРИНУДИТЕЛЬНАЯ ЭВТАНАЗИЯ отсутствие воли больного на достижение легкой смерти	
ПАССИВНАЯ эвтаназия	АКТИВНАЯ эвтаназия	ПАССИВНАЯ эв- таназия	АКТИВНАЯ эвта- назия

Под активной эвтаназией понимается проведение каких-либо действий, введение лекарственных средств, которые ускоряют смертельный исход. Пассивная эвтаназия заключается в неприменении средств и невыполнении врачебных манипуляций, которые поддерживают определенное время жизнь тяжелобольного пациента.

Как нам представляется, по этой схеме примеры, связанные с выпиской из больницы «безнадежных больных», например, с осложненной формой ракового заболевания, можно отнести к разряду принудительной пассивной эвтаназии. Эти факты имеют место в медицинской практике, однако законодательство никак не реагирует на них и не рассматривает наступившую смерть как результат эвтаназии.

Реалии сегодняшнего дня заставляют теоретиков права обращаться к этой проблеме не только в контексте права на жизнь умирающего человека, но и его права на достойную (без страданий) смерть.

В нашей научной литературе были высказаны предложения о легализации добровольной пассивной эвтаназии¹. В определенном смысле это было прорывом в обсуждении проблемы, на которую долгое время было наложено табу. Не следует забывать, что феномен «эвтаназии» был скомпрометирован нацизмом.

После Нюрнбергского процесса, вскрывшего преступления фашизма, понятие «эвтаназия» длительное время не употреблялось. Более того, юридически эвтаназия квалифицировалась как уголовное преступление и приравнялась к убийству.

Как же сегодня наше законодательство относится к проблеме эвтаназии? Представим себе, что совершено убийство по просьбе потерпевшего (добровольная эвтаназия). Можно ли в соответствии с Уголовным кодексом РФ привлекать за эти действия к уголовной ответственно-

¹ См.: Кальченко Н.В. Права человека и гражданина на жизнь и его гарантии в Российской Федерации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — СПб, 1995. — С.24; А.П.Зильбер также считает, что «легализация эвтаназии обществу необходима» См.: Зильбер А.П. Трактат об эвтаназии. — Петрозаводск, 1998. — С.259.

сти? Иначе говоря, имеется ли статья Уголовного кодекса, на основании которой можно было бы привлекать за эти действия к ответственности? В новом Уголовном кодексе РФ убийство предусмотрено сразу несколькими статьями, начиная со ст.105. Однако ни в одной из них нет указания на совершение такого действия с согласия потерпевшего (т.е. отсутствует соответствующая гипотеза).

Казалось бы, действия, которые не предусмотрены законом, не могут преследоваться со стороны закона. Это одна из правовых аксиом. Для того чтобы разобраться в данном вопросе, необходимо прибегнуть к историческому толкованию, т.е. обратиться к истории создания и дальнейшей трансформации правовых норм, относящихся к рассматриваемой проблеме. В примечании к ст.143 Уголовного кодекса РФ 1932 г. имеется указание на ненаказуемость убийства, совершенного по просьбе потерпевшего¹. Однако уже 11 ноября 1932 г. 4-я сессия ВЦИК IX созыва (Бюллетень № 8, с.11) постановила исключить это примечание и рассматривать такие действия как умышленное убийство. Таким образом, убийство, совершенное по просьбе потерпевшего, сегодня подпадает под действие ст.105 УК России.

Впрочем, к такому же мнению склонялся и профессор уголовного права Петербургского университета дореволюционной России И.Я.Фойницкий (1847–1913), который писал: «Убийство не перестает быть убийством, хотя бы оно было сделано с согласия убитого»². Так же подходил к этой проблеме и Н.С.Таганцев (1843–1923), который замечал, что «...лишение жизни, произведенное по желанию или требованию лица, все-таки остается убийством, так как отсутствие собственного желания пострадавшего не составляет необходимого условия преступности лишения жизни».

Ст.105 УК РФ предусматривает также убийство в целях использования органов или тканей потерпевшего. Такие действия могут быть отнесены как к принудительной, так и добровольной эвтаназии, и они также запрещены законом.

Прямого упоминания эвтаназии в Уголовном кодексе РФ нет, однако упоминание о ней имеется в «Основах законодательства РФ об охране здоровья граждан», где в ст. 45 выражено отношение законодателя к этой проблеме:

«Ст. 45. Запрещение эвтаназии.

¹ См.: Уголовный кодекс РСФСР. – М., 1922.

² Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. – СПб., 1916. – С.130.

Медицинскому персоналу запрещается осуществление эвтаназии — удовлетворение просьбы больного об ускорении его смерти какими-либо действиями или средствами, в том числе прекращении искусственных мер по поддержанию жизни.

Лицо, которое сознательно побуждает больного к эвтаназии и (или) осуществляет эвтаназию, несет уголовную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации».

Уголовная ответственность в соответствии с этим наступает, например, за оставление в опасности (ст.125 УК РФ), где говорится, что «Заведомое оставление без помощи лица, находящегося в опасном для жизни или здоровья состоянии и лишенного возможности принять меры к самосохранению по малолетству, старости, болезни или вследствие своей беспомощности, в случаях, если виновный имел возможность оказать помощь этому лицу и был обязан иметь о нем заботу, либо сам поставил его в опасное для жизни и здоровья состояние», влечет за собой конкретную уголовную ответственность¹.

Фактически о пассивной эвтаназии речь идет в ч.2 ст.124 УК РФ, где говорится о неоказании помощи больному лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законом или со специальным правилом, если это повлекло по неосторожности смерть больного. Сюда же можно отнести и ст.293 УК РФ, которая предусматривает ответственность за халатность, т.е. неисполнение или ненадлежащее исполнение должностным лицом своих обязанностей вследствие недобросовестного или небрежного отношения к службе, если это повлекло по неосторожности смерть человека.

Таким образом, наше законодательство негативно относится к эвтаназии. Фактически она запрещена законом. Тем не менее интерес к эвтаназии не ослабевает. В определенной мере этот интерес подогревается возрастающим объемом операций по пересадке органов и тканей человека и дефицитом донорских органов. Дальнейшее совершенствование законодательства в связи с упрочением демократических основ общества и развитием прав человека заставляет нас более внимательно относиться к проблеме, которая еще в XVI в. была озвучена Ф.Бэконом: «Долг врача состоит не только в том, чтобы восстанавливать здоровье,

¹ Уголовный кодекс РФ. — СПб., 1966. — С.60.

но и в том, чтобы облегчить страдания и мучения, вызванные болезнью¹».

Если эвтаназия запрещена законодательством России, то, естественно, всякое ее применение расценивается как уголовное преступление. Тем не менее реальный взгляд на сегодняшнюю ситуацию в стране, определяемую во многом ее экономическим состоянием, дает основание утверждать о наличии пассивной латентной эвтаназии.

Сокращается объем медицинской помощи населению, затраты на здравоохранение не повышаются. Отсюда рост смертности. Если анализировать этот вопрос более детально, то можно обнаружить, что мы в числе лидеров по числу самоубийств среди взрослого населения и убийств собственных детей родителями.

В обзоре № 35 ВОЗ под названием «Предупреждение самоубийства» говорится о том, что в мире ежедневно совершается 9 тыс. самоубийств и безуспешных попыток их совершения².

В 1990 г. в России было совершено 39 150 самоубийств³. Причем, если учесть, что в 1986 г. у нас было зарегистрировано 33 261 случай самоубийств, то очевиден неуклонный рост этого варианта эвтаназии. Проблемы выживаемости в условиях рыночных отношений больше всего затрагивают малоимущие слои населения, стариков и детей. У этой категории людей, естественно, возникает неустойчивость психики, которая подводит их к мысли о самоубийстве.

К разновидностям пассивной принудительной эвтаназии относятся и случаи голодной смерти больных и немощных, мероприятия, а вернее отсутствие необходимых мероприятий, ведущие к сокращению рождаемости. Недостаток средств не способствует рождению полноценных детей, поддерживать их здоровье не представляется возможным. Большинство беременных женщин страдают анемией, еще большее число матерей находятся в депрессивном состоянии, связанном с проблемой — чем накормить ребенка. Одни ищут способы ее решения, другие — убивают своего ребенка. По детской смертности наша страна на одном из первых мест. По существу, мы стоим на пороге «молчаливого признания» принудительной эвтаназии, хотя законом это не допускается.

¹ Бэкон Ф. Сочинения в 2-х тт. — М., 1971. — Т.1. — С.268.

² См.: Prevention of suicide. W.H.O., Paper N 35. — Geneva: W.H.O., 1968. — P.3—84.

³ Аргументы и факты. — СПб., 1991. — №46. — С.5.

Мы сталкиваемся с противоречием, которое существует между констатацией в законе запрета эвтаназии и многочисленными жизненными примерами, свидетельствующими о фактическом признании эвтаназии в отдельных ее формах (например, выписка больного из больницы домой в том случае, когда ясно, что болезнь неизлечима).

В связи с этим возникает потребность в законодательной детализации термина «эвтаназия».

Помимо уже предложенного разграничения эвтаназии на добровольную и принудительную, пассивную и активную в научной литературе имеются и иные суждения. Так, А.Я.Иванюшкин и Б.Г.Юдин различают три формы активной эвтаназии: убийство (или умерщвление) из сострадания, добровольная активная эвтаназия и самоубийство при помощи врача.

«В первом случае жизнь, являющаяся мучением для пациента, так или иначе прерывается другим человеком, например врачом; причем не имеет значения, делается ли это с согласия страдающего пациента (обычно это такие ситуации, когда последний находится в столь тяжелом состоянии, что просто не может выразить согласие). Во втором и третьем случаях, напротив, определенно имеется согласие пациента. Разница же между этими двумя формами эвтаназии заключается в том, что во втором случае сам врач по просьбе больного делает ему летальную инъекцию, тогда как в третьем случае врач передает в руки пациента средство, позволяющее тому покончить с собой»¹. Именно таким образом действовал известный американский врач Д.Кеворкян, создавший устройство, которое вызывало смерть пациента только тогда, когда сам пациент приводил его в действие.

В 1999 г. Д.Кеворкян был осужден американским судом к лишению свободы.

Врачебная этика традиционно выделяет активную и пассивную, позитивную и негативную, прямую и косвенную эвтаназию. При этом заметим, что противопоставление активной и пассивной эвтаназии на основе нравственной оценки, когда полагают, что в первом случае причиной смерти является врач, а во втором — сама болезнь, на наш взгляд, поверхностно. Пассивная эвтаназия может быть следствием бездействия врача, его сознательного невмешательства в течение болезни, а активная эвтаназия в отдельных случаях бывает более нравственна, чем пассивное созерцание предсмертных страданий больного.

¹ Введение в биоэтику: Учеб. пособие. — М., 1998. — С.289.

Имеет ли право больной человек на пассивную или активную добровольную эвтаназию, если его болезнь опасна только для него и является неизлечимой, или врач, как и в случаях наркомании, алкоголизма, тяжелых заболеваний психики «обязан» лечить его до конца? Прежде чем ответить на этот вопрос, заметим, что ни в законодательстве, ни в общественном мнении единомыслия не наблюдается. Существуют лишь многочисленные противоречия и взаимоисключающие суждения. В ст.14 Этического кодекса российского врача признается недопустимость любой формы эвтаназии по просьбе больного. Это положение подкрепляется уже известной ст.45 Основ законодательства по охране здоровья граждан РФ, но если обратиться к ст.33 тех же Основ, то можно обнаружить совершенно иной подход к этой проблеме:

Согласно ст. 33 *«Отказ от медицинского вмешательства»*, гражданин или его законный представитель имеет право отказаться от медицинского вмешательства или потребовать его прекращения за исключением случаев, предусмотренных ст.34 настоящих Основ¹.

При отказе от медицинского вмешательства гражданину или его законному представителю в доступной для него форме должны быть разъяснены возможные последствия. Отказ от медицинского вмешательства с указанием возможных последствий оформляется в медицинской документации и подписывается гражданином, либо его законным представителем, а также медицинским работником.

При отказе родителей или иных законных представителей лица, не достигшего 15-летнего возраста, либо законных представителей лица, признанного в установленном порядке недееспособным, от медицинской помощи, необходимой для спасения указанных лиц, больничное учреждение имеет право обратиться в суд для защиты интересов этих лиц.

В данном случае фактически речь идет о законодательном признании добровольной пассивной эвтаназии. Но вместе с тем здесь налицо и коллизия в праве, преодолеть которую можно либо путем толкования, либо созданием более совершенного нормативного акта. Наше предложение сводится к тому, чтобы выделить в законе различные формы эвтаназии и приступить к более широкой дискуссии по вопросу о приемлемости правовой регламентации добровольной пассивной эвтаназии.

¹ В ст.34 Основ дается регламентация заболеваний, представляющих опасность для общества, и, следовательно, отказаться в этих случаях от медицинского вмешательства закон запрещает.

Эвтаназия должна быть проблемой не только медицинской этики, но и юридической науки и прежде всего теории и философии права, поскольку она сопряжена с основными и естественными правами человека и гражданина.

Каково же отношение к эвтаназии со стороны закона и общества в других странах?

Одним из важных вопросов в США, по мнению Д.Уилкера и Д.Брока, является вопрос о праве пациента прекратить лечение, поддерживающее жизнь¹. Очень часто такое лечение требует использования самых современных методов даже вопреки желанию пациента.

В 1976 г. в штате Калифорния было впервые законодательно закреплено право взрослого безнадежного пациента отказаться от лечения, если оно служит лишь для некоторого искусственного отдаления момента наступления его смерти. Больной мог выразить свою волю, подписав завещание.

В этом случае врач, применивший эвтаназию (речь, несомненно, идет о добровольной эвтаназии в ее активной или пассивной форме), освобождался от судебной ответственности. С тех пор более 30 американских штатов ввели у себя такой закон, обеспечивающий право на «достойную смерть».

Вместе с тем в 80-х годах XX в. в США участились случаи «умерщвления из милосердия» страдавших от физических и нравственных мучений больных и престарелых, совершаемые близкими родственниками (принудительная эвтаназия в активной и пассивной формах). Причины таких действий заключались в финансовых затруднениях, связанных с длительными заболеваниями, боязнью нищеты, беспомощности, переживаниями близких. Убийство из милосердия объективно мотивируется желанием избавить близкого человека от невыносимых страданий.

Правда, этот период отличался значительным смягчением судебных приговоров по указанным делам и сведением наказания в основном к денежным штрафам².

В США имеются и противники эвтаназии, которые ссылаются на невозможность получить действительное волеизъявление умирающего

¹ См.: Уиклер Д., Брок Д. На грани жизни и смерти (краткий очерк современной биоэтики в США). — М., 1989. — С.27.

² См.: Humphy D., Wickett A. The right to die: Understanding euthanasia. — L., 1986. — P.142–144.

из-за слабости, бессознательного состояния или физических страданий, нередко сопровождающих агонию. Умиравший не способен адекватно оценивать свое положение.

Имеющие юридическую силу в большинстве американских штатов заранее составленные завешания, касающиеся терминальной стадии болезни, также не решают вопроса, поскольку в начале болезни пациент не способен предусмотреть свое дальнейшее состояние. Эвтаназия отвергается ими и ввиду возникающих диагностических или прогностических ошибок, а также возможности появления новых медикаментов и разработки новых технологий.

Наиболее серьезным аргументом против эвтаназии считается риск злоупотреблений среди медицинского персонала и пренебрежение своим долгом. Демократический контроль должен обеспечить применение эвтаназии только в крайних случаях, после того, как «все оптимальные меры уже будут приняты»¹.

Но даже эти противники соглашаются с тем, что в демократическом обществе добровольная эвтаназия должна заменить все существующие и подпольно практикуемые виды эвтаназии.

Развитие медицинской технологии и лекарственного обеспечения, на наш взгляд, может быть аргументом как против эвтаназии, так и в ее пользу. Лечение с применением новейших медицинских технологий и лекарств оправдано и нравственно в случае возвращения пациенту здоровья. Вместе с тем искусственное поддержание жизни неизлечимых больных лишь продлевает их физические и нравственные страдания.

В начале 90-х годов XX в. была узаконена практика добровольной активной эвтаназии в Голландии. В английском парламенте, в Палате лордов, в 1969 г. лордом Raglan впервые был представлен Билль о добровольной эвтаназии. Дебаты в палате длились несколько часов, однако большинством голосов Билль был отклонен. Сегодня судебная практика в Англии пошла по пути признания эвтаназии.

В ряде государств активно функционируют различные общества в поддержку эвтаназии. Такие общества возникли: в Швеции — 1973 г.; Австралии — 1974 г.; Дании и Японии — 1976 г.; Норвегии — 1977 г.; Новой Зеландии — 1978 г.; Франции и Шотландии — 1980 г.; Германии,

¹ См.: Kenis Y. L'euthanasie, le droit, la deontologie et la morale // Bioethique et libre-examen. — Bruxelles, 1988. — P.41.

Канаде, Индии — 1981 г.¹ Наконец, создана Всемирная федерация обществ за право умереть достойно.

Анализ отечественных материалов и нормативных актов свидетельствует о том, что все большее число сторонников добровольной эвтаназии высказываются за необходимость внесения соответствующих изменений в действующее законодательство. Сторонники «про» и «contra» эвтаназии выдвигают взаимоисключающие требования. Вот некоторые из утверждений сторонников эвтаназии (в дополнение к уже отмеченным):

- лечение и содержание безнадежных больных отнимают у общества значительные средства, которые можно использовать более рационально, если узаконить эвтаназию;

- человек имеет право отказаться от жестокого и негуманного лечения;

- человек имеет право на смерть так же, как и на жизнь, и потому он может самоопределяться;

- наконец, человек имеет право быть альтруистом.

Под альтруизмом здесь понимается вся совокупность эмоций, которые побуждают его совершать поступки, лично ему невыгодные и даже опасные, но приносящие пользу другим людям.

Противники эвтаназии рассматривают последнюю как покушение на человеческую жизнь. Они убеждены, что:

- жизнь человека не должна зависеть от диагностической и прогностической ошибок врача, решившегося на эвтаназию;

- необходимо сохранить надежду больного на создание новых лекарств и способов лечения.

Во многих случаях неизлечимые больные страдают от невыносимой боли, язв, пролежней, дефекации, непрекращающейся рвоты и т.д. Требуется постоянное выключение сознания, чтобы затем вновь... продлить мучения. Иногда проводится лечение больных, которые находятся в так называемом «коматозном» состоянии (или как называют врачи «в зоне неопределенности»). Новый критерий смерти — смерть мозга заставляет подойти к проблеме эвтаназии с несколько неожиданной стороны.

«Зона неопределенности», в которую попадает умерший (о «критерии смерти» говорится в законодательстве), но еще дышащий человек,

¹ Зильбер А.П. Трактат об эвтаназии. — Петрозаводск, 1998. — С.344–345.

оказывается, по словам И.В.Силуяновой, в буквальном смысле слова вне пространства библейских заповедей. Шестая заповедь «не убий» в этой зоне не работает¹. В этой «зоне» должно быть принято лишь одно решение — прекратить дыхание. Это — «зона» неизбежной эвтаназии. Но кто должен принять это решение, если законом эвтаназия (любая) запрещена? Непринятие такого решения врачом ставит его в положение инквизитора. Решить эту проблему необходимо с помощью закона. Нам импонирует в этом смысле суждение И.В.Силуяновой о том, что рациональное отношение к смерти предполагает практически юридическое оформление ответов на вопросы, как Вы хотели бы умереть, кто должен принимать решение в соответствующей ситуации, насколько строго и кем должна выполняться Ваша воля². Для того чтобы освободить врачей от моральной и юридической ответственности в ситуациях, когда необходимо принять гуманное решение в отношении людей, находящихся в «зоне неопределенности», общество и законодательство, вероятно, в будущем должны согласиться и признать добровольную пассивную эвтаназию.

Альтернативой эвтаназии являются хосписы. Поскольку эвтаназия в нашем законодательстве отвергается, необходимо еще раз подчеркнуть, что требуется самое детальное обсуждение в обществе и научных кругах проблемы закрепления законодательной регламентации деятельности хосписов. Причем необходимо детализированное законодательство в этой сфере, которое бы:

- защищало больного; формировало уверенность больных в том, что последние часы своей жизни они проведут достойно человека;
- закрепляло добровольное, осознанное требование больного, выраженное в письменной форме;
- закрепляло обязанность привлечения к решению вопроса об эвтаназии незаинтересованного в исходе компетентного лица, подтверждающего правомерность принятого решения.

¹ См.: Силуянова И.В. Современная медицина и православие. — М., 1998. — С.135–136.

² Там же. — С. 136.

К.Роксин

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ОЦЕНКА ЭВТАНАЗИИ¹

Вступление

Под термином помощь в смерти (эвтаназия) понимают помощь, которую оказывают тяжело больному человеку в соответствии с его волей или, по меньшей мере, принимая во внимание его предполагаемое желание, отвечающее представлениям больного о достойной смерти². Подобная помощь может рассматриваться в узком и в широком контекстах. В узком смысле — это помощь, оказываемая после клинической смерти, когда человек умирает в любом случае — с помощью или без. В широком смысле допустимо говорить об эвтаназии, когда кто-то посторонний участвует в смерти человека, не способного жить дальше и абсолютно четко или предположительно выразившего желание положить конец своей выглядящей для него невыносимой, в результате болезни жиз-

¹ Полностью статья опубликована: Roxin Claus. Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe // *Medizinstrafrecht* / R. Boorberg verl. — 2001. — S.93—120.

² Новые «Положения Федеральной врачебной палаты к медицинскому сопровождению смерти» от 11.09.98 г. («Новый юридический еженедельник». (NJW). — 1998. — 3406) пытаются «слишком простое и эмоциональное» выражение «помощь в смерти» заменить. Новое определение «сопровождение» позволит сделать возможным использование медицинского опыта в смерти. Применение термина эвтаназия не бесспорно. С одной стороны, оно дискредитировано нацистской Программой эвтаназии, ставившей целью уничтожение душевнобольных. С другой — слова «помощь в смерти» означают лишь обезболивание без сокращения жизни. Однако не стоит акцентировать внимание на таких терминологических тонкостях. — Прим. авт.

ни. Вне проблемы помощи в смерти находятся обстоятельства, связанные с убийством пациента, независимо от его воли, или прекращения лечения, неминуемо приводящим к смерти. Эти случаи взаимозависимы и легко превращаются один в другой. К тому же дискуссии, ведущиеся сегодня, отягощены соображениями о допустимости способа уничтожения какой-то неценной жизни.

Оценка помощи в смерти относится к сложнейшим проблемам в уголовном праве. На то есть три причины. Во-первых, отсутствуют законодательные положения, текстуально регулирующие эти обстоятельства. Очевидно, что статьи Уголовного кодекса (ФРГ), посвященные убийству и причинению смерти (*Tötung auf Verlangen*), не применимы к эвтаназии, поэтому ее квалифицируют как причинение смерти по требованию (ст. 216 УК), и в этой части многие вопросы остаются не решенными. Во-вторых, такая важная сфера, связанная с жизнью и смертью, едва ли может регулироваться абстрактными нормами, и к тому же эти нормы не охватывают типовых обыденных ситуаций. Используя крайне обобщающие понятия, не всегда можно урегулировать индивидуальные исключительные случаи наступления факта смерти. И, в-третьих, вследствие того, что уголовное право не располагает достаточной информацией для решения этих проблем, достижение соразмерности разрешенного и запрещенного в данном вопросе тоже затруднено. В этой сфере требуются не только правоприменительные нормы, но и участие медиков¹, философов, теологов и писателей. Их влияние, хоть и делает дебаты более глубокими, а достижение согласия в уголовно-правовых оценках осложнит многочисленными неюридическими, публицистически противоречивыми идеологическими и мировоззренческими подходами, следует все же признать продуктивным.

Дискуссии последних 20 лет привели к возникновению «господствующего мнения», к основополагающим решениям Федерального Верховного суда и нововведениям Федеральной врачебной палаты на данную тему. Исходя из этого, я хотел бы сформулировать требования к критериям, которым должна отвечать практика, и при необходимости коснуться высказанной в прошлом или высказываемой сегодня критики по этому вопросу. При этом я рассмотрю различные ситуации, которые могут иметь место при осуществлении эвтаназии.

¹ См. об этом 1, «Положения Федеральной врачебной палаты к медицинскому сопровождению смерти».

Чистая эвтаназия

1. Обезболивание без сокращения жизни

Примером «чистой эвтаназии» можно считать случай, когда умирающему выдается средство, снижающее боль, но не сокращающее жизнь. Конечно же, данное деяние ненаказуемо в тех случаях, когда это происходит по желанию или с согласия пациента. Это также не наказуемо, когда умирающий не может отвечать за свои слова или вообще не в состоянии выразить свою волю; принято считать, что уменьшение боли является естественным желанием больного человека. Есть, правда, еще одна группа случаев, вряд ли заслуживающих упоминания, когда в результате действий, предпринятых против желания пациента или неразрешенной чистой эвтаназии, возникают последствия, приобретающие неожиданный характер, в результате чего возможно наступление ответственности.

2. Обезболивание против воли пациента

Очень редко, но бывает, что больной возражает против инъекций успокаивающих или обезболивающих средств, поскольку хочет встретить свою смерть по возможности в ясном сознании, а не во сне. Он может руководствоваться религиозными, философскими или просто личными мотивами — «желанием быть смелым в последний момент», общаться с людьми, находящимися рядом в минуту смерти, или просто испытывать необходимость уладить свои дела и выразить последнюю волю (составить завещание). В любом случае такие желания должны удовлетворяться. Умирающему, тем не менее, выдается инъекция, скорее всего, потому, что врач такой отказ «воспринимает» как необдуманное и вместе с тем учитывает, что за любое недозволенное хирургическое вмешательство (согласно ст. 223 УК) предусмотрена ответственность как за нанесение телесных повреждений. Правда, замечу, что по распространенному мнению и исходя из судебной практики хирургическое вмешательство ради спасения жизни пациента даже против его воли является исключением и не приравнивается к нанесению телесных повреждений. Но в данной статье о подобных случаях речь не идет, а значит — ответственность будет рассматриваться как обязательная.

3. Неоказанная помощь в ослаблении боли вопреки просьбе пациента

Более значим обратный случай, когда для ослабления боли не было сделано всего необходимого или было сделано недостаточно, несмотря на то, что пациент, несомненно, просил об этом. Подобная ситуация также регулируется статьей о нанесении телесного вреда, хотя это происходит фактически путем бездействия. Поручители в лице врача или близких родственников (необходимость поручительства в свете ст. 13 УК) заинтересованы в избавлении пациента от бесполезной боли; и вследствие этого непрекращение или неослабление болей рассматривается как жестокое обращение — истязание (ст. 223 УК). Если в редких случаях поручитель отсутствует, может возникнуть ситуация неоказания помощи (ст. 323с УК). Все вышеупомянутое нуждается в особом внимании; кроме того, стоит сравнить обезболивание в Германии с международными стандартами, и тогда осознание того, что существует угроза наказания за неисполнение обязанности ослабить боль, могло бы способствовать изменениям в этой сфере.

Косвенная эвтаназия

1. Принципиальная дозволенность

Косвенная «помощь в смерти» означает, что применяются способы обезболивания смертельно больного человека, способные ускорить смерть пациента. Допустимость подобной косвенной эвтаназии (несмотря на некоторые спорные вопросы в отдельных случаях) признается и доктриной, и врачебной практикой. Верховный суд ФРГ впервые в ноябре 1996 г. постановил следующее: «Назначение обезболивающих лекарственных препаратов умирающему в соответствии с выраженной или предполагаемой волей пациента не является потому неразрешенной, что оно в качестве непредвиденного, но принимаемого во внимание дополнительного последствия ускоряет наступление смерти»¹. Подобное говорится и в основных положениях Федеральной врачебной палаты: «Умиравший может требовать уменьшения страданий, даже допуская, что это

¹ BGH-42, 301.

повлечет, вполне вероятно, неизбежное сокращение жизни. Тем не менее, когда будет достигнуто согласие о принципиальной безнаказанности косвенной эвтаназии, обоснование наступивших при этом последствий, так и область применения этой процедуры, останутся по-прежнему спорными».

2. Исключение состава преступления или устранившая противоправность крайняя необходимость?

Обоснование допустимости эвтаназии вызывает определенные трудности. Ведь фактически обсуждается сокращение жизни во всех случаях, кроме обыкновенного убийства (ст. 212 УК) или убийства по требованию (ст. 216 УК), и происходит это путем активных действий, приводящих к умышленным последствиям. (Даже если речь в этом случае идет о косвенном умысле, т.е. «наименьшем из возможных умыслов»). Почему же данная ситуация должна регулироваться по-иному? По мнению некоторых экспертов, косвенная эвтаназия исключает состав преступления ст. 212, 216, УК (наличие убийства) уже потому, что она соответствует общественной морали, а значит, не подпадает под нормы вышеназванных статей. В то же время, согласно гораздо более распространенному на сегодня мнению других специалистов, факт убийства есть, но, поскольку присутствует согласие (предполагаемое согласие) жертвы, убийство ненаказуемо.

Верховный суд ФРГ оставил вопрос открытым. Однако ответ должен быть найден. Только после того, как одно из двух решений будет признано верным, третья точка зрения, ранее тоже рассматривавшаяся и считавшая необходимым наказание за подобное «убийство», будет исключена. Что касается меня, то я придерживаюсь мнения подавляющего большинства экспертов. Для обоснования ненаказуемости таких «убийств» необходимо соответствие эвтаназии этическим постулатам, содержанию и защите какой-то правовой нормы; пока же все это достаточно неопределенно, особенно относительно ст. 216 УК. В этой статье желаемое причинение смерти сразу объявляется наказуемым. Поэтому можно сказать, что нет никаких данных для того, чтобы с точки зрения состава преступления обосновать отсутствие наказания за осуществление косвенной эвтаназии.

Если считать, что косвенная эвтаназия не наказуема, то должен обсуждаться определенный результат, продиктованный волей пациента, при этом безусловный долг сохранения жизни (в первую очередь) может отступить перед обязанностью ослабить боль, если это необходимо. Более короткая жизнь без сильных болей может стать предпочтительнее жизни, сопровождаемой невыносимыми страданиями и длящейся ненамного дольше. Пациент имеет право высказать свою волю, и эта воля должна быть решающей. Причем ст. 216 УК этому не противоречит, так как основание для наказания, установленное ею (защита от принятия решения о желаемой смерти в состоянии аффекта, затрагивающего интересы общества), не регулирует смерть, сопровождаемую медицинским обслуживанием. Пациент заявляет о своем желании ответственно. Это значит, что следует учитывать не только его высказывания, но и вероятность смерти, и срок возможного сокращения жизни, и тяжесть переносимых болей.

Отказ в желании умереть (и в случае столкновения интересов) должен сопровождаться оправдательной установкой. Когда жизнь сохраняется на длительный срок, речь не может идти ни о каких «жизненных интересах заинтересованных лиц» или «уважении чужих интересов». Тем не менее не всегда бесполезно предоставить еще одно правовое благо в случае приближающейся к концу человеческой жизни, еще и сопровождающейся непереносимыми болями. В данной ситуации человек находится в ситуации выбора, но в любом случае этот выбор должен быть сделан.

Остается еще три спорные ситуации, связанные с разрешенной косвенной эвтаназией.

3. Временные рамки косвенной эвтаназии

Что касается сроков, то решения Верховного суда ФРГ и основные положения Федеральной врачебной палаты говорят только об «умирающем». Это кажется мне слишком узким. Например, при неизлечимых онкологических заболеваниях нестерпимые боли могут появиться как за несколько недель, так и за несколько месяцев до смерти, когда ситуация еще не будет критической (предсмертной). Таким пациентам должны выдаваться действенные анальгетики, невзирая на то, что они способны ускорить смерть.

Поэтому сформулированный общими усилиями врачей и юристов альтернативный подход к правилам эвтаназии распространяется не только на умирающих, но и на смертельно больных. Речь идет о болезни, в ход которой, и это можно установить, «медицина уже совершенно не может вмешаться». Это уже одобренное христианской этикой решение может постепенно вводиться в действующие нормы права и судебной практикой, и Федеральной врачебной палатой.

4. Только боли или тяжелое общее состояние в качестве предпосылки косвенной эвтаназии?

Предполагает ли допустимая косвенная эвтаназия тяжелое состояние пациента? Так, страх задохнуться, вызванный одышкой, и другие аналогичные состояния могут быть тоже невыносимыми. И при определенных обстоятельствах врачебное вмешательство, хоть и небезопасное, может быть просто необходимым. Было бы лучше: принять за правило при решении таких ситуаций исходить из тяжелого состояния и неизлечимого заболевания, как это сделал альтернативный подход. К тому же основные положения Федеральной врачебной палаты говорят только об «ослаблении болей».

5. Формы умысла при косвенной эвтаназии

Данная форма неясна и спорна. Еще недавно оправдывался только косвенный умысел, когда сокращение жизни вследствие обезболивания возможно, но не обязательно. Новые положения Федеральной врачебной палаты говорят, «что вероятное неизбежное сокращение жизни при необходимости может быть приемлемым». В противоположность тому аль-

тернативный проект к помощи в смерти с самого начала рассматривал факт сокращения жизни в контексте разрешенной косвенной эвтаназии.

Толкование Верховного суда ФРГ по этому вопросу не совсем четкое. Это можно заключить, например, из фразы: «непреднамеренное, но принятое во внимание дополнительное обстоятельство может ускорить наступление смерти». Слово «может» свидетельствует об ограничении умысла, в то время как определение «непредотвратимое», вместо «возможно “непредотвратимое”», относится, скорее, к прямому умыслу.

Практическое значение этого спорного момента невелико, потому что обезболивающие средства современной медицины бурно развиваются и их использование редко приводит к сокращению жизни. Из этого следует, как правило, наличие только косвенного умысла. Если же сокращение жизни неизбежно, обезболивание прекращаться не должно. Кроме того, если приближение смерти гарантировано, не должно быть различий в том, установлен ли данный факт с самого начала или выявился впоследствии.

«Помощь в смерти» наказуема, если она сопровождается намерением причинить смерть, а не ослабить страдания, — тогда эта «помощь» называется причинением смерти. В подобных случаях речь идет о заказанном причинении смерти по желанию умирающего. И мотив избавления жертвы от физических страданий при этом не оправдывается. Хотя в единичных случаях может иметь место именно убийство (Mord) с целью, например, «в результате быстрой смерти посредством фальсифицированного завещания получить наследство».

Пассивная эвтаназия

О пассивной эвтаназии говорят, когда ни врачом, ни родственниками ничего не предпринимается, чтобы продлить угасающую жизнь (отказ от операции или другого интенсивного лечения). В связи с этим существует три регулируемые разными юридическими нормами ситуации, когда отказ от мер, продлевающих жизнь, может осуществляться: по желанию пациента; против его воли, когда пациент не в состоянии принимать такое решение; в случае клинической смерти — по истечении определенного срока.

1. Отказ от лечения по желанию пациента

Если такое решение принимает исключительно пациент, юридических сложностей не возникает. Это решение влечет определенную ответственность, поскольку нельзя лечить человека против его воли. Например, если раковый больной отказывается от операции, теоретически продлевающей жизнь, операция не может состояться. Часто это происходит по причине преклонного возраста или убеждения в том, что для человека, стоящего на пороге смерти, интенсивное лечение лишь немного оттянет смерть. Это необходимо уважать. Желание пациента является решающим, даже если объективно, исходя из диагноза, он ошибается, и с точки зрения медицины его выбор непростителен. Если мать четырех детей по религиозным соображениям не разрешает врачам сделать ей переливание крови, чтобы сохранить жизнь (это реальный случай), врачи вынуждены согласиться и позволить женщине умереть.

Необходимо учитывать любое сознательное желание пациента в связи с пассивной эвтаназией. Рассмотрим классический случай: когда по желанию пациента отключается прибор для искусственного дыхания, действие врача сводится к нажатию кнопки. Здесь речь не идет о подлежащей наказанию активной эвтаназии, суть которой определена как «причинение смерти по требованию» (ст. 216 УК), это процесс прекращения лечения в результате конкретного действия. Граница между наказуемой активной и не подлежащей ответственности пассивной эвтаназией не должна совпадать с выполнением или невыполнением каких-то телодвижений, скорее всего, она устанавливается из факта прекращения лечения. И тут возникает юридический вопрос: наказуем ли он, если это произошло по желанию пациента.

Мнение, квалифицирующее отказ от технических средств поддержания жизни как «бездействие», сегодня самое распространенное. Но те, кто видит в этом совершение определенных поступков, считают, что ответственность в данном случае отсутствует, в обоснование чего они приводят различные доводы, в том числе исходя из формулировки состава преступления в случае убийства. В правовых нормах не должно возникать сомнений в том, «что там, где допускается отмена медикаментозно-терапевтического лечения, должен быть разрешен отказ от технического лечения». В этом вопросе наблюдается определенное согласие.

Прекращение лечения, как правило, дело врачей, однако в единичных случаях это могут совершить и частные лица. Один убедитель-

ный пример. Мужчина ухаживал за своей женой с прогрессирующим параличом, пожертвовав своей профессиональной деятельностью. В конце концов, она, умирая, попала в больницу, где была подключена к аппарату искусственного дыхания. Испытывая «невыносимые мучения», она с помощью электронного самописца, а значит самостоятельно, написала следующее послание: «Я хотела бы умереть, так как мое состояние невыносимо. Чем быстрее, тем лучше. Я хочу этого всем сердцем». После чего супруг, находившийся в палате, выключил прибор, и женщина через час умерла от остановки сердца.

Было ли это причинением смерти в результате активных действий, а значит причинением смерти по заказу, подлежащим наказанию (ст. 216 УК)? Если рассматривать «отказ от технических средств лечения» как пассивную эвтаназию с согласия пациента, то тогда муж не может быть наказан. Суд второй инстанции действия мужа признал правильными, однако мне это кажется сомнительным. Данное решение соответствует альтернативному подходу к эвтаназии по поводу ст. 216 УК: «Отказываясь или соглашаясь на применение средств, поддерживающих жизнь, человек поступает не противоправно, даже если, и это очевидно, есть заинтересованные лица». Разумеется, в таких случаях предстоит дать уже индивидуальные объяснения в соответствии с действующим законодательством.

2. Отказ от мер поддержания жизни против воли пациента

Если же лечение не ведется или не продолжается, хотя пациент настаивает на нем, — происходит причинение смерти путем бездействия. Такая квалификация неизбежна, как правило, если бездействие привело к смерти или ускорило смерть пациента, и бездействующее лицо имеет гарантирующий долг, что обычно характерно для врача и ближайших родственников. Но все же здесь не хватает обоснованных аргументов, и вопрос по поводу ответственности за отказ в предоставлении помощи постоянно поднимается (ст. 323с УК).

Прежде всего должна существовать «граница» искусственного продления жизни, за которой (в большинстве случаев на ранних стадиях заболеваний) желания пациента не могут быть решающими. Конечно, технические и финансовые ресурсы нашего здравоохранения очень велики. Но необходимо учитывать, что хоть это и не соответствует челове-

ским представлениям о достойной смерти, ее неотвратимое наступление современные средства всегда способны оттянуть.

В решении Федерального суда было сказано, что «нет никакой правовой обязанности поддержания угасающей жизни любой ценой... Учитывая существующие возможности медицинских технологий, пределы врачебного долга определяются не эффективностью аппаратуры, а уважением к жизни и человеческому достоинству, на которые следует ориентироваться в каждом конкретном случае». Это допускает некоторую свободу действий, которая не всегда отвечает общим правилам. Тем не менее можно сказать, что следует руководствоваться не экономическими соображениями, а тем, может ли по объективным оценкам продление агонии принести что-то пациенту.

3. Отказ от поддержания жизни неспособного к принятию решения пациента

В случае клинической смерти, когда пациент не способен принять решение, создается сложная и, пожалуй, самая спорная ситуация. Разумеется, речь не идет о помощи в смерти в узком смысле, когда ее ход уже предreshен. В подобных обстоятельствах Верховный суд допускает отказ от таких способов продления жизни, как искусственное дыхание, пере-ливание крови или искусственное вскармливание.

Активная эвтаназия

Это самая распространенная ситуация, хотя с точки зрения закона и здравого смысла это не бесспорно (см. об этом ниже), так как активная помощь в смерти, т.е. убийство умирающего или тяжело больного, по действующему праву не допустимо и подлежит ответственности. Из ст. 216 УК следует, что причинение смерти по требованию наказуемо (хоть и в смягченной форме). Все же необходимо разъяснить суть основных положений (см. выше), приравнивающих активную эвтаназию к обезболиванию, либо к отказу от технических средств, поддерживающих жизнь, если предполагалось активное лечение, либо к «бездействию». И самое сложное — активная эвтаназия ненаказуема, если она представляет собой пособничество самоубийству. И этот случай будет рассмотрен первым.

1. Ненаказуемость содействия самоубийству

В немецком праве, в отличие от многих других правовых систем, помощь в совершении самоубийства — не влечет ответственности. Каждое соучастие имеет своим условием наличие основного преступления и преступника. Во-первых, самоубийство не подпадает под состав преступлений против жизни, которые предполагают убийство кого-то другого, а значит не может быть соучастия в несостоявшемся преступлении. Если кто-то помогает самоубийству тяжело страдающего человека, желающего уйти из жизни, предоставив ему яд или оружие, он не может быть привлечен к уголовно-правовой ответственности. Наглядным примером может быть случай из судебной практики, когда врач Хакеталь в 1984 г. дал яд (цианистый калий) «тяжелобольной», страдающей от неизлечимого онкологического заболевания, распространившегося с лица на головной мозг. Пациентка выпила этот яд, размешав его с водой, и в результате через короткое время без видимой борьбы со смертью тихо «уснула» — скончалась. Обвинение в причинении смерти по требованию (ст. 216 УК), выдвинутое прокуратурой, было отклонено как судом Траунштейна, так и Высшим Земельным судом (Мюнхен)¹.

Разумеется, разграничение между участием в суициде, не влекущим ответственности, и виновным убийством, затрагивает определенное количество спорных моментов, из которых в сжатой форме будет рассмотрено три.

2. Ограничения ненаказуемости за «ответственный» суицид

Прежде всего, и это бесспорно, ненаказуемость постороннего наступает только при «ответственном самоубийстве». Тот, кто помогает самоубийству психически нездорового человека, подверженного суициду, должен быть наказан как преступник, виновный в убийстве без отягчающих обстоятельств (ст. 212 УК) или же с отягчающими обстоятельствами (ст. 211 УК).

Однако спорным остается определение «ответственного» суицида. Одни ссылаются на уголовно-правовые характеристики невменяемости,

¹ См. по этому поводу стоящий того, чтобы его прочитать приговор Высшего Земельного суда (Мюнхен), — NJW, 1987, 2940.

другие принимают во внимание положения, касающиеся действительности и осознанности согласия в соответствии со ст. 216 УК. Сторонники этой позиции не рассматривают суицид как «ответственный», если это произошло необдуманно, невзвешенно или в момент депрессии.

Я всегда придерживался более строгого мнения по поводу определения вменяемости. Конечно, значение спора уменьшается, когда речь идет о содействии суициду тяжело больного и желающего умереть человека, который скорее всего осознает и тщательно взвешивает все имеющиеся на тот момент роковые обстоятельства. Его состояние вряд ли можно назвать «вменяемым» с точки зрения обыденного понимания. Постепенно с каждым новым случаем это становится правилом. В случае Хакетали, например, вне всякого сомнения, присутствует осознание суицида пациентки («ответственности»).

3. Разграничение соучастия в самоубийстве и причинения смерти по просьбе

Также спорно разграничение помощи в самоубийстве и соучастия в причинении смерти по просьбе. Преобладающее мнение ориентировано на выяснение того, кто совершил действие, приведшее к смерти. Если это самоубийца, то участие постороннего может быть только невиновным, если посторонний — то речь идет о наказуемом причинении смерти по просьбе. Иными словами, не несет ответственности тот, кто подмешал яд или зарядил пистолет, при помощи которых жертва убила себя. И напротив, согласно ст. 216 УК, виновен тот, кто тяжело больному и желающему умереть человеку, хоть и по его требованию, ввел инъекцию или выстрелил в него.

Часто высказывается сомнение в рациональности и практической осуществимости этого разграничения. Любые «пограничные» случаи, как и везде в праве, создают сложности. Автономность действий при суициде только кажется определенной законодателем. «Господство момента наступления смерти» становится очевидным, если желающий умереть совершает самоубийство собственноручно. Кто застрелился собственной рукой, осуществил последнее действие сам, тот и ответственность несет сам. Тот же, кто позволил застрелить себя, переложил бремя окончательного решения на кого-то другого; возможно, испугавшись, он не сделал бы этого. В данной ситуации решающую ответственность за смерть

жертвы несет посторонний, что делает его виновным в соответствии со ст. 216 УК.

Особые проблемы возникают, когда акт самоубийства и постоянного вмешательства во времени следуют друг за другом. Примером может быть случай из практики Федерального (Верховного) суда со скопедалом (наркотический анальгетик). Старый, больной и находящийся постоянно в постели врач принял вполне осознанное решение убить себя инъекцией скопедала. Но поскольку он боялся, что силы покинут его, он попросил племянника помочь ему в этом. Днем позже он привел план в исполнение и погрузился в глубокий сон. Племянник, находившийся рядом и опасавшийся, что попытка самоубийства не удалась, сделал дяде еще один укол. Возможно, врач скончался уже от первой инъекции, но с уверенностью установили только, что без вмешательства племянника он прожил бы не менее одного часа.

Верховный суд ФРГ осудил племянника за то, что он целенаправленными активными действиями сократил минимум на 1 час жизнь своего дяди, без его собственных дальнейших действий. А по общим правилам вменения вины даже такое незначительное сокращение жизни является убийством. Мне кажется, этот случай можно рассматривать лишь как невинное содействие в самоубийстве. Врач своими собственными руками сделал свою смерть неизбежной, а племянник лишь ускорил действие механизма, это означает только содействие, и не больше.

1. Причинение смерти по просьбе

Причинение смерти по просьбе, поскольку оно ставит своей целью сокращение жизни и представляет собой конкретное действие, приводящее к наступлению смерти, наказуемо при любых обстоятельствах. Независимо от того, страдает ли пациент, близка ли его смерть и умоляет ли больной человек об избавляющей от мучений инъекции, тот, кто делает укол, в любом случае по ст. 216 УК виновен. То же говорят и последние разъяснения Федеральной судебной палаты (1 абз. 2, предл. 3): «сокращение жизни в результате применения определенных способов, приводящих к смерти или ускоряющих ее, недозволительно, а значит на эти случаи распространяется правовая ответственность».

Решение этого вопроса не бесспорно. Правовые нормы Нидерландов допустили активную эвтаназию при условии определенных процессу-

альных гарантий, в Германии достаточно известные и авторитетные авторы частично уже по действующему праву, частично на основании *de lege ferenda* допускают ограниченное освобождение от наказания за убийство по требованию при наличии разнообразных предпосылок. Другие авторы, такие, как Херцберг и Г. Меркель, усматривая в убийстве по желанию тяжело страдающего больного состав преступления ст. 216, пытаются найти оправдательные обстоятельства в ст. 34 УК ФРГ.

2. Ранняя эвтаназия

Особая и не совсем ясная проблема касается позволения умереть новорожденным со врожденными дефектами (несовместимыми с жизнью). Здесь речь не идет об эвтаназии, так как новорожденные дети не могут ни проявить конкретного волеизъявления, ни даже обнаружить предполагаемых желаний. Возможность прекращения лечения используется для того, чтобы сильно изуродованный младенец никогда не осознал этого, и подобная крайняя необходимость вполне оправдана, ведь впоследствии такому человеку неизменно грозит инвалидность, и, говоря объективно, жизнь его будет в первую очередь подчинена борьбе с болезнью. Такой критерий имеет преимущество. В результате из данной области выведена чисто евгеническая цель¹. Это решение должно исходить из интересов новорожденного и учитывать точки зрения родителей. Кроме того, необходимо разъяснить тот факт, что решение по поводу поддержания жизни ребенка с врожденными тяжелыми дефектами возможно и общество к этому готово, но основная трудность принятия решения ложится на плечи родителей.

Конкретные формулировки новых положений Федеральной врачебной палаты кажутся мне согласованными с этой теорией. Там говорится (II, абз. 2): «Лечение, поддерживающее жизнь и заменяющее недостающую или слабо работающую жизненную функцию, у новорожденных с тяжелыми пороками развития или тяжелыми расстройствами обмена веществ, не имеющих никаких шансов на выздоровление или улучшение состояния, после проведения соответствующей диагностики и с согласия обоих родителей, может быть остановлено или даже не начинаться. То же относится и к сильно недоразвитым детям, для которых

¹ См.: Eser A. § 211, № 32: — in: Schönke-Schröder. STGB, Kommentar. — 25 Aufl. — München, 1997.

смерть неминуема, или детям, обладающим тяжелейшими разрушениями головного мозга. В то же время менее тяжелые повреждения не имеют никаких оснований к отказу в лечении, поддерживающем жизнь, или прекращении таких процедур, даже если родители требуют этого».

Уничтожение «неценных» жизней

Совершенно вне всех способов эвтаназии находится так называемое «уничтожение неценной жизни». Речь идет об убийстве в интересах общества неизлечимо больных, но вполне жизнеспособных и желающих жить душевнобольных. Толчком к этим дискуссиям стало письмо Биндинга и Хёге в январе 1920 г. «Разрешение на уничтожение неценных жизней». Их предложения с 1933 г. в основном были отклонены, но позже эту идею подхватили национал-социалисты. Однако узаконенности разрешения подобных убийств в январе 1933—1945 гг. не последовало. Так называемая «Программа эвтаназии» государств с национал-социалистской идеологией была основана на тайном приказе Гитлера, датированном 1 сентября 1939 г. В августе 1941 г. он был отменен из-за беспокойства и возмущения населения применяемой практикой.

В соответствии с действующими правовыми предписаниями подобные убийства, противоречащие ст. 2 абз. 2 Конституции ФРГ, являются антиконституционными, само собой разумеется, они ничем не могут оправдываться.

Заключение

Уголовно-правовая оценка эвтаназии — сложное и спорное дело. «Удовлетворительное регулирование», которому мы, юристы — специалисты в других областях, противимся и иногда с успехом, здесь не годится, мучительная смерть человека всегда ужасна. Необходимо попытаться создать правовую систему, которая действовала бы с целью оказания возможной помощи и регулировала отношения, не допуская более значительного зла. Я попытался показать это, и получилось, что решение проблемы может быть достигнуто путем толкования действующих норм права. Но читатель заметит, что вся система обстоятельств и правил достаточно сумбурна, любые моменты спорны и даже для специалистов не совсем понятны. В правовое регулирование всей ситуации требуется вне-

сти больше ясности и правовых гарантий, как это предлагает предложенному альтернативный проект (см. выше).

Перевод *А.Л.Ивановой*

Г.Вольфсласт

**ЭВТАНАЗИЯ С ПОЗИЦИЙ НАУКИ
И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ФРГ.
СРАВНЕНИЕ С ДРУГИМИ ЕВРОПЕЙСКИМИ
СТРАНАМИ**

Понятие «эвтаназия» употребляется в Германии довольно редко, оно дискредитировано убийствами, совершенными во времена нацизма. Чаще используется термин «Sterbehilfe» («помощь в смерти»), который включает в себя три типа действий:

— Активную эвтаназию, т.е. причинение смерти просящему об этом человеку целенаправленным действием, например, с помощью яда.

— Косвенную эвтаназию, т.е. непреднамеренное, но осознанное как возможность сокращение жизни в результате какого-либо медицинского действия.

— Пассивную эвтаназию — отказ от продлевающих жизнь больного препаратов или технических средств.

Эвтаназией, ясной в правовом отношении и поэтому не рассматриваемой в дальнейшем, можно считать «помощь в смерти», не связанную с ее приближением, т.е. ежедневную работу врача с умирающим пациентом. В основе уголовно-правового исследования любой формы эвтаназии находится содержащийся в § 211, § 212 УК Германии запрет умышленного лишения человека жизни и убийства по требованию жертвы (§ 216 УК). Согласие правового значения не имеет, следовательно, человек не может распоряжаться своей жизнью. Врач не имеет права помочь пациенту уйти из жизни, даже если пациент его об этом просит, в

противном случае его ждет уголовное наказание в виде лишения свободы от шести месяцев до пяти лет.

С одной стороны, активная эвтаназия запрещена, с другой же стороны, признается, что (учитывая существующие возможности медицинских технологий) должна существовать «граница» искусственного продления жизни человека. Жизнь не может спасаться любыми средствами и любой ценой.

В каких случаях действия врача, влекущие смерть пациента, являются уголовно наказуемыми как убийство или убийство по желанию жертвы? На этот вопрос возможен один только ответ: тогда, когда речь идет об эвтаназии в соответствии с данным выше определением, т.е. когда жизнь человека прекращают намеренными действиями (иногда употребляют выражение — избавить его от жизни).

Закономерно встает вопрос, какое прекращение жизни человека, напротив, не является уголовно наказуемым. Круг таких действий достаточно ограничен юридически. Это, во-первых, обезболивание при неизлечимых болезнях или тяжелых страданиях, проводимое с учетом того, что оно может привести и к уменьшению срока жизни. Данный тезис уже давно бесспорен как в науке, так и в судебной практике. Во-вторых, отказ от продляющих жизнь средств при определенных условиях. И, наконец, в-третьих, если действия по прекращению жизни квалифицируются как ненаказуемая помощь в самоубийстве.

В центре дискуссии — вопрос о значении и содержании пассивной эвтаназии, т.е. об отказе от средств продления жизни, например, искусственного питания, искусственного дыхания, переливания крови и т.д. Верховный суд в одном из центральных решений по вопросам эвтаназии сформулировал, что «нет никакой правовой обязанности поддержания угасающей жизни любой ценой. Действия по спасению жизни не являются обязательными только потому, что это технически возможно. Учитывая существующие достижения медицинских технологий, пределы врачебного долга определяются не эффективностью аппаратуры, а уважением к жизни и человеческому достоинству».

Эта позиция Верховного суда ФРГ является основой, требующей существенных уточнений.

Бесспорно, что решение и воля пациента могут повлечь за собой ограничение медицинских мероприятий или полное прекращение лечения. Это проявление права человека на самоопределение в отношении своего собственного здоровья. Для врача требование пациента имеет

обязательный характер, и, значит, решение окончить лечение не может быть уголовно наказуемым.

Сложнее обстоит дело с пациентами, находящимися без сознания, особенно, если сознание к ним, по всей видимости, не вернется. В этих случаях прекращение продления жизни по решению врача возможно при наличии трех условий: если болезнь неизлечима, обязательно приведет к смерти и смерть наступит в скором времени. Верховный суд ФРГ сформулировал еще одно решение: окончание медицинского спасения жизни в исключительных случаях возможно, несмотря на то, что пациент не может выразить свою волю и наступление смерти еще не в непосредственной близости. При этом следует исходить из естественного желания человека прекратить страдания и учитывать инструкцию Федеральной врачебной палаты по вопросам эвтаназии. Проведенное решение Верховного суда гарантирует право самоопределения для пациентов, не имеющих возможность высказать свою волю.

Если волю пациента выяснить невозможно, обращаются к так называемым «общечеловеческим ценностям», т.е. к надиндивидуальному критерию. При этом Верховный суд подчеркивает приоритет «охраны человеческой жизни по отношению к личным убеждениям врача и близких пациента». Что следует понимать под «общечеловеческими ценностями», Верховный суд не определяет. В качестве критерия, вероятно, следует учитывать близость смерти, невозможность возвращения к достойной человека жизни.

Таким образом, решение о допустимости пассивной эвтаназии в том случае, если пациенту не угрожает неминуемая смерть, требует трехступенчатой проверки: нужна выраженная воля пациента; если это невозможно, то воля потенциальная; если и это не удастся, следует исходить из надиндивидуальных критериев, т.е. из общечеловеческих ценностных представлений.

Следующей существенной проблемой, интенсивно обсуждаемой в немецкой литературе по уголовно-медицинскому праву, является различение убийства по желанию жертвы и помощи в самоубийстве. Убийство по желанию жертвы уголовно наказуемо, а помощь в самоубийстве нет. В случаях, когда для спасения пациента требуется активная помощь, но она не оказывается, судебная практика реагирует по-разному, в зависимости от того, обычный это пациент или «суицидный», право которого на самоопределение заслуживает уважения.

Ненаказуемость помощи в самоубийстве объясняется следу-

ющими соображениями. Если главное действие — самоубийство — ненаказуемо, то и соучастие в нем не может быть наказуемо. Это следствие принципа субсидиарности соучастия. Так, передача смертельного яда ненаказуема, если лицо употребило его самостоятельно и по своей воле. Этот общий принцип часто имеет лишь теоретическое значение, так как обязанность спасти потенциального самоубийцу всегда существует. Врач, как гарант жизни и здоровья, должен вмешаться и попытаться предотвратить самоубийство в тот момент, когда самоубийца теряет контроль над ситуацией, несмотря на то, что решение о самоубийстве было принято им свободно и не связано с психической болезнью.

Можно сказать, что судебная практика отдает предпочтение воле и самоопределению больных людей по отношению к решениям врачей и близких, уважает независимость пациентов в оценке их собственной жизни. Необходимо более детально регулировать возможности приостановления медицинского вмешательства в случаях, когда воля пациента неизвестна. Кроме того, различие между обычным и суицидальным пациентом должно быть четко прописанным, пока же оно оставляет врачей и уставших от жизни людей без правовой поддержки.

Необходимо отойти от теории «контроля деяния», предписывающей врачу спасать человека, даже если он, находясь в сознании, принял волевое решение уйти из жизни.

Статистика и опросы врачей подтверждают, что проблема эвтаназии далеко не разрешена. Данные опроса 180 врачей, опубликованные в журнале «Штерн» (1996), свидетельствуют о том, что около 8% врачей уже оказывали помощь в смерти; около 11% на практике сталкивались с активной эвтаназией; треть опрошенных считают активную эвтаназию приемлемой при определенных обстоятельствах. Таким образом, эвтаназия — не теоретическая проблема, а сугубо практический вопрос.

В Голландии был недавно принят Закон «О контроле за прекращением жизни по требованию и помощью в самоубийстве». Этот Закон явился логическим завершением семилетней практики, когда активная эвтаназия была еще официально запрещена, но уже не преследовалась прокуратурой.

В соответствии с Законом, активная эвтаназия не наказуема, если она осуществляется при соблюдении обязанностей по корректному прекращению жизни или оказанию помощи в самоубийстве и если данные действия зарегистрированы в государственном органе. Соответствующая комиссия проверяет правомерность таких действий. Пациент должен, по

мнению врача, принять это решение добровольно и осознанно, его состояние должно быть объективно безнадежным, а страдания субъективно невыносимыми. Необходима консультация второго врача. Альтернативы быть не должно. Устного выражения воли не требуется, пациенту старше 16 лет достаточно письменного распоряжения. Дети старше 12 лет могут либо с разрешения родителей, либо с их участием просить активной эвтаназии. Сегодня это происходит в 10-15 случаях в год.

Важно то, что врач имеет право на активную эвтаназию, но у пациента нет права этого требовать.

Голландский закон — пока исключение, но типичное для Голландии стремление к прозрачности правового регулирования очень позитивно.

В Швейцарии эвтаназия запрещена, так же как и участие в самоубийстве, если оно продиктовано эгоистическими мотивами. В Швейцарии не обращаются к теории «контроля за деянием» с вытекающей из нее обязанностью к спасению. Согласно швейцарскому праву, врач или другое лицо может вести себя пассивно и не вмешиваться в происходящее, если решение умирающего было принято обдуманно и свободно. Распоряжения пациента могут рассматриваться как подтверждение этого.

В кантоне Цюрих врачи имеют право выписать яд для совершения самоубийства. Согласно очень спорному решению Цюрихского городского совета в некоторых лечебных заведениях представители организаций, оказывающих помощь в смерти, могут предоставлять услуги по эвтаназии.

В Швейцарии широко обсуждалось предложение оставить эвтаназию на законодательном уровне запрещенной, но прекратить ее уголовное преследование.

Во французском праве убийство по требованию запрещено так же, как и убийство. Суицид и помощь в нем не наказуемы. Пассивная эвтаназия наказуема. Все эти темы активно дискутируются. Французский комитет по этике предложил разрешить эвтаназию для неизлечимо больных, страдающих сильными болями и многократно просивших помощи в смерти.

Проблема не только в разрешении или запрещении эвтаназии, но и в сложности ее регулирования. Многие сторонники активной эвтаназии против законодательного вмешательства. Они считают, что эти вопросы должны быть отданы на откуп пациенту и его врачу.

Можно одобрять или не соглашаться с любым из описанных выше

способов регулирования ответственности за эвтаназию, но всегда необходимо учитывать возможность злоупотреблений в отношении пациентов, находящихся без сознания, и принимать необходимые превентивные меры от законодательных до контрольных.

Таким образом, в настоящее время можно точно сказать только следующее: во-первых, необходима обширная общественная дискуссия; во-вторых, на подобные проблемы нельзя закрывать глаза, необходимо решать их совместными усилиями.

Перевод *А.А.Рёухт*

А.А.Рёрихт

ЭВТАНАЗИЯ В МЕДИЦИНСКОМ И УГОЛОВНОМ ПРАВЕ ПОЛЬШИ (Реферативный обзор)

В 1996 г. в Польше (г.Люблин) был проведен симпозиум по проблемам эвтаназии. За последние три года варшавский журнал «Государство и право» опубликовал целую серию статей по данным вопросам, отличающихся острой дискуссионностью и представляющих несомненный интерес для российских специалистов. Основные позиции авторов и главные спорные моменты можно обозначить следующим образом.

К.Поклевски-Козьел, положивший начало дискуссии, считает, что наряду с наиболее радикальным вмешательством государства в существование человека — наказанием в виде смертной казни — следует назвать еще три: аборт, самоубийство и эвтаназию.

Слово «эвтаназия» происходит от греческого «eu» — добро и «thanatos» — смерть. Различают активную эвтаназию, означающую причинение смерти просящему об этом человеку, и пассивную — отказ от поддержания жизни человека в определенных обстоятельствах; понятие эвтаназии включает и помощь в самоубийстве.

Автор утверждает, что проблема эвтаназии нашла верное и рациональное решение в праве Голландии: там эвтаназия остается преступлением, но не преследуется, если были соблюдены предписанные условия¹.

¹ Ныне голландский законодатель нашел еще более кардинальное решение (см. об этом статью проф. Г.Вольфсласт), приняв специальный Закон «О контроле за прекращением жизни по требованию и помощи при самоубийстве».

Специальная правительственная комиссия зафиксировала в Голландии 25 306 случаев эвтаназии в год, причем 2 300 из них — так называемое активное лишение жизни по просьбе заинтересованного лица (последнее определение и было принято как нормативное).

К.Поклевски-Козьел подчеркивает, что специалисты в качестве причин эвтаназии называют в первую очередь потребность в устранении чрезмерных страданий. Апелляционные суды в США (штаты Нью-Йорк и Вашингтон) приняли два важных решения, признавших ненаказуемость помощи в самоубийстве.

Ст.31 польского Кодекса врачебной этики указывает: «Врач не имеет права ни при каких условиях применять эвтаназию», но в то же время в ст.32 говорится, что врач не обязан начинать и проводить реанимацию либо интенсивную терапию с применением чрезвычайных средств в ситуации неизбежности скорой смерти. Решение о прекращении реанимации принадлежит врачу и связано с оценкой шансов лечения. В проекте закона о профессии врача имелось аналогичное предписание, которое, как с сожалением отмечает автор, не вошло в принятый текст, видимо, по соображениям опасности злоупотреблений.

Обсуждаемые проблемы затрагивают роль врача, его непосредственное влияние на окончательную судьбу человека, поэтому общество заинтересовано в формировании врачебной этики. Сегодня между медиками и юристами существует «тихое согласие», позволяющее избегать фатальных последствий запрета эвтаназии. К.Поклевски-Козьел считает, что прежде всего следует руководствоваться ч.2 ст.2 Кодекса врачебной этики: «Высшим этическим принципом для врача является благо больного, поэтому основной упор надо делать на действительные интересы и волю тяжело страдающих людей, поднимаясь над эмоциями, идеологическими установками и односторонними взглядами».

Рассматривая вопросы помощи в самоубийстве, автор ссылается на четыре права: 1) право на сопротивление мерам врача, включая те, которые поддерживают жизнь; 2) право лишить себя жизни или, как некоторые его называют, — право на «рациональное» самоубийство; 3) право на поддержку самоубийства, т.е. на получение чьей-то помощи при самоубийстве; 4) право на добровольную активную эвтаназию.

Автор полагает, что анализ практики американского Верховного суда дает возможность выдвинуть следующий тезис: если бы была гарантирована полная свобода решения больных в состоянии скорого приближения смерти, при условии не вызывающей сомнений квалификации та-

кового состояния, правовое допущение врачебной помощи при самоубийстве стало бы возможным. Единственный штат в США — Орегон — легализовал ее в Законе от 4 ноября 1997 г. (Death with dignity act — Закон об умирании с достоинством). В августе 1998 г. в этом штате было зафиксировано восемь случаев самоубийства с помощью прописанных лекарственных средств. При этом врач получил подтверждение о безнадежном состоянии пациентов от двух независимых врачей с соблюдением 15-дневного срока между первым и вторым волеизъявлением больных, желающих получить помощь в самоубийстве.

Автор анализирует содержание ст.150 и 151 УК Польши. Приведу их текст для ориентации читателя.

Эвтаназия. Ст.150. §1. Кто убивает человека по его желанию и под влиянием сочувствия к нему, наказывается лишением свободы на срок от 3 месяцев до 5 лет. §2. В исключительных случаях суд может применить исключительное смягчение наказания и даже отказаться от его назначения.

Склонение или помощь в самоубийстве. Ст.151. Кто склоняет или путем оказания помощи доводит человека до посягательства на собственную жизнь, наказывается лишением свободы на срок от 3 месяцев до 5 лет¹.

К.ПоклевскиКозьел делает вывод, что «самоубийство (деяние, с точки зрения уголовного права, безразличное) является для умирающего пациента, который хочет покончить с жизнью, освобождением от непереносимых страданий, действием в его интересах. Лицо, оказывающее помощь больному по его желанию, поступает так под влиянием сочувствия».

В этом и заключается основная разница между упомянутыми статьями УК.

С резкой критикой позиции К.Поклевски-Козьела выступил Я.Варылевский. Он пишет, что *casio legis* уголовно-правового запрета эвтаназии, а также склонения к самоубийству и оказания помощи в самоубийстве следует выводить из необходимости охраны человеческой жизни, которая имеет первостепенное значение в иерархии правовых ценностей. Право на свободу принятия решения о моменте своей смерти стоит в иерархии существенно ниже. Польское уголовное право отказы-

¹ Текст статей УК дается в переводе автора обзора по изданию: Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy. — Gdansk, 1999 — (A. P.).

вает человеку в праве на смерть, признавая, что человеческая жизнь является благом, значение которого нельзя рассматривать лишь в категориях индивидуальных. Оно имеет социальную ценность, и никто не должен распоряжаться своей жизнью произвольным способом.

Автор оспаривает позицию, согласно которой предписания ст.150 и 151 УК исключают наказание врача, медсестры или иного лица, оказавшего помощь в самоубийстве пациента по его желанию или под влиянием сочувствия. Он считает, что запрет эвтаназии касается не помощи, а исключительно исполнения. Я.Варылевский пишет, что отсутствие уголовно-правового запрета помощи в самоубийстве могло бы стать криминогенным фактором, а ст.150 не должна расцениваться как частичная легализация эвтаназии. Более того, он вносит предложение об отмене ч.2 данной статьи, поскольку исключительность должна трактоваться с учетом иных обстоятельств, минимизирующих общественную опасность деяния или виновность деятеля, и ни в коем случае не влиять на оценку наказуемости в абстрактной плоскости эвтаназии по ст.150 УК.

Позицию Я.Варылевского критикует П.Конечняк, который считает, что трактовка жизни как абсолютной социальной ценности не дает несчастному самоубийце никаких шансов: указывая человеку — ты обязан жить, тем самым мы обязываем его страдать, поскольку его самоубийство нанесет ущерб абстрактному уважению к жизни и развратит других. Таким образом, человек понимается (вместе с его страданиями) не как обособленная личность, а как средство реализации определенной цели, находящейся вне его самого. Автор уверен, что такого рода подход характерен для авторитарных систем и пробуждает страх.

П.Конечняк считает, что самоубийство юридически индифферентно, не являясь объектом ни запрета, ни приказа. В уголовном праве оно не выступает предметом криминализации. Наказуемы лишь помощь в самоубийстве и принятие мер для его предотвращения в смысле ст.151 УК.

М.Плахта рассматривает более широкий спектр вопросов, связанных с эвтаназией, пытаясь суммировать основные черты «права на умирание». В этой связи он подчеркивает, что: а) данная проблематика носит динамичный характер, требующий постоянной актуализации как медико-юридических, так и сравнительно-правоведческих знаний; б) несмотря на предпринятые усилия в решении проблем «права на умирание», остается слишком много неясностей, касающихся и сути этого права, и его конституционных основ; в) проблематика смерти и умирания

носит универсальный характер с учетом чрезвычайно широких моральных ее аспектов; г) события в различных странах актуализируют потребность ее обсуждения, проведения специальных исследований и формулирования позиций, в том числе законодателем; д) разнородность предлагаемых законодательных моделей и частичных решений данной проблемы приводит к выводу, что они самым существенным образом зависят от социальных и религиозных факторов, будучи укорененными в локальной культуре и традициях.

Автор исходит из нескольких важных посылок, в том числе: качество умирания должно соответствовать качеству жизни; жизнь человека включает также и его смерть, т.е. смерть — это часть жизни; необходимо однозначное решение вопроса, с какого момента наука и государство должны позволить, чтобы воля человека победила и наступила его смерть (или категорически отказать ему в этом); уважение к «святости жизни» требует признания «святости смерти» и создания правовых гарантий охраны этого. «Право на умирание» включает в себя регулирование следующих вопросов: отказ пациента от лечения, включая согласие на отключение аппаратуры, поддерживающей давление, дыхание и т.п., прекращение деятельности по спасению жизни, совершение при жизни волеизъявления, содержащего указания о лечении и его способах или уполномочивание иных лиц к принятию обязывающих решений в этой области, когда сам волеизъявитель будет неспособен к действию и выражению своей воли. В определенном смысле можно говорить о пассивном праве сопротивления против вмешательства в сферу здоровья, жизни и телесной неприкосновенности человека. Оно выступает как специальное по отношению к более общим правам человека.

М.Плахта приводит интересные данные о законодательстве и судебной практике США и Канады, в частности, пишет о результатах референдума о легализации эвтаназии и декриминализации помощи в самоубийстве. Несмотря на результаты предварительного зондажа общественного мнения, когда опрашиваемые высказывали сочувствие тяжело страдающим и неизлечимым больным, результаты референдума были отрицательными, видимо, из-за опасений злоупотреблениями и иных трудных для предвидения последствий.

Автор анализирует также вопрос о том, должны ли суды рассматривать вопросы эвтаназии и врачебной помощи в самоубийстве, разрешающие действия такого рода. По его мнению, судебная система на редкость плохо приспособлена к рассмотрению таких дел. Производство

является слишком дорогостоящим, требует значительных затрат времени и труда, а ведь именно время имеет для смертельно или тяжело больного первостепенное значение. Поэтому медики, юристы, пациенты и их родственники настаивают на том, чтобы решение вопроса о праве на умирание принял законодатель.

В проблематике права на умирание, пишет М.Плахта, можно выделить три группы более или менее противоречащих друг другу интересов. Это: а) интересы медицинской профессии, находящейся под влиянием, с одной стороны, сочувствия к пациенту, а с другой — страха перед уголовной и гражданско-правовой ответственностью; б) общественные интересы; в) интересы самого пациента, лишение которого права на умирание продлевает его страдания и муки. Следовательно, необходим поиск компромисса при построении иерархии этих и иных интересов.

В заключение — один из аргументов, который приводил К.Поклевски-Козьел, ссылаясь на Ларошфуко: «Каждый из нас имеет достаточно сил, чтобы переносить страдания других».

Список литературы

1. Konieczniak P. // W sprawie eutanatycznej pomocy do samobójstwa (Na marginesie sporu J.Warylewski-K.Poklewski-Koziell) // Państwo i prawo. — W-wa, 1999. — N.5. — S.72–78.
2. Plachta M. «Prawo do umierania?» Z problematyki regulacji autonomii jednostki w sprawach śmierci i umierania // Ibid. — 1997. — N.3. — S.53–64.
3. Poklewski-Koziell K. O eutanazji w świetle nowych koncepcji prawniczych // Ibid. — N.1. — S.49–57.
4. Poklewski-Koziell K. Postrzeganie eutanazji: prawnicze-medyczne-etyczne (Artykul recenzyjny) // Ibid. — 1998. — N.12. — S.87–98.
5. Warylewski J. W sprawie prawnokarnego postrzegania eutanazji // Ibid. — 1999. — N.3. — S.75–78.

**ЧОНГ Х.-М.
ПОМОЩЬ В СМЕРТИ И УГОЛОВНОЕ ПРАВО
(ЭВТАНАЗИЯ В ПРАВЕ ЮЖНОЙ КОРЕИ)
(Реферат)**

**CHONG H.-M.
Sterbehilfe und Strafrecht. — Freiburg, MPI: für ausländisches
und internationales Strafrecht, 1998. — 283 S.**

В Южной Корее в центре дискуссии об эвтаназии стоит вопрос о дозволительности активной эвтаназии. Этой проблеме и посвящена книга Хон-Ми Чонг, в которой анализируются врачебный долг «помочь в смерти»; конструкция согласия; правовое обоснование оправдания эвтаназии, критерии «соответствия общественным нравам»; активная эвтаназия по требованию больного; запрет оказания помощи в самоубийстве; пассивная эвтаназия; понятие «достойной смерти».

В корейском праве признаются все формы эвтаназии, даже убийство пациента может быть оправдано. Это, с одной стороны, объясняется корейским сознанием, с другой — религиозными традициями, воспринимающими смерть и эвтаназию позитивно.

Согласно ст.20 УК Южной Кореи оправдывающим эвтаназию фактором является «соответствие общественным нравам». В статье перечислены шесть предпосылок допустимости активной эвтаназии. По оценкам многих специалистов, они крайне не ясны и не сочетаются с главным критерием «соответствия общественным нравам». С точки зре-

ния Хоен-Ми Чонг, допустимость активной эвтаназии противоречит принципам уголовного права, призванного охранять жизнь как главную ценность. Убийство должно быть запрещено независимо от мотивов, и, тем не менее, в экстремальных ситуациях, когда оно совершено по взаимному согласию, можно отказаться от применения наказания. Оправдание помощи в смерти «соответствием общественным нравам» автор признает легитимным для косвенной эвтаназии и соучастия в самоубийстве. Для этих случаев южнокорейским уголовным правом разработаны оправдательные принципы: легальность цели, соизмеримость средств, соотносимость со страданием, неотложность, дополнительный характер. Например, отключение продлевающей жизнь аппаратуры рассматривается как предоставление пациенту возможности умереть достойно человека. Эта юридическая конструкция применяется в случаях, когда пациент постоянно находится без сознания и не может не только ощущать боль, но и выразить свою волю. Автор считает, что эта ситуация должна быть отграничена от пассивной эвтаназии, так как она не связана с уменьшением страданий.

Однако большинство ученых видят в этом совершение деликта и применяют и к нему оправдательный приговор. При этом правовая оценка связана не с эффективностью аппаратуры, а с границей медицинских возможностей лечения в целом, а выполнение врачебного долга не нарушено бездействием. Следовательно (к этому выводу приходит Чонг), правовое регулирование здесь не очень отличается от пассивной эвтаназии.

При пассивной эвтаназии, если воля пациента подтверждена, применяется критерий достойной смерти. Учитывая терпимое отношение к самоубийству, эвтаназии и убийству из жалости, а также высокий процент самоубийств в Южной Корее, все формы эвтаназии встречаются на практике довольно часто. И несмотря на это, процессов, связанных с эвтаназией, почти нет. Это происходит из особенностей уголовного процесса в Южной Корее и высокой сдержанности по отношению к уголовно-правовым запретам.

В отличие от принятых в европейских правовых системах подходов большинство корейских ученых придерживаются мнения, что момент смерти мозга не является моментом смерти, или считают, что, поскольку это не доказано полностью, применять такой критерий неверно. Однако именно на основании этого критерия определяется момент дозвоительности отключения аппаратуры, продлевающей жизнь. По мнению проф.

Кима, человек, смерть мозга у которого уже наступила, все равно может являться объектом преступления — убийства, так как критерий смерти мозга еще официально не доказан. Кроме того, врач обязан поддерживать жизнь до момента остановки сердца. Но здесь следует учитывать важное обстоятельство, имеющее решающее юридическое значение: отключение пациента от аппаратуры может быть оправдано, если решение принято врачом совместно с родственниками и близкими пациента, тогда оно рассматривается как заменяющее решение самого пациента, его соответствие воле пациента презюмируется. Указанную конструкцию решения — заместителя Чонг подвергает острой критике. Она считает, что слишком мало внимания уделяется установлению истинной воли пациента.

Пассивная эвтаназия в корейском праве — это эвтаназия путем бездействия, она включает только случаи, когда врачебная помощь прекращается, чтобы не продлевать страдания больного. Таким образом, случаи, в которых прекращение врачебной помощи не связано с избавлением от страданий, не подпадают под понятие пассивной эвтаназии. Они приравниваются к активной эвтаназии — со всеми вытекающими из этого правовыми последствиями.

Различные проблемы возникают при правовой оценке ситуации, в которой прекращение врачебной помощи происходит по совместному решению больного и врача. Судебной практики по этому поводу не существует, а в литературе выработались две точки зрения. Первая рассматривает эвтаназию с согласия пациента как действие, которое может быть оправдано. Предпосылка такого подхода состоит в том, что пассивная эвтаназия образует состав убийства путем бездействия и может быть оправдана крайней необходимостью. Условия необходимости подробнее не определяются. Если сопоставить данную конкретную проблему с понятием крайней необходимости, разработанным общим уголовным правом, то можно сказать, что право на самоопределение пациента противоречит обязанности врача продолжать лечение. В этом случае может быть применена конструкция крайней необходимости как оправдание врача и в связи с приоритетом прав пациента.

Специалисты, придерживающиеся второй точки зрения, вообще не рассматривают пассивную эвтаназию с согласия пациента как уголовно-наказуемое деяние, т.е. выводят ее за пределы действия уголовного закона, делая акцент на запрете принудительного лечения, который обязателен для врача. Они полагают, что, выполняя данный запрет, врач не

может совершить уголовно-наказуемое деяние. Данная позиция помогает более четко разграничить пассивную эвтаназию с согласия пациента от помощи при самоубийстве, так как последняя не может быть совершена путем бездействия.

Большинство мнений, теорий и правовых конструкций в южнокорейском праве, относящихся к эвтаназии, выражены крайне нечетко, идея законодательно закрепить регулирование эвтаназии не находит поддержки в праве Южной Кореи. Законодательство, закрепляющее эвтаназию, могло бы усилить тенденцию пренебрежения к жизни, и так постоянно растущую в Южной Корее в связи с экономическими переменами. Хoen-Ми Чонг считает, что необходимо углубленное толкование уже существующих законов.

А.А.Рёрухт

Раздел V

ВОПРОСЫ МЕДИЦИНЫ В ОТРАСЛЕВОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Закономерно, что столь новая отрасль законодательства, права и науки, как медицинское право, формировалась путем выделения отдельных проблем из отраслей более традиционных (таких как уголовное и гражданское право). Постепенно расширялся круг вопросов, впервые или совершенно с новых позиций регулируемых именно и только правом медицинским. Но при этом современное развитие науки и техники, усложнение социально-экологической ситуации, появление новых видов противоправного поведения и т.д. приводят к образованию новых объектов правового регулирования, входящих в сферу интересов и медицины, экологии, криминологии и других наук. В заключительном разделе книги представлены статьи, отражающие разработанность такого рода смежных проблем на сегодняшний день и формулирующие задачи дальнейших междисциплинарных исследований.

О.Л.Дубовик

**МЕДИЦИНСКОЕ И ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО:
ОБЩИЕ ЗАДАЧИ, ПУТИ И СПОСОБЫ
ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ В ОХРАНЕ СРЕДЫ
ОБИТАНИЯ ЧЕЛОВЕКА**

Один из принципов Декларации, принятой в 1992 г. в Рио-де-Жанейро, гласит: «Люди имеют право на здоровую жизнь в гармонии с природой». Эта идея по сути и предопределяет цели и направления взаимодействия медицины и экологии, законодательства о здравоохранении и об охране окружающей среды.

Взаимосвязи между медицинским и экологическим правом, черты сходства и различия между этими двумя отраслями можно проследить по целому ряду параметров. Среди них: цели и объекты правового регулирования; общие для обеих отраслей нормы и содержащие их нормативно-правовые акты; управленческие (контрольно-надзорные структуры), в чью компетенцию входит одновременно решение задач в области охраны — здоровья населения и окружающей среды, обеспечения экологической безопасности; история формирования и развития обеих отраслей права (и законодательства) и др.

Для этого коротко следует рассмотреть вопрос о понятии и статусе этих отраслей права (законодательства).

В эколого-правовой литературе не подвергается сомнению, что экологическое право — самостоятельная комплексная отрасль права, регулирующая взаимоотношения общества и человека с окружающей средой.

В качестве отрасли оно признается, поскольку, являясь крупным звеном структуры права в целом, охватывает основные специфические виды отношений и поведения, требующие обособленного, юридически своеобразного регулирования. Самостоятельность экологического права обусловлена наличием собственного предмета регулирования — экологически значимого поведения людей — и специфических задач — сохранения окружающей среды, улучшения ее состояния и качества, восстановления средообразующих элементов, обеспечения экологической безопасности населения и территорий, экологического правопорядка и др. Эти задачи не могут быть решены другими отраслями права. Комплексность экологического права объясняется тем, что данная отрасль, не будучи связанной единым методом и механизмом регулирования, объединяет совокупность правовых норм, которые с определенного периода возникли и действительно выделились в правовой системе. Эти нормы, не разрушая ранее сложившиеся основные структуры права, существуют в виде новых вторичных правовых образований. По удачному выражению С.С.Алексеева, многие нормы таких отраслей имеют «двойную прописку», т.е. двойной режим. Иными словами, комплексность экологического права объясняется тем, что оно включает в себя и собственно экологические нормы — ядро права и привлекает для решения поставленных перед ним задач нормы других отраслей права, как фундаментальных (уголовного, гражданского, конституционного и административного), так и производных, вторичных (трудового, земельного, водного и т.п.).

В отношении права медицинского пока что специалисты не пришли к единому мнению, и многие из них подчеркивают, что данная отрасль права еще только формируется. Представляется, что это не совсем так. Если исходить из перечисленных выше критериев, то трудно возразить против того, что в реальной действительности существует группа отношений, видов поведения самых разных субъектов (врачи, пациенты, их родственники и близкие, фармацевты, должностные лица органов управления здравоохранением и др.), нуждающихся в правовом регулировании. И это регулирование юридически не менее своеобразно, специфично, чем в тех случаях, когда речь идет о других комплексных отраслях. Соотношение и удельный вес заимствованных из иных структурных правовых образований элементов могут варьироваться (так, в медицинском праве сильнее влияние цивилистических институтов и методов, чем в экологическом, где преобладают институты и методы административно-правовые), но нельзя отрицать наличия большой группы «соб-

ственных» норм или норм (институтов), претерпевших весьма существенное преобразование, хотя бы в сторону конкретизации, создания дополнительных условий и ограничений реализации и т.п. (типичный пример — волеизъявление и согласие пациента на участие в медицинском эксперименте). Такой признак, как наличие цели, не может влиять на определение медицинского права как самостоятельной отрасли, поскольку его цель — охрана жизни и здоровья — совпадает с целями многих иных отраслей, но средства ее достижения, безусловно, характеризуются спецификой.

Что касается названия данной отрасли, то при всех доводах за употребление таких терминов, как «здравоохранительное право», «лечебное право», наиболее предпочтительным представляется выбор термина «медицинское», как с сущностных позиций, поскольку охватывает наиболее широкий спектр отношений и поведения, так и с точки зрения грамматических особенностей русского языка. Использование названных выше понятий как подчиненных все же скорее указывает на части (разделы), возможно — подотрасли медицинского права в целом.

Как и право экологическое, медицинское отличается такими специфическими чертами, как *молодость* (специалисты называют три последних десятилетия XX в. периодом, когда оно стало активно формироваться, отражая переход от классической деонтологии к новым способам и методам лечения и профилактики заболеваний); *интенсивность развития* (действительно, в последние годы принят ряд международных актов в области защиты прав на здоровье, ограничений рисков, связанных с использованием методов биомедицины, новых лекарственных препаратов и проч., чрезвычайно расширилась нормативно-правовая база национального права, в России, например, приняты не только основы о здравоохранении, но и ряд специальных законов о трансплантации, донорстве, введены специальные составы в УК, действуют многочисленные ведомственные акты Минздрава и т.п.); смешанность методов правового регулирования; юстициарность (как существование институционализированных структур, процессуальных порядков защиты прав субъектов медицинского права); наличие главной цели (охрана жизни и здоровья) и конкретизирующих ее задач (обеспечение прав пациентов, защита биобезопасности человека и человечества, организация здравоохранения оптимальным для наличных социально-экономических условий образом и т. п.) и др. Все эти черты обеих отраслей во многом схожи. В то же время медицинское право отличается большей ориентированно-

стью на индивидуума, чаще идет от частного — от защиты права на здоровье конкретного человека, регулирования новой методики лечения или диагностирования (например, предимплантационных исследований) к решению более масштабных задач (защита прав эмбрионов); экологическое же нередко — от более общих, даже глобальных, задач, например, по охране климата, к менее масштабным. Объекты правового регулирования в экологическом праве более разнообразны, даже разнородны при всем том, что их связывает нечто общее — окружающая среда, но она сама по себе чрезвычайно сложна по структуре, а объект медико-правового регулирования — человек и среда его обитания — не что иное, как часть объекта эколого-правового регулирования (это отнюдь не ослабляет аргументации о самостоятельности медицинского права).

Далее, частично нормативно-правовая база обеих отраслей совпадает, пересекается. Как минимум, можно говорить об актах, устанавливающих санитарно-гигиенические нормативы воздействий на окружающую среду и ее компоненты, регламентирующих обращение с вредными веществами при изготовлении лекарств, с медицинскими отходами, правила безопасности в области ксено-трансплантологии и проч.¹. В то же время значительный массив актов и норм, в них содержащихся, не пересекается, регулируя специфические группы отношений (все, что связано с собственно лечением, действиями врачей, установлением момента смерти, эвтаназией и т.п.); преувеличением было бы говорить о том, что регламентация режимов особо охраняемых территорий связана с медицинским правом (хотя, конечно, сохранение дикой природы влияет на психическое здоровье человека).

Тем не менее, как минимум, способы взаимодействия анализируемых отраслей можно обозначить как: а) взаимное расширение правовой науки и практики путем обмена правовыми идеями и опытом; б)

¹ В настоящее время в России действуют гигиенические нормативы для атмосферного воздуха (более 500 ПДК, более 1500 ОБУВ), около 1500 ОБУВ для воды и водных объектов, ОБУВ более 400 и для других факторов среды обитания человека (радиационные, загрязнения почвы, физические — уровни шума, ультразвукового и вибрационного воздействия и т. п.).

В Положении о социально-гигиеническом мониторинге, утвержденном постановлением Правительства РФ от 1 июня 2000 г. № 426, установлены многие совместимые параметры с данными, сбор и анализ которых входит в задачи экологического мониторинга (см.: Федеральный закон «О гидрометеорологической службе» от 19 июля 1998 г. РФ. — СЗ РФ. 1998. № 30. Ст.3609).

создание законодательных и иных нормативных правовых актов, регулирующих смежные группы (области) общественных отношений (Конвенция о правах человека и биомедицине, законодательство о санитарно-эпидемиологическом благополучии в части регулирования защиты среды обитания и предотвращения неблагоприятных воздействий ее на здоровье человека, о качестве и безопасности пищевых продуктов и некоторых иных видов продукции, об ответственности за деяния, причиняющие вред одними и теми же действиями (бездействиями) и человеку, и окружающей среде и многое другое, т.е. все нормы гл. 26 УК РФ о загрязнении окружающей среды и некоторые другие); в) частичное совпадение объектов правового регулирования с учетом того, что и экологическое, и медицинское право могут регламентировать отдельные, совпадающие и несовпадающие их стороны; г) выявление новых объектов правового регулирования и кооперация в охране или управлении ими.

Рассмотрим подробнее вопрос, связанный с объектом правового регулирования, исходя из того, что сферы, цели и задачи медицинского и экологического права, как уже отмечалось, частично совпадают: и то и другое предназначено для охраны здоровья и жизни людей, обеспечения экологической безопасности населения и территорий, наряду, конечно, с выполнением других задач. В последнее время в литературе по охране окружающей среды пишут о том, что объектом правовой охраны является человек, его биобезопасность, биологическая сущность. Несомненно, это также и объект медицинского права (его раздела, регулирующего биомедицину). Далее, в законодательстве экологическом в качестве объектов правового регулирования называют окружающую среду, ее компоненты (воздух, воды, леса, животный мир и т.п.), химические, биологические, радиоактивные вещества, энергию, отходы, поведение, которое связано с воздействием на окружающую среду, и т.п. Многие из названных явлений, процессов, веществ и видов деятельности также входят в объект регулирования в области медицины, фармацевтики. В медицинском законодательстве широко употребляются обороты «среда обитания человека», «неблагоприятные факторы воздействия среды обитания на здоровье человека» и т.п. Так, в Федеральном законе «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» от 30 марта 1999 г. даются определения таких терминов, как среда обитания человека и факторы среды обитания, вредное воздействие, безопасные условия, санитарно-эпидемиологическая обстановка и т.п., устанавливаются нормы о полномочиях органов исполнительной власти, права и обязанности граждан,

в том числе право на получение информации о среде обитания, потенциальной опасности работ, услуг, продуктов, и право на благоприятную среду обитания, факторы которой не оказывают вредного воздействия на человека. Кроме того, здесь определены обязанности индивидуальных предпринимателей и юридических лиц обеспечивать безопасность продукции, продуктов и товаров при их производстве, транспортировке, хранении, реализации; проводить работы по обоснованию безопасности для человека новых видов продукции и технологии ее производства, критериев безопасности и (или) безвредности факторов среды обитания и разрабатывать методы контроля за факторами среды обитания и др. Важные положения содержатся в гл. III «Санитарно-эпидемиологические требования обеспечения безопасности среды обитания для здоровья человека». Они сформулированы исходя из трех критериев — видов природных объектов, видов условий деятельности и видов продукции.

Если сравнить подходы юристов-экологов и специалистов в области медицинского права к определению такого объекта, как среда (окружающая, природная, обитания, естественная, социально природная и т.п.), то видны некоторые отличия. Так, окружающая среда в экологическом праве понимается как сложный конгломерат различных элементов и связей между ними. Российские авторы подчеркивают разные стороны понятия «окружающая среда», выделяя наиболее важные моменты, в частности : окружающая среда является операционным базисом многообразной человеческой деятельности, совокупностью естественных элементов, т.е. созданных природой, но в большей или меньшей мере преобразованных хозяйственной деятельностью человека и составляющих в данном месте и в данное время условия жизни людей; это весь материальный мир, находящийся вне человеческого общества, окружающий общество. Окружающая среда существует как целое, взятое в разных масштабах и в разных сочетаниях, а не только как совокупность отдельных элементов, природных ресурсов и природных объектов. Подчеркивается, что окружающая среда служит условием и средством жизни человека, территорией, на которой он проживает, пространственным пределом осуществляемой государственной власти, местом для размещения объектов промышленности, сельского хозяйства, культурно-бытового назначения и иных.

Законодательство о санитарно-эпидемиологическом благополучии трактует среду обитания как «совокупность объектов, явлений и

факторов окружающей (природной и искусственной) среды, определяющей условия жизнедеятельности человека», а указанные факторы как биологические (вирусные, бактериальные, паразитарные и иные), химические, физические (шум, вибрация, ультразвук, инфразвук, тепловые, ионизирующие, неионизирующие и иные излучения), социальные (питание, водоснабжение, условия быта, труда, отдыха) и иные, оказывающие или могущие оказать воздействие на человека и (или) на состояние здоровья будущих поколений (ст.1).

В заключение обозначим направления влияния факторов окружающей среды на медико-биологические показатели состояния здоровья населения России. Данные об этом фиксируются с помощью системы социально-гигиенического мониторинга, экологического мониторинга, специальных обследований и иных наблюдений и отражаются в ежегодных Государственных докладах: о состоянии здоровья населения в РФ, о санитарно-эпидемиологической обстановке в РФ, о состоянии окружающей природной среды в РФ, и соответствующих докладах субъектов Федерации, в Национальном плане действий по гигиене окружающей среды в Российской Федерации на 2001–2003 гг., в иных официальных документах (отчетности Госкомстата, министерств и ведомств и т.п.), научных публикациях, в СМИ.

На состоянии здоровья населения сказываются социальные, антропогенные, метеорологические и гелиогеофизические факторы, санитарно-эпидемиологическая обстановка и т. п. Специалисты отмечают, что усиление антропогенной нагрузки приводит к нарастанию экологически обусловленной заболеваемости, в первую очередь в группах риска (дети, люди пожилого возраста), угнетению иммунобиологической реактивности и иным патологическим проявлениям¹.

К числу важнейших медико-демографических показателей, как известно, относятся смертность, рождаемость, уровень заболеваемости различными инфекционными и неинфекционными, в том числе генетическими, болезнями и т.д. По большинству из них в России фиксируются неблагоприятные тенденции. Главный санитарный врач РФ Г.Г.Онищенко указывает, что после катастрофического ухудшения состояния здоровья населения в 1991–1995 гг. в последующие 3–4 года отмечалась некоторая стабилизация и даже улучшение показателей здо-

¹ Государственный доклад о состоянии окружающей природной среды. — С.83.

ровья людей, но с 1999 г. эта тенденция нарушилась и почти все показатели здоровья населения ухудшились¹.

Отмечу — ухудшилось и большинство показателей состояния окружающей среды, что вынуждает специалистов расценивать, например, состояние земель в РФ как угрозу национальной безопасности. Г.Г.Онищенко обоснованно подчеркивает, что результаты социально-гигиенического мониторинга дают основания полагать, что сложившаяся на протяжении многих лет напряженная экологическая ситуация в стране представляет собой серьезную угрозу для состояния здоровья населения. Ее анализ показывает, что трудности в улучшении качества окружающей среды и создания благоприятных условий проживания людей возникают не только из-за недостаточности финансирования природоохранных мероприятий и медицины, но и в результате нестыковок между экологическими требованиями и мерами медицинскими, санитарно-гигиеническими требованиями, а также из-за отсутствия четких критериев потенциального и реального ущерба (риска) для здоровья населения от неблагоприятных факторов среды обитания².

Убыль населения страны наблюдается с 1992 г. и за десять последних лет XX столетия численность его сократилась на 3,5 млн. человек. Причем география этого показателя распределяется практически на все регионы: в 1999 г. сокращение числа жителей наблюдалось в 82 из 89 субъектов РФ, в 2000 г. — в 79. В 2000 г. превышение числа умерших лиц над числом родившихся достигло рекордной цифры — 957,7 тыс. человек, т.е. почти миллиона жизней. Смертность населения от всех причин в целом по РФ возросла в 2000 г. по сравнению с 1999 г. на 3,9% и увеличилась по всем основным классам болезней, кроме умерших по причине новообразований (рак). Как отмечается в Государственном докладе о состоянии окружающей природной среды в РФ за 2000 г., судя по уровню смертности населения от инфекционных и паразитарных заболеваний, страна «вернулась» на 30 лет назад. Рост смертности по этой причине отмечался в 54% субъектов РФ (более чем на 80% это определяется заболеваниями туберкулезом, который, конечно, справедливо считается болезнью бедных, но все же и влияние ухудшения качества окружающей

¹ См.: Онищенко Г.Г. Окружающая среда и состояние здоровья населения // Экологическая безопасность: проблемы, поиск, решения. — М., 2001. — С.7.

² См.: Онищенко Г.Г. Окружающая среда и состояние здоровья населения // Экологическая безопасность: проблемы, поиск, решения. — М., 2001. — С.12.

среды вносит свою лепту). Уровень смертности от заболеваний органов дыхания в 2000 г. превысил в 1,5 раза среднероссийский (т.е. 69,7 случаев на 100 тыс. населения) в Ивановской, Курской, Тамбовской, Тульской и других областях.

Уровень заболеваемости достиг в 2000 г. максимального за последние годы значения для взрослых — 1188,2; подростков — 1511,4; детей — 1829,8 (на 1000 человек). Наиболее распространенными являются болезни органов дыхания, системы кровообращения, органов чувств, нервной системы и др.; повышается уровень аллергических болезней, врожденных аномалий и других проявлений нарастающего влияния неблагоприятных факторов окружающей среды, несбалансированного питания, в частности употребления содержащих вредные химические вещества продуктов.

Практически две трети населения России проживает на территориях, где уровень загрязнения атмосферного воздуха не соответствует нормативам. 13,5% проб почвы в селитебной зоне не отвечают гигиеническим показателям по санитарно-химическим нормативам и 16,28% — по микробиологическим (в том числе по солям тяжелых металлов — свинца, кадмия, а также пестицидам; высокое микробное загрязнение почв связано с неудовлетворительным положением со строительством мусороперерабатывающих и мусоросжигательных заводов, образованием несанкционированных свалок и т.п.). Загрязнение атмосферного воздуха приводит к возникновению заболеваний органов дыхания (бронхиальная астма) и к формированию респираторных аллергозов (диоксид серы, сероводород, сульфаты). В Государственном докладе о состоянии здоровья населения, подготовленном Минздравом РФ в 1999 г., на основании данных об уровне загрязнения атмосферного воздуха более чем в 100 городах России выяснилось: 15,2 млн. человек подвергается воздействию взвешенных частиц, 13,9 млн. — бенз(а)пирена, 10,4 млн. — фенола и — по снижающей — еще по 18 вредным веществам. Результаты расчета риска смерти от вдыхания этих веществ с атмосферным воздухом показывают, что только взвешенные частицы дают 21 тыс. смертей, т.е. 7% от общего числа смертей за год. Вклад канцерогенных веществ в смертность составляет 1-3 %, т.е. около 10% случаев от смертности, вызываемой загрязнением атмосферного воздуха вообще.

По данным ЦГСЭН г.Москвы, заболеваемость органов дыхания в 2000 г. у взрослого городского населения составила 296, у подростков — 688,9, у детей — 1182,5 на тысячу человек соответствующего возраста.

Первичная заболеваемость взрослого населения хроническим бронхитом увеличилась с 1996 г. в 1,7 раза, а число обращаемости с приступами бронхиальной астмы в этой группе – на 30%. Хронические заболевания респираторной системы приобретают все большую распространенность среди детей и подростков, по этому показателю у детей она увеличилась в 1,5 раза, у подростков – на 40%. Динамика уровней заболеваемости *совпадает* с увеличением содержания в атмосферном воздухе Москвы диоксида азота и формальдегида¹.

Вода, не отвечающая гигиеническим требованиям, подается 2/3 населения Республики Татарстан, Тульской, Ленинградской, Челябинской и других областей, почти половине населения Тверской области и Республики Коми, 1/3 – Воронежской и Тюменской областей². В ней содержатся хлорорганические соединения (канцероген и мутаген), поступающие в питьевую воду из-за ее хлорирования, а также со сточными водами целлюлозно-бумажной, химической и других отраслей промышленности, фтора, который при его избытке вызывает флюороз, а при недостатке – кариес. Часто встречаемое превышение хлоридов и сульфатов определяет повышенный уровень заболеваемости желче- и мочекаменной болезнью, заболеваний сердечно-сосудистой системы; при повышенном содержании железа (что очень распространено в РФ) возникают заболевания кожи, и т.д. Биологическое (микробиологическое, бактериологическое) загрязнение воды остается весомым фактором распространения инфекционных заболеваний в стране. Так, в 1999 г. было зарегистрировано 158 вспышек, вызванных нарушением качества питьевой воды, в том числе в системах централизованного водоснабжения.

Что касается радиационной обстановки как фактора физических и психических заболеваний (радиофобий), то Главный санитарный врач РФ приводит следующие показательные данные: 18 регионов России находятся в зоне влияния аварии на Чернобыльской АЭС, в зоне техногенного радиоактивного загрязнения проживает 2,5 млн. человек, а в зоне высокого уровня естественной радиоактивности – около 20 млн. человек, в зонах наблюдения – 3,38 млн. человек. Для многих лиц, т.е. персонала производств с техногенным облучением, высок уровень так

¹ См.: Подробные данные о факторах загрязнения атмосферного воздуха и др.: Доклад о состоянии окружающей природной среды в Москве в 2000–2001 гг. / Под общей редакцией Бочина Л.А. – М., 2002.

² См.: Онищенко Г.Г. Указ. соч. – С.15.

называемого пожизненного риска и возможность сокращения жизни из-за стохастических эффектов (смертельный рак, серьезные наследственные дефекты, несмертельный рак)¹.

Таким образом, на мой взгляд, реальная действительность самым убедительным образом свидетельствует о необходимости дальнейшего развития и совершенствования экологического и медицинского права и усиления кооперации между ними.

¹ См.: Онищенко Г.Г. Указ. соч. — С.18.

Ю.Р.Храмова

**ГЕННАЯ ИНЖЕНЕРИЯ:
ПРАВОВЫЕ ТРЕБОВАНИЯ К ОБЕСПЕЧЕНИЮ
ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ И ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ
БЕЗОПАСНОСТИ НАСЕЛЕНИЯ РОССИИ**

Генно-инженерная деятельность как объект регулирования находится на стыке двух отраслей права — медицинского и экологического, и в данной статье будут рассмотрены правовые меры снижения биотехнологических рисков как для здоровья человека, так и для среды его обитания.

Суть указанных рисков с точки зрения специальных наук заключается в следующем. Опасность потребления неживых генно-модифицированных (ГМ) объектов (продукты питания, лекарства, корма) связана с появлением в организме потребителей новых (химических) веществ, а это сопряжено с возможными аллергенностью, мутагенностью, канцерогенностью, тератогенностью и др. Риски применения размножающихся генно-модифицированных живых организмов связаны с их инфекционностью, патогенностью, способностью к конкуренции (к подавлению роста других организмов), к передаче генов другим организмам и др.¹ Имеющийся у России огромный земельно-ресурсный потенциал и рынок потребления продукции позволяют говорить о главных и решающих позициях нашей страны в решении ряда глобальных экологических проблем, в частности, в выработке общемировых требований безо-

¹ Вельков В.В. Оценка риска интродукции генетически модифицированных микроорганизмов в окружающую среду // Агрохимия. — М., 2000. — № 8. — С.76–86.

пасности в генно-инженерной деятельности, процедур оценки безопасности генно-инженерных биотехнологий, в выявлении и ограничении факторов ее риска для здоровья человека и среды его обитания. Индустрия генетически-модифицированной продукции во многих странах приобрела широкомасштабный характер. В США и Канаде на промышленной основе выращиваются трансгенный картофель, кукуруза, хлопок, массового характера достигло потребление генетически-модифицированного мяса, молока и фармакологических препаратов, работает около 2500 генно-инженерных компаний, в которых специалисты конструируют трансгенные организмы на основе вирусов, бактерий, грибов, насекомых, растений. Созданный ими трансгенный организм, несущий ряд чужеродных генов (повышенная конкурентоспособность, урожайность, устойчивость к температурам, вредителям и т.п.), обычно покупает транснациональный гигант, который запускает его массовое производство. Наиболее известные из них: «AstaZeneco», «DuPont», «Monsanto». «Novartis» и «Aventis».

Посевы трансгенных гербицидоустойчивых растений (кукуруза, хлопок, соя) составляют более 28 млн. га, в 2000 г. на рынке трансгенного зерна продано продукции на 3 млрд. долл., в 2010 г. планируется достичь 25 млрд. долл. Странам — экспортерам генетически модифицированной продукции (Канада, США, Австралия, Аргентина, Уругвай, Чили) и развивающимся странам — объектам экспансии противостоят государства Европейского Союза, которые не только не выращивают измененных организмов, но и находятся в активной конфронтации с первыми по вопросам безопасности генно-модифицированных объектов. Так называемая «группа компромисса» представлена следующими странами: Швейцария и Новая Зеландия, РФ, Украина, Молдова, Армения, Киргизия, Белоруссия. Эти государства пока активно не применяют генно-инженерных технологий, не выращивают собственных модифицированных культур, но и не придерживаются позиции ЕС по жесткому противостоянию индустрии генных модификаций.

Россия с ее ресурсо-ориентированной экономикой, экологически неблагоприятными районами и неэффективным сельским хозяйством, безусловно, имеет все предпосылки для развития в ней в ближайшем будущем глобальной отрасли экономики — биотехнологической промышленности и активного применения генной инженерии. Можно предполагать, что уже очень скоро в России будет налажено коммерческое производство ГМ объектов, а проблема их безопасности станет вопросом ком-

мерции и выбора потребителя. С помощью генных технологий могут быть решены проблемы: 1) эффективности здравоохранения (трансгенные животные для трансплантации, живые поливалентные вакцины, ГМ инсулин, генетическая терапия); 2) потребления энергоносителей (трансгенные микробы, уменьшающие вязкость нефти, синтезирующие CO_2 для повышения давления в скважине, трансгенные деревья с быстрым накоплением древесины (топливо) или с повышенным содержанием легнина (для производства бумаги); 3) экологии (уже сегодня специалисты находятся на пути к созданию трансгенных микробов, поглощающих CO_2 из атмосферы, утилизирующих загрязнители (нефтепродукты, остатки пестицидов, окислы азота); 4) повышения эффективности сельского хозяйства (трансгенные растения с повышенной пищевой и кормовой ценностью, поражающие насекомых-вредителей, трансгенные животные с повышенной продуктивностью биомассы и молока).

Кроме того, Россия обладает собственной научно-технической базой, богатейшими коллекциями микроорганизмов, в том числе и с патогенными свойствами. Созданы и действуют множество биологических коллекций, наиболее крупные из них: коллекция морских микроорганизмов ТИБОХ ДВО РАН (8 тыс. штаммов морских бактерий), биологическая коллекция Института биологии внутренних вод РАН, Коллекция генетического материала человека и животных при институте биологии гена РАН, НИИ «Коллекция культур микроорганизмов» обслуживает национальную коллекцию вируса натуральной оспы, сервисную коллекцию штаммов микро-организмов, которые могут быть использованы для утилизации нефтепродуктов, толуола, а также биосорбентов тяжелых металлов, коллекцию древних микроорганизмов, озера Байкал; Всероссийский НИИ сельскохозяйственной микробиологии располагает биологической коллекцией бактерий, способных фиксировать азот, синтезировать синтетические ростовые вещества. При Всероссийском онкологическом научном центре РАМН функционирует коллекция опухолевых штаммов животных и человека, при Институте общей генетики РАН — коллекция соматических клеток беспозвоночных (мух), при Институте медицинской генетики РАМН — коллекция диплоидных клеток человека от больных наследственными заболеваниями, при Кожно-венерологическом Институте РАМН — коллекция микроорганизмов, возбудителей венерических заболеваний, при Всероссийском НИИ гриппа РАМН — коллекция диплоидных клеток позвоночных. Биологическая коллекция со статусом международного депозитария существует

при Гос. НИИ генетики — это Всероссийская коллекция промышленных непатогенных микроорганизмов. При Институте вирусологии имени Д.И.Ивановского создан всероссийский музей патогенных бактерий (6 тыс. штаммов вирусов). Кроме того, имеются коллекция Государственного научно-исследовательского института стандартизации и контроля биологических препаратов (ГИСК) при Минздраве РФ, биологическая коллекция вирусов особо опасных инфекций при Государственном научном центре вирусологии и биотехнологии (ГНЦ Вектор) Минздрава РФ, коллекция сельскохозяйственных растений, вирусов и микроорганизмов, патогенных для сельскохозяйственных животных, при Всесоюзном институте защиты растений, биологическая коллекция Всероссийского научно-исследовательского противогриппного Института «Микроб», коллекция микроорганизмов — возбудителей паразитических заболеваний человека, простейших, патогенных для человека, при Институте медицинской паразитологии и тропической медицины имени В.И.Марциновского РАМН.

НИИ микробиологии Минобороны РФ, Центр военно-технических проблем противобактериальной защиты в Екатеринбурге, Вирусологический центр в Сергиевом Посаде — единственные держатели государственной коллекции микроорганизмов, являющихся потенциальными агентами биологического оружия (возбудителей чумы, сибирской язвы, холеры, оспы и многих других).

Микроорганизмы перечисленных биологических коллекций (с их первоначальной неизменной природой) являются потенциальными источниками генетического материала для конструирования трансгенного организма, выступают как в качестве организмов доноров, так и организмов реципиентов. Некоторые из них могут использоваться для генной модификации, создания бактериологического (и биологического) оружия с колоссальными вредоносными эффектами. Например, кишечная палочка, обитающая в организме человека, если в нее встроить гены вируса обезьяны, способные превращать нормальные клетки человека в раковые, может вызвать эпидемию злокачественных раковых заболеваний, более того, она может передать онкогены другим микробам. Экспорт таких микроорганизмов подлежит жесткому государственному контролю¹. Уже сейчас можно говорить, что в России сделаны первые шаги не

¹ См.: Распоряжение Президента РФ от 14 июня 1994 г. № 298 -рп «О контроле за экспортом из Российской Федерации возбудителей заболеваний (патогенов) человека,

только к импорту в РФ трансгенных продуктов, но и к их выращиванию на территории РФ. Осенью 2001 г. с положительным заключением проведена государственная экспертиза по ввозимым трансгенному картофелю, сое, помидорам, с отрицательным заключением — по картофелю компании «Monsanta», близ Голицина размещены испытательные поля с растущим трансгенным картофелем.

Все это позволяет предполагать, что Россия в ближайшем будущем будет обладать своим биотехнологическим бизнесом, научно-исследовательскими центрами в этой области и крупнейшими компаниями — производителями ГМ продукции.

Государственный контроль за созданием, использованием и оборотом ГМО

Система государственных органов, контролирующих безопасность ведения в России работ по генной модификации, представлена следующими структурами: в 1997 г. создана Межведомственная комиссия по проблемам генно-инженерной деятельности и центр «Биоинженерия» при РАН, ряд министерств и ведомств специально уполномочены осуществлять контроль за оборотом пищевой генно-модифицированной продукции и интродукцией генно-модифицированных продуктов в окружающую среду (Минсельхоз РФ и Минздрав РФ).

ФЗ «Об охране окружающей среды» 2002 г. включает в объекты охраны окружающей среды генетический фонд, ст. 52 — определяет меры охраны окружающей среды от негативного биологического воздействия: соблюдение нормативов предельно допустимых концентраций микроорганизмов и биологически активных веществ, обеспечение безопасности при их хранении, транспортировке, использовании и удалении; предусматривается разработка эффективных мер предотвращения неконтролируемого размножения измененных организмов, обязательное обоснование и проведение экологической экспертизы при создании, разведении и применении потенциально опасных биологических объектов.

животных и растений, их генетически измененных форм, фрагментов генетического материала и оборудования, которые могут быть применены при создании бактериологического (биологического оружия) и токсинного оружия», а также заменивший это распоряжение Указ Президента РФ от 29 августа 2001 г.

В 1997 г. принят ФЗ «О государственном регулировании генно-инженерной деятельности». Базовый закон ввел в правовой оборот ряд понятий, используемых в микробиологической науке, назвал принципы безопасности при генных модификациях, представил основные направления государственной политики в этой сфере, а также в общем виде определил основы разрешительно-регистрационной системы для использования и оборота генно-модифицированных объектов. Закон распространил на генно-инженерные работы систему «уровней риска», принятую в микробиологии. Так, на замкнутые системы распространяется система четырех уровней риска: первые два — это работы с непатогенными микроорганизмами и условно-патогенными; третий и четвертый уровни риска соответствуют работам с микроорганизмами, потенциально способными к передаче инфекций и работам с возбудителями особо опасных инфекций. Работы с ГМ микроорганизмами в открытых системах (с выходом в окружающую среду) приравниваются к третьему и четвертому уровням риска. Работы с первыми двумя уровнями риска регистрируются в организациях, осуществляющих генно-инженерную деятельность, для проведения работ третьего и четвертого уровней риска требуется получение лицензии. Единственный вид генно-инженерной деятельности в отношении человека и его клеток попал в сферу действия Закона с июля 2000 г.¹, чем фактически была легализована проблема рисков генетической терапии и генодиагностики. Впоследствии ФЗ «О временном запрете на клонирование человека» установил пятилетний запрет на клонирование человека, а также запрет ввоза на территорию РФ и вывоза клонированных эмбрионов человека. Закон не распространяет свое действие на клонирование иных организмов. Некоторые ранее полностью запрещенные процедуры генно-инженерной деятельности стали возможными в последнее время. Клонирование в пробирке человеческих эмбрионов до возраста не более 14 дней для получения из них культур так называемых стволовых клеток, пригодных для терапии многих заболеваний, в некоторых странах уже разрешено (Англия, США). Стали появляться сообщения о конкретных проектах клонирования людей и притом в тех странах, где это не будет вызывать законодательных ограничений. Уже вве-

¹ Генетическая (или геновая) терапия — это комплекс лечебных мероприятий, основанных на введении чужеродных генов в больной организм. См. ФЗ от 12 июля 2000 г. № 96 «О внесении изменений и дополнений в ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности» ст. 1.

ден в оборот новый термин — оффшорная биотехнологическая лаборатория (off-shore biotech lab).

При этом масштабность применения генно-инженерных технологий в зарубежных странах и их грядущая экспансия на российский рынок уже в скором времени потребуют значительной доработки базового закона. На сегодняшнем этапе он содержит множество отсылочных норм, «неработающих» предписаний, никого ни к чему не обязывающих. Для его нормального применения необходимы формирование юридической практики, знание ряда законодательных и подзаконных актов, разработка правил безопасности при проведении генно-инженерных работ, которые пока сформулированы на теоретическом уровне.

Кроме того, Закон вводит обязательное лицензирование работ, связанных с III–IV уровнями риска, и из дословного понимания текста ст. 6 в ее последней редакции следует лицензировать почти все виды деятельности, связанные с генно-инженерными технологиями. При этом процедура лицензирования и соответствующие структуры сейчас установлены лишь для генно-инженерных работ, связанных с инфекционной безопасностью населения¹, для остальных видов генно-инженерных работ требования о лицензировании не действуют. То есть без какого-либо государственного контроля остались: 1) деятельность по созданию измененных организмов в закрытых системах (лабораториях, вивариях) и 2) сам оборот (смена владельца) генномодифицированных объектов в закрытых системах (т.е. в любых физических структурах: установках, сооружениях, пробирках), ограничивающих (исключающих) контакт с внешней (окружающей средой). Такой оборот, исходя из современных условий, более чем возможен, что означает отсутствие контроля за потенциальным владельцем измененного организма и механизма ответственности, например, несанкционированной интродукции ГМ организма в окружающую среду. Последний даже при его инфекционной безопасности несет в природную среду риски уменьшения биоразнообразия, активации неизвестных патогенных организмов, нарушения естественной изменчивости, бесконтрольного переноса генов в биосфере, вытеснения (уничтожения) популяций животных и культур растений) и многие другие.

¹ См. «Положение о лицензировании деятельности, связанной с возбудителями инфекционных заболеваний человека», утверждено Постановлением Правительства РФ от 3 апреля 1996 г., №390, с изменениями от 5 апреля 1999 г.

Базовый закон также не решил вопроса единообразия терминологии для обозначения субстанций, полученных генномодифицированным путем. Закон оперирует понятиями: 1) генно-инженерно модифицированный организм, 2) трансгенные организмы, 3) продукция, содержащая результаты генно-инженерной деятельности. Для первых двух общими признаками являются присущая им биологическая, живая основа, способная к воспроизводству (естественному размножению) и технология их получения — методы манипуляций с генами. При определении соотношения первого и второго понятий законодатель указывает на конкретные примеры трансгенных организмов, а именно — животные, растения, микроорганизмы, вирусы, генетическая программа которых изменена. Предполагается, что понятие генно-инженерно модифицированный организм поглощает понятие трансгенный организм и является общим по отношению к специальному. Третьим понятием обозначаются неживые объекты (лекарственные средства, пища, корма), не способные к размножению, но полученные генно-инженерным путем. В литературе, по всей видимости, можно использовать термин генно-модифицированный объект (ГМО), включающий в себя все три указанных явления. В законодательстве также присутствуют иные варианты обозначения результатов ГМО. Предметом преступления, сформулированным в ст. 248 УК РФ, являются микробиологические либо другие биологические агенты или токсины. Указывается на разъясняющеориентирующий характер формулировок предмета этого преступления. Последние, в общем, определяются как субстанции белковой природы бактериального, растительного или животного происхождения, способные при контакте (интродукции) с человеком или с природной средой вызвать негативные последствия. Термин биологический (микробиологический) агент и токсин, как указывается в комментарии, «не может быть исходным и достаточным для квалификации преступления по ст. 248 УК». Его используют в силу преемственности уголовного закона, так как ст. 248 УК практически воспроизводит ст. 222 УК РСФСР. Таким образом предметом данного преступления выступают все субстанции, созданные путем манипуляций с живой клеткой, в том числе и с ее ДНК¹.

Также законодательство предлагает термин «растения, животные, другие организмы, не свойственные естественным экологическим систе-

¹ См.: Дубовик О.Л. Комментарий к главе 26 УК РФ. — М.: Спарк, 1998. — С.169—172.

мам, а также созданные искусственным путем»¹. Имеются в виду: 1) животные и растения, привнесенные в чуждые им экологические системы путем гибридизации и акклиматизации; 2) все иные живые объекты, выращенные неестественным путем (получение живой особи из живой клетки в пробирке); 3) живые объекты, выращенные с помощью генной инженерии. Статья 43 ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» 1999 г. использует понятия «вещество, продукция, представляющие потенциальную опасность для человека», а ст.55 п.4 предлагает термин «биологические и микробиологические организмы и их токсины». В международном законодательстве принято использовать термин *живой измененный организм*, т.е. любой измененный организм, обладающий новой комбинацией генетического материала, полученный биотехнологическими методами, не свойственными методам селекции², а также термин патогенные биологические агенты.

Существуют и иные акты российского законодательства по вопросам ГМО: с 1 июля 1999 г. в РФ введена обязательная государственная регистрация пищевых продуктов, полученных из генетически модифицированных источников³. Центр санитарно-эпидемиологического нормирования, гигиенической сертификации и экспертизы Минздрава России проводит мероприятия, связанные с гигиенической оценкой пищевой продукции, принимает от регистрантов комплект документации, организует проведение экспертиз, выдает удостоверение о регистрации, вносит записи в Федеральный реестр. Согласно Постановлению для оценки безопасности такой продукции проводится: 1) гигиеническая экспертиза различными институтами РАМН (Научно-исследовательским институтом питания РАМН), а также учреждениями-соисполнителями – Институтом вакцин и сывороток им. И.И.Мечникова РАМН, Московским научно-исследовательским институтом гигиены им. Ф.Ф.Эрисмана Минздрава России; 2) медикогигиеническая экспертиза (головной центр «Биоинженерия» РАН, учреждение-соисполнитель – Медико-генетический научный центр РАМН; 3) технологическая оценка (Мос-

¹ Ст. 50 Федерального закона РФ «Об охране окружающей среды» от 10 января 2002 г. // СЗ РФ 2002 г. №1.

² Ст. 3 Картахенского протокола по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии (от 22 января 2000 г.).

³ Постановление Главного государственного санитарного врача РФ № 7 от 06.04.99 «О порядке гигиенической оценки и регистрации пищевой продукции, полученной из генетически модифицированных источников».

ковским государственным университетом прикладной биотехнологии). На экспертизу заказчик представляет образцы продукции и документацию, которая отражает: 1) вносимую последовательность генов, маркерные гены антибиотиков, промотеры, усилители и эффекты выражения соседних генов, стабильность генетически модифицированных организмов на протяжении нескольких поколений с учетом стабильности и уровня выражения генов; результаты токсикологических исследований на лабораторных животных; 2) аллергенные свойства продукции, ее канцерогенность, влияние на функцию воспроизводства; 3) результаты наблюдения за добровольцами-потребителями; 4) технологические и органолептические свойства. Регистрационное удостоверение подписывает Главный государственный санитарный врач РФ, и только после этого продукция может поступить на потребительский рынок, будет считаться качественной и неопасной. При отсутствии такой регистрации продукция не должна подлежать реализации, она утилизируется и уничтожается¹.

В отношении живых организмов (микроорганизмов, животных, растений), полученных генно-модифицированным путем, с 16 февраля 2000 г. действует Постановление Правительства РФ «О государственной регистрации генно-инженерно-модифицированных организмов»². Следует отметить, что такая регистрация необходима для генно-измененного организма: 1) при первом выпуске в окружающую среду; 2) при преднамеренности такого действия; 3) при отсутствии интродукции в окружающую среду, но предполагаемом промышленном использовании; 4) при импорте генно-модифицированного объекта независимо от последующих контактов с окружающей средой. Окончательное решение о выдаче регистрационного свидетельства и внесении сведений в Реестр принимает Министерство промышленности, науки и технологии РФ (Миннауки России). Последнее вместе с Межведомственной комиссией по проблемам генно-инженерной деятельности формирует экспертный совет. Основной формой его работы является изучение, экспертиза представленных документов, с возможными дополнительными испытаниями в центре, аккредитованном Министерством. В положении, однако, не прописана конкретная методология изучения и экспертизы представленных сведений. При этом установленные в документе задачи и

¹ ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов», 2 января 2000 г., ст.3 п.2.

² СЗ РФ. – 2001. – № 9. – Ст. 860.

цели регистрации, как предполагается, и должны ее определить. Целью рассматриваемой государственной регистрации является принятие решения о биобезопасности ГМО, т.е. об отсутствии фактического или предполагаемого воздействия модифицированного организма (в сравнении с исходным немодифицированным организмом). С 1 октября 2002 г. корма (для домашних и сельскохозяйственных животных), полученные из генно-модифицированных организмов, подлежат государственной регистрации¹. Существует также ряд иных актов, прямо или косвенно регулирующих создание и оборот генно-модифицированных объектов: Санитарные правила по безопасности работ с микроорганизмами СП 1.2.006-93: Часть 1 «Порядок выдачи разрешения на работу с микроорганизмами I-IV патогенности и рекомбинантными молекулами ДНК (утв. постановлением Госкомсанэпиднадзора РФ от 11 августа 1993 г. N 8); Часть 2 «Безопасность работы с микроорганизмами 1-2-й групп патогенности» от 4 мая 1994 г.; Часть 3 «Порядок учета, хранения, передачи и транспортировки микроорганизмов 1-4-й групп патогенности» от 28 августа 1995 г., утвержденные постановлениями Госсанэпиднадзора РФ и др.

Международные обязательства Российской Федерации

В настоящее время существует два документа, в большей и меньшей мере затрагивающих вопросы повышения безопасности биотехнологий и отдельных ее методов в целях снижения неблагоприятного воздействия на устойчивое биоразнообразие и здоровье человека. Это вступившая в силу 29 декабря 1993 г. Конвенция о биологическом разнообразии и принятый 22 января 2000 г. Картахенский протокол по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии. Следует сразу оговориться, что Россия пока не подписала и не ратифицировала эти основные международные правовые документы, хотя участвовала в их разработке и обсуждении. В настоящее время Министерство науки РФ ведет подготовительную работу по подписанию Картахенского протокола.

Принятие Протокола можно считать большим достижением политики ограничений в биотехнологической индустрии. В сферу его действия попадают как живые модифицированные организмы (потенциально способные к передаче генетического материала), так и иные продукты

¹ Постановление Правительства от 18 января 2002 г. «О государственной регистрации кормов, полученных из генно-модифицированных организмов».

генной модификации. Для последних Протокол предусматривает особые процедуры экспорта и импорта ГМО — например, страна может запретить импорт ГМО, считая, что предоставленных научных доказательств безопасности данного организма стороной экспорта недостаточно. Особенно важно, что страна имеет право отказать в импорте ГМО по социально-экономическим соображениям, т.е. фактически по любым. И если Протокол вступит в силу, к трансграничному перемещению ГМО перестанет применяться правило Всемирной торговой организации (ВТО) — любой запрет или ограничения торговли должны иметь под собой научное обоснование. В противном случае это ограничение считается нетарифным барьером, нарушающим свободу торговли. На сегодняшний момент такая неопределенность проявляется в конфликтах Америки (США и Канады) и Евросоюза — под давлением потребителей Евросоюз заблокировал большинство трансгенов, чем нарушил правила ВТО.

Документ также регулирует иное трансграничное перемещение ГМО, например, транзит вводит механизм заблаговременного оповещения обо всех экспортно-импортных операциях с генетически модифицированными продуктами и организмами, в нем выработаны стандарты и принципы оценки риска и воздействия ГМО на окружающую среду, предъявлены требования к упаковке и маркировке трансгенного груза. Важно, что в отсутствие внутреннего законодательства (например, в развивающихся странах) они в отношении ГМО будут руководствоваться нормами Протокола. Печальным остается тот факт, что на сегодняшний день Картахенский протокол подписан 63 государствами и не всеми ратифицирован, а для вступления его в силу требуется ратификация 50 государствами. Серьезным упущением также является то, что генно-инженерные фармацевтические препараты не были включены в сферу его действия. По формулировке Протокола, эту часть ГМО должны регулировать другие международные соглашения, причем известно, что многие биотехнологические компании (Novartis, например) имеют крупные фармацевтические подразделения, и в кризисной ситуации они готовы перевести свои основные капиталы из сельского хозяйства.

Типология подходов к оценке рисков, связанных с использованием генно-модифицированных организмов.

Риск применения трансгенных растений определяется тем, что: 1) чужеродные гены будут передаваться в природные растения за счет трансгенной пыльцы (бесконтрольный перенос генов); 2) трансгенные растения, созданные, чтобы поражать только вредных насекомых (на-

пример, колорадского жука), будут уничтожать и не вредных (нецелевых) насекомых (бабочек, пчел); 3) трансгенные растения могут оказаться аллергенными или токсичными. Трансгенные животные опасны тем, что: 1) в них могут содержаться физиологически активные вещества, попадание которых в пищу нежелательно (например, гормоны, стимулирующие рост, лактацию и др.); 2) из-за активности чужеродных генов в них может индуцироваться развитие нежелательных вирусов или синтез вредных веществ; 3) они могут «случайно» передать чужеродные гены нетранс-генным сородичам. Особые опасения у специалистов вызывают факторы риска, связанные с поведением трансгенных микробов в открытых системах. Эти опасения выражаются в том, что: 1) однажды интродуцированные в окружающую среду трансгенные микробы будет практически невозможно из нее удалить; 2) в мире микробов распространен обмен генами между микроорганизмами разных видов (неконтролируемый перенос генов в биосфере); 3) экологические взаимодействия между микробами, а также между микробами и другими организмами изучены очень мало, и поэтому для специалистов весьма затруднительно (если вообще возможно) предсказать пути и результаты последних; 4) науке известны только от 1 до 10% всех в действительности существующих природных микробов. В целом проводить оценки рисков, связанных с интродукциями трансгенных микробов в природные экосистемы, в лучшем случае весьма затруднительно¹. Именно потому в мире проведено только десять полевых испытаний трансгенных микробов и более 25 тыс. полевых испытаний трансгенных растений.

Несмотря на то, что риски, связанные с широкомасштабным использованием генно-модифицированных организмов, должны быть оценены конкретно, т.е. в терминах качества и количества (что произойдет, как и почему, в каком масштабе, в каком случае, с какой вероятностью и каковы будут — качественно и количественно — размеры ущерба), в реальности проведение таких оценок для специалистов и экспертов может оказаться весьма затруднительным.

Итак, современный регистрационно-разрешительный порядок для генно-модифицированного объекта представлен:

во-первых, для неживых объектов, исходя из безвредности их потребления в пищу; во-вторых, для живых генно-модифицированных объ-

¹ Velkov V.V. Stress-induced evolution and the biosafety of genetically modified microorganisms released into the environment//J. biosciences. — 2001. — Vol. 2. — N4. — P.101–117.

ектов (животных, растений, микробов, вирусов), которые смогут в ней размножаться и распространяться, исходя из рисков для биобезопасности. Биобезопасность в этом случае определяется на основе влияния объекта на биоразнообразие, факторами инфекционности, инвазионности, выживаемости, конкурентоспособности, тем, как он изменит в процессе своего существования экологические характеристики окружающей среды (биоразнообразие, плодородие почвы, качество воды и воздуха), а также возможностями возникновения аномальных, неестественных для окружающей среды явлений.

Таким образом, существуют два подхода к оценке риска применения ГМ объекта. Первый из них в мировой литературе принято называть «ориентированным на продукт генетической модификации» (product oriented). Он основан на оценке опасности непосредственно целевого продукта или результата генетической модификации. Вероятность того, что ГМО, образующий химически или биологически неопасный продукт, может быть, тем не менее, опасным для окружающей среды, игнорируется.

Принципиально, что в США, признанном мировом лидере генно-инженерной биотехнологии, оценка риска потенциальной опасности живых ГМО является «ориентированной на продукт», Американское агентство охраны окружающей среды (EPA) регулирует интродукции трансгенных микроорганизмов в окружающую среду или на рынок согласно правилам оценки токсичности новых химических соединений¹. Сторонники этого подхода (США и поддерживающие их страны) полагают не только излишним, но и вредным принятие международных соглашений, предусматривающих международно-согласованное регулирование биотехнологии.

Второй подход, называемый «ориентированным на процесс генетической модификации» (process oriented) и на его последствия, основан на определении потенциальной опасности ГМО как живого объекта, на всесторонней оценке его возможной экологической опасности для окружающей среды. Этому подходу придерживаются страны — члены OECD (Organization for economic cooperation and development) и Европейская

¹ См.: Toxic Substances Control Act Biotechnology Program (TSCA) 15 U.S.C s/s 2601 et seq. (1976 г.)

биотехнологическая федерация¹. Введение в нашей стране экспертизы, направленной на оценку именно биобезопасности генно-модифицированного организма², означает, что Россия пошла по европейскому пути оценки рисков, сопряженных с применением ГМО. Легальная российская трактовка термина «биобезопасность» исходит из того, как указывалось, что он *означает отсутствие негативного воздействия на окружающую среду, а не только на здоровье человека*.

Защита прав потребителя ГМО

Как указывалось, сегодня специалисты признают, что возможная реальная опасность и неблагоприятные последствия от применения ГМО окончательно определены быть не могут. Поэтому введенные в РФ экспертизы устанавливают безопасность объектов, исходя из текущего уровня знаний, возможностей науки и техники. Однако, как указано в Картахенском протоколе, отсутствие научных знаний или научного консенсуса не должно истолковываться как наличие риска, его отсутствие или приемлемость.

Исходя из неопределенности опасений и невозможности полного запрета применения измененных организмов и продуктов генной модификации, законодатель вводит ряд правовых гарантий, средств защиты потребителя таких услуг и товаров.

В России с 1 июля 2000 г. согласно Постановлению Главного санитарного врача, товар, содержащий компоненты ГМО, должен иметь соответствующую маркировку, указывающую на этот факт. Маркирование оценивается не как гарантия безопасности таких продуктов, а как возможность полноценно информированного выбора.

Кроме этого, деятельность изготовителя продуктов питания осуществляется на началах риска. Производитель возмещает причиненный ущерб жизни, здоровью, имуществу потребителя независимо от того, «позволял ли уровень научных и технических знаний выявить их особые

¹ Consensus documents on the biology of organisms or introduced novel traits. Miller HL, UN-based biotechnology regulation: scientific and economic havoc for the 21st century // Trends in biotechnology. – 1999. – Vol. 7. – P.185–190.

² См. рассмотренное ранее Постановление Правительства РФ «О государственной регистрации генно-инженерно-модифицированных организмов» от 16 февраля 2001 г. // СЗ РФ. 2001. – № 9. – Ст. 860.

(«нежелательные») свойства или нет¹. Таким образом, законодательство содержит в себе презумпцию вины продавца (изготовителя, исполнителя) за вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу потребителя от ГМО с невыявленными отрицательными свойствами, в соответствии со сложившимся уровнем научных и технических знаний. Возмещение ущерба жизни и здоровью потребителя может быть произведено даже через 50-100 лет после негативного фактического воздействия трансгенного организма. Сроки исковой давности на такие требования не распространяются². Реальность таких взысканий с компаний – производителей ГМО может быть существенно усилена, во-первых, путем установления долгосрочного характера деятельности последних, во-вторых, введением страхового платежа при ликвидации компании для покрытия расходов при обнаружении в будущем пострадавших от ГМО продуктов.

Ответственность за нарушение требований к применению ГМО в России

На сегодняшний момент в России можно констатировать ослабление эффективности административной ответственности за нарушения законодательства об использовании генно-модифицированных объектов, в частности, произошло сокращение размера штрафов за несоблюдение соответствующих правил. В соответствии со ст. 2.1. КоАП РФ с 1 июля 2002 г. к административной ответственности виновные могут быть привлечены лишь в том случае, если таковая предусмотрена Кодексом об административных правонарушениях РФ или законами субъектов РФ. То есть сегодня не применяются санкции ст. 55, п. 2 ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» 1999 г. Например, статья предусматривает за нарушение санитарно-эпидемиологических требований к биологическим веществам и отдельным видам продукции, потенциально опасным для человека, пищевым продуктам, пищевым добавкам, продовольственному сырью, – предупреждение или наложение штрафа на граждан в размере от 10 до 15 МРОТ, на индивидуальных предпринимателей, должностных лиц – от 20 до 30 МРОТ, на юридических лиц – от 200 до 300 минимальных размеров оплаты труда, а, например, отсутствие регистрации или маркировки новой пищевой продук-

¹ Закон РФ от 07.02.1992 г. «О защите прав потребителей», ст.14, п.4.

² Гражданский кодекс РФ. – Ст. 208.

ции, полученной с применением методов генной инженерии, может быть квалифицировано по ст. 6.3. КоАП РФ – «Нарушение законодательства и области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения», за что предусмотрена санкция в виде предупреждения или наложения штрафа на граждан – в размере от одного до пяти МРОТ, на должностных лиц – от пяти до десяти МРОТ, на юридических лиц – от 100 до 200 МРОТ.

Применительно к ответственности за нарушение правил безопасности при обращении с генно-инженерно-модифицированными организмами специальный состав административного проступка в КоАП РФ не выделен, административная ответственность может наступать по ст. 8.1. Кодекса, а именно штраф для граждан в размере от трех до пяти МРОТ, для должностных лиц – от пяти до десяти МРОТ, для юридических лиц – от 50 до 100 МРОТ. При этом за аналогичное правонарушение, сформулированное в ст. 55 ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» 1999 г. (нарушение санитарно-эпидемиологических требований к продукции, ввозимой на территорию Российской Федерации, продукции производственно-технического назначения, химическим, биологическим веществам и отдельным видам продукции, потенциально опасным для человека, новым технологиям производства), устанавливался более высокий размер штрафа.

Нельзя также с полной уверенностью говорить об эффективности уголовной ответственности в этой сфере – ст. 248 УК РФ предусматривает санкции за «Нарушение правил безопасности при обращении с микробиологическими либо другими биологическими агентами или токсинами». Недостатком данной статьи является материальность сформулированного в ней состава, т.е. необходимость тяжких последствий, распространения эпидемий и эпизоотий, вреда здоровью человека как условия привлечения к уголовной ответственности. Трудности при этом будут возникать, безусловно, при доказывании причинно-следственной связи между бесконтрольным или необоснованным выходом ГМО объекта из закрытой системы и наступившими в результате этого указанными вредными последствиями.

Вступление в силу нового КоАП РФ может сделать недействующей санкцию ст. 3 п. 2 ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов». В ней предусмотрена необходимость уничтожения, утилизации и вывода из оборота пищевой продукции, при изготовлении и торговле которой нарушены требования российского законодательства. Такая

ответственность не является материальной, дисциплинарной, уголовной, а значит расценивается как административная. При этом меры административной ответственности, не установленные КоАП РФ или законами субъектов Федерации, на территории РФ с 1 июля применяться не могут.

Возможность привлечения к ответственности ослабляется также тем, что работа по осуществлению госсанэпиднадзора за ГМ продукцией ведется при отсутствии методов и технических ресурсов ее идентификации, пригодных для практической деятельности учреждений Госсанэпидслужбы РФ.

Е.В.Новикова

ИЗМЕНЕНИЕ САНИТАРНО- ЭПИДЕМИОЛОГИЧЕСКИХ ПРАВИЛ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Новый Закон Российской Федерации «Об охране окружающей среды» от 10 января 2002 г. N 7-ФЗ исходит из того, что вред, причиненный окружающей среде, подлежит возмещению в полном объеме. Зачастую это требование практически недостижимо в силу такой специфической черты экологического вреда, как его неисчислимость. В тех случаях, когда вред причиняется здоровью человека и его генофонду, происходит уничтожение уникальных ландшафтов, загрязняются атмосферный воздух, почвы, исчезают многие виды флоры и фауны, юридически корректно можно ставить вопрос лишь о компенсации затрат на проведение природоохранных мероприятий, санации и рекультивации. Возместить вред самой природе, равно как и требовать полное его возмещение, невозможно. При этом следует учитывать, что все методики возмещения экологического ущерба в основе своей имеют лишь алгоритмы расчетов компенсации затрат на природоохранные мероприятия.

В природоохранительной сфере установлена и действует безвиновная ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. В соответствии с данной конструкцией причинитель экологического вреда не вправе ссылаться на отсутствие вины в его действиях и несет ответственность за безвинно причиненный им вред окружающей среде. В подавляющем большинстве случаев, если экологический вред причинен предприятием — загрязнителем, то соответствующее юридическое лицо рассматривается в качестве владельца источника повышенной

экологической опасности, а действия его должностных лиц подпадают под основания наступления уголовной ответственности.

Уголовная ответственность предусмотрена за нарушения экологического законодательства во многих сферах человеческой деятельности: при размещении, проектировании, строительстве, эксплуатации предприятий, в медицине, промышленности, сельском хозяйстве, на транспорте, при проведении специализированных или опасных работ (в области генной инженерии, с высокотоксичными отходами) и т.п. В гл. 26 УК РФ установлена ответственность за посягательства, которые заключаются в нарушении правил охраны окружающей среды при производстве работ (ст. 246), без какой-либо детализации¹.

В основе квалификации по статьям, включенным в эту главу УК, лежит наличие такого признака, как деяния, состоящего в нарушении правил охраны окружающей среды. Это могут быть правила поведения, обязательные требования, стандарты деятельности, нормативы, *включая санитарно-гигиенические нормативы*. По своему исходному содержанию эти правила должны быть установлены нормативными правовыми актами и иметь юридическую силу правовых норм².

Помимо этого, существуют многочисленные возможности наложения на природопользователя довольно значительных штрафных санкций административно-правового характера, вплоть до воздействия на него мерами уголовной ответственности.

Если в законодательстве имеет место неопределенность по каким-либо аспектам юридической ответственности, как в отношении самого факта наказуемости поведения природопользователя (включая его криминализацию, установление оснований и пределов ответственности), так и объемов возможных возмещений за вред, то, очевидно, результаты «полюмики» между государством и природопользователем будут заведомо не в пользу последнего.

¹ Нарушение правил охраны окружающей среды при проектировании, размещении, строительстве, вводе в эксплуатацию и эксплуатации промышленных, сельскохозяйственных, научных и иных объектов лицами, ответственными за соблюдение этих правил, если это повлекло существенное изменение радиоактивного фона, причинение вреда здоровью человека, массовую гибель животных либо иные тяжкие последствия, -наказывается лишением свободы на срок до пяти лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.

² Дубовик О.Л. Экологические преступления: Комментарий к главе 26 Уголовного кодекса РФ. — М. 1998. — С.107.

Примечательно, что вероятность наступления рисков, связанных с юридической ответственностью за нарушение нормативов качества окружающей среды, значительно повышается, если собственником предприятия—природопользователя либо его управляющим становится иностранный инвестор. Для таких ситуаций также будет сомнительна возможность установления экологического приоритета при выборе объекта инвестиций, так как спросом будут пользоваться только наименее загрязненные объекты.

При этом, как известно, показатели нормативов ПДК загрязняющих веществ, действующие в развитых странах Европы, Америки, в Японии, а также принятые международными организациями, такими, как Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) и другими по ряду загрязняющих химических веществ, в сопоставлении с аналогичными российскими нормативами, в несколько раз и порядков мягче. К примеру, показатели ПДК в воде водоемов рыбохозяйственного водопользования составляют соответственно, по меди — 1 по нормативам ВОЗ и 0,001 в РФ, по ртути — 0,001 (ВОЗ) и 0,0001 (РФ), по цинку — 5 и 0,01. Соотношение нормативов ВОЗ с нормативами Сан.-Пин. по тем же и другим веществам иллюстрирует разницу примерно такого же порядка.

Очевидно, разрешение этого противоречия, в принципе, возможно. При определенных условиях, о которых мы поговорим ниже, *уровни ПДК могут и должны быть изменены* до значения, сопоставимого с соответствующими показателями, оправдавшими себя в мировой практике. Иными словами, необходима гармонизация национальных санитарно-экологических требований с действующими в развитых странах либо с международно-принятыми. В качестве единственного примера такого рода можно рассматривать недавнее изменение в РФ нормативов ПДК по свинцу до уровня, сопоставимого с соответствующими показателями в развитых зарубежных странах.

Эта проблема назрела и известна не только в России, но и в других странах Содружества Независимых Государств (СНГ). Российские ПДК практически совпадают и имеют те же значения, что и в этих странах. Эти нормативы были утверждены еще в период существования Советского Союза. Насколько нам известно, единственная попытка ее решить была предпринята в казахстанском экологическом законодательстве. Причем, не путем изменения (гармонизации) национальных стандартов и приведения их в соответствие с зарубежными, а лишь путем распространения действия последних на своей территории при соблюдении

условий, определенных законом. Статьей 35 Закона Республики Казахстан от 15 июля 1997 г. N 160-І «Об охране окружающей среды» до июня 2001 г. предусматривалось, что, если в стране инвестора или поставщика (производителя) оборудования действуют менее строгие нормативы качества окружающей среды, чем в Республике Казахстан, такой проект может быть реализован в Республике Казахстан в соответствии с зарубежными нормативами при наличии положительного заключения государственной экологической экспертизы.

Необходимость и возможность упорядочения правовых аспектов изменения уровней ПДК существуют и в России. Этот процесс представляется весьма продолжительным (от пяти до десяти лет) и дорогостоящим.

Попытки решения данной проблемы оказались наиболее продуктивными в отношении тех нормативов ПДК вредных веществ, которые относятся к числу санитарно-гигиенических нормативов¹.

Схематично определение нового показателя ПДК по конкретному химическому веществу в рабочей зоне взамен существующего с организационной стороны выглядит следующим образом. На период, согласованный с органами санитарно-эпидемиологической службы (СЭС), проводится целый комплекс также согласованных с СЭС мероприятий по сокращению концентрации вредных веществ или вещества на рабочем месте. Параллельно осуществляется программа так называемого биомониторинга. Это комплекс исследований степени подверженности здоровья работников предприятия негативному воздействию конкретного химического вещества. По итогам указанных мероприятий производится сопоставление значений концентрации химического вещества в воздухе со значениями, полученными в ходе биомониторинга. В результате определяются необходимые и достаточные меры по охране здоровья работающих, а также новые показатели предельно допустимых концентраций вещества в воздухе на рабочих местах.

Однако вопрос о том, что должно предвирать и заключать этот процесс с юридической точки зрения, требует углубленного правового анализа.

¹ Гигиенический норматив — это установленное исследованиями допустимое максимальное или минимальное количественное и (или) качественное значение показателя, характеризующего тот или иной фактор среды обитания с позиций его безопасности и (или) безвредности для человека, как это определено Федеральным законом «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» от 30 марта 1999 г. N 52-ФЗ.

Комплекс оздоровительных мероприятий может быть осуществлен лишь в ходе изменения технологии производства, его структурной перестройки и т.п., т.е., как правило, путем высоко-затратной модернизации всего предприятия, приводящей в итоге к обеспечению его соответствия современным экологическим и санитарным требованиям.

Возникает вопрос, какие санитарные нормативы и каким образом должны применяться до принятия в установленном порядке новых, скорректированных в результате всех этих мероприятий нормативов? Ответ на этот вопрос в законодательстве о санитарно-эпидемиологическом благополучии отсутствует, а посему по общему правилу могут применяться лишь действующие, т.е. утвержденные в установленном порядке, нормативы. Такое положение порождает риски применения мер административной, гражданской и уголовной ответственности в отношении юридического лица — нового природопользователя, его должностных лиц и других работников, о которых говорилось выше. В итоге — угроза срыва программы модернизации и оздоровления условий производства и возникновения ущерба компании.

Здравый смысл подсказывает, что в ситуации, когда предприятию предстоит преодолеть переходный период, на этот отрезок времени действие нормативов ПДК на него должно быть приостановлено. На практике реализация описанного подхода существенно затрудняется из-за отсутствия в санитарно-эпидемиологическом законодательстве прямой нормы, адресованной к таким ситуациям.

Новый Федеральный закон «Об охране окружающей среды» содержит ряд интересных положений, предусматривающих необходимые процедуры и создающих определенные предпосылки решения этой проблемы. Так, ст.20 Закона предусмотрено, что разработка нормативов в области охраны окружающей среды включает в себя установление оснований разработки или *пересмотра* нормативов (под «пересмотром» должно пониматься изменение нормативов? Такое же понимание вкладывается в это слово санитарным законодательством — Е.Н.) в области охраны окружающей среды.

В соответствии со ст.23 Закона технологические нормативы выбросов и сбросов веществ устанавливаются для стационарных, передвижных и иных источников на основе *использования наилучших существующих технологий* с учетом экономических и социальных факторов. При невозможности соблюдения нормативов допустимых выбросов и сбросов веществ могут устанавливаться лимиты на выбросы и сбросы на

основе разрешений, действующих только в период проведения мероприятий по охране окружающей среды, внедрения наилучших существующих технологий и (или) реализации других природоохранных проектов с учетом поэтапного достижения установленных нормативов допустимых выбросов и сбросов веществ.

Однако, к сожалению, данный Закон, в отличие от предшествовавшего, не регулирует отношения, возникающие в области охраны окружающей среды, в той мере, в какой это затрагивает отношения по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения. Это сфера законодательства о санитарно-эпидемиологическом благополучии населения и законодательства об охране здоровья. Определение нормативов качества окружающей среды по новому Закону не содержит указания на обеспечение благоприятных условий для здоровья человека. Такие условия устанавливаются лишь для оценки состояния окружающей среды в целях сохранения естественных экологических систем, генетического фонда растений, животных и других организмов. По мнению М.И.Васильевой, подобный «ограничительный» подход к определению нормативов объясняется с точки зрения разграничения компетенции и интересов соответствующих ведомств, но мало убедителен с общих позиций смысла и целей экологического законодательства, так как это Закон об охране окружающей человека среды, а не лишь природы¹.

Регулирование отношений по экологическому нормированию — общая сфера, предмет обеих отраслей законодательства, как это было в период действия предшествовавшего Закона «Об охране окружающей природной среды» 1991 г. Подобный водораздел, проходящий через нормативы качества окружающей человека среды, не может и не должен быть оправдан с позиций ведомственных интересов. Сегодня, решая задачу устранения пробела в законодательстве о санитарно-эпидемиологическом благополучии, мы лишены возможности использовать универсальные подходы, закрепленные в головном акте экологического законодательства.

Вместе с тем, несмотря на отсутствие прямого регулирования оснований и процедур изменения санитарных правил, включая изменение нормативов ПДК в законодательстве о санитарно-эпидемиологическом

¹ Васильева М.И. Новое в Федеральном законе «Об охране окружающей среды»: Комментарий. — М., 2002. — С.64.

благополучии, в нем усматривается ряд отправных положений, которые можно использовать для его усовершенствования с целью достижения искомого результата.

Изменение существующих нормативов ПДК вредных веществ как санитарно-гигиенических нормативов возможно на уровне государственных санитарно-эпидемиологических правил и нормативов, называемых еще санитарными правилами. Последние — разновидность нормативных правовых актов, которыми устанавливаются санитарно-эпидемиологические требования (в том числе критерии безопасности и (или) безвредности факторов среды обитания для человека, гигиенические и иные нормативы), несоблюдение которых создает угрозу жизни или здоровью человека, а также угрозу возникновения и распространения заболеваний (см. ст.1 Федерального Закона «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» от 30 марта 1999 года N 52-ФЗ).

Критерии безопасности и (или) безвредности для человека атмосферного воздуха, в том числе воздуха мест его постоянного или временного пребывания, устанавливаются санитарными правилами. Нормативы утверждаются при наличии санитарно-эпидемиологического заключения о соответствии указанных нормативов и проектов санитарным правилам.

Однако основная проблема заключается в том, что на период проведения плана мероприятий по сокращению концентрации вредных веществ на предприятии и биомониторинга для возможного перехода в будущем на новые нормативы ПДК положительное санитарно-эпидемиологическое заключение может быть получено лишь в отношении плана мероприятий предприятия по сокращению концентрации вредных веществ или вещества на рабочем месте¹.

В отношении соблюдения требований санитарно-гигиенических нормативов положительное санитарно-эпидемиологическое заключение

¹ Согласно Положению «О государственной санитарно-эпидемиологической службе» (утв. Постановлением Правительства РФ от 24 июля 2000 г. N 554), пункт 13, подпункт 11, при осуществлении государственного санитарно-эпидемиологического надзора государственные органы, входящие в службу, и центры государственного санитарно-эпидемиологического надзора в пределах своих полномочий выдают санитарно-эпидемиологические заключения по проектам строительства, реконструкции и модернизации объектов и их пусковых комплексов, зданий, сооружений... и вводу их в эксплуатацию.

получено быть не может, так как отсутствует соответствие фактических концентраций загрязняющих веществ действующим санитарным правилам, устанавливающим нормативы ПДК.

К этому вопросу мы возвратимся при анализе ситуации так называемого переходного периода, а пока остановимся на полномочиях СЭС по нормированию.

Согласно ст.37 Федерального закона РФ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения», государственное санитарно-эпидемиологическое нормирование включает в себя, в том числе, разработку (*пересмотр*, указан в скобках, — что также рассматривается Законом как синонимы, — Е.Н.), экспертизу, утверждение и опубликование санитарных правил. Процесс такого нормирования осуществляется органами и учреждениями государственной санитарно-эпидемиологической службы Российской Федерации в соответствии с положением, утвержденным Правительством Российской Федерации.

Санитарные правила разрабатываются федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным осуществлять санитарно-эпидемиологический надзор в Российской Федерации. Разработка санитарных правил должна предусматривать, в том числе, анализ международного опыта в области санитарно-эпидемиологического нормирования, а также *установление оснований для пересмотра гигиенических и иных нормативов* (ст.38 Закона). Однако в Законе не говорится о достаточных и необходимых критериях и основаниях для пересмотра нормативов.

Государственное санитарно-эпидемиологическое нормирование осуществляют органы и учреждения службы в соответствии с возложенными на них задачами. При этом Положение «О государственном санитарно-эпидемиологическом нормировании» (утвержденное этим же Постановлением Правительства РФ от 24 июля 2000 г. N 554) устанавливает, что государственное санитарно-эпидемиологическое нормирование включает в себя:

- разработку единых требований к проведению научно-исследовательских работ по обоснованию санитарных правил;
- контроль над проведением научно-исследовательских работ по государственному санитарно-эпидемиологическому нормированию;
- разработку (*пересмотр*), экспертизу, утверждение, введение в действие и опубликование санитарных правил;

— пересмотр санитарных правил, внесение в них изменений и дополнений осуществляются в порядке, установленном для разработки санитарных правил (п.5 Положения). К настоящему времени такой порядок не разработан.

Существует также Постановление Главного государственного санитарного врача Российской Федерации от 4 февраля 1998 года, № 4 ГН 2.2.5.686-98 «Предельно допустимые концентрации (ПДК) вредных веществ в воздухе рабочей зоны; гигиенические нормативы». Этот документ устанавливает, что содержание вредных веществ в воздухе рабочей зоны не должно превышать предельно допустимых концентраций (ПДК); *величины ПДК и классы опасности вещества утверждает и, при необходимости, пересматривает Главный государственный санитарный врач Российской Федерации по рекомендации Комиссии по государственному санитарно-эпидемиологическому нормированию.*

Однако в документе отсутствует регулирование важного вопроса о том, как должны применяться существующие нормативы на период разработки и утверждения пересмотренных нормативов.

С учетом вышесказанного полагаю, что изменение существующих нормативов ПДК вредных веществ, как санитарно-гигиенических нормативов, должно осуществляться на базе модернизированных производств, ориентированных на достижение выполнения требований законодательства об охране окружающей среды и санитарно-эпидемиологическом благополучии. На период проведения мероприятий по сокращению концентрации вредных веществ, согласованных с органами СЭС, по отношению к предприятию действие существующих нормативов ПДК должно быть приостановлено.

Регулирование необходимых процедур и полномочий Главного санитарного врача возможно путем внесения соответствующих дополнений в действующее Положение «О государственном санитарно-эпидемиологическом нормировании» либо путем принятия специального порядка, установленного для разработки санитарных правил.

А.Э.Жалинский

КРИМИНОЛОГИЯ И МЕДИЦИНА

1. Постановка вопроса о соотношении криминологии и медицины представляет собой попытку получить дополнительно либо оценить с новых позиций информацию о некоторых специфических сторонах состояния здоровья населения. Эта информация является особо значимой именно потому, что состояние здоровья российского населения, заболеваемость, смертность представляют собой, по общему мнению политиков и специалистов, серьезную угрозу для самого существования нации, развития общества, обеспечения надлежащих социально-экономических условий жизни каждого отдельного человека. Сейчас в основной состав криминологии, в ее предмет эта проблематика по существу не входит либо выражена недостаточно полно, хотя, разумеется, многие вопросы, связанные с генезисом преступности, посягательствами на жизнь и здоровье, распространенностью социальных заболеваний и другими явлениями, включая то, что именуется психическими отклонениями, по природе вещей не могут пройти мимо внимания криминологов¹.

В данном случае предполагается, что среди многочисленных факторов, определяющих состояние, уровень и иные параметры здоровья

¹ См., например, сб.: Безопасность и здоровье нации в аспекте преступности. — М., 1996, а также многочисленные работы, посвященные борьбе с наркоманией, алкоголизмом, а также психическим отклонениям. К сожалению, работы этого направления не дают целостной характеристики затрагиваемых проблем с криминологических позиций и часто страдают склонностью к «разоблачительскому», алармистскому подходу, слабо обоснованному эмпирически. Не связаны непосредственно с проблемами здоровья населения и работы, в которых развиваются так называемые биологические теории преступности.

населения, независимо от того, как это понятие раскрывается в медицинской литературе, определенную роль играют такие процессы и явления, изучение которых может наиболее продуктивно осуществляться именно с криминологических позиций, на основе криминологической информации и криминологических подходов¹. Их тем более важно исследовать, поскольку для медицины некоторые факторы криминологического характера довольно часто являются безразличными. Например, когда прошлое поведение пациента, социальная оценка непосредственных причин его заболевания в принципе не должны изменять ни интенсивности, ни методов лечения, либо напротив — когда медицина (медики, их деятельность и пр.) не может воздействовать на те или иные процессы (уровень судимости, состояние уголовно-исполнительной системы и пр.).

Кроме того, некоторые явления, достаточно хорошо известные медикам, могут более полно изучаться, только если будут добавлены криминологические методики к методикам медицинской социологии и медицинской этики. Такой методически взаимодополненный подход может проверить на соответствие действительности многие политические и неполитические заявления о вымирании России, ухудшении здоровья населения, создав основу для технологически грамотной политики в этой сфере.

В связи с этим ниже рассматриваются: 1) криминологическая характеристика состояния здоровья населения; 2) криминологические факторы (явления и процессы), воздействующие на состояние здоровья населения; 3) некоторые пути и способы предотвращения криминогенно обусловленной заболеваемости населения.

2. Криминологическая характеристика состояния здоровья населения как система профессионально переработанных данных должна охватывать, с нашей точки зрения, те виды заболеваний, которые обусловлены криминогенными детерминантами или на возникновение которых криминогенные детерминанты оказали решающее влияние. Эту группу заболеваний можно обозначить как «криминогенная заболеваемость» по аналогии с распространенными оборотами «лекарственные болезни», «техногенные катастрофы» и пр. Характеристика этой группы болезней может быть лишь дополнительной по отношению к медицин-

¹ Поскольку здесь понятие «здоровье» не обсуждается, в качестве исходного принимается его разъяснение в книге: «Популярная медицинская энциклопедия». — М., 1997. — С.220 и ряде более специальных работ по медицинской статистике.

ской характеристике состояния здоровья населения в том виде, в каком она принята в современной медицинской науке и практике. Такой подход разъясняется с помощью следующего допущения. Предположим, что в данной стране граждане соблюдают юридические законы и отсутствует какая-либо необходимость в репрессии со стороны государства, нет криминогенных факторов. Очевидно, люди будут болеть и при этих условиях, а состояние их здоровья будет иметь некие параметры. Если же в данной стране, что и имеет место всегда, существует преступность той или иной интенсивности, т.е. поведение людей наносит определенный вред отдельным гражданам, обществу в целом, уменьшает его материальные возможности, то можно полагать (и это эмпирически подтверждается), что состояние здоровья изменится: заболеваемость либо вырастет, либо примет какой-то иной характер по сравнению с тем, что имело бы место при отсутствии преступности. Именно эта часть заболеваемости или состояния здоровья граждан, детерминированная преступностью и ее факторами, является объектом криминологической характеристики здоровья населения.

Поэтому, вероятно, следовало бы выдвинуть предложение о расширении предмета и системы криминологии за счет введения раздела медицинской криминологии или криминологии криминогенной, т.е. криминально обусловленной, заболеваемости.

Однако более важно провести предварительные исследования, с тем чтобы убедиться, что такого рода подход действительно расширит наш круг знаний как о преступности, так и о заболеваемости в обществе, т.е. будет конструктивным.

Важнейшие условия разработки криминологической характеристики состоят в: обеспечении более полной сопоставимости криминологической и медицинской статистики, возможно, путем сближения структуры криминологической и медицинской статистики; создании общего языка для понимания объектов наблюдения, определения границ исследуемого явления, его тенденций, структуры, закономерностей функционирования. Для начала, однако, можно принять за единицу наблюдения преступные деяния, болезни, как они отражаются в статистике МВД и Министерства юстиции РФ, и некоторые заболевания, как они отражаются в медицинской статистике, определив предварительно некоторые, как можно более четкие, критерии отнесения болезней к группе криминогенных. В структуре криминологической характеристики преступности в свою очередь следует особо выделить некоторые престу-

пления, которые сами по себе либо порождают заболевание, либо непосредственным образом связаны с медицинским обслуживанием человека. Последнюю группу преступлений условно можно обозначить как медицинскую должностную преступность, выделив ее по критериям, которые заслуживают дополнительного обсуждения.

Структура криминогенной заболеваемости населения включает группы заболеваний: по субъекту, сфере, механизму причинения и последствиям, причем показатели этих групп опираются на медицинскую статистику, которая дает полную, хотя и криминологически не дифференцированную картину.

а) Субъективно обусловленная группа заболеваний:

- криминогенные преступные действия посторонних лиц: телесные повреждения, умышленные заражения и пр.;

- причиненные себе самим пострадавшим (алкоголизм, наркотики, суициды);

- связанные с преступными (противоправными) действиями работодателей;

- причиненные действиями (бездействиями) медицинских работников;

- причиненные иными лицами.

б) Объективно обусловленная группа заболеваний:

- заболеваемость лиц в местах отбывания наказания и связанная с отбыванием наказания;

- заболевания (травмы) в производственной сфере;

- заболевания в быту, связанные с совершением противоправных действий пострадавшим или против него;

- заболевания в сфере потребления продуктов массового производства, лекарств, алкоголя и пр.;

- болезни инфраструктуры (шумовые воздействия, загрязнение окружающей среды, пожары, транспортные правонарушения) и пр.

в) Обусловленная специфическим механизмом возникновения группа заболеваний:

- вызванные нарушением условий совместного бытового проживания (теснота помещений, загрязненность, отсутствие воды, света, недостаток чистого воздуха);

- действие техногенных факторов (старение инфраструктуры, опасность используемой техники и пр.);

— использование ненадежных технологий, включая применение непроверенных способов лечения; выпуск некачественной продукции крупными предприятиями и пр.;

— совершение противоправных деяний в процессе различных (законных и незаконных) контактов с пострадавшим;

— действие экологических факторов, оставшихся вне возможного контроля обязанных к его осуществлению лиц и пр.

Наряду с этим следовало бы выделить и иные критерии, позволяющие построить дополнительную информативную модель структуры криминогенной заболеваемости. Ими можно считать правовую оценку порождающих деяний и последствия. В первом случае это непосредственные факторы: болезни, вызванные правонарушениями, преступлениями, связанные с юридически нейтральными, но осуждаемыми обществом действиями (отклоняющимся поведением).

Во втором случае — критерий последствий в кратком изложении должен отражать смертность, инвалидность в ее различных проявлениях, распространенность алкоголизма, наркомании, СПИДа, нетрудоспособности, психических отклонений и пр. Представляется разумным анализировать также экономические последствия данного рода заболеваемости, что, вероятно, вполне способны делать страховые компании.

Потребность в конкретизации криминологической характеристики заболеваемости связана с практическими нуждами и спецификой либо заболеваний, либо преступлений/правонарушений, их порождающих, либо с иными критериями.

Наиболее характерный пример: выделение такой группы преступлений, как уголовно-наказуемые действия медицинского персонала (служебно-должностная медицинская преступность), которая в теории может включать и деяния, еще только подлежащие уголовно-правовому запрету. В эту группу могут входить: неоказание помощи больному; уголовно наказуемые медицинские ошибки; незаконные действия медицинского характера, такие, как незаконное занятие частной медицинской практикой или частной фармацевтической деятельностью; уголовно-наказуемые деяния медицинских работников, непосредственно не связанные с лечением (коррупция, разглашение врачебной тайны, незаконное помещение в психиатрический стационар; принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации, злоупотребление положением пациента и пр.). Подгруппу данной группы могут составлять деяния, образующие проблемные ситуации криминализации, а именно:

проведение экспериментов (клонирование), эвтаназия (собственно уголовно-наказуемая по действующему УК РФ). Оценка распространенности деяний этой группы требует большой осторожности, даже и при использовании статистики. В глазах общественного мнения такого рода деяния выглядят весьма распространенными, но газета «Известия» считает, что «по неофициальным данным в России из-за некавалифицированной медицинской помощи гибнут (вероятно ежегодно – А.Ж.) до нескольких тысяч пациентов»¹.

3. Генезис криминогенной заболеваемости. В той или иной связи факторы, порождающие это явление, рассматривались в литературе, но преимущественно либо применительно к признакам личности субъекта преступления или потерпевшего, либо к проблемам коррупции и так называемой организованной преступности.

На наш взгляд, при исследовании генезиса криминогенной заболеваемости необходимо уделить особое внимание анализу поведения граждан и социальных групп в данной сфере, а также структуре подготовки медицинских кадров, созданию инфраструктуры здравоохранения и организационно-управленческой деятельности в этой сфере, учитывая при этом, разумеется, общие факторы преступности, выявленные и выявляемые в криминологической литературе и на практике.

Общие факторы криминогенной заболеваемости

Традиционно их можно подразделить на объективные и субъективные, хотя этот подход крайне условен и приблизителен.

Объективные факторы: старение технинофраструктуры, т.е. объектов энергообеспечения, транспортных коммуникаций, водоснабжения, дорог и пр.; разрыв между профессиональной нагрузкой в экономике и обеспечением безопасности; крайне слабая самозащита общества от избыточной эксплуатации, плохого управления; неподготовленность кадров практически во всех социальных сферах к современным технологическим и управленческим переменам, к ускорению и усложнению производственных процессов и во многом связанное с этим отсутствие нормальных систем управления.

Субъективные факторы: относительно высокий уровень конфликтности, связанный, в частности, с высокой межличностной агрессивностью; неподготовленность населения к происходящим, как правило, вынужденным, организационно-технологическим изменениям; рас-

¹ Большой вопрос // Известия. 2002. — 16 июля.

пространенность наркомании, пьянства, депрессивных состояний, высокая степень конформности, сочетающаяся с конфликтностью, приводящие к частым эксцессам, и др.

Специальные факторы криминогенной заболеваемости

Их, естественно, следует анализировать применительно к группам преступлений. Лишь в качестве примера кратко укажем на некоторые факторы преступлений медицинских работников, состоящих в отказе от оказания медицинской помощи либо ненадлежащем лечении. Ими могут быть слабая подготовка медицинского персонала, истоки которой коренятся еще в системе набора в медицинские вузы, закрытость от критики и групповая псевдо-солидарность, а также слабая организация труда, перегрузка врачей и ряд иных факторов, нуждающихся в специальном анализе.

4. Некоторые пути и способы предотвращения криминогенной заболеваемости населения

Эта проблематика глубоко исследована в медицинской литературе, и сейчас крайне важно более эффективно использовать правовые возможности для их реализации. Вместе с тем полагаем целесообразным указать на наличие криминологических возможностей превенции данной группы болезней; особенно в этой сфере они являются лишь дополнительными, вторичными по отношению к общим мерам, которые принимают деятели здравоохранения, управления. При этом принципиально требование жесткого невмешательства в компетенцию медиков со стороны неспециалистов, охрана их профессиональной автономности.

Можно полагать, что имеют профилактическое воздействие и заслуживают развития, в частности:

а) различные направления социального контроля за состоянием здравоохранения, его инфраструктуры, применяемых методов (примерами являются методики устранения алкогольной и наркозависимости, привлекая внимание в последние годы и получавшие в соответствующей части даже судебную оценку);

б) инфраструктура и условия медицинской деятельности, в частности условия труда и оплата труда врачей, которые рассмотрены достаточно широко в литературе; страхование профессиональной ответственности врача, разграничение ответственности врача, медицинского учреждения, пациента; контроль за фармацевтической промышленностью и пр. Все эти и смежные с ними вопросы и должны стать предметом внимания криминологов.

А.А.Рёрихт

**ИССЛЕДОВАНИЯ В ОБЛАСТИ УГОЛОВНОГО
МЕДИЦИНСКОГО ПРАВА В ПОЛЬШЕ
(Реферативный обзор)**

Польские юристы уделяют самое пристальное внимание разработке различных аспектов медицинского права, в том числе уголовно-правовых. Библиография работ по этим вопросам насчитывает десятки монографий, разделов в учебниках по уголовному праву, статей в юридических журналах и тематических сборниках. На русском языке информация о развитии научных исследований в данной области, а тем более о судебной и административной практике, представлена пока что недостаточно (1). В последнее десятилетие ушедшего века был опубликован целый ряд работ такими известными учеными, как Э.Желинская, Г.Рейман, А.Лишевская, М.Филар, Л.Кубицкий, К.Поклевски-Козьел, М.Нестерович, М.Плахта, А.Губинский, М.Сафьян и др. В них рассматриваются проблемы новой отрасли права — медицинского, права пациента и их защита, права и обязанности врачей, вопросы биоэтики, трансплантологии, преступлений в области медицины и смежных с ними противоправных деяний, ответственности медиков за их совершение и др. В данном обзоре будет рассмотрена последняя группа вопросов, т.е. разработанных на стыке медицинского и уголовного права (2).

Книга известного криминолога Мариана Филара посвящена врачебному уголовному праву. Автор исходит из того, что до недавнего времени медицинское право опиралось на подходы XIX в., но ряд факторов резко изменил эту ситуацию. В первую очередь речь идет о развитии медицинской науки и практики, расширении ее сферы, более того, о ради-

кальной смене модели — с патерналистской, где пациент выступал в качестве объекта, на партнерскую, в которой врач и пациент становятся равноправными субъектами медицинской деятельности. Кроме того, значительную роль сыграли такие факторы, как усиление социального контроля за деятельностью медиков; денационализация медицинской практики; ее приватизация и включение в рыночные механизмы; расширение поля конфликтов между ее участниками с одновременным усилением роли права в их разрешении. В формирование новой отрасли существенный вклад внесен правом административным (регулирование системы здравоохранения и оказания услуг), корпоративным (нормативная медицинская деонтология), гражданским (особенно в связи с возмещением вреда за неправильное лечение или непроведение его), а также уголовным. Разъясняя роль уголовного права, М.Филар пишет, что врач несет ответственность в трех случаях: а) когда не лечит, хотя должен; б) когда лечит не так, как должен; в) когда лечит, хотя не должен. В основном эти ситуации и анализируются в книге. Первая глава ее посвящена основным принципам уголовной ответственности, а вторая — уклонению от оказания медицинских услуг (неоказание помощи). Здесь автор рассматривает правовые основы обязанности оказания медицинских услуг и основания уголовной ответственности за уклонение от них, хотя в польском уголовном праве отсутствует норма, непосредственно устанавливающая за это ответственность. Поэтому применяются иные статьи УК РП, в частности ст.160 о создании непосредственной опасности утраты жизни либо причинения тяжкого вреда здоровью; ст.162 о неоказании помощи человеку, находящемуся в положении, угрожающем непосредственной опасностью утраты жизни или причинения тяжкого вреда здоровью, при возможности таковую оказать, не подвергая себя или иное лицо равноценной опасности; ст.156 о тяжком причинении вреда здоровью (тяжких телесных повреждений), ст.157 о причинении иных нарушений функций органов тела или расстройства здоровья; ст.155 о неумышленном причинении смерти. Затем М.Филар рассматривает вопросы уголовной ответственности врача в случаях, когда он не гарантирует наступления результатов из-за неоказания помощи при непосредственной угрозе жизни и здоровью, и врача, гарантирующего, что вредные для пациента последствия из-за уклонения от оказания медицинской помощи не будут иметь места.

Положение, угрожающее непосредственной опасностью утраты жизни или здоровья, — это такая ситуация, в которой при нормативном и

типичном для такого рода случаев развитии причинной связи данному лицу в ближайшее время, т.е. на следующем этапе причинности, реально угрожает наступление одного из указанных результатов. При этом М.Филар подчеркивает, ссылаясь на решение Верховного суда от 22 июля 1974 г., что не важно: имело или не имело шансов реальное оказание помощи. Он отмечает также, что польские суды склонны к широкому пониманию обязанности оказания помощи, а тем самым к расширению сферы действия ст.162 УК РП. Неоказание помощи означает невыполнение врачом в отношении определенного лица, находящегося в состоянии, описанном в ст.162 УК РП, каких бы то ни было лечебных действий, направленных на оказание помощи. Иначе представляется ситуация врача, на котором лежала особая юридическая обязанность оказания помощи конкретно определенному пациенту, неоказание которой вызвало тяжкие последствия либо риск их наступления. В этом случае врач своим поведением вызывает определенное последствие, а в ситуации ст. 162 лишь не принимает мер по их предотвращению.

Автор рассматривает правовые основания обязанности врача оказывать помощь, в случае нарушения которых может наступить уголовная ответственность. Это: 1) ст.30 Закона о профессии врача; 2) договоры гражданско-правового характера на основе трудового договора между врачом и клиникой либо контракта между ним и учреждением здравоохранения, 3) а также проводимая им частная практика, по меньшей мере с момента (возможно, в конклюдентной форме), с которого он приступил к лечению пациента; 4) специальные законодательные предписания, возлагающие такого рода обязанности, например, на врача, находящегося на военной службе, либо в период борьбы с эпидемией, либо катастрофами. Тем не менее существование такой обязанности не может быть предполагаемым, а всегда проистекает из определенного правового источника. М.Филар подробно анализирует процесс установления последствий, а также ситуации, в которых врач своим бездействием ускорил развитие и течение болезни.

В третьей главе он рассматривает уголовную ответственность за неуспешное лечение, исходя из того, что польское уголовное право не содержит непосредственного предписания, позволяющего привлечь к ответственности врача за сам факт неправильности примененного им лечения без учета наступивших последствий, т.е. смерти или ущерба здоровью, а поэтому исключается умышленная форма вины, так как нельзя одновременно хотеть для пациента и добра, и зла. В работе ана-

лизируются предписания ст.155, 156, 157, 160 УК РП, а также должностные преступления по ст.231 и 115, которые практически утрачивают свое значение в связи с изменениями системы здравоохранения в Польше. Далее в книге рассматривается, в чем состоит исполнение профессии врача: в исследовании состояния здоровья, распознавании болезней и их предупреждении, лечении и реабилитации больных, даче врачебных советов, даче заключений и высказывании мнения. В этой связи автор разрабатывает целый ряд важнейших понятий, в том числе: лечебная мера, медицинская услуга, действие врача, медицинская деятельность, медицинская мера (например, хирургическая мера). С учетом этого, М.Филар рассматривает вопросы о том, вторична или первична легальность лечебных действий, об общеправовых основаниях обязанности надлежащего лечения, а также об основаниях уголовной ответственности врача за неумышленные преступления против жизни и здоровья.

В четвертой главе «Уголовная ответственность за нетерапевтические действия врача» в отдельных параграфах анализируются действия врача в специальной правовой ситуации, а именно при: 1) проведении *эксперимента* — по элементам цели лечебной, существенного значения ожидаемой пользы, целесообразности эксперимента с учетом современного состояния медицинского знания, обоснованности ожидаемых результатов, а также проведения эксперимента *lege artis*; 2) пересадках органов и тканей; 3) прерывании беременности (со ссылкой на многочисленные акты и с подробным анализом ст.152, 153, 154,157 УК РП); 4) действиях, осуществляемых по распоряжению властей (здесь речь идет о действиях врача в рамках санитарно-эпидемиологических мероприятий и об установлении и закреплении доказательств проводимого в соответствии с требованиями закона процесса (в основном уголовного). Отдельно М.Филар рассматривает действия врача, не урегулированные специальными правовыми предписаниями. А именно, косметические операции и иные меры, кастрацию и стерилизацию, операции по смене пола, генно-инженерную деятельность и др. Большое внимание в книге уделено согласию пациента и уголовной ответственности врача в случае несоблюдения установленных процедур получения согласия и выполнения воли больного или его законных представителей. В заключительной, шестой главе рассматриваются преступные действия врача наряду с «околоврачебными» — по терминологии автора, т.е. эвтаназия и помощь в самоубийстве, помощь при уклонении от военной службы, нарушение врачебной тайны, взяточничество, несооб-

шение о преступлении, фальшивое свидетельствование и проч. М.Филар определяет и анализирует ошибку в лечении как нарушение врачом, осуществляющим лечебную функцию, относящихся к этой функции совокупности правил и принципов профессионального поведения, источником которого являются медицинские наука и практика.

А.Лишевская несколько иначе определяет ошибку в лечении, трактуя ее как критерий вины врача, как поведение, противоречащее обязывающим правилам врачебного знания и практики, а именно как «нарушение врачом, осознающим, что он осуществляет медицинские действия, выработанные наукой и практикой, правила профессионального поведения в отношении правовых ценностей — жизни и здоровья человека, которое с точки зрения права представляет собой нарушение обязанностей предосторожности». Исходя из этого определения, она рассматривает данную категорию преступлений как неумышленные деяния, нарушающие специфические профессиональные правила поведения врачей.

При этом А.Лишевская осознает, что такого рода деяние может быть установлено только лицом, обладающим специальными медицинскими знаниями (врачом-экспертом), и это является критерием разграничения врачебной ошибки от иных случаев нарушения врачом норм об осторожном поведении.

В зависимости от соотношения таких факторов, как соответствие медицинского вмешательства принципам медицинской науки и практики, согласие пациента и результат применения медицинских мер, возможны следующие ситуации: 1) медицинская мера осуществлена способом, противоречащим принципам медицинской науки и практики, но не вызвала негативных последствий — действия являются «первично» законными; 2) мера выполнена *lege artis* и с согласия пациента, но привела к ухудшению его состояния, — действия врача законны, так как отсутствует признак нарушения обязывающих правил; 3) мера выполнена *lege artis*, привела к улучшению состояния пациента, но согласия его врач не получил — мера противоправна, поскольку нарушено право пациента на решение и не выполнены процедурные требования получения согласия; 4) мера проведена способом, противоречащим правилам науки и практики, привела к ухудшению состояния здоровья — действия врача противоправны, так как нарушены и охраняемые правом ценности, и правила профессионального поведения; согласие же пациента или его отсутствие не влияет на оценку деяния, но имеет значение для его квалификации.

М.Шерочинская в рецензии на книгу подчеркивает, что врачебная ошибка может рассматриваться только применительно к четвертой ситуации, описанной А.Лишевской, а в третьей ситуации — объектом нарушения, по ее мнению, является не жизнь и здоровье, а свобода пациента.

Важные положения рассмотрены при анализе причинной связи и объективного вменения. А.Лишевская полагает, что вменить можно лишь преступный результат, являющийся следствием нарушения врачом тех обязывающих в медицине правил предосторожности, которые имели своей целью именно противодействие данному конкретному последствию (т.е. результат помещен в охранительной цели нормы), следствие было объективно предвидимым и возможным для предотвращения *lege artis*. Это условие, по ее мнению, следует распространить на случаи, в которых нарушение предосторожности значительно увеличивает риск посягательства на охраняемое правовое благо.

В работе анализируются диагностические, терапевтические, технические и организационные врачебные ошибки. Диагностические ошибки, когда врач фиксирует отсутствие признаков на самом деле имеющей место болезни и отказывается от терапии, необходимо отличать от преступного неоказания помощи (ст.162 УК), которое является умышленным преступлением. Со своей стороны, в связи с этим М.Шерочинская обращает внимание на существование двух разных ситуаций. Первая — когда врач исполняет профессиональные функции, например, дежурит в приемном покое, работает на скорой, вызван на дом к пациенту, и вторая — когда врач становится совершенно случайно свидетелем возникновения обстоятельств, угрожающих жизни и здоровью. В первом случае он действует в рамках профессиональных обязанностей и в ситуации неоказания помощи должен отвечать за умышленное преступление. Во втором — в соответствии с решением Верховного суда, врач не является гарантом предотвращения результата, но на него возложена, как и на любого человека, обязанность оказания помощи. Он может быть привлечен к ответственности по ст.162 УК независимо от наступивших последствий.

В контексте терапевтической ошибки А.Лишевская рассматривает случаи, когда такая ошибка явилась результатом диагноза, поставленного другим врачом. Особое внимание уделяет она анализу значения врачебных ошибок при нетерапевтических медицинских мерах, в том числе при проведении медицинских экспериментов, трансплантации органов и

тканей (*ex mortuo* и *ex vivo*), при прерывании беременности и в иных нетерапевтических действиях врача, подробно описывая юридические последствия и освещая дискуссию по вопросу создания специальных норм, устанавливающих уголовную ответственность врача за допущенные ошибки. Автор приводит аргументацию Г.Рейман, которая считает, что криминальные деяния врача следует отнести к сфере профессиональных преступлений. Это позволило бы смягчить жесткие оценки поведения врача в общественном мнении, а также перенести внимание с последствий на поведение. В книге приводятся и противоположные аргументы (В.Вольтер), а также анализ УК Австрии 1974 г. (в настоящее время действует УК 1999 г. — Прим. А.Рёрихт), УК ФРГ (параграф 222, 230), УК Франции (ст.319, предусматривающая ответственность за неумышленное убийство, совершенное путем отсутствия внимания, осторожности, халатности либо неприменением предписаний), а также ст.320 об ответственности за неосторожное причинение телесного повреждения; УК Швейцарии 1937 г. (ст.117, 125), в котором эти вопросы регулируются аналогично немецкому и польскому уголовному закону.

А.Лишевская обращает внимание на то, что любая попытка выведения неосторожных действия или бездействия врача из-под предписаний нормы закона, определяющей состав преступления против жизни и здоровья человека, была бы искусственной мерой, не учитывающей сущности оценок такого поведения, которая в первую очередь связана с негативными последствиями, а лишь потом — с трактовкой самого поведения.

Можно согласиться с мнением М.Шерочиньской, которая специально подчеркивает, что в рецензируемой ею книге вопросы условий легальности (законности) действий медицинского персонала и основания уголовной ответственности за врачебную ошибку, т.е. за поведение, не соответствующее обязывающим принципам медицинского законодательства и практики, рассматриваются комплексно.

Список литературы

1. Жалинская-Рёрихт А.А. Исследования проблем биоэтики в медицинском праве Польши // Социальные и гуманитарные науки: Отечественная и зарубежная литература. — Сер. Государство и право. 2001. — № 3 — С.161—167; Эвтаназия в польском медицинском и уголовном праве // Там же. — С.167—173; Права пациента в польском медицинском праве // Там же. — 2002. — № 1. — С.170—174; Юридическая ответственность в медицинском праве Польши // Там же. — С.174—184.
2. Обзор подготовлен по работам: Filar M. Lekarskie prawo karne. — Krakow, 2000. — 400 s.; Liszewska A. Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej. — Krakow, 1998. — 268 s. (Рецензию на эту книгу см.: Państwo i prawo. — W-wa, 1999. — N10. — S.88—92 (автор M.Scheroczynska).

**ОПИ Г.
МЕДИЦИНСКОЕ ПРАВО И СПОРТ В АВСТРАЛИИ
(Реферат)**

**OPIE G.
Medico-legal issues in sport: The view from the Grandstand//
Sydney law rev. — 2001. — № 23. — P.56—72.**

Один из номеров австралийского реферативного журнала «Sydney Law Review», издаваемого юридическим факультетом Университета города Сиднея, посвящен проблемам медицинского права в современном обществе. Целью данного обзора является краткое изложение актуальных, по мнению австралийских ученых, аспектов медицинского права в этой стране.

В статье Гайден Опи подчеркивается, что с давних пор медициной признается связь между здоровьем и спортом. С медицинской точки зрения давно изучены такие аспекты, как изменения правил в спорте с целью повышения его безопасности; риск передачи инфекционных заболеваний; занятия спортом беременных женщин; применение допинга и биостимуляторов, а также вопросы пола в спорте. Связь некоторых из перечисленных медицинских аспектов (в особенности применения допинга) с правом и законом все более возрастает. Первой из рассматриваемых проблем является проблема ответственности за причинение вреда. В области спортивной медицины и спортивной науки Австралия занимает одно из лидирующих положений в мире. Для нее характерна широкая сеть образовательных учреждений, выпускающих врачей различных ме-

медицинских профессий, специализирующихся в области спортивной медицины. Но несмотря на то, что уровень законодательного регулирования вопроса ответственности за причинение вреда в Австралии очень высок, данная сфера не актуальна для спортивной медицины. В юридической литературе упоминается лишь один случай, когда врач спортивной команды по регби выиграл процесс, возбужденный против него игроком, за неправильно диагностированную травму локтя, приведшую к досрочному окончанию его спортивной карьеры. По мнению автора статьи, не ясно, что, собственно говоря, является причиной такого блестящего положения дел — высокий уровень развития и хорошее качество предоставления медицинских услуг либо же хорошие личные отношения, которые обычно складываются между спортсменами и врачами команд. Однако существует и другой аспект ответственности за причинение вреда в спорте, связанный с неотъемлемым риском для здоровья как спортсмена, так и зрителей. Природа и степень таких рисков отличаются в зависимости от вида спорта. Вид спорта может быть признан незаконным вследствие его высокого риска для здоровья; существует ответственность организаторов спортивных соревнований и спортивных тренеров за халатность в ознакомлении спортсменов с возможными рисками и подготовке их к восприятию рисков, присущих данному виду спорта. В случае причинения вреда здоровью спортсмена, случившегося во время занятия законным видом спорта вследствие неотъемлемого риска, присущего данному виду спорта, с наличием которого он был ознакомлен, данный случай признается несчастным, и никто не несет за это юридической ответственности.

Второй проблемой, рассматриваемой автором в статье, является проблема инфекционных заболеваний и спорта, передачи инфекционных заболеваний от спортсмена спортсмену. Например, с медицинской точки зрения вирусы гепатита В и С представляют значительную угрозу общественному здоровью. С юридической точки зрения эти заболевания вызывают целый спектр вопросов, включая конфиденциальность, ответственность за причинение вреда, нарушение условий контракта, антидискриминационного законодательства и ограничения торговли. Важным аспектом антидискриминационного законодательства, связанного с инфекционными заболеваниями, является то, при каких обстоятельствах лицо, которое страдает инфекционным заболеванием, может быть отстранено от участия в соревновании. С одной стороны, согласно федеральному законодательству запрещено отстранять спортсмена от сорев-

нований по причине нетрудоспособности¹. Под нетрудоспособностью понимается также присутствие в организме человека постороннего организма, вызывающего или способного вызвать заболевание². Однако в случае, когда нетрудоспособность проявляется в заболевании, дискриминация не является незаконной, если «это оправданно необходимо для защиты общественного здоровья»³.

Еще одной проблемой, затронутой в статье, является проблема беременности и спорта. В последние два десятилетия беременные спортсменки отказывались от участия в соревнованиях. Однако сегодня отношение к данному вопросу изменилось. Имеется ряд примеров, когда ведущие мировые спортсменки с беременностью сроком до трех месяцев принимали участие в соревнованиях, что поставило перед правом ряд проблем: ответственность за причинение ущерба матери и плоду и вопросы, связанные с правами человека беременной женщины. Медицинское лечение беременной спортсменки может включать в себя: предоставление ей максимальной информации о желательности данного рода упражнений для здоровья и об ассоциированных рисках; мониторинг состояния здоровья беременной спортсменки в процессе беременности; рекомендации воздержаться от определенной физической нагрузки на определенных стадиях беременности. Каждый из перечисленных аспектов имеет и свое юридическое значение: в результате недоведения информации, из-за ошибки в оценке здоровья женщины может быть причинен вред; если же женщина не следует совету воздержаться от занятий спортом — может ли она быть отстраненной от соревнований и кто в данном случае несет ответственность за ущерб плоду. Если в первых двух случаях решение вопроса об ответственности целиком зависит от взаимоотношений врач — пациент, то в последнем, в случае, если ребенок получил повреждения в утробе матери и впоследствии родился живым, он приобретает юридические права и может претендовать на юридическую защиту. Часто соответствующие иски инициируются другим родителем в интересах ребенка с целью оплатить неотложные расходы на его лечение; по достижении совершеннолетия ребенок может подать соответствующий иск самостоятельно.

¹ Disability Discrimination Act 1992 s 28.

² Disability Discrimination Act 1992 s 4(1).

³ Disability Discrimination Act 1992 s 48.

Рассматривая наиболее острый медико-юридический вопрос в спорте — применение допинга, автор статьи указывает на противоречивый характер его различных аспектов:

- природа правонарушения — должно ли оно вести к строгой или абсолютной ответственности;
- возможная криминализация использования таких препаратов, как анаболические стероиды;
- распространение спортивного законодательства, запрещающего использование отдельных препаратов, на применение препаратов, не повышающих физическую активность, как, например, марихуаны;
- необходимо ли публично объявлять о наличии у спортсмена положительного теста на препарат, что может восприниматься особенно остро в случае приема данного препарата по медицинским показаниям;
- решение, является ли тест на наличие какого-либо препарата достаточно надежным для противостояния юридическому отводу;
- длительность запретов, наложенных в качестве штрафных санкций.

В статье более подробно рассматривается проблема разрешения использования спортсменами препаратов, необходимых им по медицинским показаниям. В этой связи долгое время в зоне внимания находился вопрос о спортсменах, страдающих бронхиальной астмой. Однако решение этого вопроса в случае других заболеваний представляет еще большую проблему. В 1992 г. Австралийской комиссией по спорту была создана группа медицинских экспертов, одной из задач которой стала подготовка заключений о возможности разрешения использования запрещенных препаратов для терапевтических целей. Она разработала основополагающие принципы для решения вопроса, было ли использование данного препарата оправдано терапевтическими целями. В общих чертах они заключаются в следующем: терапевтическое применение препарата, запрещенное в других случаях, было адекватным состоянию пациента; в лечении нельзя было использовать другой препарат, не запрещенный антидопинговыми правилами; в случае отказа от лечения спортсмен бы пострадал; лечение не носило другого эффекта, кроме возвращения пациента в нормальное физическое состояние. В статье рассмотрены также и другие аспекты данной проблемы, как, например, применение антидискриминационного законодательства к спортсменам, принимающим в силу своего состояния здоровья запрещенные антидопинговым законодательством препараты.

Далее автор рассматривает вопрос пола и спорта. Для участия в женской программе большинства крупных мировых соревнований, таких, например, как Олимпийские игры, требуется прохождение специального теста, доказывающего принадлежность спортсменки к женскому полу. На волне массовых протестов медицинских кругов, спортсменов и других заинтересованных групп, Международный олимпийский комитет отменил массовый скрининг исследования спортсменок по крайней мере на период Олимпийских игр 2000 г. в Сиднее, но оставил возможность применения этого теста в случае необходимости.

Т.В.Никишина

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ СТАТЕЙ И ОБЗОРОВ

Екатерина Афанасьева — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник ИНИОН РАН (Москва)

Джессика В.Берг (Jessica W. Berg) — ассистент профессора, школа права Кейс Вестерн Резерв Университет (Кливленд)

Ричард Дж.Бонни (Richard J. Bonnie) — профессор, Школа права Университета Вирджинии (Шарлотсвилль)

Габриэле Вольфсласт (Gabriele Wolfslast) — профессор, доктор юридических наук, юридический факультет Университета им. Юстуса Либига (Гиссен)

Эва М. Гузик-Макарук (Ewa M. Guzik-Makaruc) — доктор юридических наук, доцент юридического факультета Белостокского университета (Белосток)

Томас Гутманн (Thomas Gutmann) — доктор юридических наук, М.А., научный ассистент Института истории права им. Леопольда Венгера (Мюнхен)

Ольга Дубовик — профессор, доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник Института государства и права (ИГП) РАН (Москва)

Альфред Жалинский — профессор, доктор юридических наук, заведующий кафедрой уголовного права факультета права Государственного университета — Высшая школа экономики (Москва)

Алина Иванова — аспирантка ИГП РАН (Москва)

Абрам Йорыш — профессор, доктор юридических наук, руководитель проблемной группы по атомному праву Института государства и права (ИГП) РАН (Москва)

Петер Кёниг (Peter König) — доктор юридических наук, советник

Баварского государственного Министерства юстиции (Мюнхен)

Дмитрий Кобяков — кандидат юридических наук, юрист Центра трансплантационной медицины (Москва)

Ирина Король — заместитель начальника юридического отдела Российской академии правосудия (Москва)

Эдуард Кузнецов — профессор, доктор юридических наук, академик, заведующий кафедрой теории права и государства СПб ГУАП (Санкт-Петербург)

Наталья Ленчина — заведующая методическим кабинетом кафедры уголовного права факультета права Государственного университета — Высшая школа экономики (Москва)

Марина Малеева — доктор юридических наук, профессор Московской государственной юридической академии (Москва)

Райнхард Меркель (Reinhard Merkel) — профессор, доктор юридических наук (Гамбург)

Виктор Наумов — научный сотрудник Санкт-Петербургского института информатики и автоматизации РАН (Санкт-Петербург)

Татьяна Никишина — аспирантка Института государства и права (ИГП) РАН (Москва)

Елена Новикова — доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник ИГП РАН (Москва)

Светлана Подубинская — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Института государства и права (ИГП) РАН (Москва)

Елизавета Пономарева — студентка V курса юридического факультета МГПУ (Москва)

Алла Рёрихт — аспирантка Института государства и права (ИГП) РАН, младший научный сотрудник ИНИОН РАН (Москва/Мюнхен)

Роксин Клаус (Roxin Claus) — профессор, доктор юридических наук, доктор h.c. mult., Институт уголовно-правовых исследований (Мюнхен)

Денис Савельев — преподаватель юридического факультета Петрозаводского государственного университета (Петрозаводск)

Уте Саксофски (Ute Saksofsky) — профессор, доктор юридических наук, L. M. (Гарвард), юридический факультет Университета (Франкфурт на Майне)

Виктор Сальников — профессор, доктор юридических наук, акаде-

мик, вице-президент Российского союза юристов, заслуженный деятель науки РФ, начальник Санкт-Петербургского университета МВД РФ (Санкт-Петербург)

Ольга Старовойтова — кандидат юридических наук, доцент кафедры административного права Санкт-Петербургского университета МВД РФ (Санкт-Петербург)

Ольга Хазова — кандидат юридических наук, старший научный сотрудник (ИГП) РАН (Москва)

Юлия Храмова — кандидат юридических наук, преподаватель Московского государственного открытого университета (Москва)

Ульрих Шрот (Ulrich Schroth) — профессор, доктор юридических наук, руководитель Института уголовно-правовых исследований, декан юридического факультета Мюнхенского университета (Мюнхен)

Александр Элерс (Alexander Ehlers) — профессор, доктор медицинских наук, доктор юридических наук, адвокат (Мюнхен)