

Тихомиров А.В. Проблемы недостаточности правового регулирования потребительского оборота в сфере охраны здоровья граждан //Главный врач: хозяйство и право. – 2010. – № 5. - С.32-41.

Резюме: показано, что существуют многочисленные проблемы недостаточности законодательства для регулирования в сфере охраны здоровья; revealing that existing acts of legislation are insufficient in health service sphere.

Ключевые слова: потребитель, законодательство, сфера охраны здоровья; consumer, legislation, health service sphere.

Гражданский оборот в сфере охраны здоровья граждан сложился de facto. По несовпадению встречных интересов оформились финансовые и товарные рынки, в том числе, рынки товаров медицинского назначения, включая сегменты медицинской техники, лекарственных препаратов и пр.; рынки «бизнес-бизнесу» и «бизнес-потребителю». Все эти рынки так или иначе призваны обслуживать конечный, потребительский рынок – рынок медицинских услуг.

Однако долгое время существовавшее нерыночное устройство сферы охраны здоровья и до настоящего времени законодательно поддерживаемый квази-рынок в государственном и муниципальном здравоохранении разделили конечный рынок медицинских услуг на потребительскую и квази-потребительскую части.

Потребительскую часть рынка медицинских услуг создает частная медицина. Медицинские услуги гражданам в этой части рынка оказываются и оцениваются по правилам действующего гражданского законодательства, в том числе законодательства о защите прав потребителей. Частная медицина существует и функционирует на тех же условиях, что и реальный сектор экономики.

Квази-потребительскую часть оборота медицинских услуг составляет государственное и муниципальное здравоохранение. В этой части, во-первых, вопреки встречности интересов и институты товаропроизводителей (учреждения здравоохранения), и платежные институты (в настоящее время – внебюджетные фонды обязательного медицинского страхования) объединены в единых пределах отраслевого ведомства. Во-вторых, цена медицинских услуг как объекта оплаты определяется нормативно, без учета формирующейся в обороте прибавочной стоимости. В-третьих, механизм распределения средств казны между распорядителями (главными распорядителями) и получателями бюджетных средств исключает причастность к нему граждан в качестве получателей медицинских услуг, девальвируя их правовое положение потребителей. Государственное (муниципальное) здравоохранение находится в обособленном поле ведомственно-бюджетного подчинения, а потому существует и функционирует на условиях, совершенно отличных от тех, которые

законодательно установлены для реального сектора экономики и частной медицины.

Тем самым в государственном (муниципальном) здравоохранении медицинские услуги – не вполне объект товарообмена, а гражданин в качестве пациента – не вполне потребитель; частная же медицина – не вполне часть социальной сферы, подчиняясь правилам реального сектора экономики.

Кроме того, существуют и особенности потребительского восприятия гражданами услуг вообще и медицинских услуг в частности. С одной стороны, поскольку услуги лишены материального воплощения, убедиться в характеристиках предоставления потребителю сложно, а в отношении медицинских услуг велика также роль асимметрии информации. С другой стороны, привычная с советских времен бесплатность здравоохранения позволяет гражданам считать его ничего для себя не стоящим, а потому – как при оказании, так и при оплате медицинских услуг – не признавать их объектами товарообмена, подобными материальным товарам, даже если оплату медицинских услуг они производят сами. Это равно касается исполнителей и получателей медицинских услуг (плательщиков за медицинские услуги).

Отсюда в общем виде проблемы недостаточности правового регулирования потребительского оборота в сфере охраны здоровья граждан состоят как в неодинаковости отношения к товарообмену его участников в государственном (муниципальном) здравоохранении и в частной медицине, так и в отсутствии единства их отношения к медицинским услугам как к товару потребительского назначения. Это – проблемы недостаточности оформления потребительского характера отношений в связи с оказанием медицинских услуг, определения свойств медицинской услуги и оформления отношений перехода прав на объекты товарообмена.

1. Проблемы недостаточности оформления потребительского характера отношений в связи с оказанием медицинских услуг в общем виде сводятся к отделению товарной части медицинской услуги от медицинской помощи в ее составе, определению момента возникновения отношений хозяйствующего субъекта с потребителем и предмета оплаты при получении медицинских услуг.

1.1. Отделение товарной части медицинской услуги от медицинской помощи в ее составе необходимо для того, чтобы меру отношений хозяйствующего субъекта с потребителем не применять к отношениям врача и пациента.

Если оказание медицинских услуг подчиняется юридическим правилам, а оказание медицинской помощи – правилам медицины, то отношения хозяйствующего субъекта с потребителем и отношения врача и пациента не являются тождественными.

1.1.1. Отношения хозяйствующего субъекта с потребителем складываются в парадигме модели юридического равенства, хотя бы и с учетом того обстоятельства, что потребителя законодательство признает слабой стороной договора. Однако объектом медицинской услуги является здоровье

потребителя, в связи с чем ее оказание всегда связано с риском причинения вреда этому нематериальному благу.

Наличие риска придает таким отношениям рисковый (алеаторный) и одновременно доверительный (фидуциарный) характер.

Основным (квалифицирующим) признаком алеаторных сделок является не риск, а зависимость возникновения отдельных (наиболее значимых) прав и обязанностей, касающихся наличия и/или направленности, а также количества основного предоставления, от обстоятельств, имеющих неподвластный участникам сделки характер. Рисковая сделка выступает более широкой категорией и помимо алеаторных охватывает другие сделки, характеризующиеся наличием элемента риска<sup>1</sup>. Наличие и риска, и обстоятельств, имеющих неподвластный участникам сделки характер, свойственно медицине как науке неполного знания о здоровье и, соответственно, медицинским услугам.

Фидуциарными являются правоотношения, содержание которых заключается в наделении одним субъектом (доверителем) другого субъекта (фидуциара) полномочиями для реализации своих субъективных прав и интересов с тем, чтобы фидуциар осуществлял их в отношениях с третьими лицами так, как если бы он действовал в своих интересах. Главный признак фидуциарных правоотношений – несовпадение внешней юридической формы и действительного внутреннего содержания – сформировался еще в римском праве, и с тех пор к ним относятся отношения, возникающие из договоров поручения, комиссии и простого товарищества. В странах англосаксонской правовой семьи – это все сферы отношений по управлению чужим имуществом, в том числе в сфере отношений между агентом и принципалом, адвокатом и клиентом, а также отношений между супругами. Деятельность государственных и муниципальных унитарных предприятий и учреждений представляет собой деятельность фидуциара в публичных правоотношениях, в которых доверителем являются РФ, субъект РФ или муниципальное образование<sup>2</sup>. К числу доверительных относится широкий круг отношений на рынке финансовых услуг<sup>3</sup>. В контексте приведенного определения отношения оказания медицинских услуг являются фидуциарными: потребитель наделяет лечащего врача полномочиями для реализации своих субъективных прав и интересов, с тем чтобы он осуществлял их и в отношениях с третьими лицами (медицинским персоналом своей и консультантами других организаций на этапах преемственности в оказании медицинской помощи) так, как если бы он действовал в своих интересах.

Альтернативной можно считать точку зрения, в соответствии с которой доверительными являются не отношения, а их объект (точнее, его качества).

---

<sup>1</sup> Запорощенко В.А. Особенности правового регулирования алеаторных сделок в Российской Федерации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук – Екатеринбург, 2006.

<sup>2</sup> Сырбо В.А. Отечественный и зарубежный опыт гражданско-правового регулирования фидуциарных отношений (история и современность): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук – М., 2008.

<sup>3</sup> Рындина И.В. Институт экономического доверия в системе рынка финансовых услуг: Автореф. дисс. ... канд. экон. наук – Краснодар, 2008.

Доверительными называются качества товара, оценка которых не может быть произведена самим потребителем до или в процессе использования и обычно поручается иному лицу (к инспекционным относятся качества, устанавливаемые до заключения контракта, к экспериментальным – качества, которые выявляются без издержек после заключения сделки, к доверительным – качества, оценка которых даже после заключения контракта сопряжена с издержками). Доверительными благами являются услуги врача, автомеханика, аудитора и пр.<sup>4</sup>. Здоровье – это доверительное благо в отношении по поводу медицинского воздействия на него.

По аналогии, следовало бы выделить рисковые блага как подвергающиеся риску умаления. Между тем исследования на эту тему отсутствуют, что понятно: риску может подвергаться любое благо как ценность.

Исходя из изложенного, договор об оказании медицинских услуг следует признать рискованной (алеаторной) сделкой по поводу доверительного блага – риск из медицинской помощи возникает для здоровья правообладателя.

1.1.2. Отношения врача и пациента традиционно складываются в парадигме патерналистской модели, покровительства. Это следствие, с одной стороны, тоталитарного прошлого страны, воспитавшего у пациента иждивенчество как результат бесплатного здравоохранения; с другой стороны – существующей в этих отношениях во всем мире неизбежной асимметрии информации.

В противоположность этому в конце XX века начали набирать силу антипатерналистские тенденции и появились разработанные в США и странах Западной Европы иные модели взаимоотношений врача и пациента: совещательная, информационная, техническая, контрактная и др. В соответствии с моделью Е. Эсмонуэль и Л. Эсмонуэль<sup>5</sup>, например, от врача требуется предоставление пациенту всей существенной информации, касающейся заболевания. В задачи пациента входит выбор медицинского вмешательства по своему усмотрению, на врача возлагается обязанность лишь осуществить выбранное лечение. В рамках данной модели четко разграничиваются объективные факты и пожелания больного. При этом врач играет роль или консультанта, или советчика, или компетентного эксперта-профессионала, что означает: при расхождении мнения пациента с объективными медицинскими данными врач должен отдавать предпочтение мнению и решению пациента.

Действительно, отношения врача и пациента в соответствии с правилами медицины и медицинской профессии не должны противоречить юридическим правилам. Более того, отношения врача и пациента по медицинским правилам – это граница, за которой начинается действие

---

<sup>4</sup> Юдкевич М.М. Издержки измерения и институты рынков доверительных товаров: Автореф. дисс. ... канд. экон. наук – М., 2003.

<sup>5</sup> Эсмонуэль Е., Эсмонуэль Л. Четыре модели взаимоотношений врача и больного // JAMA – Журнал американской медицинской ассоциации, 1992, октябрь: по тексту Силуянова И., Недоступ А. Патернализм и информированное согласие: проблема совместимости / Медицинский вестник. – 2007. - №1 (386). – С.19.

юридических правил, и, следовательно, на ней должны существовать ориентиры правовой квалификации.

Если договор об оказании медицинских услуг является рискованной сделкой по поводу доверительного блага, а риск из медицинской помощи возникает для здоровья правообладателя, то асимметрия информации может касаться существа медицинской помощи, но не здоровья. Поэтому вне зависимости от того, какая модель отношений врача и пациента доминирует в текущий момент, принимать решение должен правообладатель в отношении того, чем готов поступиться в принадлежащем ему благе, а врач – в отношении того, что в рамках этого решения предпринять в соответствии с правилами медицины. Иными словами, пациенту не нужно вникать в специфику медицинской помощи – достаточно лишь понимать, на что идет в отношении рисков для здоровья, а врачу не следует принимать решение за пациента в отношении здоровья, как и отягощать его ненужной информацией о существовании медицинской помощи, но при ее оказании строго придерживаться пределов решения пациента.

1.2. Определение момента возникновения отношений хозяйствующего субъекта с потребителем необходимо для того, чтобы несвоевременность оказания медицинской помощи в составе медицинской услуги относилась к ответственности ее исполнителя.

Фактор времени в медицине зачастую имеет чрезвычайно важное значение, а оказание медицинских услуг осуществляется лишь после заключения договора (совершения сделки).

Ургентное, не терпящее отлагательства, состояние может обуславливать нужда не только в срочной, по жизненным показаниям, но и в отсроченной медицинской помощи, задержка с оказанием которой позволяет прогрессировать патологии, ухудшает прогноз течения заболевания и выздоровления, перспективу лечения и, в конечном счете, приводит к утратам здоровья большим, чем в отсутствие задержки.

Между тем времени требует и оформление отношений, т.е. заключение договора: ведь потребителю необходимо вчитаться, взвешивать, понять, принять решение, выразить согласие.

Времени требует и осуществление отношений по договору. Может длиться долго диагностика, предшествующая лечению. Эффект лечения может проявляться не сразу. Порой требуется подбор терапии, тоже занимающий время.

Тем самым между моментом обращения за медицинской помощью и моментом проявления лечебного эффекта в любом случае существует временной зазор, неблагоприятно сказывающийся на состоянии здоровья потребителя.

Величина урона здоровью от задержки с оказанием медицинской помощи зависит от уровня организации оказания медицинских услуг, т.е., в конечном счете, от конкретного индивида на стороне их исполнителя. Действующая российская модель организации здравоохранения – а именно в государственные и муниципальные учреждения здравоохранения

обращаются пациенты за получением срочной и/или сложной (высокотехнологичной) медицинской помощью – демонстрирует отсутствие мотивации медицинских работников к следованию интересам потребителей. Это следствие, с одной стороны, непричастности потребителей к механизму оплаты государством оказываемых им медицинских услуг, с другой – нормируемой низкой оплатой труда медицинских работников. Поэтому без интеграции потребителей в платежный механизм и без смены медицинскими работниками положения бюджетников на положение либо работников частных медицинских организаций, либо самостоятельных хозяйствующих субъектов радикально ситуация с их мотивацией не изменится. Однако и в существующих обстоятельствах улучшения ситуации возможны.

С одной стороны, это – изменение оснований для возникновения юридической ответственности за несвоевременное оказание медицинской помощи. И дело даже не в квалификации или в изменении определения состава правонарушения (уголовного – ст.ст.124-125 УК или гражданского – ст.1064, 1095 ГК РФ). Дело – в фиксации факта обращения за медицинской помощью. Для этого достаточно оснастить все медицинские организации и медицинские кабинеты электронными устройствами, позволяющими записать такой факт на считывающий микрочип, зашитый в персональной карте потребителя (роль такой карты может выполнять широко распространяющаяся по стране в настоящее время социальная карта, или карта обязательного медицинского страхования, или банковская карта, подобно содержащей микрочип для безналичной оплаты проезда). В случае если факт обращения за медицинской помощью зафиксирован, при правовом расследовании неблагоприятных для здоровья потребителя последствий (при их наступлении) необходимость обосновать свои действия (бездействие), в том числе в связи с задержкой оказания медицинской помощи, возникает у субъекта медицинской деятельности.

С другой стороны, у субъекта медицинской деятельности должны быть правовые основания для оказания медицинской помощи потребителю без задержек, подобно действиям в чужом интересе без поручения.

Это означает, что вынужденные задержки с оформлением отношений в urgentных обстоятельствах могут быть предупреждены их оформлением загодя, заблаговременно на случай их возникновения.

Подобно тому, как оформляются платежные (страховые) обязательства на непредвиденный случай, на этот случай могут быть оформлены и фактические обязательства. Платежные обязательства могут быть оформлены одновременно с фактическими притом, что производство оплаты осуществляется при возникновении в том необходимости (по выставленным счетам), а не при заключении договора.

Разумеется, не все ситуации и не любой объем и характер патологии и варианты утрат для здоровья в результате оказания медицинской помощи можно заранее предусмотреть, но рамочные условия для отношений на будущее смоделировать можно. Если потребитель молодой и не страдает хроническими заболеваниями, то это – одна модель потребностей, если же

зрелый или пожилой и страдает обширной патологией – другая, но различия лишь в объеме и содержании медицинского пособия, необходимость в совершении которого без задержек может возникнуть, и в его оплате.

Предварительное установление рамочных договорных отношений решает проблему избежания задержек с оказанием медицинской помощи. Это возможно посредством заключения предварительного договора (ст.429 ГК РФ), договора (сделки) под условием (ст.157 ГК РФ), в том числе через оферту (ст.435 ГК РФ) или приглашение делать оферты (ст.437 ГК РФ).

1.3. Определение предмета оплаты при получении медицинских услуг необходимо для того, чтобы было ясно, на что распространяются договорные обязательства перед потребителем.

Оплате подлежит услуга, т.е. товар. Поскольку бинарность медицинской услуги позволяет признать ее товаром в части, не относящейся к медицинской помощи, постольку именно в этой части она подлежит оплате.

Соответственно, корреспондирующие цене договорные обязательства распространяются на совокупность товарных свойств медицинской услуги – собственно потребительское обслуживание, включающее сервис, ресурсы, бренд.

Но нельзя договориться об удалении органа или его части, о производстве запрещенного вмешательства, о введении или приеме не разрешенных к применению средств и т.д.

Не являются предметом оплаты профессиональные технологии оказания медицинской помощи, тактика врачебного ведения, показания и противопоказания для тех или иных диагностических и лечебных манипуляций, приема лекарственных средств, применения тех или иных методик и т.д.

То, что охватывается правилами медицинской профессии или прямыми ограничениями и запретами государства, пациент не вправе получить от субъекта медицинской деятельности даже при готовности к оплате.

Таким образом, договорные обязательства перед потребителем распространяются на то, что охватывается договором в качестве товарного предоставления – медицинскую услугу, и не распространяются на то, что не зависит от потребительских предпочтений и подчиняется правилам профессии – на медицинскую помощь.

2. Проблемы недостаточности определения свойств медицинской услуги в общем виде сводятся к определению качества, безопасности и недостатка медицинской услуги.

2.1. Определение качества медицинской услуги необходимо для того, во-первых, чтобы было ясно, чему корреспондирует ее цена; во-вторых, чтобы, отделяя приобретения в состоянии здоровья от благ комфорта, потребитель мог понять преимущества получения медицинской услуги над утратами ее неполучения; в-третьих, чтобы потребитель мог понять преимущества получения медицинской услуги у одного исполнителя перед другими.

В общем виде качество – это совокупность свойств объекта, обуславливающих его полезность, способность удовлетворять определенные

потребности в соответствии с назначением; свойство, признак или особенность, которая определяет достоинство объекта, степень его ценности, пригодности, соответствия тому, каким он должен быть; критическая оценка потребителем степени соответствия свойств объекта индивидуальным и общественным ожиданиям, обязательным нормам в соответствии с его назначением.

Поскольку качество – это характеристика товара, в том числе и потребительского назначения, постольку оно характеризует медицинскую услугу, но не медицинскую помощь. Не будучи товаром, медицинская помощь качеством не обладает. Товарной оболочкой медицинской помощи является медицинская услуга, к которой только и применимы требования о качестве товара.

Исполнитель обязан оказать услугу, качество которого соответствует договору. При отсутствии в договоре условий о качестве услуги исполнитель обязан оказать услугу, соответствующую обычно предъявляемым требованиям и пригодную для целей, для которых услуга такого рода обычно используется. Если исполнитель при заключении договора был поставлен потребителем в известность о конкретных целях оказания услуги, исполнитель обязан оказать услугу, пригодную для использования в соответствии с этими целями. Если законами или в установленном ими порядке предусмотрены обязательные требования к услуге, исполнитель обязан оказать услугу, соответствующую этим требованиям (п.п.1-3, 5 ст.4 Закона о защите прав потребителей, далее - ЗоЗПП).

Тем самым потребитель вправе на услугу, качество которой соответствует: 1) условиям договора; либо 2) обычно предъявляемым требованиям и чтобы она была пригодной для целей, для которых обычно используется; либо 3) конкретным целям, о которых потребитель поставил в известность исполнителя при заключении договора; 4) обязательным требованиям, если они предусмотрены законом или в установленном им порядке.

Применительно к медицинским услугам цели, с которыми заключается договор, с которыми потребляются такие услуги в соответствии с обычно предъявляемыми требованиями, с иными конкретными целями, а равно обязательные требования закона или в соответствии с ним, могут быть обращены только к товарной оболочке медицинской помощи. Медицинская помощь оказывается не исходя из потребительских предпочтений, а в соответствии с правилами медицины, на которые такие предпочтения распространяться не могут, как и обязательные требования, предусмотренные законом или в установленном им порядке к качеству товарного предоставления потребителю.

Соответственно, требования о качестве применимы к товарной оболочке медицинской помощи – медицинской услуге, которую составляют сервис, ресурсы, бренд. Именно эти составляющие медицинской услуги могут быть подчинены целям, с которыми заключается договор, с которыми потребляются такие услуги в соответствии с обычно предъявляемыми требованиями, с иными конкретными целями, а равно обязательные



требования закона или в соответствии с ним, применимые к качеству товарного предоставления потребителю.

Именно ими определяется уровень потребительской ценности медицинской услуги, соответствующий величине ее оплаты.

Ценность медицинской помощи имеет совершенно иную природу – социальную, которая выражается не в величине оплаты медицинской услуги, а в значимости для общества сбереженного здоровья отдельных его членов. Это – вопрос социальной значимости медицинской профессии, доверия общества к медицине в целом. Безусловно, социальная ценность медицинской помощи имеет экономическое выражение, однако не линейное: через величину экономического оборота в отрасли в соотношении доходов субъектов медицинской деятельности и их убытков от возмещения (компенсации) ущерба пострадавшим.

Уровень социальной ценности медицинской помощи не тождествен качеству включающей ее медицинской услуги и не сопоставим с ним. Соответственно, мера оценки качества медицинской услуги неприменима к оценке уровня медицинской помощи, и наоборот. Оценить можно лишь то, в отношении чего возникли соответствующие обязательства: договорные – по качеству товарного предоставления и внедоговорные – вне пределов качества товара (это уже вопрос безопасности).

Потребительская ценность медицинской услуги и социальная ценность медицинской помощи имеют различие еще и в том, что первая – воспроизводится для многих других, получающих такие же услуги; вторая – невоспроизводима и индивидуальна для каждого, хотя бы и составляя в целом общественное здоровье.

Поэтому применительно к медицинским услугам можно говорить о полезности. Полезность блага или товара есть способность его удовлетворять какую-либо человеческую потребность. Проблема измерения субъективной полезности в том, что у каждого человека может своя оценка полезности, существенно отличающаяся от общепринятой. Отсюда и могут возникать споры о качестве предоставления потребителю.

Полезность блага тем выше, чем большему числу потребителей оно служит, чем настоятельнее и распространеннее эти потребности и чем лучше и полнее оно их удовлетворяет. Полезность является необходимым условием для того, чтобы медицинская услуга имела меновую ценность, потребительную стоимость как основу количественных соотношений при эквивалентном товарообмене.

Полезность медицинской услуги для потребителя поддается сравнению. Можно сопоставить уровень сервиса у разных исполнителей одной и той же медицинской услуги, оснащенности, подготовленности персонала, известности и популярности, и пр. Потребителю можно понять, чем в части обслуживания он поступает, если медицинские услуги получит в отдаленной районной больнице или в крупном столичном специализированном Центре, хотя уровень медицинской помощи может быть одинаковым.

Качество медицинских услуг, уровень их потребительской ценности – это вопрос потребительских предпочтений, частного интереса, но не объект публичного надзора. За качество товара потребитель голосует рублем. Ни методические подходы к формированию потребительских предпочтений нормироваться не могут, ни качество медицинских услуг регламентированию не подлежит<sup>6</sup>.

Таким образом, корреспондирующее цене качество медицинской услуги распространяется на ее товарные свойства, но не на медицинскую помощь в ее составе, относится к ее полезности для потребителя, но не к социальной значимости для общественного здоровья, и определяется потребительскими предпочтениями, но не публичным регламентом. Договорные или обязательные требования закона или в соответствии с ним, применимые к качеству товарного предоставления потребителю, к медицинской помощи, не имеющей значения товара, не относятся.

2.2. Определение безопасности медицинской услуги необходимо для того, чтобы отделить внедоговорные последствия ее оказания от пределов договорных обязательств.

В целом, это – вопрос формальной определенности права индивида на здоровье.

Если он подвергается разбойному или хулиганскому нападению, избиению или иному преступному посягательству, то публично-правовая квалификация деяния точно определена.

Если квалифицированные уголовным законом последствия для здоровья наступили в результате оказания или неоказания медицинской помощи, деяние так же определенно квалифицируется.

Если же он подвергается умалению здоровья в результате неоказания (несвоевременного оказания), ненадлежащего оказания медицинской помощи или ее оказания без его согласия, то мера частноправовой оценки посягательства и его последствий не является столь же определенной. Насколько произошло умаление здоровья вследствие прогрессирования патологии при задержке с медицинской помощью, насколько дефекты оказания медицинской помощи дополнили умаление здоровья от имеющейся патологии, насколько согласен с умалением здоровья в результате профессионально правильно оказанной медицинской помощи правообладатель – вот неполный перечень вопросов, не находящих единого ни законодательного, ни правоприменительного решения.

Отсюда, во-первых, умаление здоровья в связи с оказанием медицинской помощи и другого происхождения имеют различия, требующие правового оформления; во-вторых, мера публично-правовой и мера частноправовой ответственности за умаление здоровья в связи с оказанием медицинской помощи не гармонизированы между собой; в-третьих, умаление здоровья в связи с оказанием медицинской помощи, влекущее частноправовую

---

<sup>6</sup> Мисюлин С.С. Качество медицинских услуг как категория частных (потребительских) предпочтений //Главный врач: хозяйство и право. – 2010. - № 1. – С.8-10.

ответственность, не имеет надлежащей формальной определенности в обособлении от вреда, причиненного правомерными действиями.

Законом определена безопасность услуги – как безопасность для жизни, здоровья, имущества потребителя и окружающей среды при обычных условиях процесса оказания услуги (преамбула к ЗоЗПП). Однако, во-первых, медицинская услуга в силу своей бинарности влечет возможность причинения вреда как в товарной части (при обслуживании), так и в нетоварной (при оказании медицинской помощи); во-вторых, за неправомерные действия может быть принята соответствующая правилам профессии медицинская помощь, и наоборот; в-третьих, вред здоровью в связи с оказанием медицинской помощи может происходить из нарушения в личной сфере правообладателя (из пренебрежения его волей).

Отсюда безопасность медицинских услуг не тождественна безопасности медицинской помощи и безопасности личности при их оказании. Тем самым возникает необходимость определения и различения объектов безопасности при оказании медицинских услуг.

Объектом безопасности при оказании медицинских услуг является здоровье как благо, принадлежащее правообладателю – пациенту, и право на это благо, включающее множество правомочий, в том числе на согласие с умалением здоровья в дозированном объеме в результате медицинской помощи и на режим информации о здоровье.

Объектом безопасности является также медицинская помощь. Однако понятие безопасности медицинской помощи отличается от понятия безопасности здоровья, оно двойственно и состоит в недопущении случайных опасностей как для личности пациента (например, в результате тех или иных медицинских техногеней), так и для личности обладателя медицинской профессии (например, опасности заражения при осуществлении лечения – гепатитами, ВИЧ-инфекцией и пр.).

Наконец, объектом безопасности является и сама медицинская услуга как товар потребительского назначения. Безопасность медицинской услуги распространяется на процесс обслуживания при оказании медицинской помощи, т.е. на случайные опасности для личности при его осуществлении – тоже, очевидно, как для получателя медицинских услуг, так и для персонала.

В контексте субъектных различий целесообразно выделять безопасность потребителя (пациента) и безопасность субъекта медицинской деятельности (персонала).

Таким образом, безопасность потребителя (пациента) при оказании медицинских услуг складывается из предусмотрительного недопущения:

- превышения пределов согласительного умаления здоровья и информационного режима права на здоровье;
- случайного повреждения здоровья при оказании медицинской помощи, в том числе медико-техногенного характера;
- случайного повреждения здоровья при сопутствующем обслуживании.

2.3. Определение недостатка медицинской услуги необходимо для того, чтобы значимое для целей правового регулирования отклонение в ее

оказании влекло запуск механизма применения договорной и дифференцированной внедоговорной ответственности.

Недостаток услуги - несоответствие услуги или обязательным требованиям, предусмотренным законом либо в установленном им порядке, или условиям договора (при их отсутствии или неполноте условий обычно предъявляемым требованиям), или целям, для которых услуга такого рода обычно используется, или целям, о которых исполнитель был поставлен в известность потребителем при заключении договора; существенный недостаток услуги - неустранимый недостаток или недостаток, который не может быть устранен без несоразмерных расходов или затрат времени, или выявляется неоднократно, или проявляется вновь после его устранения, или другие подобные недостатки (преамбула к ЗоЗПП).

В приведенном законодательном определении недостатка он относится, во-первых, к товару потребительского назначения; во-вторых, корреспондирует законодательному определению качества товара потребительского назначения; в-третьих, не относится к безопасности оказания услуги.

Тем самым подобное определение законодательства о защите прав потребителей недостатка применимо к имущественному ущербу (вреда имуществу), но не применимо к вреду, причиненному жизни и здоровью гражданина, притом что общее гражданское законодательство понятие недостатка товара, работы или услуги распространяет и на вред имуществу, и на вред жизни и здоровью потребителя (ст.1095 ГК РФ).

И если влекущий вред имуществу недостаток медицинской услуги как товара корреспондирует изъянам качества обслуживания при оказании медицинской помощи, то влекущий вред здоровью потребителя – это упущение безопасности потребителя (пациента).

Отсюда, во-первых, понятие недостатка относится равно к качеству и безопасности медицинской услуги; во-вторых, понятие недостатка качества распространяется на товарную часть медицинской услуги и выражается имущественным ущербом; в-третьих, недостаток безопасности относится равно к товарной (обслуживанию) и нетоварной (медицинской помощи) части медицинской услуги.

Отдельно следует остановиться на законодательной привязке понятия недостатка к «результату» услуги и даже – к «гарантийному сроку» и «сроку службы» «результата» услуги (п.п.4-6 ст.29 ЗоЗПП). Во-первых, услуга в отличие от работы не имеет результата как оплачиваемого итога совершения определенных действий или определенной деятельности (п.1 ст.779 ГК РФ); во-вторых, составляющие ее действия производятся и потребляются одновременно, без временного дифференциала, чтобы мог существовать гарантийный срок или срок службы этих действий; в-третьих, недостаток услуги заключается в составляющих ее действиях, чтобы в нем можно было удостовериться отсрочено, в отрыве от момента их совершения.

3. Проблемы недостаточности оформления отношений перехода прав на объекты товарообмена в общем виде сводятся к определению медицинской

услуги как имущественного объекта гражданских прав, как объекта возмездных гражданско-правовых отношений и как объекта отчуждения.

3.1. Определение медицинской услуги как имущественного объекта гражданских прав необходимо для того, чтобы она, несмотря на нематериальный характер, будучи товаром, относясь к имуществу и обладая себестоимостью производства, обращалась не только на доходы, но и на убытки исполнителя.

В силу невещественности, неосвязаемости, отсутствия материального результата в обыденном понимании услуги до настоящего времени не отождествляются с имуществом, несмотря на то, что законом перечисляются в ряду имущественных объектов: к объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги ... (ст.128 ГК РФ).

Для целей налогообложения услугой признается деятельность, результаты которой реализуются (п.5 ст.38 НК РФ) при ее оказании (п.1 ст.39 НК РФ). При этом понятно, что услуги не подлежат хранению, что их нельзя произвести впрок. Но если услуга оказана – произведена и потреблена, но не реализована, т.е. ее оплата не получена или по тем или иным основаниям возвращена, то, как она подлежит бухгалтерскому и налоговому, даже статистическому учету, с одной стороны, и как отражается на микроэкономике, т.е. на преобразовании ресурсов в продукцию, с другой стороны. С точки зрения учета – это убытки, с точки зрения микроэкономики – несоответствие затраченных ресурсов полученной отдаче, т.е. непроизводительные расходы. И в том, и в другом случае это – потери в имуществе. Однако в силу неосвязаемости, невещественности услуг, эти потери нельзя списать на бой, усушку, утруску и пр. и по этой причине нельзя списать в этом качестве.

При этом традиционно – по требованиям налоговых органов, обычно составляется приемо-передаточный акт для подтверждения факта оказания услуг. Предмет передачи по такому акту никак им не оговаривается. Но если услуги и результат их оказания лишены вещественной формы, передавать по акту – нечего.

Тем самым в обыденной практике бытует понимание: имущество – то, что материализованное, а то, что не имеет вещественной формы – не имущество. Отсюда возникает противоречие между имущественным характером услуги и отсутствием у нее материализованного воплощения, которое находит выражение в противоречащих ее существу подходах к оформлению динамики порождаемых ею товарных отношений.

3.2. Определение медицинской услуги как объекта возмездных гражданско-правовых отношений необходимо для того, чтобы бесплатность ее оказания для потребителя-пациента не отождествлялась с безвозмездностью деятельности исполнителя.

Услуги поименованы в качестве объекта гражданских прав (ст.128 ГК РФ) и в качестве объекта гражданских правоотношений являются возмездным

договорным предоставлением (ст.779 ГК РФ). Услуги всегда оказываются в обмен на их оплату.

Медицинские услуги – не исключение. На стороне исполнителя медицинских услуг всегда находится субъект профессиональной медицинской деятельности, к которому предъявляются квалифицированные законом требования именно в этом качестве. В отличие от многих других услуг, медицинские услуги оказываются хозяйствующими субъектами, осуществляющими экономическую деятельность силами обладателей соответствующей профессии. В отсутствие признанных государством профессионалов хозяйствующий субъект осуществлять такую деятельность не вправе. Соответственно, оплата профессионализма осуществляется за счет экономической деятельности хозяйствующего субъекта – другого источника попросту не существует. Доходы хозяйствующего субъекта от оплаты медицинских услуг обращаются, в том числе, на финансовое обеспечение обладателей медицинской профессии. Отсюда оказание медицинских услуг не может быть безвозмездным, т.е. не предполагать их оплаты.

При этом медицинские услуги могут оказываться бесплатно для их получателя – при условии, что их оплату производит третье лицо в его пользу (ст.430 ГК РФ).

Бесплатность для получателя достигается не за счет безвозмездности оказания исполнителем медицинских услуг, т.е. не за его счет.

Оплата медицинских услуг является встречным предоставлением и не является характеристикой самих медицинских услуг. Иными словами, медицинские услуги обладают товарными качествами, отличными от таковых, свойственных денежному эквиваленту их цены – оплате. Оплата – это предоставление в обмен на оказание услуг, и соответствует денежной величине их цены, не будучи производной от характеристики товара, выражением его свойств. Цена может не соответствовать объективной и/или субъективной ценности услуги, себестоимости ее производства и т.д., притом что ее оплата, тем не менее, обязательна.

Поскольку характеристики услуг не определяются характеристиками их оплаты, и наоборот, постольку источники оплаты, тем более, не являются характеристикой услуг.

А поскольку все услуги оказываются возмездно, хотя бы и бесплатно для получателя, то выделение «платных» услуг в противоположность оплачиваемым в счет социальных гарантий государства медицинских услуг является противоправным.

3.3. Определение медицинской услуги как объекта отчуждения необходимо для того, чтобы факт ее одновременного производства и потребления означал ее безвозвратность и несостоятельность требований об одностороннем отказе заказчика (потребителя) от договора или возмещения понесенных им расходов по устранению ее недостатков своими силами или третьими лицами.

Законодательно предусмотренные обязанности оплаты услуги и ее возврата по разным основаниям сторонами не в полной мере применимы к отношениям в связи с оказанием медицинских услуг.

Поскольку бинарность медицинской услуги позволяет признать ее товаром в части, не относящейся к медицинской помощи, постольку именно в этой части она подлежит оплате в размере цены медицинской услуги (т.е. с учетом добавленной стоимости). Применительно к медицинской помощи цена медицинской услуги покрывает лишь себестоимость ее оказания.

Если потребитель отказывается от продолжения медицинской услуги тогда, когда в части медицинской помощи она уже оказана, он оплачивает исполнителю фактически понесенные им расходы (п.1 ст.782 ГК РФ).

Если потребитель отказывается от получения медицинской услуги тогда, когда он поставлен в очередь (например, на плановую операцию), и для оказания этой услуги ему готовятся соответствующие ресурсы, то его отказ чреват убытками для исполнителя. В этом случае лишь заключение предварительного договора (ст.429 ГК РФ) позволяет предотвратить такие убытки и основательно требовать от потребителя оплаты фактически понесенных расходов.

Если же потребитель отказывается от получения медицинской услуги тогда, когда ее товарная полезность уже им потреблена, то оплаты фактически понесенных расходов явно недостаточно для возмещения убытков исполнителя. В этой части образуется пробел законодательства.

При отказе от исполнения договора об оказании услуги исполнитель не вправе требовать возмещения своих затрат, произведенных в процессе оказания услуги, а также платы за оказанную услугу, за исключением случая, если потребитель принял оказанную услугу (п.4 ст.28 ЗоЗПП). Такое положение дел ставит исполнителя медицинских услуг в экономически неустойчивое положение, когда потребитель, добросовестно или недобросовестно заблуждаясь, оказывается вправе не платить за сделанное товарное и нетоварное предоставление.

Для целей налогообложения услугой признается деятельность, результаты которой не имеют материального выражения, реализуются и потребляются в процессе осуществления этой деятельности (п.5 ст.38 НК РФ), и реализацией которой признается сам факт возмездного оказания услуг одним лицом другому лицу (п.1 ст.39 НК РФ), подобно передаче права собственности на вещь.

С момента завершения составляющих услугу действий (юридический итог) товарная полезность уже потреблена ее получателем, даже если фактический итог не наступил, будучи отсроченным.

Тем не менее, при отказе от исполнения договора потребитель обязан вернуть товар (результат работы, услуги, если это возможно по их характеру) продавцу (исполнителю) (п.1 ст.12 ЗоЗПП). Но по характеру услуг вообще и медицинских услуг в частности, в отсутствие у услуг результата с материальным выражением, при одновременности производства и потребления услуг, возвращать в этом случае нечего. Тем самым возврат

оплаты в обмен на возврат предоставления невозможен, а требования возврата оплаты без возврата предоставления – законны, но неправомерны.

С таким основанием одностороннего отказа заказчика (потребителя) от договора, как недостаток медицинской услуги, еще сложнее: какой недостаток, во-первых – качества или безопасности; во-вторых – в товарной (обслуживание) или в нетоварной (медицинская помощь) части является основанием для возврата оплаты услуги. Между тем закон прямо устанавливает: потребитель при обнаружении недостатков оказанной услуги вправе по своему выбору потребовать безвозмездного устранения недостатков оказанной услуги; соответствующего уменьшения цены оказанной услуги; возмещения понесенных им расходов по устранению недостатков оказанной услуги своими силами или третьими лицами (п.1 ст.29 ЗоЗПП).

Если качеством обладает медицинская услуга как товар, то медицинская помощь качества лишена, не будучи категорией потребительских предпочтений и подчиняясь не юридическим правилам, а правилам медицины. При этом и медицинская услуга, и медицинская помощь в ее составе подчиняются требованиям безопасности, хотя бы и по-разному. Если для медицинской услуги в товарной части недостаток безопасности – вероятная случайность, то для медицинской помощи, всегда представляющей собой интервенцию в состояние здоровья, недостаток безопасности – неслучайная вероятность недопустимого отклонения от профессиональных технологий.

Отсюда безвозмездное устранение недостатков оказанной медицинской услуги, если и возможно, то – в ее товарной части (применительно к качеству) и только в процессе ее оказания. Обнаружение подобного недостатка (несоответствия условиям договора) по ее завершении может повлечь только соответствующее уменьшение цены оказанной медицинской услуги.

Обращение же заказчика (потребителя) оказанной медицинской услуги к третьим лицам ставит ее исполнителя в положение зависимости от усмотрения как потребителя, так и исполнителя другой услуги по устранению недостатков первой.

Потребитель может счесть недостатком то, что таковым не является (например, несоответствие своим ожиданиям, административные нарушения и пр.). Потребитель может счесть недостатком медицинской услуги недостаток медицинской помощи, и наоборот, и т.д.

Исполнитель другой медицинской услуги по устранению недостатков первой, заинтересованный в большей ее оплате, может ввести потребителя в заблуждение или выполнить другую услугу и по другому поводу под видом исправления таких недостатков и т.д.

Что касается устранения недостатков оказанной медицинской услуги потребителем своими силами, это маловероятно, но подобные требования тоже возможны.



Тем самым требования о возмещении понесенных потребителем расходов по устранению недостатков оказанной услуги своими силами или третьими лицами – также законны, но неправомерны.

Очевидно, для целей работоспособности существующих норм права в этой части необходимо существование экспертного механизма установления характеристик недостатка медицинских услуг и иных оснований для предъявления требований к исполнителю. Наличие экспертного заключения, авторы которого несут ответственность за его валидность, должно облегчать претензионный или судебный процесс, не препятствуя, однако, обычному его ходу. Иными словами, потребитель остается вправе прибегнуть или не прибегнуть к подобной экспертизе, заключение которой лишь служит дополнительным средством модерации потенциального спора.

Возможен дополнительный вариант, когда потребитель проходит полноценное обследование перед тем, как обратиться к субъекту медицинской деятельности, и после. В отличие от распознавательных (диагностических) исследований, ориентированных на выявление патологии (отдельного явления или процесса), оценка здоровья предполагает метрическую характеристику в полном или выборочном объеме состояния целого объекта (организма). Тем самым становится возможным сравнение состояния здоровья потребителя и выяснение изменений в результате оказания медицинских услуг<sup>7</sup>.

Это – внепроцессуальная медицинская экспертиза, которая требует участия судебно-медицинских экспертов, оценщиков и юристов. Значение, а равно предмет, пределы и порядок проведения такой экспертизы и механизм наступления ответственности экспертов нуждаются в законодательном оформлении, предпочтительно – в специальном законе.

В целом, проблемы недостаточности правового регулирования потребительского оборота в сфере охраны здоровья граждан многочисленны и многогранны, но сводятся все в фокусе теории медицинской услуги, остающейся по настоящее время законодательно не оформленной.

---

<sup>7</sup> Пузин С.Н., Тихомиров А.В. Валио-оценка состояния здоровья граждан //Главный врач: хозяйство и право. – 2007. - № 6. – С.37-39.