

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ПРЕСТУПНОСТИ

CRIMINAL LAW PROBLEMS OF CRIME COUNTERACTING

УДК 343.3/.7

DOI 10.17150/2500-4255.2021.15(3).321-331

МЕДИЦИНСКИЙ РИСК В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

А.И. Рарог, Т.Г. Понятовская

Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина, г. Москва, Российская Федерация

Информация о статье

Дата поступления

30 мая 2021 г.

Дата принятия в печать

21 июня 2021 г.

Дата онлайн-размещения

2 июля 2021 г.

Ключевые слова

Медицинская деятельность; медицинское вмешательство; спасение жизни и здоровья; пациент; больной; причинение вреда пациенту; обстоятельства, исключающие преступность деяния; обоснованный риск; медицинский риск в уголовном праве; критерии обоснованного медицинского риска; добровольное информированное согласие; пределы медицинского риска

Финансирование

Работа выполнена при финансовой поддержке РФФИ по соглашению № 19-011-00818

Аннотация. Медицинская деятельность своим предназначением имеет спасение жизни человека, сохранение и улучшение состояния его здоровья. Однако, несмотря на все усилия врачей, указанная цель достигается, к сожалению, не во всех случаях из-за негативного вмешательства целого ряда факторов, учесть которые по объективным причинам возможно далеко не всегда. И тогда возникает вопрос об ответственности врача за вред, причиненный больному в процессе медицинского вмешательства. Представителями и медицинской, и юридической науки написано огромное количество научных работ, посвященных основаниям, формам и пределам ответственности медицинских работников за причинение вреда больному. Значительно меньше внимания уделялось исследованию пределов этой ответственности и основаниям признания причиненного вреда правомерным. Отсутствие уголовной противоправности неудачного медицинского вмешательства обосновывалось различными обстоятельствами: отсутствием причинной связи между действиями врача и наступившими тяжкими последствиями, отсутствием вины врача, состоянием крайней необходимости, ситуацией обоснованного риска и т.д. В предлагаемой статье авторы доказывают принципиальную неприменимость института крайней необходимости к оценке неудачного медицинского вмешательства, а также непригодность уголовно-правовой нормы об обоснованном риске для признания неправомерным причинения вреда пациенту, поскольку ст. 41 УК РФ, с одной стороны, содержит требования, не имеющие отношения к медицинской деятельности, а с другой — не учитывает специфику этой деятельности. По мнению авторов, сегодня назрела необходимость дополнить УК РФ уголовно-правовой нормой о медицинском риске как самостоятельном обстоятельстве, исключающем преступность причинения вреда пациенту в процессе медицинского вмешательства.

MEDICAL RISK IN CRIMINAL LAW

Aleksey I. Rarog, Tatiyana G. Ponyatovskaya

Kutafin Moscow State Law University, Moscow, the Russian Federation

Article info

Received

2021 May 30

Accepted

2021 June 21

Available online

2021 July 2

Keywords

Medical activities; medical interference; preserving life and health; patient; sick person; inflicting harm on a patient; circumstances precluding the criminal character of the action; justified risk; medical risk in criminal law; criteria of justified medical risk; voluntary informed agreement; limits of medical risk

Abstract. The goal of healthcare work is to save people's lives, to maintain and improve their health. However, in spite of all efforts of doctors, this goal is not always achievable because of the factors and circumstances whose negative impact it may be impossible to take into account due to objective reasons. It leads to the question of the liability of a doctor for patient harm resulting from a medical intervention. There are numerous publications in the fields of both medicine and law dealing with the grounds, forms and limits of liability of medical staff for unintended harm to the patient. Considerably less attention is paid to researching the limits of this liability and the grounds for recognizing the harm to be lawful. The absence of criminal unlawfulness in a medical interference which led to a bad outcome was justified by different circumstances: absence of a causative connection between the actions of the doctor and the negative consequences, absence of guilt in the doctor's actions, the situation of critical need, the situation of justified risk, etc. The authors prove the fundamental non-applicability of the institute of critical need to the assessment of a medical interference with a bad outcome, as well as the unsuitability of the criminal law norm on justified risk for recognizing patient harm as non-criminal because Art. 41 of the Criminal Code of the Russian Federation, on the one hand, includes requirements that do not refer to healthcare work, and on the other hand — they do not take into consideration its specific features. According to the authors, there is

Acknowledgements

The reported study was funded by the RFBR under agreement № 19-011-00818

currently a necessity to supplement the Criminal Code of the Russian Federation with a criminal law norm on medical risk as a separate circumstance that precludes the criminal character of patient harm resulting from a medical intervention.

Медицина — сфера чрезвычайно деликатная, ее предназначение состоит в оказании больному посильной помощи в сохранении жизни и здоровья и облегчении его физических и нравственных страданий, вызванных различными недугами. Однако достигнуть этих целей врачу удается не во всех случаях. Медицинское вмешательство, направленное на лечение больного, зачастую сопряжено с риском причинения неблагоприятных последствий для жизни или здоровья пациента. Риск обусловлен целым комплексом объективных причин: уровнем развития медицинской науки, вариативностью методик оказания медицинской помощи, относительностью знаний о способностях и возможностях человеческого организма, его индивидуальными особенностями и т.д. Однако полный отказ от риска в медицинской практике остановил бы развитие медицины, и практически означал бы оставление многих больных без врачебной помощи.

Неизбежность неудач во врачебной деятельности породила проблему персональной и корпоративной ответственности медицинских работников за вред, причиненный жизни и здоровью пациента. На эту тему и российскими, и зарубежными учеными, представляющими как медицинскую, так и юридическую науку, написано множество трудов. Некоторыми учеными проблема исследовалась в гражданско-правовом аспекте [1; 2], другие использовали смешанный (цивилистический и уголовно-правовой) подход [3–7], третьи ограничивали рамки исследования только уголовно-правовым ракурсом [8–12].

В некоторых доктринальных исследованиях преобладал обвинительный уклон по отношению к врачам, обосновывалась необходимость усилить их уголовную ответственность. Так, Г.Г. Карагезян предложил включить в УК РФ самостоятельные нормы о причинении по неосторожности смерти или тяжкого вреда здоровью врачом пациенту с усилением наказания при таких обстоятельствах, как несовершеннолетие или беременность потерпевших, а также состояние опьянения у врача [13, с. 11–12].

Предложение вряд ли заслуживает поддержки, поскольку имеющиеся уголовно-право-

вые нормы (ч. 2 ст. 109 и ч. 2 ст. 118 УК РФ) вполне достаточны для уголовно-правовой оценки виновной врачебной ошибки. Такие квалифицирующие признаки, как несовершеннолетие и беременность потерпевших, законодатель обычно использует в составах умышленных преступлений агрессивно-насильственного характера, поэтому в составах неосторожного причинения смерти или тяжкого вреда здоровью они выглядят неуместно. Что касается состояния опьянения врача во время медицинского вмешательства, то оно социологически не обоснованно и представляется оскорбительным для медицинского сословия.

По мнению П.С. Чупрыны, УК РФ следует дополнить ст. 118.1 об установлении уголовной ответственности за причинение средней тяжести и легкого вреда здоровью по неосторожности вследствие некачественного оказания медицинской помощи [14].

С таким мнением трудно согласиться, потому что оно прямо противоречит идеологии УК РФ, принципиально не признающего уголовно наказуемым деянием неосторожное причинение легкого вреда здоровью и в принципе (за исключением ст. 124) отрицающего наказуемость неосторожного причинения средней тяжести вреда здоровью.

Усилить уголовную ответственность врачей предлагалось и путем дополнения гл. 16 УК РФ составом «ненадлежащего оказания медицинской помощи лицом, обязанным, согласно установленным правилам, оказывать такую помощь, если это заведомо для медицинского работника (объективно) могло повлечь тяжкие последствия для больного» [15, с. 93].

Заложенная в этом предложении идея сама по себе не вызывает серьезных возражений, поскольку ее реализация означала бы не усиление уголовной ответственности медицинских работников, а восполнение имеющегося пробела в законодательстве. Он мог бы быть восполнен или в предложенном виде, или путем соответствующей реконструкции ст. 124 УК РФ.

Приведенные суждения о необходимости усиления уголовной ответственности медицинских работников опираются на бесспорность ответственного отношения врачей к исполне-

нию их профессиональных обязанностей. В соответствии со ст. 4 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ (далее — Закон № 323-ФЗ) к основным принципам охраны здоровья относятся приоритет интересов пациента при оказании медицинской помощи и ее качество, а ст. 87 этого закона предусматривает обязательность контроля качества и безопасности медицинской деятельности. «Положение о государственном контроле качества и безопасности медицинской деятельности», утвержденное постановлением Правительства РФ от 12 ноября 2012 г. детально регламентирует меры по обеспечению такого контроля.

Однако нельзя оставлять без внимания и то обстоятельство, что при самом добросовестном и ответственном отношении врача к исполнению профессиональных обязанностей, при неукоснительном соблюдении контроля безопасности медицинской деятельности желательный результат медицинского вмешательства гарантирован не во всех случаях. Поэтому в социальном плане представляется гораздо более значимой задача максимального обеспечения интересов пациента, чем исследование проблемы ответственности за причинение ему вреда.

В журнале «Менеджер здравоохранения» доктора медицинских наук, профессора Д.В. Пивень и И.С. Кицул в 2013–2014 гг. опубликовали большую серию статей, посвященных обеспечению безопасности медицинской деятельности. Опираясь на определение безопасности, которое содержалось в ранее действовавшем Законе РФ «О безопасности» от 05 марта 1992 г. № 2446-1, авторы не только обосновали необходимость соблюдения требований безопасности медицинской деятельности как основополагающего принципа ее осуществления, но предложили собственное ее определение. Они вполне справедливо отметили, что Закон № 323-ФЗ требует обеспечить не только качество, но и безопасность медицинской деятельности. Впрочем, одно неотделимо от другого.

К сожалению, в медицинской практике имеются случаи проявления недобросовестного отношения к профессиональным обязанностям и даже явного пренебрежения ими. И такие факты, безусловно, заслуживают строгой социальной, корпоративной и правовой оценки. Однако нельзя такие факты принимать за основу формирования отношения к медицине в целом. Примечательно, что еще в древности вопрос

об ответственности врачей Египта, Вавилона и Месопотамии за причинение вреда больному ставился в зависимость от добросовестности или недобросовестности лекаря [16, с. 57–58]. Поэтому многие представители медицинской и юридической науки вполне обоснованно призывают различать врачебные ошибки по степени их упречности.

В свое время вице-президент Академии медицинских наук СССР И.В. Давыдовский подчеркнул, что врачебная ошибка — это результат *добросовестного* заблуждения врача при выполнении им профессиональных обязанностей, и от других дефектов врачебной деятельности она отличается отсутствием злого умысла, небрежности, халатности, а также невежества [17, с. 3–4].

Проблема разграничения врачебной ошибки как неожиданного получения негативного эффекта при медицинском вмешательстве и причинения вреда пациенту в результате преступно-ненадлежащего оказания медицинской помощи исследовалась многими отечественными и зарубежными учеными [18; 19]. В оценке предосудительности или, наоборот, оправданности врачебной ошибки необходимо исходить из баланса высокой цели медицинского вмешательства и ее реальной достижимости в конкретных условиях.

Причинение вреда пациенту при оказании медицинской помощи может быть признано правомерным по различным основаниям. Например, Н.А. Савич и А.Ю. Коломийцев выделяют следующие причины неблагоприятного исхода медицинского вмешательства: несчастный случай, невиновные врачебные ошибки, действия в условиях крайней необходимости, действия при обоснованном риске и наказуемые упущения или преступления [20]. Н.А. Огнерубов считает, что обстоятельствами, исключаящими преступность деяния в сфере медицинской деятельности, являются крайняя необходимость и обоснованный риск [21, с. 12]. По мнению Л.В. Красущих и Е.В. Евстратенко, «чаще всего, когда имеются признаки обоснованного риска, действия квалифицируют и оценивают по признакам крайней необходимости» [22, с. 38]. В.В. Бабурин утверждает, что «пока не создан прецедент признания конкретных действий обоснованным риском, все ситуации рискования изначально рассматриваются как крайняя необходимость» [23, с. 14].

Приведенные суждения о применении института крайней необходимости к случаям при-

чинения вреда больному при оказании ему медицинской помощи не подтверждаются данными судебной практики. Более того, применение этого института к случаям причинения физического вреда в принципе вряд ли допустимо.

Во-первых, в состоянии крайней необходимости лицо осознанно причиняет вред ради спасения более важной ценности, т.е. намеренно выбирает из двух зол меньшее, тогда как при оказании медицинской помощи врач практически никогда не причиняет пациенту вреда намеренно: этот результат почти во всех случаях является для врача более или менее неожиданным.

Во-вторых, крайняя необходимость порождается коллизией интересов двух разных субъектов: менее ценный интерес одного из них ущемляется для сохранения более ценного интереса второго субъекта. При медицинском же вмешательстве врач рискует причинить вред пациенту ради спасения жизни (или здоровья) того же самого пациента.

В-третьих, количественные показатели физического вреда совершенно неприменимы к оценке важности жизни и здоровья разных людей: нельзя спасти жизнь одного человека ценой жизни другого. Более того, с нравственных позиций нельзя ценность одной жизни сравнивать с ценностью жизни двух лиц.

В-четвертых, при крайней необходимости лицо осознанно причиняет вполне конкретные последствия, ущемляющие интересы одной из сторон в коллизионной ситуации, тогда как при медицинском вмешательстве вред пациенту лишь возможен и при этом далеко не всегда конкретно определен.

В свете приведенных соображений ученые, рассматривая крайнюю необходимость при причинении вреда в процессе оказания медицинской помощи, оговариваются, что такие ситуации не полностью соответствуют критериям крайней необходимости [24, с. 187; 25, с. 34; 26, с. 67].

Для соблюдения баланса между защищенностью жизни и здоровья пациента и защищенностью врача от необоснованного обвинения в причинении вреда здоровью больного необходима четкая законодательная регламентация пределов допустимого медицинского вмешательства. Многие ученые основу такой регламентации видят в институте обоснованного риска (ст. 41 УК РФ).

Идея правомерного риска зародилась в связи с хозяйственной деятельностью в условиях социалистической плановой экономики [27; 28]

и была легализована в ст. 27 Основ уголовного законодательства Союза ССР и республик («Обоснованный производственный и профессиональный риск»). В УК РФ эта идея реализована в ст. 41 («Обоснованный риск») без привязки к конкретным видам деятельности. Поэтому в уголовно-правовой литературе это обстоятельство, исключаящее преступность деяния, первоначально проецировалось как частный случай и на сферу медицинской деятельности. Одним из первых, кто научно обосновал самостоятельность врачебного риска как вида обоснованного (профессионального) риска, был В.А. Глушков. Он выделял следующие обстоятельства, которые не могут вести к уголовной ответственности врача:

- исключаящие общественную опасность и противоправность деяния (крайняя необходимость, профессиональный (врачебный) риск, согласие больного (потерпевшего) на проведение лечения, выполнение профессиональных медицинских функций);

- исключаящие виновность деяния (врачебная ошибка и несчастный случай в медицинской практике) [29, с. 24–25].

В дальнейшем развитие учения о врачебном риске шло по пути его признания одним из видов обоснованного риска [30–35]. И хотя идея признания медицинского (врачебного) риска самостоятельным обстоятельством, исключаящим преступность деяния, уже достаточно назрела, она все еще встречает возражения. Так, Н.Ш. Козаев высказал мнение, что для выделения медицинского риска в самостоятельный подвид профессионального риска нет объективной необходимости [35, с. 25–27]; А.С. Рабаданов также считает, что «определение сферы допустимости обоснованного риска не может быть сформулировано казуистическим образом, путем перечисления областей общественных отношений, в которых риск допустим» [36, с. 158]. Приведенные возражения представляются неубедительными.

Во-первых, социальный спрос на уголовно-правовую норму о правомерности медицинского риска достаточно высок. Число обращений за медицинской помощью измеряется многими десятками миллионов, и на этом фоне неудачи при оказании медицинской помощи далеко не единичны. Уровень развития медицины и фармацевтики, многообразие видов человеческих недугов и форм их протекания, ограниченность знаний о способностях и возможностях человеческого организма и его индивидуальных

особенностях, множество методик оказания медицинской помощи, а также другие факторы не позволяют точно предсказать результат медицинского вмешательства во всех без исключения случаях. Поэтому медицинской деятельности постоянно сопутствует какой-то процент неопределенности, различной степени вероятности. Врач изначально обречен на рискованные медицинские вмешательства, поэтому задача права, в том числе и уголовного, очертить пределы допустимого риска.

Во-вторых, норма об обоснованном риске (ст. 41 УК РФ) именно из-за ее всеобщности практически непригодна для оправдания медицинского риска. Об этом свидетельствует существующая в уголовно-правовой науке разногласия в определении числа и содержания признаков обоснованного риска в медицинской деятельности. Напрашивается вывод: в уголовном законе необходимо закрепить норму о правомерном медицинском риске с указанием его юридических признаков.

Для признания медицинского риска обоснованным необходимо обеспечить «равновесное распределение рисков между лицом, обратившимся за медицинской помощью, и медицинским учреждением, а также его работником» [37, с. 87].

В отечественной юридической литературе для признания медицинского риска обоснованным предлагаются различные критерии.

По мнению В.А. Глушкова, обоснованность врачебного риска определяется соблюдением следующих условий:

- применение методов диагностики, лечения, профилактики и использование лекарственных средств должны быть научно обоснованы;
- цель рискованных действий должна соответствовать степени опасности, грозящей жизни и здоровью больного;
- возможность наступления вредных последствий должна быть вероятной, а не заведомой;
- должно быть получено согласие больного на применение рискованного метода лечения и наступление неблагоприятного результата;
- необходимо принять все надлежащие меры для недопущения вредных последствий [29, с. 27].

В диссертационной работе А.В. Серовой правомерность обоснованного профессионального риска медицинских работников связывается с совокупностью следующих условий:

1. Общественно полезной целью рискованных действий являются не только спасение

жизни или полное излечение больного, но и продление его жизни или радикальное улучшение состояния здоровья больного, а также интересы науки и возможность излечения будущих больных.

2. Обозначенные цели не могут быть достигнуты обычными, традиционными и нерискованными средствами лечения и диагностики.

3. Возможность наступления вредных последствий должна быть вероятной, а не заведомой.

4. Рискованные действия врача должны соответствовать данным медицинской науки, опираться на определенный опыт.

5. Медицинский работник должен предпринять все возможные меры для предотвращения вреда, при проведении медицинского эксперимента должны быть предусмотрены все меры, исключающие гибель человека.

6. Во всех случаях, когда возможно, должно быть получено согласие пациента или его законных представителей (многими специалистами предлагается его фиксировать в истории болезни) на применение рискованного метода лечения, с предварительным ознакомлением о возможности наступления неблагоприятного результата [38, с. 14–15].

По мнению И.В. Ившина, ситуация, дающая право на обоснованный риск, должна соответствовать трем условиям:

- 1. Цель риска — общественно полезная.
- 2. Данная цель не может быть достигнута иными, не связанными с риском действиями (бездействием).
- 3. Оправданный риск исключается, если он заведомо был сопряжен с угрозой для жизни многих людей, или с угрозой экологической катастрофы, или с угрозой общественного бедствия.

Что касается действий, предпринимаемых в условиях риска, то они предполагают одно условие — принятие лицом достаточных мер для предотвращения вреда охраняемым законом интересам [25, с. 36].

Четыре критерия правомерности вреда, причиняемого в процессе медицинской деятельности, предлагают Н.А. Савич и А.Ю. Коломийцев:

- общественно полезная направленность действий;
- вынужденность риска, т.е. невозможность эффективных диагностики и лечения иными, не связанными с риском (в конкретной ситуации) способами;
- принятие достаточных мер для предотвращения вреда (риск оправдан только при

опоре на современный уровень развития медицинской науки и техники, а не на «авось»);

– отсутствие опасности экологической катастрофы или экологического бедствия [20, с. 71–72].

Президент Национального агентства по безопасности пациентов и независимой медицинской экспертизе, профессор А.А. Старченко в отзыве на статью Д.В. Пивеня и И.С. Кицулы «О формировании новой системы контроля качества и безопасности медицинской деятельности в здравоохранении Российской Федерации» сформулировал восемь условий, соблюдение которых оправдывает риск ятрогенных осложнений:

1. Рискованные действия осуществляют для достижения общественно полезной цели, т.е. сохранения жизни и здоровья пациента.

2. Применение данного метода диагностики или лечения показано.

3. Цель не может быть достигнута без риска.

4. Риск развития ятрогенного осложнения меньше, чем риск неблагоприятного исхода без применения данного метода.

5. Наступление вредных последствий лишь возможно, но не неизбежно.

6. Использованы без положительного результата все менее опасные методы диагностики и лечения.

7. Врач предвидит возможные осложнения применяемого метода и предпринимает меры для их предотвращения, своевременного выявления и лечения.

8. Пациент должен быть согласен на применение рискованных медицинских действий [39, р. 65].

Из приведенных условий правомерности медицинского риска возражение вызывают четвертое (по соображениям, изложенным выше в связи с проблемой крайней необходимости, а также потому, что оно не согласуется с пятым условием — о вероятностном характере последствий) и шестое (так как, по сути, оно исключает возможность экстренного медицинского вмешательства, при котором нет ни времени, ни возможности предварительного использования безопасных методов лечения). Кроме того, второе условие подразумевается само собой и не требует специального нормативного закрепления.

По мнению О.М. Сариева, правомерность медицинского риска определяется соблюдением семи условий, перечень которых частично совпадает с тем, что предлагает А.А. Старченко и другие исследователи [33, с. 250].

Анализ позиции О.М. Сариева о сущности медицинского риска и условий его правомерности позволяет сделать следующие комментарии:

1. Включать развитие медицинской науки и техники в общественно полезную цель медицинского риска — значит неоправданно ее расширять, уходя от конкретного случая.

2. Условие отсутствия личной заинтересованности сформулировано недостаточно четко: неясен характер отвергаемой автором заинтересованности (помимо коммерческой или иной личной выгоды) медицинского работника. Кроме того, в секторе платных медицинских услуг это вряд ли может быть безусловным требованием.

3. Отсутствие угрозы экологической катастрофы или общественного бедствия воспроизводит ч. 3 ст. 41 УК РФ и неприменимо к медицинскому риску, поскольку экологическая катастрофа и общественное бедствие не имеют никакого отношения к медицинскому вмешательству.

Пять критериев правомерного риска в сфере медицинской деятельности предлагает А.Р. Шаяхметова [34, с. 58]. Большинство из них, включая отсутствие угрозы экологической катастрофы или общественного бедствия, совпадает с критериями, предложенными другими авторами.

Беглый обзор теоретических взглядов на критерии правомерности медицинского риска позволяет высказать следующие суждения о сущности и содержании оправданного медицинского риска:

1. Право на медицинский риск принадлежит исключительно медицинским работникам, имеющим специальное образование, специализацию, квалификацию и достаточный опыт в соответствующей области медицины, что подтверждено необходимыми государственными документами (дипломами, сертификатами и т.п.). Компетенция должна определяться в первую очередь по теоретическим знаниям и клиническому опыту, соответствующему профессии или специальности на данный момент¹.

2. Риск может быть направлен только на достижение социально значимой позитивной цели: спасение или продление человеческой жизни, излечение или улучшение состояния больного, поскольку «интересы и благо челове-

¹ Согласно п. 32 Пояснительного доклада к Конвенции о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины. Страсбург, январь 1997 г.

ка превалируют над исключительными интересами общества или науки»².

3. Поставленная цель не может быть достигнута без риска, поэтому рискованное медицинское вмешательство всегда носит вынужденный характер. Причем рискованными могут оказаться не только новаторские методики, но даже традиционные, если их применение в конкретном случае является небезопасным.

4. Рискованное медицинское вмешательство допустимо только в тех случаях, когда к нему не имеется явных противопоказаний.

5. Наступление вредных последствий является лишь вероятным, но не неизбежным. Рискованные действия должны опираться на современные достижения медицинской науки и техники, а также на практический опыт, что позволит избежать причинения вреда пациенту или минимизировать его.

6. Принятие *достаточных* мер для предотвращения возможного вреда жизни или здоровью пациента следует понимать не в объективном (как реально достаточных), а в субъективном смысле: врач предвидит возможные негативные последствия применяемого метода и предпринимает все зависящие от него меры для их предотвращения.

7. В процессе рискованного медицинского вмешательства должны соблюдаться общепризнанные принципы и нормы международного права, нормы национального законодательства, правила медицинской этики. В соответствии со ст. 2 Конвенции о правах человека и биомедицине ETS № 164 «любое вмешательство в сферу здоровья, включая научные исследования, должно осуществляться при соблюдении профессиональных обязанностей и стандартов». Вместе с тем профессиональные стандарты не обязательно должны предписывать одну линию поведения как единственно возможную: распространенная медицинская практика может на самом деле допускать несколько возможных форм вмешательства, что оставляет некоторую свободу выбора методов или способов такого вмешательства. Тем не менее, нормативно закрепленные стандарты и правила оказания медицинской помощи должны соблюдаться неукоснительно [40, S. 14; 41, с. 89]. Это следует из

ст. 73 Закона № 323-ФЗ, требующей, чтобы медицинские и фармацевтические работники осуществляли свою деятельность в соответствии с законодательством Российской Федерации и строго выполняли свои должностные инструкции и должностные обязанности.

8. На рискованное медицинское вмешательство по общему правилу должно быть получено добровольное информированное согласие пациента (ст. 5 Конвенции о правах человека и биомедицине ETS № 164). Однако если в силу чрезвычайной ситуации надлежащее согласие соответствующего лица получить невозможно (например, больной доставлен в больницу в бессознательном состоянии, без сопровождения и без документов), любое вмешательство, необходимое для улучшения состояния его здоровья, может быть осуществлено немедленно. О пределах информирования пациента пишут и зарубежные ученые [18].

9. Мнение о том, что риск развития ятрогенного осложнения должен быть меньше, чем риск неблагоприятного исхода без применения данного метода, вряд ли можно поддержать, поскольку оно основано на недопустимой презумпции знания врачом тех последствий, которые наступят в результате рискованного медицинского вмешательства.

10. Высказанное А.А. Старченко предложение о том, чтобы перед рискованным медицинским вмешательством были использованы без положительного результата все менее опасные методы диагностики и лечения, представляется завышенным и в чрезвычайных ситуациях неисполнимым из-за дефицита времени.

11. Требование, чтобы медицинское вмешательство не создавало угрозы жизни многих людей либо угрозы экологической катастрофы или общественного бедствия (И.В. Ившин, Н.А. Савич, А.Ю. Коломийцев, О.М. Сариев, Ю.А. Чернышева, А.Р. Шаяхметова и др.), механически воспроизводит текст ч. 3 ст. 41 УК РФ и к медицинскому риску неприменимо.

Медицинское вмешательство по общему правилу персонифицировано и преследует цель сохранить жизнь конкретного больного или улучшить состояние его здоровья. Если же некачественная медицинская помощь (включая медицинские услуги) носит серийный характер и причиняет вред неопределенно широкому кругу пострадавших, то проблема переходит в плоскость охраны здоровья населения и деяние должно оцениваться в аспекте

² Согласно ст. 2 Конвенции о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине ETS № 164. Принята Комитетом министров Совета Европы 19 ноября 1996 г.

оказания услуг, не отвечающих требованиям безопасности (ст. 238 УК РФ).

Что касается последствий в виде экологической катастрофы или общественного бедствия, то они вообще не имеют никакого отношения к проблеме медицинского риска и не могут служить критерием его обоснованности.

Изложенные соображения нужно принимать во внимание при оценке рискованного медицинского вмешательства с точки зрения его обоснованности (оправданности), но это не значит, что все они должны быть зафиксированы в уголовно-правовой норме, поскольку соблюдение большинства сформулированных требований непосредственно вытекает из международно-правовых актов и российского законодательства в сфере здравоохранения.

Уголовно-правовая норма об обоснованном медицинском риске может быть представлена в следующем виде:

«Статья 41. Обоснованный медицинский риск

1. Не является преступлением причинение вреда больному в процессе медицинского вмешательства, направленного на спасение жизни или улучшение состояния здоровья пациента.

2. Медицинский риск признается обоснованным, если указанная цель не могла быть достигнута без риска, а лицом, осуществляющим рискованные действия, были приняты все возможные меры для предотвращения вреда больному и перед рискованным вмешательством на это, при наличии возможности, было получено добровольное информированное согласие пациента.

3. Риск не признается обоснованным, если против рискованного медицинского вмешательства имелись явные противопоказания, а также если при таком вмешательстве были нарушены нормативные запреты и предписания».

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

1. Егоров К.В. Правомерный вред в медицине / К.В. Егоров. — Москва : Статут, 2011. — 173 с.
2. Abraham K.S. Enterprise Medical Liability and the Evolution of the American Health Care System) / K.S. Abraham, P.C. Weiler // Harvard Law Review. — 1994. — Vol. 108, iss. 2. — P. 381–436.
3. Дембо Г. Ответственность врача в его профессиональной деятельности / Г. Дембо // Судебная ответственность врачей. — Ленинград ; Москва, 1926. — С. 60–71.
4. Марковин И.В. К вопросу о судебной ответственности врачей / И.В. Марковин // Судебно-медицинская экспертиза. — 1928. — № 8. — С. 81–95.
5. Колоколов Г.Р. Защита прав пациентов / Г.Р. Колоколов. — Москва : ГроссМедиа, 2009. — 192 с.
6. Гражданско-правовая и уголовно-правовая ответственность в медицине / Е.В. Епифанова, О.А. Цыганова, И.В. Ившин, Е.А. Мартынов. — Москва : Юрлитинформ, 2011. — 272 с.
7. Ulsenheimer K. Zur zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judikatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin / K. Ulsenheimer // Medizinrecht. — 1992.
8. Лейбович Я. Врачебные ошибки и незаконное врачевание / Я. Лейбович // Рабочий суд. — 1925. — № 23–24. — С. 84–87.
9. Бобкова-Басова Г. Уголовная ответственность врачей / Г. Бобкова-Басова // Советская юстиция. — 1939. — № 11. — С. 15–19.
10. Дагель П. Об уголовной ответственности врачей / П. Дагель // Советская юстиция. — 1964. — № 19. — С. 12–14.
11. Огарков И.Ф. Врачебные правонарушения и уголовная ответственность за них / И.Ф. Огарков. — Ленинград : Медицина, 1966. — 196 с.
12. Бердичевский Ф.Ю. Уголовная ответственность медицинского персонала за нарушение профессиональных обязанностей / Ф.Ю. Бердичевский. — Москва : Юрид. лит., 1970. — 128 с.
13. Карагезян Г.Г. Ответственность за преступления, совершенные вследствие ненадлежащего исполнения лицом своих профессиональных обязанностей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Г.Г. Карагезян. — Москва, 2009. — 24 с.
14. Чупрына П.С. Уголовная ответственность медицинских работников за нарушение ими профессиональных обязанностей / П.С. Чупрына // Вестник Томского государственного университета. — 2009. — № 320. — С. 143–145.
15. Савич Н.А. Уголовно-правовая характеристика нарушения медицинскими работниками своих профессиональных обязанностей в сфере оказания медицинской помощи / Н.А. Савич, А.Ю. Коломийцев // Сибирский медицинский журнал. — 2007. — № 4. — С. 87–93.
16. Чефранов К.А. Уголовная ответственность медицинских работников за причинение смерти или вреда здоровью пациентов при оказании медицинской помощи: исторический аспект / К.А. Чефранов // Вестник Уфимского юридического института МВД России. — 2020. — № 3 (89). — С. 57–63.
17. Давыдовский И.В. Врачебные ошибки / И.В. Давыдовский // Советская медицина. — 1941. — № 3. — С. 3–10.
18. Laufs A. Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz im Arztrecht / A. Laufs. — München, 1982. — 34 с.
19. Kirby M.D. Negligence and the Physician / M.D. Kirby // Australian and New Zealand Journal of Medicine. — 1984. — Vol. 14. — P. 867–874.
20. Савич Н.А. Ошибка или преступление: грань правомерности / Н.А. Савич, А.Ю. Коломийцев // Сибирский медицинский журнал. — 2007. — Т. 22, № 2. — С. 66–72.

21. Огнерубов Н.А. Профессиональные преступления медицинских работников : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Н.А. Огнерубов. — Москва, 2014. — 167 с.
22. Красущих Л.В. Субъективные признаки общественно обоснованного риска в сфере медицинской деятельности / Л.В. Красущих, Е.В. Евстратенко // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Сер.: Право. — 2014. — Т. 14, № 3. — С. 36–40.
23. Бабуринов В.В. Крайняя необходимость и обоснованный риск: проблемы разграничения / В.В. Бабуринов // Научный вестник Омской академии МВД России. — 2007. — № 1 (25). — С. 14–18.
24. Чернышева Ю.А. Обоснованный риск и эксперименты на человеке / Ю.А. Чернышева // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. — 2011. — № 5-3 (11). — С. 187–189.
25. Ившин И.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния в сфере профессиональной медицинской деятельности / И.В. Ившин, К.Н. Горячина // Медицинское право. — 2006. — № 1. — С. 33–38.
26. Кибальник А.Г. Обоснованный риск в медицинской деятельности / А.Г. Кибальник // Библиотека криминалиста. — 2012. — № 3 (4). — С. 64–73.
27. Гринберг М.С. Момент оправданного риска в производственном процессе и его уголовно-правовое значение / М.С. Гринберг // Советское государство и право. — 1954. — № 1. — С. 99–108.
28. Гринберг М.С. Проблема производственного риска в уголовном праве / М.С. Гринберг. — Москва : Госюриздат, 1963. — 132 с.
29. Глушков В.А. Проблемы уголовной ответственности за общественно опасные деяния в сфере медицинского обслуживания : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / В.А. Глушков. — Киев, 1990. — 40 с.
30. Павлова Н.В. Обоснованный риск в медицинской деятельности / Н.В. Павлова // Вестник Московского университета. Серия: Право. — 2006. — № 3. — С. 73–83.
31. Саранцев К.А. Медицинский риск как разновидность обоснованного риска и особенности его оценки при расследовании преступно-ненадлежащего оказания медицинской помощи / К.А. Саранцев // Российский следователь. — 2013. — № 3. — С. 10–12.
32. Замалева С.В. Обоснованный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния, в медицинской деятельности / С.В. Замалева // Современные вопросы государства, права, юридического образования : материалы X Международ. науч.-практ. конф. (заоч.), Тамбов, 22 дек. 2013 г. — Тамбов, 2014. — С. 404–409.
33. Сариев О.М. Обоснованный риск в медицинской деятельности и условия его правомерности / О.М. Сариев // Вестник Тамбовского университета. Сер.: Гуманитарные науки. — 2015. — № 5 (145). — С. 246–251.
34. Шаяхметова А.Р. Правомерный (обоснованный) риск в сфере медицинской деятельности / А.Р. Шаяхметова // Вопросы российского и международного права. — 2018. — Т. 8, № 11А. — С. 53–60.
35. Козаев Н.Ш. Уголовно-правовые аспекты медицинского риска / Н.Ш. Козаев // Первая международная конференция «Общество — Медицина — Закон» : сб. докл. — Кисловодск, 1999. — С. 25–28.
36. Рабаданов А.С. Обоснованный риск как обстоятельство, исключающее преступность деяния / А.С. Рабаданов // Вестник Московского университета МВД России. — 2011. — № 8. — С. 152–158.
37. Серова А.В. Профессиональный риск медицинских работников как вид обоснованного риска : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / А.В. Серова. — Екатеринбург, 1999. — 159 с.
38. Старченко А.А. Безопасность медицинской деятельности: законодательное нормирование необходимо! Отзыв на статью / А.А. Старченко // Менеджер здравоохранения. — 2013. — № 4. — С. 64–69.
39. McConnell T. Inalienable Rights: the Limits of Consent in Medicine and the Law / T. McConnell. — New York : Oxford Univ. Press, 2000. — 172 p.
40. Deutsch E. Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht / E. Deutsch // Neue juristische Wochenschrift. — 1984. — S. 650.
41. Пикуров Н. Риски медицинского вмешательства: уголовно-правовые аспекты / Н. Пикуров // Уголовное право. — 2018. — № 3. — С. 86–92.

REFERENCES

1. Egorov K.V. *Pravomernyy vred v meditsine* [Lawful Harm in Medicine]. Moscow, Statut Publ., 2001. 173 p.
2. Abraham K.S., Weiler P.C. Enterprise Medical Liability and the Evolution of the American Health Care System). *Harvard Law Review*, 1994, vol. 108, iss. 2, pp. 381–436.
3. Dembo G. Accountability of a doctor in his professional activities. *Sudebnaya otvetstvennost' vrachei* [Judicial Accountability of Doctors]. Leningrad, Moscow, 1926. — С. 60–71.
4. Markovin I.V. To the question of judicial accountability of doctors. *Sudebno-meditsinskaya ekspertiza = Forensic Medical Expertise*, 1928, no. 8, pp. 81–95. (In Russian).
5. Kolokolov G.R. *Zashchita prav patsientov* [Protection of the Rights of the Patient]. Moscow, GrossMedia Publ., 2009. 192 p.
6. Epifanova E.V., Tsyganova O.A., Ivshin I.V., Martynov E.A. *Grazhdansko-pravovaya i ugolovno-pravovaya otvetstvennost' v meditsine* [Civil Law and Criminal Law Liability in Medicine]. Moscow, YurLitinform Publ., 2011. 272 p.
7. Ulsenheimer K. Zur zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judikatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin. *Medizinrecht*, 1992.
8. Leibovich Ya. Medical errors and illegal medical practice. *Rabochii sud = Workmen's Court*, 1925, no. 23-24, pp. 84–87. (In Russian).
9. Bobkova-Basova G. Criminal Liability of Doctors. *Sovetskaya yustitsiya = Soviet Justice*, 1925, no. 11, pp. 15–19. (In Russian).
10. Dägel P. On criminal liability of doctors. *Sovetskaya yustitsiya = Soviet Justice*, 1964, no. 19, pp. 12–14. (In Russian).

11. Ogarkov I.F. *Vrachebnye pravonarusheniya i ugovnaya otvetstvennost' za nikh* [Medical Offences and Criminal Liability for Them]. Leningrad, Meditsina Publ., 1966. 196 p.
12. Berdichevskii F.Yu. *Ugovnaya otvetstvennost' meditsinskogo personala za narushenie professional'nykh obyazannostei* [Criminal Liability of Medical Personnel for Breaching Professional Responsibilities]. Moscow, Yuridicheskaya Literatura Publ., 1970. 128 p.
13. Karagezyan G.G. *Otvettstvennost' za prestupleniya, sovershennye v sledstvie nenadlezhashchego ispolneniya litsom svoikh professio-nal'nykh obyazannostei. Avtoref. Kand. Diss.* [Liability for crimes connected with improper fulfilment of professional duties. Cand. Diss. Thesis]. Moscow, 2009. 24 p.
14. Chupryna P.S. Criminal Responsibility of Medical Workers for Violation by them Professional Duties. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta = Tomsk State University Journal*, 2009, no. 320, pp. 143–145. (In Russian).
15. Savich N.A., Kolomiitsev A.Yu. Criminal-legal Characteristics of the Violation by Medical Staff of their Professional Duties in the Sphere of Medical Aid. *Sibirskii meditsinskii zhurnal = Siberian Medical Journal*, 2007, no. 4, pp. 87–93. (In Russian).
16. Chefranov K.A. Criminal Liability of Medical Personnel for Causing Harm or Death to Health of Patients in Providing Medical care: Historical Aspect. *Vestnik Ufimskogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii = Bulletin of Ufa Law Institute of MIA of Russia*, 2020, no. 3, pp. 57–63. (In Russian).
17. Davydovskii I.V. Medical errors. *Sovetskaya meditsina = Soviet Medicine*, 1941, no. 3, pp. 3–10. (In Russian).
18. Laufs A. *Berufsfreiheit und Persönlichkeitsschutz im Arztrecht*. München, 1982. 34 c.
19. Kirby M.D. Negligence and the Physician. *Australian and New Zealand Journal of Medicine*, 1984, vol. 14, pp. 867–874.
20. Savich N.A., Kolomiitsev A.Yu. Mistake or Offence: Border of the Rightfulness. *Sibirskii meditsinskii zhurnal = Siberian Medical Journal*, 2007, vol. 22, no. 2, pp. 66–72. (In Russian).
21. Ognerubov N.A. *Professional'nye prestupleniya meditsinskikh rabotnikov. Kand. Diss.* [Professional Crimes of Medical Workers. Cand. Diss.]. Moscow, 2014. 167 p.
22. Krasutskikh L.V., Evstratenko E.V. Subjective Signs of Socially Reasonable Risk in the Sphere of Medical Activity. *Vestnik Yuzhno-Ural'skogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo = Bulletin of South Ural State University. Series: Law*, 2014, vol. 14, no. 3, pp. 36–40. (In Russian).
23. Baburin V.V. Critical need and justified risk: problems of delineation. *Nauchnyi vestnik Omskoi akademii MVD Rossii = Scientific Bulletin of the Omsk Academy of the MIA of Russia*, 2007, no. 1, pp. 14–18. (In Russian).
24. Chernysheva Yu.A. Justified Risk and Human Researches. *Istoricheskie, filosofskie, politicheskie i yuridicheskie nauki, kul'turo-logiya i iskusstvovedenie. Voprosy teorii i praktiki = Historical, Philosophical, Political and Law Sciences, Culturology and Study of Art. Issues of Theory and Practice*, 2011, no. 5-3, pp. 187–189. (In Russian).
25. Ivshin I.V., Goryachkina K.N. The Circumstances, Excluding Criminal Acts in the Field of Occupational Medical Activity. *Meditsinskoe pravo = Medical Law*, 2006, no. 1, pp. 33–38. (In Russian).
26. Kibalnik A.G. Justified Risk in Medical Practice. *Biblioteka kriminalista = Library of a Criminalist*, 2012, no. 3, pp. 64–73. (In Russian).
27. Greenberg M.S. The moment of justified risk at work and its criminal law significance. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo = Soviet State and Law*, 1954, no. 1, pp. 99–108. (In Russian).
28. Grinberg M.S. *Problema proizvodstvennogo riska v ugovnom prave* [The Problem of Occupational Health Risks in Criminal Law]. Moscow, Gosyurizdat Publ., 1963. 132 p.
29. Glushkov V.A. *Problemy ugovnoi otvetstvennosti za obshche-stvenno opasnye deyaniya v sfere meditsinskogo obsluzhivaniya. Avtoref. Dokt. Diss.* [The problems of criminal liability for publicly dangerous acts in the sphere of medical services. Doct. Diss. Thesis]. Kiev, 1990. 40 p.
30. Pavlova N.V. Reasonable Risk in the Medical Activities. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 11: Pravo = Moscow University Law Bulletin*, 2006, no. 3, pp. 73–83. (In Russian).
31. Sarantsev K.A. Medical risk as a variety of justified risk, specific features of its assessment in the investigation of criminally improper medical services. *Rossiiskii sledovatel' = Russian Investigator*, 2013, no. 3, pp. 10–12. (In Russian).
32. Zamaleeva S.V. Justified risk as a circumstance precluding the criminal character of an act in medical services. *Sovremennye voprosy gosudarstva, prava, yuridicheskogo obrazovaniya. Materialy X Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii, Tambov, 22 dekabrya 2013 g.* [Contemporary Questions of the State, Law, Legal Education. Materials of the VII International Scientific and Practical Conference, Tambov, 22 December 2013]. Tambov, 2014, pp. 404–409. (In Russian).
33. Sariev O.M. Reasonable Risk in Medical Activity and Conditions of its Rightfulness. *Tambovskogo Universiteta. Seriya: Gumanitarnye Nauki = Tambov State University Bulletin. Series: Humanities*, 2015, no. 5, pp. 246–251. (In Russian).
34. Shayakhmetova A.R. Legitimate (Reasonable) Risk in the Field of Medical Practice. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava = Matters of Russian and International Law*, 2018, vol. 8, no. 11A, pp. 53–60. (In Russian).
35. Kozaev N.Sh. Criminal law aspects of medical risk. *Pervaya mezhdunarodnaya konferentsiya «Obshchestvo — Meditsina — Zakon»* [First International Conference “Society — Medicine — Law”]. Kislovodsk, 1999, pp. 25–28. (In Russian).
36. Rabadanov A.S. Well-founded risk as the circumstance excluding criminality of act. *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii = Vestnik of Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*, 2011, no. 8, pp. 152–158. (In Russian).
37. Serova A.V. *Professional'nyi risk meditsinskikh rabotnikov kak vid obosnovannogo riska. Kand. Diss.* [Professional risk of medical professionals as a type of justified risk. Cand. Diss.]. Ekaterinburg, 1999. 159 p.
38. Strachenko A.A. Security of Medical Operations: it is Essential to Have Legislative Regulation! Article's Review. *Menedzher zdavookhraneniya = Manager of Health Care*, 2013, no. 4, pp. 64–69. (In Russian).
39. McConnell T. *Inalienable Rights: the Limits of Consent in Medicine and the Law*. New York, Oxford University Press, 2000. 172 p.
40. Deutsch E. Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht. *Neue juristische Wochenschrift*, 1984, S. 650.
41. Pikurov N.I. The Risks of Medical Intervention: Criminal Law Aspects. *Ugolovnoe pravo = Criminal Law*, 2018, no. 3, pp. 86–92. (In Russian).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

Рарог Алексей Иванович — научный руководитель кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный юрист города Москвы, г. Москва, Российская Федерация; e-mail: alek.rarog@yandex.ru.

Понятовская Татьяна Григорьевна — профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Удмуртской Республики, г. Москва, Российская Федерация; e-mail: tagri8@yandex.ru.

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ

Рарог А.И. Медицинский риск в уголовном праве / А.И. Рарог, Т.Г. Понятовская. — DOI 10.17150/2500-4255.2021.15(3).321-331 // Всероссийский криминологический журнал. — 2021. — Т. 15, № 3. — С. 321–331.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

Rarog, Aleksey I. — Research Supervisor, Chair of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Professor, Honorary Researcher of the Russian Federation, Honorary Lawyer of Moscow, Moscow, the Russian Federation; e-mail: alek.rarog@yandex.ru.

Ponyatovskaya, Tatiyana G. — Professor, Chair of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Honorary Researcher of the Udmurt Republic, Moscow, the Russian Federation; e-mail: tagri8@yandex.ru.

FOR CITATION

Rarog A.I., Ponyatovskaya T.G. Medical risk in criminal law. *Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal = Russian Journal of Criminology*, 2021, vol. 15, no. 3, pp. 321–331. DOI: 10.17150/2500-4255.2021.15(3).321-331. (In Russian).