

МЕДИЦИНСКОЕ ПРАВОНАРУШЕНИЕ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ: ОШИБКА ВЫЖИВШЕГО

MEDICAL OFFENSE IN RUSSIAN LEGISLATION: SURVIVORSHIP BIAS

А.В. Тихомиров

Аннотация: Медицинское правонарушение в российском законодательстве, как и в правоприменении, остается категорией проблемной и противоречивой. Законом и доктринальным мейнстримом опускаются детерминанты неблагоприятных для здоровья пациента эффектов при оказании ему медицинской помощи. При оценке действий врача зависимые и независимые от них факторы влияния на здоровье пациента юридически не обособляются. Не существует ни теории, ни практики идентификации собственно профессионального медицинского правонарушения. Законодательные установления и доктринальные источники, характеризующие медицинские правонарушения, оторваны от действительности клинической медицины. Для определения, измерения и оценки медицинского правонарушения не выработано не только специальных, но и даже просто приемлемых критериев, показателей и индикаторов. Правовые нормы не выверяются по практике медицинской деятельности с биологией здоровья притом, что несоответствие или противоречие законов государства законам природы бессмысленно. Необходим консенсус, нужна согласованность, гармония правил медицины и норм права – и в законотворчестве, и в правоприменении, что невозможно без преодоления комплекса приведенных упущений.

Brief: Medical offense in Russian legislation, as well as in law enforcement, remain a problematic and controversial category. The law and the doctrinal mainstream omit the determinants of adverse effects on the patient's health when providing him with medical care. When evaluating the actions of a doctor, the factors of influence on the patient's health that depend on and are independent of them are not legally isolated. There is no theory or practice of identifying a proper professional medical offense. Legislative provisions and doctrinal sources characterizing medical offenses are divorced from the reality of clinical medicine. Not only special, but even simply acceptable criteria, indicators and values have not been developed to determine, measure and estimate a medical offense. Legal norms are not verified in the practice of medical activity with the biology of health, despite the fact that the discrepancy or contradiction of the laws of the state to the laws of nature is meaningless. Consensus, consistency and harmony of the rules of medicine and the norms of law are needed – both in lawmaking and in law

enforcement, which is impossible without overcoming the complex of listed omissions.

Ключевые слова: медицинское правонарушение, российское законодательство, ошибка выжившего

Key words: medical offense, Russian legislation, survivorship bias

До настоящего времени категория медицинского правонарушения в российской юриспруденции не получила однозначности понимания и формальной определенности.

Квалификация медицинских правонарушений осуществляется по многочисленным, зачастую нерелевантным основаниям.

Отклонения от правил медицины смешиваются с несоблюдением медицинскими работниками норм уголовного, административного и/или трудового права.

В целом, вместо приоритета правовой защиты здоровья пациента предлагается приоритет наказания врача.

И не факт, что врач в таких условиях несет ответственность за изъяны своих действий, а не за собственно несовершенство медицины.

Цель работы состоит в демонстрации не учитываемых законом и доктринальным мейнстримом факторов, детерминирующих неблагоприятные для здоровья пациента эффекты при оказании ему медицинской помощи.

Задача заключается в обособлении зависимых и независимых от действий врача факторов влияния на здоровье пациента.

Предметом исследования являются факторы идентификации профессионального медицинского правонарушения.

Объектом изучения служат законодательные установления и доктринальные источники, характеризующие медицинские правонарушения.

Сложившийся в отечественной юридической практике подход к вопросу однообразен и расплывчат.

Медицинские правонарушения институционально не выделялась ни при СССР, ни в постсоветский период.

Изученные российские публикации 20-х годов нынешнего века показали, что в подражание западному подходу их предметом стали не медицинские правонарушения, а врачебные ошибки.

Понятие врачебной ошибки вполне основательно сформировалось в англо-американской системе права: квалификация правонарушения осуществляется на основании усмотрения суда, а не нормы права.

В российской действительности врачебная ошибка – номинация без содержания – получила широкое признание в качестве объекта исследования притом, что не обнаруживает научной и практической ценности для правовой доктрины.

Пробный скрининг тематических публикаций [12] продемонстрировал полную разобщенность представлений авторов – юристов и врачей (клиницистов и организаторов), ученых и практиков-специалистов, преподавателей и учащихся – о предмете своих публикаций.

Среди авторов изученных публикаций понимание некорректности существующих подходов к определению профессиональных врачебных правонарушений есть – нет понимания, в чем состоят ориентиры корректности [14].

Проблема состоит не столько в институционализации дефиниции профессиональных врачебных правонарушений, сколько в наполнении такой дефиниции содержанием, соответствующим характеру фактических отношений врача и пациента.

Врачебная ошибка (как и ее неправовые аналоги) – это неверно выбранная точка отсчета, мерой которой оценить действия (бездействие) врача в качестве правонарушения не получается [13].

Как и любой человек, врач может ошибаться, и исход может наступать любой – вплоть до фатального.

Но, во-первых, исход не всегда зависит от действий врача.

Исход определяется рядом факторов, действия врача среди которых не всегда определяющие.

Во-вторых, неблагоприятный исход не обязательно происходит от ошибки.

Такой исход может наступить и при абсолютно корректных, безошибочных действиях врача.

В-третьих, юридическая ответственность наступает не за ошибку.

Лишь при наличии в действиях врача признаков состава правонарушения имеются основания для наступления его ответственности.

Но не всегда именно врачи несут ответственность за совершаемые ими правонарушения.

Гражданскую (имущественную) ответственность за их действия несет работодатель постольку, поскольку врачи являются работниками.

Персональная (уголовная) ответственность врача наступает в связи с причинением тяжкого вреда здоровью (ч.2 ст.118 УК РФ) или смерти (ч.2 ст.109 УК РФ) пациента по неосторожности вследствие ненадлежащего исполнения своих профессиональных обязанностей.

Наряду с этим к сфере ответственности врача отнесены:

- проведение искусственного прерывания беременности лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля, если это повлекло по неосторожности смерть потерпевшей либо причинение тяжкого вреда ее здоровью (ч.2 ст.123 УК РФ);

- неоказание помощи больному без уважительных причин лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законом или со специальным правилом, если это повлекло по неосторожности причинение средней тяжести вреда здоровью больного, если это повлекло по неосторожности смерть больного либо причинение тяжкого вреда его здоровью (ч.2 ст.124 УК РФ);

- заведомое оставление без помощи лица, находящегося в опасном для жизни или здоровья состоянии и лишенного возможности принять меры к самосохранению по малолетству, старости, болезни или вследствие своей беспомощности, в случаях, если виновный имел возможность оказать помощь этому лицу и был обязан иметь о нем заботу либо сам поставил его в опасное для жизни или здоровья состояние (ст.125 УК РФ);

- заражение венерической болезнью (ст.121 УК РФ) или ВИЧ-инфекцией (ст.122 УК РФ);

- производство, хранение или перевозка в целях сбыта либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности жизни или здоровья потребителей, а равно неправомерные выдача или использование официального документа, удостоверяющего соответствие указанных товаров, работ или услуг требованиям безопасности (ст.238 УК РФ).

Врач привлекается к ответственности на основании приведенных положений закона, но **специальных норм**, посвященных правонарушениям в связи с оказанием медицинской помощи, в отечественном уголовном законодательстве не выделено.

Не все страны на постсоветском пространстве так же обходят молчанием специфику медицинских правонарушений в законодательстве.

Например, в УК Беларуси выделено 2 специальных статьи (ст.ст.161, 162), в УК Армении (ст.130) и Грузии (ст.130) – по 1 статье, а в Уголовном кодексе Казахстана – целая глава (12), состоящая из 7 статей (ст.ст.317-323).

В этой главе, прежде всего, разнесены нормы о ненадлежащем выполнении профессиональных обязанностей медицинским или фармацевтическим работником (ст.317) и о неоказании медицинской помощи (ст.320).

К медицинским преступлениям отнесены также:

- нарушение порядка проведения клинических исследований и применения новых методов и средств профилактики, диагностики, лечения и медицинской реабилитации;
- незаконное проведение искусственного прерывания беременности;
- разглашение врачебной тайны;
- незаконное занятие медицинской и фармацевтической деятельностью и незаконная выдача либо подделка рецептов или иных документов, дающих право на получение наркотических средств или психотропных веществ;
- обращение с фальсифицированными лекарственными средствами или медицинскими изделиями.

Выделение в УК Казахстана совокупности специальных норм о медицинских преступлениях – передовой опыт (кстати, не единственный: в УК Кыргызстана – это так же отдельная глава 22 из 8 статей – ст.ст.146-153)

Однако смешение ненадлежащего выполнения профессиональных обязанностей и неоказания медицинской помощи с совершением разнородных и разносубъектных правонарушений при ее оказании не позволяет сформулировать единые требования при группировке подобных правонарушений.

Понятно, что медицинский эксперимент – это не медицинская помощь: цели научных и лечебных подходов разные.

Аборт (законный или незаконный) – это тоже не медицинская помощь: беременность – не патология, ухудшающая состояние здоровья пациентки.

Посягательство на личную тайну пациента, как и обман с идентификацией субъектов и объектов – это тем более не медицинская помощь, к тому же совершаемое с умыслом, будь то при ее оказании или нет.

Таким образом, специфика медицинских правонарушений привела к необходимости их выделения в законодательстве, однако к числу медицинских отнесены правонарушения, не обладающие соответствующей спецификой.

По признакам медицинской специфики правонарушения группируются следующим образом:

- прямо происходящие из оказания, неоказания, ненадлежащего оказания медицинской помощи (профессионального медицинского пособия);
- совершаемые независимо от оказания медицинской помощи, но имеющие отношение к медицине;
- не имеющие отношения к медицине.

В любом случае медицинскими являются правонарушения с неосторожной формой вины: умысел исключает медицинскую специфику.

Понимание этого дает возможность сформулировать основания отнесения правонарушений к числу собственно медицинских за рамками остальных, не обладающих ни медицинской спецификой, ни касательства к медицинской деятельности.

Медицинскими являются правонарушения, совершаемые при:

- оказании медицинской помощи;
- пренебрежении правилами профессии;
- допущении неосторожной формы вины.

Медицинские правонарушения выделяются среди остальных, обладая значимой спецификой:

1. Медицинская деятельность осуществляется, а медицинское правонарушение совершается в отношении здоровья.

Медицинской является деятельность по поводу здоровья, что отличает ее от любого другого вида деятельности.

Правонарушение при осуществлении иных видов деятельности предполагает ответственность за причинение случайного вреда здоровью.

Ответственность за совершение медицинского правонарушения требует отделения результатов целенаправленного целительного воздействия на здоровье от тех, которые к таковым не относятся.

Иными словами, здоровье является **специальным объектом** – как медицинской деятельности, так и медицинского правонарушения.

2. Медицинское правонарушение совершает только лицо, осуществляющее медицинскую деятельность – врач либо иные обладатели медицинской профессии (фельдшер или медицинская сестра).

Под медицинской следует понимать деятельность врача-клинициста, т.е. клиническую деятельность медперсонала.

Это необходимо для того, чтобы отличать клиническую деятельность от деятельности административной, экспериментальной и пр. – в силу различий определения (предмета), измерения (процесса и результатов) и оценки (последствий).

Деятельность персонала медицинской организации в целом не равнозначна деятельности медперсонала, осуществляющего сугубо лечебно-диагностическую (клиническую) деятельность.

Тем самым необходима правовая характеристика **специального субъекта** – врача-клинициста и медперсонала в целом.

3. Медицинское правонарушение совершается только в отношении пациента как получателя медицинской помощи.

Правонарушением являются действия врача, нарушающие права личности пациента, включая право на здоровье.

Пациент – тоже **специальный субъект** медицинского правонарушения.

В отличие от врача, пациент не осуществляет какой-либо деятельности – он (точнее, его здоровье) подвергается воздействию со стороны врача.

И медицинское правонарушение в отношении пациента (его здоровья) совершает врач.

Медицинского правонарушения нет без противоправного (неправомерного) воздействия врача на здоровье пациента при оказании медицинской помощи.

Таким воздействием врача на здоровье пациента уголовным законодательством на постсоветском пространстве признается в большинстве случаев:

- ненадлежащее исполнение врачом и/или иным медработником своих профессиональных обязанностей;
- неоказание медицинской помощи больному без уважительных причин медицинским работником либо иным лицом, обязанным оказывать ее в соответствии с законом или специальным правилом.

Причинение смерти (ч.2 ст.109 УК России) или тяжкого вреда здоровью (ч.2 ст.118 УК России) по неосторожности, совершенное вследствие ненадлежащего исполнения лицом своих *профессиональных обязанностей* (аналогичные формулировки в ст.ст. 108, 118, 119 УК Таджикистана).

Ненадлежащее исполнение *профессиональных обязанностей* медицинским работником, повлекшее причинение пациенту по неосторожности смерть пациента, тяжкого или менее тяжкого телесного повреждения (ст.162 УК Беларуси)

Неисполнение или ненадлежащее исполнение *профессиональных обязанностей* лицами, осуществляющими медицинскую помощь и медицинское обслуживание, вследствие небрежного или недобросовестного отношения к ним, если при этом здоровью пациента причинен по неосторожности значимый вред здоровью или смерть (ст.130 УК Армении, ст.317 УК Казахстана, ст.120 УК Туркменистана).

Ненадлежащее исполнение *профессиональных обязанностей* медицинским или фармацевтическим работником в УК Кыргызстана (ст.146) интерпретируется как *неоказание медицинской помощи больному* без уважительных причин медицинским работником, который был обязан и имел возможность оказать такую помощь, а равно невыполнение или ненадлежащее выполнение, в силу легкомыслия или небрежности, профессиональных обязанностей, повлекшие по неосторожности значительный или тяжкий вред.

Неоказание без уважительной причины помощи больному лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законом или специальными правилами, повлекшее средней тяжести или тяжкое телесное повреждение либо смерть (ст.116 УК Узбекистана).

Неоказание медицинской помощи больному лицу без уважительных причин медицинским работником либо иным лицом, обязанным оказывать ее в соответствии с законодательством Республики Беларусь (ст.161 УК Беларуси).

Неоказание медицинской помощи больному без уважительных причин лицом, обязанным ее оказывать в соответствии с законами Республики Казахстан и (или) стандартами организации оказания медицинской помощи, и (или) правилами оказания медицинской помощи, если это повлекло по неосторожности причинение средней тяжести вреда здоровью больного (ст.320 УК Казахстана).

Неоказание медицинским работником безотлагательной медицинской помощи больному, находящемуся в опасном для жизни положении, без уважительных причин (ст.130 УК Грузии).

Особняком стоит уголовное законодательство Молдовы, в том числе применительно к формулированию норм о медицинских правонарушениях.

В соответствии со ст.213 УК Молдовы *ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей и неоказание медицинской помощи больному* интерпретируется как нарушение по халатности врачом или иным медицинским работником правил или методов оказания медицинской помощи, повлекшее причинение тяжкого телесного повреждения или иного тяжкого вреда здоровью либо смерть пациента.

В целом, уголовным законодательством на постсоветском пространстве в большинстве случаев признается противоправным:

- ненадлежащее исполнение врачом и/или иным медработником своих профессиональных обязанностей (неоказание медицинской помощи больному без уважительных причин медицинским работником либо иным лицом, обязанным оказывать ее в соответствии с законом или специальным правилом);
- с причинением по неосторожности;
- средней тяжести или тяжелого вреда здоровью либо смерти больного.

В целом можно вывести общие закономерности формулировок, определяющих ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей и неоказание медицинской помощи больному – речь идет:

- о трудовом статусе правонарушителя (медработник);
- о его профессиональных обязанностях;

- об их неисполнении или ненадлежащем исполнении.

Медицинский работник – это физическое лицо, которое имеет медицинское или иное образование, работает в медицинской организации по должности, включенной в номенклатуру должностей медицинских работников и фармацевтических работников, и в трудовые (должностные) обязанности которого входит осуществление медицинской деятельности, либо физическое лицо, которое является индивидуальным предпринимателем, непосредственно осуществляющим медицинскую деятельность (п.13 ст.2 Закона Об основах охраны здоровья граждан¹).

Другими словами, медицинский работник это:

1. обладатель медицинского или иного образования;
2. занимающий трудовую позицию (должность в соответствии с номенклатурой) в медицинской организации;
3. осуществляющий медицинскую деятельность в порядке трудовых (должностных) обязанностей.

Частнопрактикующий врач (ИП), осуществляющий медицинскую деятельность в порядке оказания медицинских услуг, приравнивается к медработнику.

Обращает внимание определение характера обязанностей ст.ст.109, 118 УК РФ («...при исполнении лицом своих **профессиональных обязанностей**») и п.13 ст.2 Закона Об основах охраны здоровья граждан («...в **трудовые (должностные) обязанности** которого входит осуществление медицинской деятельности»).

При осуществлении медицинской деятельности профессиональные обязанности возникают перед пациентом по поводу его здоровья, а при осуществлении трудовой деятельности трудовые (должностные) обязанности возникают перед работодателем по поводу оплачиваемого труда.

Не только основания обязанностей различны в обоих случаях, но и субъектный состав правоотношений и роль, в которой в них выступает врач, а потому и мера оценки правонарушения.

Врач – это должностная единица **трудовых обязанностей** при осуществлении медицинской деятельности.

¹ Федеральный закон от 21.11.2011 N 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации"

При этом совершаемое врачом правонарушение оценивается мерой ущерба здоровью пациента при исполнении **профессиональных обязанностей**.

Как соотносятся трудовые обязанности **перед работодателем** и профессиональные обязанности **перед пациентом**, законом не установлено.

В одной и той же медицинской организации персонал (административный, медицинский, технический) выполняет обязанности одинаково трудовые, но профессионально разные.

В чем состоит неисполнение (ненадлежащее исполнение) профессиональных обязанностей и неоказание (ненадлежащее оказание) медицинской помощи, закон так же не определяет.

Обращает внимание, что в перечисленных странах закон различает основания неисполнения (ненадлежащего исполнения) профессиональных обязанностей и неоказания (ненадлежащего оказания) медицинской помощи, лишь во втором случае связывая это с соответствием закону или специальному правилу.

Однако независимо от этого закон нигде не формулирует модель сравнения – нет точки отсчета, позволяющей отличать надлежащее оказание медицинской помощи от ненадлежащего.

А в отсутствие ясности адресата обязанностей нельзя сформулировать и их содержание: не могут же обязанности перед пациентом иметь содержание обязанностей перед работодателем, и наоборот.

Не получится и в обязанностях любого работника медицинской организации во всем необходимом многообразии охватить, детализировать и индивидуализировать обязанности перед каждым конкретным пациентом.

Невозможно также мерой нарушения обязанностей перед работодателем измерять вред здоровью пациента, и наоборот.

Обязанность в широком смысле — синоним долга [16], объективно необходимое, должное поведение [1, С.37] – всех, отдельной группы или конкретного одного.

Это **обеспеченное долженствование**: публичное предписание обеспечивается властным понуждением исполнения; частная, гражданская обязанность (обязательство) поддерживается предусмотренными законом способами обеспечения исполнения.

Профессиональные обязанности могли бы быть отнесены к категории морального долга, будь они обеспечены неким общим и единым мощным механизмом социального признания и осуждения отклонений, но этого нет.

Обеспечение исполнения трудовых обязанностей предусмотрено соответствующими нормами трудового законодательства.

Профессиональные обязанности законом не раскрыты и лишены формальной определенности (а потому также и критериев исполнения, и обеспечения исполнения).

Несовершенство законодательства в части оформления медицинских правонарушений очевидно, и предпринимаются попытки его восполнения подзаконным нормотворчеством, но это лишь усугубляет ситуацию.

Так, практика судебного толкования² в части оказания услуг, не отвечающих требованиям безопасности жизни или здоровья потребителей в специальной субъектности отождествляет работника и работодателя.

Но тогда следует признать, что услуги наравне с работодателем в качестве хозяйствующего субъекта оказывает и работник, что вступает в противоречие с целым рядом норм гражданского законодательства.

Доктринальные источники демонстрируют также направленность правоприменения установить для медицины административный режим субординации и правонарушениями считать отступления от предписаний [12].

Категория профессиональных обязанностей оказалась между публичными предписаниями и моральным долгом, не будучи ни тем, ни другим.

Видимо, мерой каких бы то ни было обязанностей ни отношения врача и пациента, ни отклонения в этих отношениях не измеряются.

К отношениям с пациентом – в отсутствие применимых регулятивов – неприменима и мера несоблюдения сторонних директив (трудовых и административных) [11].

Императивы регламентов оказались несостоятельными, но не потому, что отношения с пациентом основаны на диспозитивных свободах.

Действия врача подчинены другим приоритетам, независимым ни от установлений власти, ни от восприятия (одобрения или неодобрения) пациентом.

² например, п.5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 18 от 25 июня 2019 г. «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьей 238 Уголовного кодекса Российской Федерации»

И мера долженствования при оказании медицинской помощи определяется не выраженными в законах или подзаконных актах предписаниями власти, а рисками для здоровья и жизни пациентов, обнаруживаемыми в историческом процессе вне зависимости от власти.

При директивном подходе к медицине императивные предписания регламентов вступают в противоречие с реалиями природы, биологии.

Не обязанности перед властью определяют действия врача, а потребности здоровья пациентов.

Пациенту нужно решение его проблем со здоровьем, а не соблюдение врачом неких унифицированных административных предписаний.

И потому медицинским правонарушением является не нарушение этих предписаний – не это определяет ответственность.

Либо вред есть, либо его нет: наличие вреда не зависит от того, как сформулирована норма права.

Вопрос лишь в том, ЧТО при оказании медицинской помощи является вредом.

Является ли вредом операционный разрез, шов, послеоперационный рубец?

А удаление органа или конечности?

А введение в организм таких инородных тел, как кардиостимуляторы, эндопротезы и т.д.?

Нет формальной определенности или законодательных ориентиров для ответа на эти вопросы.

И оформляющая медицинское правонарушение норма права призвана продемонстрировать ориентиры установления наличия вреда при оказании медицинской помощи.

В новое время единственной для определения утрат здоровья стала номинация «вред», в то время как в советское время принятой была номинация «телесные повреждения».

В судебно-медицинской практике устанавливались телесные повреждения, а квалификация их в качестве вреда осуществлялась в правовой процедуре.

Различение телесных повреждений и вреда здоровью и сейчас позволяло бы разделять являющиеся и не являющиеся вредом телесные повреждения при оказании медицинской помощи.

Основанием для наступления ответственности объективно является противоречие деяний врача (или другого медперсонала) правилам медицины, и не любое, а лишь приводящее к вредным последствиям.

Такие действия (и бездействие) не могут быть предписанными постольку, поскольку биология – не константа и статика, а вариативность и динамика.

Нет одинаковых пациентов, одинаковых организмов и состояния их здоровья, одинаково протекающих у них болезней и реакций на проводимое лечение: стандартной медицинской помощи нет потому, что нет стандартных пациентов.

Поэтому не может быть предписаний, регламентов того, из чего она должна складываться.

Императивным требованиям доступно не то, что должно быть в составе медицинской помощи, а то, чего не должно быть при ее оказании.

Тем самым пренебрежение такими запретами и ограничениями определяет ответственность за медицинское правонарушение в соответствующей части.

Понятно, что запреты и ограничения должны иметь медицинские основания – это общеизвестные в медицине противоречия правилам профессии, которым необходимо придание юридической формы.

В остальном – это вопрос характеристики самого деяния.

И значение имеет не то, как врач соблюдает регламент, а то, соответствует ли то, что он делает, потребностям состояния здоровья пациента.

Суть такого соответствия в том, чтобы при осуществлении своих действий упреждать и устранять прогнозируемые неблагоприятные последствия для здоровья пациента как своих действий, так и развития патологии и реакций организма безотносительно медицинского воздействия или в ответ на него.

Собственно, именно в пренебрежении такими последствиями и состоит то, что является содержанием медицинского правонарушения.

Вопрос не в том, то ли и так ли было сделано при оказании медицинской помощи в соответствии с законодательным или административным императивом.

Ответственности подлежит не собственно нарушение нормы права, как и не нарушение какого бы то ни было регламента, что и как следует делать **ВООБЩЕ** при оказании медицинской помощи **КОНКРЕТНОМУ** пациенту.

Модель сравнения – не предписания, а **неиспользованные возможности**.

Правовой оценке подлежит то, что было сделано врачом (и другим медперсоналом) в сопоставлении с тем, что по обстоятельствам целесообразно было сделать.

Но сугубо *юридический инструментарий* не позволяет это сформулировать в норме права – нужны *медицинские тензоры*.

За рубежом (по крайней мере, в англо-американской системе права) решение находится в сфере не материального, а процессуального права – например, в порядке использования в правовой процедуре широко известного теста на небрежность [17, С.19-20].

В суде выясняется, как поступил бы специалист сходного уровня квалификации (знаний, умений, навыков, опыта и пр.) в заданных обстоятельствах по сравнению с тем, как повел себя ответчик (подсудимый).

В России ни правовых аналогов, ни подобной практики сравнения нет.

У нас в правовой процедуре действует приоритет оценки (1) действий ответчика (подсудимого) авторитетами с научными степенями и учеными званиями (2) при судебно-медицинской экспертизе (3).

Вместо выяснения того, как поступил бы подобный специалист в сложившихся обстоятельствах выясняется то, как ученые относятся к тому, как фактически поступил обвиняемый (подсудимый).

Ни модели, ни сравнительного анализа неиспользованных врачом возможностей при таком подходе, понятно, нет.

И существующие императивы вместо диспозитивных тензоров просто закрывают окно возможностей для врача делать свое дело на основе правил профессии.

Либо запреты и ограничения, либо врачебное искусство в оказании медицинской помощи пациенту.

Это и есть ошибка выжившего [18] – оценка явления на основе факторов несущественных без учета детерминирующих.

Применительно к медицинскому правонарушению большинство детерминант описано выше как резюме многолетних трудов автора, приведенных в библиографии [2-15].

Таким образом, медицинское правонарушение в российском законодательстве, как и в правоприменении, остается категорией проблемной и противоречивой.

Законом и доктринальным мейнстримом опускаются детерминанты неблагоприятных для здоровья пациента эффектов при оказании ему медицинской помощи.

При оценке действий врача зависимые и независимые от них факторы влияния на здоровье пациента юридически не обособляются.

Не существует ни теории, ни практики идентификации профессионального медицинского правонарушения.

Законодательные установления и доктринальные источники, характеризующие медицинские правонарушения, оторваны от действительности клинической медицины.

Для определения, измерения и оценки медицинского правонарушения не выработано не только специальных, но и даже просто приемлемых критериев, показателей и индикаторов.

Правовые нормы не выверяются по практике медицинской деятельности с биологией здоровья притом, что несоответствие или противоречие законов государства законам природы бессмысленно.

Необходим консенсус, нужна согласованность, гармония правил медицины и норм права – и в законотворчестве, и в правоприменении, что невозможно без преодоления комплекса приведенных упущений.

Использованные источники:

1. Общая теория прав человека / Карташкин И.А., Колесова Н.С., Ларин А.М., Ледах И.А., и др.; Отв. ред.: Лукашева Е.А. - М.: Норма, 1996. - 520 с.
2. Тихомиров А.В. Вред от врачебных действий (ятрогенный деликт). Здравоохранение. 2000. № 11. С.149-164.
3. Тихомиров А.В. К вопросу об обязательствах вследствие причинения вреда здоровью при оказании медицинских услуг. Закон и право. 2001. № 8. С.24-33.
4. Тихомиров А.В. Ятрогенный деликт в правоприменении. Главный врач: хозяйство и право. 2004. № 1. С.44-48.
5. Тихомиров А.В. Проблематика деликта при оказании медицинской помощи на основании договора. Главный врач: хозяйство и право. 2007. № 4. С.2-9.

6. Тихомиров А.В. Обязательства из причинения вреда здоровью при оказании медицинских услуг. Адвокат. 2008. № 5. С.92-94.
7. Тихомиров А.В. Проблематика деликта при оказании медицинской помощи на основании договора. Современное право. 2008. № 6. С.67.
8. Тихомиров А.В. Теория медицинской услуги и медицинского деликта: учебно-научное пособие. М., Юринфоздрав, 2012. 110 с.
9. Тихомиров А.В. Ятрогенный вред: противоречия понимания. 2023. PREPRINTS.RU. <https://doi.org/10.24108/preprints-3112829>.
10. Тихомиров А.В. Информированное добровольное согласие (ИДС): смысловое наполнение и правовая природа. 2023. PREPRINTS.RU. <https://doi.org/10.24108/preprints-3112853>.
11. Тихомиров А.В. 2024. Проблемные зоны правового режима медицинской практики. PREPRINTS.RU. <https://doi.org/10.24108/preprints-3112963>.
12. Тихомиров А.В. 2024. Врачебная ошибка: пробный скрининг тематических публикаций. PREPRINTS.RU. <https://doi.org/10.24108/preprints-3113037>.
13. Тихомиров А. В. 2024. Врачебная ошибка: номинация без дефиниции. PREPRINTS.RU. <https://doi.org/10.24108/preprints-3113042>.
14. Тихомиров А. В. 2024. Врачебное правонарушение: дефиниция без содержания. PREPRINTS.RU. <https://doi.org/10.24108/preprints-3113048>.
15. Тихомиров А. В. 2024. Врачебное правонарушение: дефиниция и состав. PREPRINTS.RU. <https://doi.org/10.24108/preprints-3113054>.
16. Юнусов Э.А., Оленев М.Г. К вопросу об определении понятия «обязанность человека». Право и государство: теория и практика. 2020. № 1(181). С.258-259.
17. Strauss S.A. Legal Handbook for Nurses and Health Personnel. 4th Edition. Published by the King Edward VII Trust. Cape Town. 1981. 210 p.
18. Wald, Abraham. (1943). A Method of Estimating Plane Vulnerability Based on Damage of Survivors. Statistical Research Group, Columbia University. CRC 432 — reprint from July 1980 Archived 2019-07-13 at the Wayback Machine. Center for Naval Analyses.