

Нравственные императивы в праве

2011
№ 3

Научный юридический журнал (г. Москва)

Учредитель

ООО «Институт государственно-
конфессиональных отношений и права»

Ответственный за выпуск редактор

Понкин И.В., доктор юридических наук

Технический редактор выпуска

Епанчина М.П.

Редакционный совет:

Кузнецов М.Н., доктор юридических
наук, профессор;

Богатырев А.Г., доктор юридических
наук, профессор;

Еремян В.В., доктор юридических наук,
профессор;

Понкин И.В., доктор юридических наук,
директор Института государственно-
конфессиональных отношений и права;

Догадайло Е.Ю., кандидат юридических
наук, доцент кафедры теории права и
государства юридического факультета
им. М.М. Сперанского РАНХиГС при
Президенте РФ, доцент;

Емелина Л.А., кандидат юридических
наук, доцент кафедры гражданского
права и процесса юридического
факультета им. М.М. Сперанского
РАНХиГС при Президенте РФ, доцент;

Звягинцева Ю.В., кандидат юридических
наук;

Кислова М.А., кандидат юридических наук

При перепечатке материалов ссылка на журнал «Нравственные императивы в праве» обязательна. Публикуемые в журнале материалы могут не отражать точку зрения учредителя и редакции. Редакция присланные рукописи не рецензирует и не возвращает, в переписку не вступает.

Контактный адрес электронной почты технической службы:

f5s1@yandex.ru

Контактный почтовый адрес технической службы:

строго в следующем написании: «117525, Москва, а/я 49, Понкину И.В.»
либо: 249101, Калужская обл., г. Таруса, ул. Горького, 17–6

Содержание номера

Актуальные проблемы

Понкин И.В., Еремян В.В., Михалева Н.А., Богатырев А.Г., Кузнецов М.Н., Понкина А.А. О некоторых недостатках Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 № 323-ФЗ 4

Беликова К.М. Социально-ориентированные императивы в латиноамериканских гражданских кодексах 39

Соловьев А.А., Понкин И.В. История спортивной деятельности и нормативно-правового регулирования спорта в Испании 47

Обсуждение идей

Гуленков М.С. Римский классический узуфрукт и право личного пользования в отечественной системе ограниченных вещных прав (сравнительно-правовой анализ) 59

Худоешко А.А. История развития и правовые особенности современного законодательного закрепления процедуры ампаро в Аргентине 66

Казаков Р.В. История развития, особенности правового регулирования и современной реализации государственной политики Канады в области спорта 74

Гребнев Р.Д. О понятии публичных интересов: к вопросу о терминологии 93

Ботнев В.К. Защита прав граждан прокуратурой Российской Федерации 97

Понкина А.А. Законодательное закрепление гарантий прав пациентов (на примере Аргентины, Бельгии, Израиля, Исландии, Испании, Италии, Мексики, Франции, Швейцарии) 103

Панин В.С. Особенности правового регулирования личных неимущественных отношений «фактических супругов» 120

Чатурведи А.А. Роль Управления США по контролю за качеством пищевой и лекарственной продукции в поддержании инновационной политики в области разработки новых фармацевтических препаратов 124

Понкин И.В., Еремян В.В., Михалева Н.А., Богатырев А.Г., Кузнецов М.Н., Понкина А.А. О некоторых недостатках Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 № 323-ФЗ¹

Анализ принятого Государственной Думой 1 ноября 2011 г., одобренного Советом Федерации 9 ноября 2011 г. и подписанного Президентом Российской Федерации 21 ноября 2011 г. Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 № 323-ФЗ² (далее – рассматриваемый Федеральный закон) дает необходимые и достаточные основания для вывода о том, что **этот Федеральный закон содержит в себе ряд существенных недостатков**, не позволяющих надлежащим образом создать современную и эффективную систему российского здравоохранения, обеспечить надлежащую защиту прав пациентов и решить множество имеющихся в настоящее время в сфере здравоохранения в Российской Федерации значительных проблем. В настоящем заключении рассмотрены некоторые наиболее существенные недостатки данного Федерального закона,

¹ **Понкин Игорь Владиславович** – доктор юридических наук, профессор кафедры правового обеспечения государственной и муниципальной службы МИГСУ РАНХиГС при Президенте РФ; **Еремян Виталий Владимирович** – доктор юридических наук, профессор кафедры государственного и права МИГСУ РАНХиГС при Президенте РФ, профессор кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета РУДН, профессор; **Михалева Надежда Александровна** – доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права России Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, профессор, почетный работник высшего профессионального образования; **Богатырев Александр Григорьевич** – доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права, конституционного и международного права Московского государственного областного социально-гуманитарного института, профессор; **Кузнецов Михаил Николаевич** – доктор юридических наук, профессор кафедры международного права юридического факультета им. М.М. Сперанского РАНХиГС при Президенте РФ, профессор, почетный работник высшего профессионального образования; **Понкина Александра Александровна** – эксперт (**участие в подготовке настоящего материала – в части подбора и перевода норм иностранных нормативных правовых актов**). См. статью этого автора в настоящем номере журнала «Законодательное закрепление гарантий прав пациентов...».

Статья посвящена анализу Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 № 323-ФЗ.

Ключевые слова: закон, законопроект, здоровье, охрана здоровья, здравоохранение, медицинская помощь, врачебная ошибка, паллиативная помощь, права пациентов.

Ponkin I.V., Eremyan V.V., Mikhaleva N.A., Bogatyrev A.G., Kouznetsov M.N., Ponkina A.A. Some defects of the Federal law «On the basis of health protection in the Russian Federation».

This article analyzes the Federal law «On the basis of health protection in the Russian Federation», 21.11.2011 № 323-ФЗ.

Key words: health, health care, medical care, medical error, palliative care, patients' rights.

² СПС «Гарант».

позволяющие сделать выводы о его общем неудовлетворительном качестве.

Рассматриваемый Федеральный закон в значительной мере лишен той позитивной деонтологической основы, которая заложена в аналогичные акты Франции, Испании, Италии, Бельгии, Швейцарии, Аргентины, Великобритании и многих других стран и которая позволила бы эффективно решать задачи в области обеспечения демографической безопасности России, включая задачу позитивного демографического развития страны за счет повышения рождаемости, снижения масштабов смертности, повышения средней ожидаемой продолжительности жизни населения России, общего улучшения здоровья населения.

В этом смысле, рассматриваемый Федеральный закон создает значительные препятствия для реализации положений Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года³ (раздел 2 «Развитие здравоохранения» и раздел 1 «Демографическая политика и политика народосбережения» части III «Развитие человеческого потенциала» и др.), Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года⁴ (раздел 3 «Цели, принципы, задачи и основные направления демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года» и др.), Плана мероприятий по реализации в 2011–2015 годах Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года⁵ и ряда других документов, в которых сформулированы публичные интересы и приоритетные задачи в области демографического развития страны и охраны здоровья граждан и определены цели развития Российского государства и общества в этой сфере отношений.

Данный Федеральный закон еще на этапе его обсуждения вызвал беспрецедентно многочисленные протесты и жесткую критику со стороны как профессионального медицинского сообщества, так и другой части гражданского общества, включая организации, специализирующиеся на защите прав пациентов.

Существенные недостатки рассматриваемого Федерального закона раскрыты в приведенных ниже замечаниях, которые не исчерпывают всех его недостатков.

³ Утверждена Распоряжением Правительства Российской Федерации от 17.11.2008 № 1662-р (в ред. Распоряжения Правительства РФ от 08.08.2009 №1121-р).

⁴ Утверждена Указом Президента Российской Федерации от 09.10.2007 № 1351.

⁵ Утвержден Распоряжением Правительства Российской Федерации от 10.03.2011 № 367-р.

1. Существенная неполнота, пробельность регулирования прав пациентов и гарантий таких прав.

Существенная неполнота, правовая пробельность и поверхностность закрепленного в рассматриваемом Федеральном законе перечня прав пациента совершенно очевидна (часть 5 статьи 19). В этот перечень слишком избирательно включены лишь некоторые из прав пациентов, и проигнорировано множество прав пациентов, вытекающих из положений Конституции Российской Федерации и международных актов, участником которых является Российская Федерация, но при этом объективно требующих своего законодательного закрепления в указанном перечне.

Обозначим **некоторые из выявленных наиболее существенных правовых пробелов** рассматриваемого Федерального закона:

1) игнорирование рассматриваемым Федеральным законом фундаментального права пациента на охрану и защиту достоинства его личности;

2) явно недостаточные гарантии конституционного права на бесплатную медицинскую помощь;

3) отсутствие гарантии права пациента на отзыв ранее данного согласия на медицинское вмешательство, а также на отзыв ранее сделанного выбора врача и медицинской организации;

4) отсутствие гарантий права пациента на защиту от психологического манипулирования и иных форм психологического насилия;

5) отсутствие гарантий права человека, находящегося в состоянии запущенной или терминальной стадии серьезной и неизлечимой болезни, на достойную жизнь до самой смерти;

6) неполнота регулирования осуществления права на получение медицинской консультации (консультации врачей-специалистов).

Следует отметить, что в законодательстве развитых демократических государств закрепление гарантий прав пациентов в законах о здравоохранении занимает объемы в десятки статей, во многих странах приняты специальные законы о гарантиях прав пациентов.

Понятно, что количество статей закона, направленных на регулирование комплекса определенных отношений, не может являться основным критерием качества правового регулирования. Но когда права пациента в рассматриваемом Федеральном законе закреплены лишь в одной части единственной статьи (а также еще в нескольких статьях закреплен ряд корреспондирующих им норм, косвенно осуществляющих регулирование этих вопросов), тогда как, к примеру, во Франции права пациентов и соответствующие им

обязанности медицинских работников, а также деонтологические основы взаимоотношений между ними закреплены более чем в ста статьях (статьи R4127-1 – R4127-112 Французского кодекса здравоохранения⁶), то это свидетельствует о явном недостатке рассматриваемого Федерального закона.

В Бельгии правам пациентов посвящен отдельный закон – Закон Бельгии о правах пациента от 22.08.2002⁷.

В Аргентине действует аналогичный закон – Закон Аргентины о правах пациентов в их отношениях с медицинскими специалистами и медицинскими учреждениями № 26.529 от 19.11.2009⁸.

Следует также отметить Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997⁹.

Рассмотрим некоторые выявленные правовые пробелы более подробно.

1.1. Игнорирование рассматриваемым Федеральным законом фундаментального права пациента на охрану и защиту достоинства его личности.

Полагаем, что значительнейшим недостатком рассматриваемого Федерального закона является отсутствие гарантий охраны и защиты достоинства личности пациента при оказании ему и в связи с оказанием ему медицинской помощи. В законе вообще ни разу не встречается понятие «достоинство личности» («человеческое достоинство»¹⁰).

Многолетняя российская практика деятельности медицинских учреждений, громадное количество материалов в СМИ о нарушениях прав пациентов на уважение их достоинства личности при обращении за медицинской помощью и оказании такой помощи свидетельствуют о том, что одних только конституционных гарантий защиты человеческого достоинства (статья 21 и др. статьи Конституции Российской Федерации), несмотря на их прямое действие,

⁶ Указанные статьи в комплексе образуют Французский Кодекс медицинской этики (Code de déontologie médicale) в составе Французского Кодекса здравоохранения.

⁷ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

⁸ Ley № 26.529 de 19.11.2009 «Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud» // Boletín Oficial. – 20.11.2009. – № 31785. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>.

⁹ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

¹⁰ См. содержание понятия «человеческое достоинство» («достоинство личности человека») и конституционно-правовые гарантии признания, охраны и защиты достоинства личности: *Хашем Т.А.* Защита человеческого достоинства в Российской Федерации. Конституционно-правовой анализ. – М.: Lambert Academic Publishing, 2011.

совершенно недостаточно для надлежащего обеспечения охраны и защиты достоинства личности человека в сфере охраны здоровья.

Поэтому закрепление в рассматриваемом Федеральном законе конкретизированных с учетом особенностей сферы здравоохранения правовых гарантий охраны и защиты достоинства личности пациента могло бы значительно способствовать преодолению усугубившейся за последние два десятилетия проблемы недостаточного соблюдения прав и достоинства личности пациентов при оказании медицинской помощи.

Следует отметить, что в одной из ранних редакций законопроекта, размещенной на сайте Минздравсоцразвития России, имелось положение о том, что *«проведение мероприятий по охране здоровья не должно носить бесчеловечный характер или унижать честь и достоинство граждан»* (часть 2 статьи 5 в редакции на 30.07.2010)¹¹.

Отсутствие этого положения или какого-то его аналога в рассматриваемом Федеральном законе будет иметь негативные последствия для граждан при оказании им медицинской помощи.

Между тем, требование защиты достоинства личности человека при осуществлении и в связи с осуществлением медицинской помощи напрямую или опосредованно установлено рядом международных документов. Действует даже профильная Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины от 04.04.1997 (Конвенция о правах человека и биомедицине). Из того, что Российская Федерация не является участником данной Конвенции, не следует, что имеются основания и оправдание игнорировать этот наиважнейший вопрос, поскольку само указанное право и его гарантии вытекают из множества международных актов о правах человека, участником которых является Российская Федерация.

В законах о здравоохранении большинства зарубежных демократических государств закреплены развернутые (а не кратко-декларативные), достаточно детализированные гарантии признания, охраны и защиты достоинства личности пациента.

Так, согласно Французскому кодексу здравоохранения, *«больной имеет право на уважение его достоинства личности»* (статья L1110-2). При этом *«врач, обслуживающий индивидуальное и общественное здоровье, выполняет свою миссию с уважением к человеческой жизни, к личности и ее достоинству. Уважение к человеку не прекращается с его смертью»* (статья R4127-2)¹².

¹¹ <<http://www.minzdravsoc.ru/docs/mzsr/projects/530/?plus=1>>.

¹² Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Перевод А.А. Понкиной.

В Союзном законе Швейцарии о медицинских профессиях от 23.06.2006¹³ установлено требование уважения человеческого достоинства пациента (пункт «i» статьи 8, пункт «g» статьи 9 и пункт «b» статьи 17). Требование защиты достоинства личности пациента установлено также в Союзном законе Швейцарии о трансплантации органов, тканей и клеток от 08.10.2004 (часть 3 статьи 1)¹⁴.

В Законе Бельгии о правах пациента от 22.08.2002 установлено: *«Пациент имеет право на получение от профессионального медицинского работника качественных услуг, удовлетворяющих потребности пациента и реализуемых в духе уважения к человеческому достоинству и автономности личности без каких-либо различий»* (статья 5)¹⁵.

В соответствии с Законом Испании об основах автономности пациента и о правах и обязанностях в части информации и клинической документации № 41/2002 от 14.11.2002, *«в осуществлении всех мероприятий, направленных на получение, использование, архивирование, хранение и передачу информации и клинической документации, следует руководствоваться требованиями уважения достоинства человеческой личности, уважения ее автономности и конфиденциальности»* (часть 1 статьи 2)¹⁶. Требование постановки в основу медицинских действий заботы о пользе пациента и уважения его человеческого достоинства закреплено также частью 5 статьи 9 указанного Закона Испании.

Требование уважения человеческого достоинства пациента установлено в Законе Италии о мерах по обеспечению доступа к паллиативной помощи и лечению боли № 38 от 15.03.2010 (часть 2 статьи 1)¹⁷.

В Законе Аргентины о правах пациентов в их отношениях с медицинскими специалистами и медицинскими учреждениями № 26.529 от 19.11.2009 установлено требование *«обращения с пациентом с достоинством и уважением»*, которое

¹³ Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales) du 23 juin 2006 // <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/8/811.11.fr.pdf>>. Перевод А.А. Понкиной.

¹⁴ Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation) du 8 octobre 2004 // <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/8/810.21.fr.pdf>>. Перевод А.А. Понкиной.

¹⁵ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>. Перевод А.А. Понкиной.

¹⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre de 2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica // <http://www.boe.es/boe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-2002-22188>. Перевод А.А. Понкиной.

¹⁷ Legge 15 marzo 2010, № 38 «Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore» // Gazzetta Ufficiale. – 19.03.2010. – № 65. <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2010;38>>.

детализируется следующим образом: *«Пациент имеет право на получение от субъектов системы здравоохранения достойного уважения, с точки зрения его личных и моральных убеждений, в основном связанных с его социокультурной и половой идентичностью, нравственными убеждениями и неприкосновенностью частной жизни, независимо от его статуса. Это отношение распространяется на членов его семьи или близких людей»* (пункт «b» статьи 1)¹⁸.

Согласно статье 1 Закона Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997, целью этого Закона является *«обеспечение конкретных прав пациентов в соответствии с общими правами человека и гарантиями охраны человеческого достоинства»*¹⁹.

Важно подчеркнуть, что в силу специфических функций и особенностей системы оказания медицинской помощи в этой сфере общественных отношений (пациент полностью доверяет свое здоровье, а часто и жизнь, врачу, который при этом получает доступ к конфиденциальной информации и т.д.), с учетом уровня развития российской правовой системы в целом, имеется достаточно высокий риск несоблюдения требований уважения достоинства личности человека.

В условиях, когда проявления грубейшего неуважения человеческого достоинства пациента сегодня в России являются одной из наиболее существенных проблем системы здравоохранения, нельзя считать юридически и фактически обоснованным и допустимым игнорирование в рассматриваемом Федеральном законе права пациента на охрану и защиту его достоинства личности, притом что это фундаментальное право признается и четко гарантируется в соответствующих законах развитыми демократическими государствами.

Важность действенных гарантий соблюдения и защиты достоинства личности пациента подтверждается многочисленными широко известными фактами нарушений врачами медицинской этики.

Установление в рассматриваемом Федеральном законе требования *«уважительного и гуманного отношения со стороны медицинских работников и иных работников медицинской организации»* в качестве средства обеспечения *«приоритета интересов пациента»* (пункт 1 части 1 статьи 6) представляется явно недостаточной гарантией уважения, охраны и защиты достоинства

¹⁸ Ley № 26.529 de 19.11.2009 «Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud» // Boletín Oficial. – 20.11.2009. – № 31785. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>. Перевод А.А. Понкиной.

¹⁹ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>. Перевод А.А. Понкиной.

личности пациента в силу смысловой нечеткости процитированной нормы и неподкрепленности ее действия более детально конкретизированными правовыми гарантиями.

Конституционных гарантий защиты человеческого достоинства (статья 21 и др. статьи Конституции Российской Федерации), к сожалению, как показывает практика, несмотря на их прямое действие, недостаточно для надлежащего обеспечения охраны и защиты достоинства личности человека в сфере охраны здоровья.

1.2. Явно недостаточные гарантии конституционного права на бесплатную медицинскую помощь (часть 1 статьи 41 Конституции Российской Федерации).

Закрепленная частью 2 статьи 19 рассматриваемого Федерального закона норма о том, что *«каждый имеет право на медицинскую помощь в гарантированном объеме, оказываемую без взимания платы в соответствии с программой государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи²⁰, а также на получение платных медицинских услуг и иных услуг, в том числе в соответствии с договором добровольного медицинского страхования»*, вызывает больше вопросов, нежели дает ответов.

Каков этот «гарантированный объем» медицинской помощи, на которую может претендовать каждый и которая оказывается «без взимания платы»? Что это за «программа государственных гарантий» (упомянута также в пункте 5 статьи 10 и в ряде других положений), какого уровня – федеральная, региональная (в пункте 3 части 1 статьи 16 она названа «территориальной»), сочетанная (комплексная)? Эта программа должна обеспечивать равные объемы помощи для граждан и для иностранцев и лиц без гражданства?

Статья 80 «Программа государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи» и статья 81 «Территориальная программа государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи» рассматриваемого Федерального закона содержательно недостаточно конкретны, не содержат надлежаще исчерпывающего и детально сформулированного перечня видов, форм и объемов медицинской помощи, гарантированно оказываемой бесплатно.

²⁰ Здесь и далее полужирным шрифтом в документе выделено авторами.

1.3. Отсутствие гарантии права пациента на отзыв ранее данного согласия на медицинское вмешательство, а также на отзыв ранее сделанного выбора врача и медицинской организации.

В рассматриваемом Федеральном законе право пациента на выбор врача и медицинской организации (пункт 1 части 5 статьи 19, а также статья 21) и право на информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство и на отказ от медицинского вмешательства (пункты 5 и 8 части 5 статьи 19, а также статья 20) не обеспечены закреплением права пациента на отзыв своего ранее сделанного согласия на медицинское вмешательство и ранее заявленного им решения о выборе врача и медицинской организации.

К сожалению, правоприменительная практика в области здравоохранения дает основания сомневаться, что такое право пациента будет восприниматься как нечто само собой разумеющееся и логически вытекающее из указанных норм. Представляется, что без закрепления в данном Федеральном законе этого права эту проблему не решить.

В законодательстве зарубежных стран, например, в Законе Бельгии о правах пациента от 22.08.2002 отдельно подчеркнута право пациента на отзыв своего согласия на медицинское вмешательство (§ 4 статьи 8). При этом четко установлено, что отказ или отзыв согласия на медицинское вмешательство не ведет к исчезновению правовых оснований для осуществления прав пациента на получение медицинских услуг, указанных в статье 5 этого Закона Бельгии, то есть на *«получение от профессионального медицинского работника качественных услуг, удовлетворяющих потребности пациента и реализуемых в духе уважения к человеческому достоинству и автономии личности...»*²¹.

Во Французском Кодексе здравоохранения установлено: *«Каждое лицо самостоятельно, во взаимодействии с врачом и с учетом информации и рекомендаций, которые тот ему предоставляет, принимает решения о своем здоровье. Врач должен уважать волю человека после того, как предоставит ему информацию о последствиях его выбора. Если воля лица, отказывающегося от какого-либо лечения или прекращающего какое-либо лечение, угрожает опасностью для его жизни, врачи должны приложить все усилия, чтобы убедить это лицо принять необходимое лечение... Никакие медицинские процедуры или лечение не могут быть выполнены без информированного согласия*

²¹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>. Перевод А.А. Понкиной.

человека, и это согласие может быть отозвано в любой момент» (статья L1111-4)²².

Согласно Закону Аргентины о правах пациентов в их отношениях с медицинскими специалистами и медицинскими учреждениями № 26.529 от 19.11.2009, решение пациента или его законного представителя о согласии на лечение или об отказе от лечения может быть отозвано (статья 10)²³.

К сожалению, в современной российской практике отказ пациента от какой-либо одной медицинской манипуляции часто автоматически ведет к тому, что врачи проявляют к пациенту негативное отношение и в целом отказывают ему в лечении, заявляя о том, что они «полностью снимают с себя ответственность».

Поэтому полагаем чрезвычайно важным закрепить данное право в законе непосредственно.

1.4. Отсутствие гарантий права пациента на защиту от психологического манипулирования и иных форм психологического насилия.

Отсутствие таких правовых гарантий защиты прав человека при осуществлении медицинских манипуляций или под видом таковых создает свободу (преступных по сути, но квазизаконных из-за отсутствия соответствующих запрещающих или ограничивающих норм в рассматриваемом Федеральном законе) действий ряда религиозных сект, а также псевдомедицинских мошенников и шарлатанов.

Между тем, за рубежом этим вопросам уделяется серьезное внимание.

Так, во Французском Кодексе здравоохранения установлено: *«Врач не вправе предлагать пациентам или их родственникам в качестве полезных или безопасных мнимые или недостаточно проверенные средства или процедуры. Любые шарлатанские практики запрещены»* (статья R4127-39). При этом *«врачи не должны раскрывать в медицинских кругах новые методы диагностики или лечения, не прошедшие необходимых проверок, без соответствующих оговорок. Они не должны делать такие раскрытия информации в немедицинских сообществах»* (статья R4127-14)²⁴. Эффективное действие этих норм обеспечивается рядом статей Уголовного кодекса. Так, согласно статье 222-14-3 Уголовного кодекса Франции (в редакции статьи 31 Закона № 2010-769 от 09.07.2010), насилие в соответствии

²² Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Перевод А.А. Понкиной.

²³ Ley № 26.529 de 19.11.2009 «Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud» // Boletín Oficial. – 20.11.2009. – № 31785. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>.

²⁴ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Перевод А.А. Понкиной.

с положениями раздела 2 главы II части II Книги второй Законодательной части Уголовного кодекса Франции подлежит наказанию независимо от его природы, в том числе и в случае **психологического насилия**. Статья 223-15-2 Уголовного кодекса Франции устанавливает уголовную ответственность за мошеннические действия, связанные в том числе с психологическим подчинением лица посредством методов психологической манипуляции.

Имеются даже специальные отдельные законы, посвященные защите жертв психологических манипуляций. Например, в аргентинской провинции Кордова действует Провинциальный Закон № 9891 от 09.02.2011 о создании «Провинциальной программы по профилактике и оказанию помощи жертвам групп, использующих приемы психологического манипулирования»²⁵, устанавливающий критерии оценки и фиксации психологического насилия, механизмы выявления и пресечения такого рода деятельности и гарантии защиты жертв психологического насилия (психологического манипулирования).

1.5. Отсутствие гарантий права человека, находящегося в состоянии запущенной или терминальной стадии серьезной и неизлечимой болезни, на достойную жизнь до самой смерти.

Отсутствие четких гарантий такого права пациента способствует тому, что онкологических больных в России сегодня фактически обрекают на умирание без должной медицинской помощи²⁶, даже без каких-то минимальных усилий к тому, чтобы сделать отход умирающего ко смерти достойным, без страданий от невыносимой боли, чтобы он сам не испытывал и не причинял своим родным и близким тяжелейшие психологические страдания.

Нормы, закрепленные в пункте 4 части 5 статьи 19 и в части 1 статьи 36 рассматриваемого Федерального закона относительно права пациента на избавление от боли, считаем явно недостаточными для создания полноценных гарантий указанного выше права.

Согласно статье L1110-10 Французского кодекса здравоохранения, цель паллиативной помощи (про отсутствие необходимых гарантий этого вида помощи в рассматриваемом

²⁵ Ley de la provincia de Córdoba № 9891 de 9 de febrero de 2011 «Creación del “Programa provincial de prevención y asistencia a las víctimas de grupos que usan técnicas de manipulación psicológica”» // Boletín Oficial de la provincia de Córdoba. – 28 de febrero de 2011 (Año XCIX). – T. DLIII. – № 41. <<http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/85a69a561f9ea43d03257234006a8594/b998b958247d2b4503257845004c2883?OpenDocument>>.

²⁶ Как минимум, двое из авторов настоящей статьи на практике сполна познакомились именно с таким отношением к своим больным онкологическими заболеваниями родственникам со стороны медицинских учреждений.

Федеральном законе скажем ниже) в учреждениях или на дому – «облегчить боль для облегчения душевных страданий, чтобы обеспечить уважение человеческого достоинства пациента и поддержку окружающих». Также в указанном кодексе установлено, что «каждый человек имеет право на получение лечения, направленного на облегчение его боли... Медицинские работники обязаны реализовать все имеющиеся в их распоряжении возможности, чтобы обеспечить каждому достойную жизнь до самой смерти. Если врач считает, что он может облегчить страдания человека в состояниях запущенной или терминальной стадий серьезной и неизлечимой болезни, независимо от причины, при применении лечения, которое может привести к побочным последствиям..., он должен проинформировать пациента, без ущерба для четвертого абзаца статьи L1111-2, ответственных лиц, указанных в статье L1111-6, семью или, если это невозможно, близких пациенту людей» (статья L1110-5). При этом «врач должен сопровождать умирающего до последнего момента, посредством обеспечения соответствующих мер ухода и качества жизни умирающего, обеспечить уважение человеческого достоинства больного и комфорт окружающих. Врач не имеет права намеренно причинить смерть» (статья R4127-38). Кроме того, «во всех случаях врач должен стремиться облегчить страдания больного таким образом, который наиболее соответствует его состоянию здоровья, и оказать больному моральную поддержку. Врач должен воздерживаться от любых необоснованных упрямств в проведении исследований или лечения и не может начать или продолжить лечение, которое является бесполезным, непропорциональным или у которого нет другого объекта или эффекта, кроме искусственного поддержания жизни» (часть I статьи R4127-37)²⁷ (последняя фраза имеет в виду – без облегчения страданий больного).

1.6. Значительные недостатки формулировок о праве на получение медицинской консультации (консультации врачей-специалистов).

Право пациента на «получение консультаций врачей-специалистов» установлено пунктом 3 части 5 статьи 19, об этом праве говорится и в пункте 4 части 1 статьи 54 рассматриваемого Федерального закона.

Но что понимается под медицинской консультацией (под консультацией врача-специалиста)? Отсутствие в рассматриваемом Федеральном законе детализации содержания этого понятия, расшифровки объема услуг или действий,

²⁷ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Перевод А.А. Понкиной.

составляющих содержание такой консультации, каких-то параметров ее предоставления превращает указанное право пациента во многом в фиктивно-декларативное.

Типичный для современной российской практики подход, когда пациенту сообщают самый минимум информации, а за остальными сведениями отправляют к платным услугам, актуализирует установление в рассматриваемом Федеральном законе более детальных правовых норм, предъявляющих требования к указанным консультациям, хотя бы в форме некоего минимального набора позиций – что именно должно быть осуществлено при этом. В противном случае любая беседа врача с пациентом по поводу его заболевания может быть названа «консультацией».

Весьма маловероятно, что статья 22 рассматриваемого Федерального закона станет для медицинских работников определять их действия при проведении такой консультации, если медицинское вмешательство еще не началось, поскольку в части 2 статьи 22 говорится о том, что *«информация о состоянии здоровья предоставляется пациенту лично лечащим врачом или другими медицинскими работниками, принимающими непосредственное участие в медицинском обследовании и лечении»* (то есть предполагается, что медицинское обследование или лечение уже началось). Тем более, что согласно части 4 статьи 84 рассматриваемого Федерального закона, осуществление отдельных консультаций вполне может быть платным.

В рассматриваемом Федеральном законе не установлены нормы, позволяющие определить хотя бы в общих чертах объем и пределы бесплатной консультации, а также то, по каким вопросам и в каких случаях бесплатная консультация не оказывается, и пациенту придется прибегать к платной консультации. Статья 80 «Программа государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи» и статья 81 «Территориальная программа государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи» рассматриваемого Федерального закона ничего на этот счет не содержат.

Неурегулированность обозначенного вопроса создает очевидный коррупциогенный механизм на базе пробелов рассматриваемого Федерального закона.

Также в рамках правового обеспечения процесса лечения гарантии полноты предоставления информации пациенту в рассматриваемом Федеральном законе закреплены значительно хуже, чем, к примеру, во французском законодательстве. Так, во Французском Кодексе здравоохранения установлено, что *«каждый человек имеет право на получение информации о состоянии его здоровья. Эта информация охватывает различные исследования,*

лечение или профилактические меры, которые предлагаются, их полезность, степень их актуальности, их последствия, риски наиболее вероятных и наиболее серьезных последствий, альтернативные методы лечения и возможные последствия в случае отказа от лечения. Когда после выполнения исследования, лечения и профилактических мер новые риски определены, заинтересованное лицо должно быть проинформировано...» (статья L1111-2)²⁸. И это лишь малая часть четких и реальных гарантий защиты прав пациентов на медицинскую информацию по законодательству Франции, существенно превышающих по своему объему аналогичные в рассматриваемом Федеральном законе.

Закон Бельгии о правах пациента от 22.08.2002 устанавливает, что «пациент имеет право на получение от профессионального медицинского работника **всей информации, которая может быть необходимой для того, чтобы понять состояние его здоровья и вероятные течения заболевания**» (§ 1 статьи 7)²⁹.

2. Отсутствие определения понятия дефекта медицинской помощи и необходимых положений о правовых последствиях таких дефектов.

В качестве существенного недостатка рассматриваемого Федерального закона считаем обоснованным отметить отсутствие в нем норм, определяющих понятие и виды дефектов медицинской помощи, в том числе врачебной ошибки, и соответствующие правовые последствия.

В рассматриваемом Федеральном законе отсутствует статья «Врачебная ошибка при оказании медицинской помощи», которая имела в законопроекте, внесенном Правительством РФ в Государственную Думу³⁰, и в законопроекте, принятом Госдумой в первом чтении³¹ (статья 92).

Хотя указанная статья давала не вполне корректное определение понятия «врачебная ошибка», в котором не было четкого разделения между понятиями собственно врачебной ошибки и врачебной халатности и было дано необоснованно расширительное толкование понятия врачебной ошибки (таковая отождествлялась с «дефектом медицинской помощи»), но сам факт появления такой нормы в законопроекте следовало оценивать позитивно. Требовалось

²⁸ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Перевод А.А. Понкиной.

²⁹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>. Перевод А.А. Понкиной.

³⁰ <<http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=534829-5&02>>.

В более ранней версии законопроекта (на 30.07.2010) это была статья 93 «Профессиональная ошибка при оказании медицинской помощи» (<<http://www.minzdravsoc.ru/docs/mzsr/projects/530/?plus=1>>).

³¹ <<http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=534829-5&02>>.

лишь доработать указанную статью. Но при подготовке законопроекта к рассмотрению во втором чтении указанная норма и само понятие врачебной ошибки были исключены из текста.

Правда, пункт 9 части 5 статьи 19 рассматриваемого Федерального закона относит к правам пациента «возмещение вреда, причиненного здоровью при оказании пациенту медицинской помощи», а части 2–4 статьи 98 «Ответственность в сфере охраны здоровья» рассматриваемого Федерального закона определяют ряд оснований и условий наступления, механизмов реализации ответственности в сфере охраны здоровья:

«2. Медицинские организации, медицинские работники и фармацевтические работники несут ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации за нарушение прав в сфере охраны здоровья, причинение вреда жизни и (или) здоровью при оказании гражданам медицинской помощи.

3. Вред, причиненный жизни и (или) здоровью граждан при оказании им медицинской помощи, возмещается медицинскими организациями в объеме и порядке, установленных законодательством Российской Федерации.

4. Возмещение вреда, причиненного жизни и (или) здоровью граждан, не освобождает медицинских работников и фармацевтических работников от привлечения их к ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации».

Однако вряд ли вышеприведенные нормы могут быть оценены как устанавливающие надлежащее регулирование отношений по поводу врачебной ошибки – в смысле необходимой детализации и снятия всех проблемных вопросов, связанных с существующими правовыми пробелами в этой сфере.

Полагаем, что ограничиться только закреплением норм, содержащих отсылки к законодательству Российской Федерации (части 2–4 статьи 98), – это далеко не оптимальное правовое решение очень серьезных проблем, связанных с многочисленными случаями врачебных ошибок и с отсутствием учитывающих особенности сферы здравоохранения правовых механизмов возмещения вреда от них.

Рассматриваемый Федеральный закон совершенно не позволяет уяснить, о каком именно «вреде, причиненном жизни и (или) здоровью граждан при оказании им медицинской помощи» идет речь. Причиненный в каких условиях вред повлечет наступление правовых последствий в виде возмещения? Едва ли повлечет такое возмещение «вред, причиненный жизни и (или) здоровью граждан при оказании им медицинской помощи» вследствие каких-то самовольных действий пациента или несчастного случая. Из рассматриваемого

Федерального закона не представляется возможным уяснить, что признавать несчастным случаем, что – следствием действий/бездействий врача и что – следствием действий/бездействий пациента, особенно когда к неблагоприятному последствию привело сочетание таковых.

В законодательстве зарубежных стран понятие врачебной ошибки, основания для ее оценки и правовые последствия детально урегулированы в профильных законах. В частности, во Франции это статьи L1142-1, L1142-1-1, L1142-2 и ряд других статей Французского кодекса здравоохранения (в редакции статьи 112 Закона Франции № 2009-526 от 12.05.2009).

Надежды на то, что суд рассмотрит каждое конкретное дело по существу и надлежащим образом разберется, несостоятельны, так как правовой пробел в законодательстве Российской Федерации в части регулирования отношений, связанных со врачебной ошибкой, чрезвычайная сложность такого рода дел, а также ложно понимаемое в медицинской среде чувство корпоративной солидарности, когда в абсолютном большинстве случаев врачи отказываются свидетельствовать против своих коллег, не дают оснований для таких надежд.

Считаем, что указанные вопросы, за исключением мер уголовной и административной ответственности, должны быть урегулированы именно в рассматриваемом Федеральном законе.

3. Явная недостаточность правового регулирования оснований, гарантий и механизмов паллиативной медицинской помощи.

Рассматриваемый Федеральный закон содержит ряд положений, касающихся паллиативной медицинской помощи в качестве отдельного вида медицинской помощи, определяет источники ее финансирования (пункт 11 части 1 статьи 14, пункт 5 части 1 статьи 16, пункт 4 части 2 статьи 32, статья 36, пункт 4 части 1 и часть 2 статьи 80, часть 4 статьи 83).

Согласно статье 36 рассматриваемого Федерального закона, паллиативная медицинская помощь представляет собой *«комплекс медицинских вмешательств, направленных на избавление от боли и облегчение других тяжелых проявлений заболевания, в целях улучшения качества жизни неизлечимо больных граждан»* (часть 1 статьи 36). Согласно части 2 указанной статьи рассматриваемого Федерального закона, *«паллиативная медицинская помощь может оказываться в амбулаторных условиях и стационарных условиях медицинскими работниками, прошедшими обучение по оказанию такой помощи»*.

Главным (интегральным) недостатком статьи 36 является чрезвычайная неполнота, краткость (обедненность) и поверхностность, как следствие – пробельность всей совокупности норм о паллиативной медицинской помощи.

Принимая во внимание существующую практику регулирования подзаконными ведомственными актами отдельных отношений, касающихся паллиативной помощи (например, Приказ Минздравсоцразвития России № 944н от 03.12.2009 «Об утверждении Порядка оказания медицинской помощи населению при онкологических заболеваниях» (включая приложения к этому Приказу)³²), считаем, что столь важные правовые основы, условия и порядок оказания указанной помощи, учитывая правовую природу этих отношений, обязательно должны быть закреплены именно на уровне федерального закона.

Во Французском Кодексе здравоохранения этому вопросу посвящено множество статей, внесенных в него Законом Франции № 2005-370 от 22.04.2005 о правах пациента и об уходе из жизни³³.

В Италии этому вопросу также посвящен целый закон – Закон Италии о мерах по обеспечению доступа к паллиативной помощи и лечению боли № 38 от 15.03.2010³⁴.

В Общем законе Мексики о здоровье от 1984 г. целая глава регулирует основания, условия и механизмы паллиативной помощи неизлечимым больным в терминальной стадии болезни – глава II «Права пациентов в терминальных ситуациях» («De los Derechos de los Enfermos en Situación Terminal») Титула 8bis «Паллиативная помощь больным в терминальных ситуациях» («De los Cuidados Paliativos a los Enfermos en Situación Terminal»), включающая статьи 166bis3 – 166bis12³⁵. В частности, пункт IV статьи 166bis3 (а также пункт I статьи 166bis) указанного закона Мексики устанавливают право неизлечимо больного пациента в терминальной стадии болезни на достойное и уважительное отношение к себе, на создание условий для завершения жизни в условиях охраны достоинства личности³⁶.

Считаем, что нуждается в уточнении и содержащаяся в статье 36 рассматриваемого Федерального закона формулировка «*неизлечимо больные граждане*», поскольку существует множество неизлечимых заболеваний, непосредственно не угрожающих жизни

³² СПС «Гарант».

³³ Loi № 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

³⁴ Legge 15 marzo 2010, № 38 «Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore» // Gazzetta Ufficiale. – 19.03.2010. – № 65. <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2010;38>>.

³⁵ Ley general de salud // <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>>.

³⁶ Ley general de salud // <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>>.

больного и не сопровождающихся тяжелыми, связанными с болью проявлениями заболевания.

Значительным недостатком правового регулирования в рассматриваемом Федеральном законе вопросов паллиативной помощи является ограничение³⁷ в его статье 36 круга лиц, которым оказывается паллиативная помощь, исключением из этого круга членов семей нуждающихся в указанной помощи больных. Считаем, что такое ограничение является негативной новацией, поскольку психологическая помощь родственникам больных является важнейшим фактором создания надлежащих условий для самих больных. Вызывает недоумение отказ российского законодателя учесть определение паллиативной помощи, выработанное и предложенное Всемирной организацией здравоохранения, где члены семьи больного выступают адресатами паллиативной помощи.

Согласно определению Всемирной организации здравоохранения, паллиативная помощь – это подход, улучшающий качество жизни пациентов **и их семей**, столкнувшихся с проблемой, связанной с опасными для жизни заболеваниями, реализуемый в целях предотвращения и облегчения страданий больного посредством раннего выявления и точного диагностирования заболевания, купирования боли и оказания помощи в решении других проблем – физических, психосоциальных и духовных³⁸.

Статья R4127-38 Французского кодекса здравоохранения устанавливает: *«Врач должен сопровождать умирающего до последнего момента, посредством обеспечения соответствующих мер ухода и качества жизни умирающего, обеспечить уважение человеческого достоинства больного и комфорт окружающих. Врач не имеет права намеренно причинить смерть»*. Статья L1110-10 Французского кодекса здравоохранения устанавливает, что *«паллиативная помощь является активной и постоянной деятельностью междисциплинарной команды специалистов по уходу за больным и практикуется в учреждениях или на дому. Ее целью является уменьшить боль, облегчить душевные страдания, чтобы обеспечить уважение человеческого достоинства пациента и оказать, тем самым, поддержку его семье»*³⁹.

Согласно пункту «а» части 1 статьи 1 Закона Италии о мерах по обеспечению доступа к паллиативной помощи и лечению боли № 38 от 15.03.2010, *«паллиативная помощь» означает все терапевтические вмешательства, диагностические и медицинские*

³⁷ Даже в сравнении с текстом статьи 32 проекта этого закона на этапе его внесения в Государственную Думу.

³⁸ WHO Definition of Palliative Care // <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/#>>; Palliative Care. Cancer Control. Knowledge into Action / WHO Guide for Effective Programmes. – Geneva: World Health Organization, 2007. Перевод А.А. Понкиной.

³⁹ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr.>>. Перевод А.А. Понкиной.

услуги, ориентированные как на больного, так и на его семью, реализуемые в целях обеспечения активного и общего ухода за пациентом, у которого основное заболевание, характеризующееся постоянной негативной динамикой и неблагоприятным прогнозом, не отвечает на лечение»; в соответствии с частью 3 статьи 1 указанного Закона Италии, «программа индивидуального ухода за пациентом и его семьей реализуется в соответствии со следующими основными принципами: а) защита достоинства и автономности пациента, без какой-либо дискриминации; б) защита и содействие обеспечению качества жизни до ее завершения; в) адекватное поддержание здоровья и благополучия больного человека и его семьи»⁴⁰.

Еще один недостаток рассматриваемого Федерального закона состоит в том, что в определение понятия паллиативной помощи в статье 36, согласно которому такая помощь является исключительно «комплексом **медицинских вмешательств**», не включена медико-психологическая помощь и иные виды помощи, традиционно относимые в настоящее время к паллиативной помощи. Такой подход противоречит вышеприведенному определению паллиативной помощи, предложенному Всемирной организацией здравоохранения, по сути, искажает природу паллиативной помощи и, как следствие, снижает ее действенность.

Обоснованно также упомянуть Резолюцию Парламентской Ассамблеи Совета Европы № 1649 (2009) от 28.01.2009 «Паллиативное лечение: образец инновационного подхода к здравоохранению и социальной политике»⁴¹, которая согласуется с указанным подходом Всемирной организации здравоохранения в определении содержания паллиативной помощи, относя к таковой также и «*помощь в социальной, психологической и духовной сферах*», поскольку «*для отдельного пациента это может оказаться важнее, чем медицинское лечение в более узком смысле*».

В рассматриваемом Федеральном законе, как уже было сказано выше, не закреплены гарантии охраны и защиты достоинства личности пациента, которые совершенно определенно способствовали бы созданию полноценной системы гарантий и механизмов паллиативной медицинской помощи. Это снижает эффективность паллиативной помощи.

Значительным пробелом рассматриваемого Федерального закона, не находящим убедительного объяснения, является полное

⁴⁰ Legge 15 marzo 2010, № 38 «Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore» // Gazzetta Ufficiale. – 19.03.2010. – № 65. <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2010;38>>. Перевод А.А. Понкиной.

⁴¹ Резолюция Парламентской Ассамблеи Совета Европы № 1649 (2009) от 28.01.2009 «Паллиативное лечение: образец инновационного подхода к здравоохранению и социальной политике» // <<http://assembly.coe.int>>.

отсутствие норм о хосписах. Тогда как, к примеру, в Законе Италии о мерах по обеспечению доступа к паллиативной помощи и лечению боли от 15.03.2010 № 38 этому вопросу посвящено несколько норм (пункты «е» и «g» части 1 статьи 1).

В качестве недостатка рассматриваемого Федерального закона следует отметить и отсутствие дополнительных гарантий и условий оказания паллиативной помощи детям, страдающим онкологическими заболеваниями. Эти гарантии и условия, по нашему мнению, обязательно должны быть закреплены в рассматриваемом Федеральном законе. При этом необходимо отметить, что Всемирной организацией здравоохранения были предложены более глубокое определение понятия паллиативной помощи детям и более широкие требования, предъявляемые к такой помощи⁴².

Отсутствуют гарантии предоставления паллиативной медицинской помощи и поддержки в родильных учреждениях и отделениях неонатологии родителям находящихся в критической ситуации новорожденных детей или родителям новорожденных детей, погибших при родах.

Таким образом, обоснованно оценить правовое регулирование рассматриваемым Федеральным законом паллиативной помощи как неудовлетворительное, требующее существенной переработки и значительного дополнения.

4. Существенные недостатки определения понятия «эвтаназия», фактически обеспечивающего ее частичную легализацию.

Очень серьезные и обоснованные нарекания имеются по формулировке нормы статьи 45 «Эвтаназия»: *«**Медицинским работникам запрещается осуществление эвтаназии, то есть ускорение по просьбе пациента его смерти какими-либо действиями (бездействием) или средствами, в том числе прекращение искусственных мероприятий по поддержанию жизни пациента**».*

Процитированная норма статьи 45, по существу, выводит из круга запрещаемых рассматриваемым Федеральным законом действий и из-под ответственности за осуществление эвтаназии следующие действия:

– осуществление не медицинскими работниками, а, к примеру, родственниками пациента (или другими лицами, например, сотрудниками каких-либо организаций по договоренности с родственниками) ускорения смерти пациента (по просьбе пациента

⁴² WHO Definition of Palliative Care // <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/#>>; Palliative Care. Cancer Control. Knowledge into Action / WHO Guide for Effective Programmes. – Geneva: World Health Organization, 2007. Перевод А.А. Понкиной.

или без таковой) какими-либо действиями (бездействиями) или средствами, в том числе прекращением искусственных мероприятий по поддержанию жизни пациента;

– осуществление медицинскими работниками ускорения смерти пациента какими-либо действиями (бездействиями) или средствами, в том числе прекращением искусственных мероприятий по поддержанию жизни пациента, не по просьбе пациента, а, к примеру, по просьбе его родственников (или законных представителей).

В силу сказанного, формулировка статьи 45 рассматриваемого Федерального закона подлежит изменению как недопустимая.

Кроме того, вызывает сомнения обоснованность невключения в статью 45 действующей в настоящее время правовой нормы: *«Лицо, которое сознательно побуждает больного к эвтаназии и (или) осуществляет эвтаназию, несет уголовную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации»*, закрепленной в статье 45 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.1993 № 5487-1 (с последующими изменениями).

В Уголовном кодексе Российской Федерации статья об ответственности за эвтаназию отсутствует, и если совершение таких действий еще возможно будет квалифицировать как убийство, то «побуждение больного к эвтаназии» подвести под статью Уголовного кодекса Российской Федерации крайне проблематично. Отсутствие вышеуказанной отсылочной нормы (статья 45 действующих Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан) в рассматриваемом Федеральном законе не может быть обосновано в данном случае стремлением к сокращению «лишних» норм в соответствии с требованиями законодательной техники (учитывая, что отсылочные нормы – оправданный и необходимый прием конструирования правовых механизмов), поскольку в рассматриваемом Федеральном законе в части 8 статьи 56 содержится норма: *«Незаконное проведение искусственного прерывания беременности влечет за собой уголовную ответственность, установленную законодательством Российской Федерации»*.

Следовательно, мотивация невключения указанной отсылочной нормы об уголовной ответственности лица, которое сознательно побуждает больного к эвтаназии и (или) осуществляет эвтаназию (или аналогичной нормы), в статье 45 рассматриваемого Федерального закона – какая-то иная, латентная. Тогда вопрос: какая?

5. Многочисленные существенные недостатки правовых норм об искусственном прерывании беременности (статья 56).

Закрепление в части 3 статьи 56 нормы о сроке ожидания с момента обращения женщины за производством искусственного прерывания беременности до момента производства такой операции, безусловно, следует оценить положительно. Однако эта норма является лишь одной отдельной мерой, направленной на решение проблемы громадного числа ежегодно производимых в России абортов.

Исходя не только из национальных интересов Российской Федерации, но и из принятых в цивилизованных демократических странах стандартов организации предоставления услуг по искусственному прерыванию беременности и связанных с этим многочисленных жестких ограничений⁴³, в рассматриваемом Федеральном законе **было необходимо обязательно закрепить следующие положения⁴⁴, отсутствие которых является существенным недостатком статьи 56 и рассматриваемого Федерального закона в целом:**

1) сокращение предельных сроков беременности для производства ее искусственного прерывания⁴⁵:

по желанию женщины без наличия медицинских и социальных показаний – до окончания **одиннадцатой** недели срока беременности;

по социальным основаниям⁴⁶ – до окончания **четырнадцатой** недели срока беременности;

при наличии медицинских показаний и добровольного информированного согласия женщины – независимо от срока беременности;

⁴³ См.: Демография: зарубежный опыт правового регулирования / Перев.-сост. И.В. Понкин. – М.: Изд-во УНЦ ДО, 2005. – 80 с.

⁴⁴ **Если на этом этапе развития российского общества не удастся запретить производство искусственного прерывания беременности по всем иным причинам, помимо причин, связанных с исчерпывающими медицинскими основаниями, подтвержденными в установленном порядке комиссионно.** – Прим. авт.

Хотя, к примеру, статьи 85 и 86 Уголовного кодекса Аргентины запрещают производство искусственного прерывания беременности и устанавливают уголовную ответственность за производство искусственного прерывания беременности, единственно за исключением случаев «устранения опасности для жизни и здоровья беременной женщины, если эта опасность не может быть устранена с помощью иных средств» (параграф 1 статьи 86) или «если беременность явилась результатом изнасилования или же совершения полового акта с женщиной, страдающей психическим заболеванием» (при этом требуется согласие ее законного представителя) (параграф 2 статьи 86) (<<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/txact.htm#15>>).

См. более подробно: Юрьев Е.Л., Понкин И.В. и др. Проект Программы первоочередных мер государственной политики по сокращению количества производимых в России абортов (Вариант от 25.05.2007) / Общественный совет ЦФО. – М., 2007. <www.moral-law.ru>.

⁴⁵ Хотя бы до этих сроков. – Прим. авт.

⁴⁶ **Перечень таких оснований, в принципе, следует полностью исключить, хотя бы существенно минимизировать.** – Прим. авт.

2) исключение или хотя бы существенная минимизация перечня «социальных оснований» для производства искусственного прерывания беременности⁴⁷;

3) установление запрета воздействия на беременную с целью побуждения ее к производству аборта при отсутствии медицинских показаний, связанных с существующей угрозой жизни матери и ребенка⁴⁸;

4) установление ответственности медицинских работников за навязывание или недобросовестное (без исчерпывающих медицинских оснований, подтвержденных комиссионно) предложение (рекомендацию) беременной решения об искусственном прерывании беременности⁴⁹;

5) установление порядка согласования решения о производстве искусственного прерывания беременности, включая установление обязательных процедур предабортного консультирования беременной, изъявившей желание осуществить искусственное прерывание беременности, установление требования предоставления ей сведений о практическом содержании использования для производства аборта медикаментозных и/или хирургических методов искусственного прерывания беременности и их возможных последствиях и опасностях для жизни, здоровья и детородной функции женщины, о правах и возможностях беременной и о существующих доступных ей видах социальной помощи и помощи по уходу за ребенком в случае ее отказа от искусственного прерывания беременности, предоставляемых государственными и негосударственными учреждениями и организациями (с предоставлением списка адресов и перечня услуг таких учреждений и организаций), об альтернативе аборту в виде рождения ребенка и возможного последующего усыновления его другими людьми в случае ее отказа от аборта⁵⁰;

⁴⁷ Зарубежный аналог: статьи 4 и 6 Закона Итальянской Республики № 194 от 22.05.1978 о стандартах социальной защиты материнства и о добровольном искусственном прерывании беременности (Legge 22 maggio 1978, № 194 «Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza» // Gazzetta Ufficiale. – 22.05.1978. – № 140. – P. 3642–3646).

⁴⁸ Зарубежный аналог: статьи 17, 19 и 20 Закона Итальянской Республики № 194 от 22.05.1978 о стандартах социальной защиты материнства и о добровольном искусственном прерывании беременности (Legge 22 maggio 1978, № 194 «Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza» // Gazzetta Ufficiale. – 22.05.1978. – № 140. – P. 3642–3646).

⁴⁹ Зарубежный аналог: статьи 17, 19 и 20 Закона Итальянской Республики № 194 от 22.05.1978 о стандартах социальной защиты материнства и о добровольном искусственном прерывании беременности (Legge 22 maggio 1978, № 194 «Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza» // Gazzetta Ufficiale. – 22.05.1978. – № 140. – P. 3642–3646).

⁵⁰ Зарубежные аналоги:

– статьи 2 и 5 Закона Итальянской Республики № 194 от 22.05.1978 о стандартах социальной защиты материнства и о добровольном искусственном прерывании

6) закрепление гарантий прав медицинских работников на отказ от участия в производстве искусственного прерывания беременности и медицинской стерилизации (за исключением случаев, когда такие медицинские действия необходимы для экстренного спасения жизни и здоровья пациента)⁵¹;

7) закрепление требования пообъектного разграничения медицинских учреждений, где производится искусственное прерывание беременности, с родильными домами (отделениями и иными специализированными учреждениями, принимающими роды);

8) установление запрета использования зародыша человека и его органов и тканей, а также останков и тканей человеческого плода, изъятых в результате искусственного прерывания беременности, и материалов, произведенных на их основе, в косметических, фармацевтических или медицинских целях, за исключением случаев научных исследований, перечень и условия которых должны быть определены Правительством Российской Федерации; установление запрета т.н. «фетальной терапии»⁵²;

9) нормативное установление обязательного места производства операции искусственного прерывания беременности:

при сроке до окончания восьмой недели – в дневных стационарах, организованных на базе амбулаторно-поликлинических учреждений и других лечебно-профилактических учреждений;

при сроке беременности свыше восьми недель – только в стационарных лечебно-профилактических учреждениях;

беременности. Legge 22 maggio 1978, № 194 «Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza» // Gazzetta Ufficiale. – 22.05.1978. – № 140. – P. 3642–3646);

– статья 12 Закона Исландии № 25/1975 от 22.05.1975 (Lög um ráðgjöf og fræðslu varðandi kynlíf og barneignir og um fóstureyðingar og ófrjósemisaðgerðir, 1975, 22. maí № 25 // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1975025.html>>);

– статьи L2212-3, L2212-4, L2212-5 Французского Кодекса здравоохранения (Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>).

⁵¹ Зарубежные аналоги:

– статья 9 Закона Итальянской Республики № 194 от 22.05.1978 о стандартах социальной защиты материнства и о добровольном искусственном прерывании беременности (Legge 22 maggio 1978, № 194 «Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza» // Gazzetta Ufficiale. – 22.05.1978. – № 140. – P. 3642–3646);

– статья L2212-8 Французского Кодекса здравоохранения (Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>).

⁵² Зарубежные аналоги:

– часть II статьи 330 Общего закона Мексики о здоровье от 1984 г., запрещающая «использование для любых целей эмбрионов и плодные ткани, полученные в результате аборта» (Ley general de salud // <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>>);

– § 4а Федерального закона ФРГ о донорстве, поиске и передаче органов и тканей от 11.05.1997, запрещающий «изъятие органов или тканей у мертвого эмбриона и плода без письменного согласия женщины, бывшей беременной этим эмбрионом или плодом» (Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben // <<http://www.gesetze-im-internet.de/tpg/index.html>>).

10) нормативное установление в качестве обязательных условий производства искусственного прерывания беременности медикаментозным способом:

осуществление такой операции только при сроке беременности до окончания **четвертой** недели:

осуществление такой операции только под наблюдением врача акушера-гинеколога – в амбулаторно-поликлинических организациях;

11) установление требования наличия письменного согласия супруга на искусственное прерывание беременности жены при сроке беременности свыше 6 недель и предварительного предоставления этому супругу информации о медикаментозных и хирургических методах операции искусственного прерывания беременности, об их возможных последствиях и опасностях для жизни, здоровья и детородной функции женщины^{53,54};

12) установление запрета осуществления на территории Российской Федерации деятельности по целенаправленному снижению рождаемости в стране и по пропаганде абортов, в том числе в качестве средства регулирования, ограничения или контроля рождаемости или планирования семьи.⁵⁵

К статье 56 имеются также обоснованные претензии в части регулирования производства искусственного прерывания беременности у признанной в установленном законом порядке недееспособной совершеннолетней (часть 7 статьи 56) и в части правового пробела в этой статье по поводу производства искусственного прерывания беременности у несовершеннолетней.

⁵³ За исключением производства искусственного прерывания беременности по медицинским показаниям.

⁵⁴ Зарубежный аналог: статья 13 Закона Исландии № 25/1975 от 22.05.1975 (Lög um ráðgjöf og fræðslu varðandi kynlíf og barneignir og um fóstureyðingar og ófrjósemisaðgerðir, 1975, 22. maí № 25 // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1975025.html>>).

⁵⁵ Зарубежные аналоги:

– статья 300а-6 «Запрещение финансирования программ, использующих аборт как метод планирования семьи» подглавы VIII главы 6А Титула 42 Свода законов США: «*Ни один из фондов, деятельность которых урегулирована настоящей подглавой, не должен использоваться в программах, где аборт является методом планирования семьи*» (<<http://uscode.house.gov/download/pls/42C6A.txt>>);

– статья L2214-2 Французского Кодекса здравоохранения: «*Ни при каких обстоятельствах аборт не должен быть средством контроля над рождаемостью*» (Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>).

6. Недопустимое создание рассматриваемым Федеральным законом условий для формирования системы аморальной индустрии на суррогатном материнстве (части 1, 9 и 10 статьи 55).

При всей сложности и неоднозначности вопроса о суррогатном материнстве, осуществляемом «по доброй воле», здесь можно привести (не исключаем, что дискуссионные) рациональные замечания и возражения нравственного порядка.

Закрепление ситуации, когда в силу совершенно очевидного отсутствия в рассматриваемом Федеральном законе каких-либо ограничений и запретов на вынашивание и рождение ребенка по договору на коммерческой основе (за вознаграждение) **роль женщины как матери аморально сводится к роли оплачиваемого живого инкубатора в индустрии суррогатного материнства**, является совершенно недопустимым, грубейшим образом посягает на человеческое достоинство женщины и ее гендерные права, противоречит статьям 3 и 14 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950, статьям 5 и 7 Всеобщей декларации прав человека от 10.12.1948, статье 7 Международного пакта о гражданских и политических правах от 19.12.1966, Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин от 18.12.1979, Конвенции Совета Европы о предупреждении и пресечении насилия в отношении женщин и насилия в семье от 11.05.2011⁵⁶, целому ряду иных международных документов о правах женщин.

Фактически организацию и осуществление суррогатного материнства на коммерческой основе, превращающего женщину в коммерчески эксплуатируемого «человека-инкубатора», обоснованно можно рассматривать и оценивать как аналог организации занятий и самого занятия проституцией (защитники «права на свободное использование своего тела» женщиной в рамках проституции так же пытаются сформировать мнение, что это исключительно личное дело женщины – как ей использовать свое тело, что это – такая же работа, как и другие виды трудовой деятельности, и она должна получать деньги за такие свои услуги...).

Приводимый в обоснование социальной приемлемости также и коммерческого суррогатного материнства его защитниками аргумент о том, что выплата возмещает расходы суррогатной матери, понесенные ею в период вынашивания и в связи с вынашиванием чужого ребенка, не выдерживает критики, поскольку такое возмещение расходов как раз не вызывает возражений (**если вообще соглашаться на легализацию суррогатного материнства**, а

⁵⁶ <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=210&CM=8&DF=&CL=ENG>>.

такое сегодня в России допускается). Но в том и отличие осуществления суррогатного материнства на коммерческой основе от некоммерческого суррогатного материнства: суррогатная мать и (главная проблема) посредник получают вознаграждение (помимо указанного возмещения), по существу, осуществляя предпринимательскую деятельность.

Ряд зарубежных правоведов оценивают такого рода коммерческие отношения как искажающие природу отношений «мать-дитя» и противоправно посягающие на человеческое достоинство женщины, аргументированно доказывают обоснованность использования применительно к такого рода коммерческим отношениям понятий «лизинг матки» и «торговля детьми»⁵⁷.

Поскольку сегодня средняя стоимость такого рода услуг позволяет воспользоваться ими только весьма состоятельным лицам, введение возможностей коммерческого суррогатного материнства будет преследовать цели исключительно ограниченного числа богатых лиц, что вполне может спровоцировать социальную ненависть к ним со стороны остальной части общества, поскольку с нравственной точки зрения это мало чем отличается от введения возможности свободного коммерческого оборота внутренних органов.

Именно поэтому, надо полагать, организация и осуществление суррогатного материнства на коммерческой основе запрещены в большинстве стран мира, во многих штатах США. А во многих странах мира вообще запрещено суррогатное материнство (к примеру, во Франции запрет суррогатного материнства определяется статьей 16-7 Гражданского кодекса Франции⁵⁸, вытекает еще из ряда актов).

В Нидерландах, Бельгии и многих других странах запрещено любое посредничество (даже на некоммерческой основе) в организации и осуществлении суррогатного материнства⁵⁹.

В соответствии с пунктом 1 параграфа 2 Закона Великобритании о регулировании некоторых видов деятельности в связи с договоренностями, достигнутыми с целью использования женщин, вынашивающих детей в качестве суррогатных матерей, от 16.07.1985, **«ни одно лицо на коммерческой основе не вправе совершать никакое из нижеследующих деяний в Соединенном Королевстве:**

⁵⁷ См., например: *Banda Vergara A.* Dignidad de la persona y reproducción humana asistida // *Revista de Derecho.* – 1998, diciembre. – Vol. IX. – P. 7–42; *Gómez de la Torre Vargas M.* La fecundación in vitro y la filiación. – Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993. – P. 201, 204–205.

⁵⁸ Code civil // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

⁵⁹ Avis de Comité Consultatif de Bioéthique № 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui // <http://www.health.belgium.be/eportal/Healthcare/Consultativebodies/Comitees/Bioethics/Opinions/7972417_FR?ie2Term=Avis%20n%20C2%B030%20du%205%20juillet%202004&ie2section=83>.

(a) инициировать или принимать участие в любых переговорах с целью планирования и организации суррогатного материнства,

(b) предлагать или соглашаться на переговоры относительно осуществления суррогатного материнства, или

(c) готовить любую информацию с целью ее использования в осуществлении или организации суррогатного материнства;

и ни одно лицо не вправе в Соединенном Королевстве осознанно побуждать другое лицо к осуществлению указанных действий на коммерческой основе»⁶⁰.

Пункты 2–9 указанного параграфа Закона Великобритании дополняют вышеприведенную формулировку, уточняя ее и устанавливая ответственность за нарушения указанных выше запретов, создавая правовые преграды различного рода уловкам, призванным обойти такие запреты.

Указанные акты (лишь пример из длинного ряда таковых) совершенно определенно показывают, что суверенное, уважающее себя государство, дорожающее своей международной репутацией и репутацией перед своими гражданами не может легализовывать аморальный бизнес «на чреве женщины», как не может легализовывать организацию занятий проституцией или торговлю людьми.

7. Неудовлетворительное правовое регулирование установления смерти человека и обязательного производства реанимационных мероприятий (статья 66), допускающее возможность ошибок и злоупотреблений.

Основная претензия к статье 66 рассматриваемого Федерального закона касается устанавливаемых ее частью 6 вызывающего множество вопросов порядка и явно заниженных временных параметров установления факта и момента смерти человека и, соответственно, прекращения оказания медицинской помощи:

«Реанимационные мероприятия прекращаются в случае признания их абсолютно бесперспективными, а именно:

1) при констатации смерти человека на основании смерти головного мозга, в том числе на фоне неэффективного применения полного комплекса реанимационных мероприятий, направленных на поддержание жизни;

⁶⁰ Act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers (Surrogacy Arrangements Act 1985) // <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf>; <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>>. Перевод А.А. Понкиной.

2) при **неэффективности** реанимационных мероприятий, направленных на восстановление жизненно важных функций, в течение **тридцати минут**;

3) при **отсутствии у новорожденного** сердцебиения **по истечении десяти минут** с начала проведения реанимационных мероприятий (искусственной вентиляции легких, массажа сердца, введения лекарственных препаратов)».

Используемые в статье 66 формулировки «неэффективное применение полного комплекса реанимационных мероприятий» и «неэффективность реанимационных мероприятий» в данном случае характеризуются слишком высокой субъективностью и недостаточной определенностью их значения: не ясно, о чем идет речь – о нерезультативности качественно проведенных мероприятий или об их плохом неквалифицированном либо халатном осуществлении, в результате которого они не дали положительный реанимационный эффект. Считаем, что эта грубая правовая небрежность в рассматриваемом Федеральном законе может привести к ошибкам и злоупотреблениям при производстве реанимационных мероприятий, что приведет к обесцениванию человеческой жизни и нарушению конституционной гарантии права человека на жизнь.

8. Явная неэффективность правовых норм, направленных на противодействие мошеннической деятельности в области медицины.

Следует положительно оценить установление частью 1 статьи 50 запрета на оказание услуг оккультно-магического характера и на совершение религиозных обрядов под видом народной медицины и установление частью 1 статьи 69 с 2016 года (с учетом части 1 статьи 100), что право на осуществление медицинской деятельности в Российской Федерации имеют лица, получившие медицинское или **иное образование** в Российской Федерации в соответствии с федеральными государственными образовательными стандартами и имеющие свидетельство об аккредитации специалиста. Эти нормы призваны создать правовой заслон деятельности всевозможных шарлатанов и мошенников-псевдоцелителей. Вполне очевидно, что эти нормы нуждаются в дальнейшем совершенствовании.

Также возникает вопрос: что за «иное образование» имеется в виду? «Иное» означает любое?

Вместе с тем, рассматриваемый Федеральный закон содержит в себе множество серьезных правовых пробелов, сводящих на нет указанные позитивные моменты. Одним из таких серьезных пробелов является полное отсутствие в рассматриваемом Федеральном законе

каких-либо требований к лицу, обращающемуся за разрешением на занятие народной медициной. В частности, ничего не говорится об условиях наличия у таких лиц медицинского образования, поскольку в части 1 статьи 69 речь идет о предоставлении только лицам, *«получившим медицинское или иное образование в Российской Федерации в соответствии с федеральными государственными образовательными стандартами и имеющим свидетельство об аккредитации специалиста»*, права на осуществление **медицинской деятельности** в Российской Федерации. Согласно рассматриваемому Федеральному закону, для занятия «народной медициной» никакого образования не требуется, и это создает ряд возможностей для деятельности мошенников и шарлатанов «от медицины».

9. Недостатки в правовой регламентации отношений, связанных с донорством органов и тканей человека и их трансплантацией (статья 47).

Эти недостатки связаны с установленным указанной статьей порядком изъятия органов и тканей у умерших людей (притом что имеются обоснованные претензии к статьям, устанавливающим основания, критерии и механизмы установления факта и момента смерти человека). Закрепленный статьей 47 порядок презюмирует наличие согласия гражданина на изъятие его органов и тканей после его смерти, если этот гражданин прижизненно специально не выразил свое несогласие с донорством своих органов и тканей после своей смерти (части 10 и 11 статьи 47), за исключением случая с несовершеннолетним (часть 8 статьи 47).

Часть 7 статьи 47 устанавливает, что *«право заявить о своем несогласии на изъятие органов и тканей из тела умершего для трансплантации (пересадки) имеют супруг (супруга), а при его (ее) отсутствии – один из близких родственников (дети, родители, усыновленные, усыновители, родные братья и родные сестры, внуки, бабушка, бабушка)»*, подчеркнем: не с их согласия только и могут быть изъяты органы или ткани умершего, но они могут только лишь заявить, что они против, уведомить медицинскую организацию об этом, и тогда изъятие не будет произведено.

Данный подход совершенно определенно создает условия для грубейших злоупотреблений в сфере трансплантации органов.

В абсолютном большинстве случаев близкие родственники физически не в состоянии успеть заявить о своем несогласии на изъятие для трансплантации органов и тканей из тела человека в случае его гибели в результате автомобильной аварии или иного трагического случая. В этих ситуациях счет идет на минуты, а мобильные бригады трансплантологов выезжают для изъятия

органов сразу по получении сигнала из служб скорой помощи, больниц о появлении потенциального донора. Кроме того, представляется маловероятным, чтобы все граждане, которые не согласны на изъятие органов и тканей из их тела для трансплантации в случае их смерти, носили бы при себе оформленное в установленном порядке несогласие на изъятие их органов и тканей после их смерти.

В законодательствах большинства стран мира детально закреплен порядок изъятия органов и тканей умершего (потенциального донора), основанный на условии наличия предварительного прижизненного согласия умершего (потенциального донора), выраженного в установленном законом порядке, или на условии согласия близких родственников умершего, прижизненно не выразившего несогласия с изъятием у него после смерти органов и тканей для трансплантации.

Именно такой порядок установлен Законом Бельгии о донорстве и трансплантации органов от 13.06.1986⁶¹.

§§ 1–3 Федерального закона ФРГ о донорстве, поиске и передаче органов и тканей от 11.05.1997 совершенно четко увязывают забор донорских органов и тканей у мертвого человека, смерть которого *«установлена в соответствии с правилами, которые отражают современное состояние знаний в медицинских науках»* (подпункт 2 пункта 1 § 3), с его (потенциального донора) предварительно выраженным в установленном порядке согласием на донорство органов или тканей (пункт 2 § 3, подпункт 1 пункта 1 § 3 и др.), причем родственники вправе проверить наличие этого согласия и его аутентичность (пункт 3 § 3 и др.). В соответствии с § 4, в случае отсутствия ясно выраженной воли умершего (потенциального донора) о несогласии с изъятием у него органов или тканей после его смерти, изъятие у него органов и тканей может быть осуществлено с согласия его ближайших родственников, круг которых определяется пунктом 5 § 1а указанного закона и которые имели с потенциальным донором личные контакты в последние 2 года (пункт 2 § 4)⁶².

Союзный закон Швейцарии «О трансплантации органов, тканей и клеток» от 08.10.2004 устанавливает, что органы, ткани и клетки могут быть изъяты у умершего лица (потенциального донора) в случае наличия выраженного этим лицом прижизненно согласия на донорство своих органов, тканей и клеток и при условии установления факта смерти этого лица. Если никакого задокументированного согласия или отказа умершего лица на этот счет не существует,

⁶¹ Loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes de 13 juin 1986 // Moniteur Belge. – 14.02.1987. <<http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article.pl>>.

⁶² Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben // <<http://www.gesetze-im-internet.de/tpg/index.html>>.

медицинская организация обязана запросить согласия у ближайших родственников, известно ли им о воле указанного лица относительно донорства. Если о таком волеизъявлении не известно ближайшим родственникам умершего, то органы, ткани или клетки могут изыматься с согласия ближайших родственников умершего, но они должны обращать внимание на предположительную волю умершего лица при принятии решения. Если у умершего нет ближайших родственников или невозможно с ними связаться, то изъятие у этого лица органов, тканей и клеток не допускается. Воля умершего лица имеет преимущество перед волей его ближайших родственников. Если умерший делегировал полномочия о принятии решения о согласии на донорство своих органов, тканей и клеток после своей смерти своему доверенному лицу, то это лицо действует вместо ближайших родственников умершего. Круг ближайших родственников определяется Союзным Советом (пункты 1–6, 8 статьи 8)⁶³.

Французский кодекс здравоохранения устанавливает, что *«изъятие элементов человеческого тела и забор его тканей и продуктов не могут быть осуществлены без предварительного согласия донора. Это согласие может быть аннулировано в любой момент»* (статья L1211-2). Изъятие органов и тканей у умершего может быть произведено также с согласия его ближайших родственников (статьи L1232-1, L1232-2 и др.)⁶⁴.

Таким образом, в противовес зарубежному опыту, интересы трансплантологов в рассматриваемом Федеральном законе поставлены выше интересов граждан, чьи органы и ткани могут быть изъяты для трансплантации. При этом крайне недостаточны гарантии недопущения злоупотреблений.

10. Отсутствие в необходимой степени детализированных гарантий качества оказываемой медицинской помощи и четких критериев оценки качества этой помощи.

Пункт 21 статьи 2 рассматриваемого Федерального закона определяет понятие качества медицинской помощи как *«совокупность характеристик, отражающих своевременность оказания медицинской помощи, правильность выбора методов профилактики, диагностики, лечения и реабилитации при оказании медицинской помощи, степень достижения запланированного результата»*. Принцип доступности и качества медицинской помощи отнесен статьей 4 рассматриваемого Федерального закона к основным принципам охраны здоровья. Статья 10 раскрывает,

⁶³ Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004 // <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/8/810.21.fr.pdf>>; <<http://www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.21.de.pdf>>. Перевод А.А. Понкиной.

⁶⁴ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

посредством чего обеспечиваются доступность и качество медицинской помощи.

Однако указанных норм явно недостаточно, чтобы создать правовую основу объективной оценки качества медицинской помощи, включающую четкие критерии ее качества, а также закрепить критерии минимально допустимого уровня качества такой помощи, служащие гарантиями того, что качество помощи не будет ниже этого уровня. Такая оценка качества медицинской помощи, как нам представляется, должна быть основана, с одной стороны, на профессиональных критериях, а с другой – на фиксации отношения самого пациента к этой помощи.

Такой подход реализован во Французском Кодексе здравоохранения: *«Качество лечения пациентов является одной из ключевых задач любого медицинского учреждения. Учреждение обязано проводить регулярную **оценку их удовлетворенности**, в том числе от условий приема и размещения»* (статья L1112-2), то есть оценка качества оказываемой медицинской помощи и сопутствующего ухода за больным увязана с ощущениями и оценками пациента. При этом предписано, что *«врач обязан всегда ставить свой диагноз больному с максимальной осторожностью и посвящать необходимое время, использовать необходимый объем наиболее подходящих научных методов и, в случае необходимости, обращаться к соответствующей поддержке»* (статья R4127-33)⁶⁵.

В Законе Бельгии о правах пациента от 22.08.2002 установлено: *«Пациент имеет право на получение... **качественных услуг, удовлетворяющих потребности пациента...**»* (статья 5)⁶⁶.

11. Недостаточная ясность гарантий и условий бесплатного совместного нахождения члена семьи или иного законного представителя с ребенком в медицинской организации при оказании этому ребенку медицинской помощи в стационарных условиях.

Следовало бы оценить положительно более детальное, чем в действующем законодательстве, урегулирование в рассматриваемом Федеральном законе гарантий и условий бесплатного совместного нахождения одного из родителей, иного члена семьи или иного законного представителя (включая гарантированную нормой бесплатность предоставления этому лицу спального места и питания) с ребенком в медицинской организации при оказании этому ребенку

⁶⁵ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Перевод А.А. Понкиной.

⁶⁶ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>. Перевод А.А. Понкиной.

медицинской помощи в стационарных условиях (часть 3 статьи 51)⁶⁷, если бы было четко и ясно определено значение понятия «*иной член семьи*». Поскольку речь идет о бюджетном финансировании покрытия таких расходов (на предоставление указанному лицу спального места и питания), то неминуемо возникнут проблемы с определением того, кто обоснованно может быть признан «иным членом семьи» ребенка, которому предоставлено это право.

Проблема заключается в том, что законодательство Российской Федерации не содержит четкого и исчерпывающего определения круга членов семьи. И правоприменитель в отношении указанной нормы будет обоснованно обращаться к статье 2 Семейного кодекса Российской Федерации, относящей к членам семьи: супругов, родителей и детей (усыновителей и усыновленных).

Содержащееся в статье 2 Семейного кодекса Российской Федерации дополнение «*в случаях и в пределах, предусмотренных семейным законодательством, между другими родственниками и иными лицами*» будет обоснованно рассматриваться как не относящееся к обсуждаемой норме рассматриваемого Федерального закона, поскольку в указанном дополнении совершенно четко сказано, что речь идет о случаях и в пределах, предусмотренных **семейным** законодательством (а не каким-либо иным законодательством, в том числе об основах охраны здоровья граждан).

Недостаточная определенность значения указанной формулировки статьи 2 Семейного кодекса Российской Федерации, а также использование в других статьях этого кодекса применительно к бабушкам и дедушкам не понятия «член семьи», а понятия «близкие родственники» (пункт 1 статьи 14, косвенно (исходя из названия статьи 67) – пункт 2 статьи 67), «родственники» (пункт 1 статьи 55, пункт 1 статьи 67), совершенно предсказуемо будет если не повсеместно, то во многих случаях создавать препятствия тому, чтобы остаться с ребенком в больнице его бабушке или дедушке.

И совершенно определено, эта возможность будет исключена для дяди, тети, отчима или мачехи ребенка. Могут возникать вопросы и по поводу правовой возможности остаться с ребенком его старшему брату или старшей сестре.

Таким образом, необходима максимальная детализация круга лиц, которым предоставлено право, предусмотренное частью 3 статьи 51 рассматриваемого Федерального закона. При этом было бы

⁶⁷ В сравнении со статьей 22 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.1993 № 5487-1 (с последующими изменениями), в частности – включение в круг указанных лиц «иных членов семьи» и установление гарантии бесплатности предоставления спального места и питания указанным лицам при совместном нахождении в медицинской организации в стационарных условиях с ребенком до достижения им возраста четырех лет, а с ребенком старше данного возраста – при наличии медицинских показаний.

целесообразно использовать формулировку, аналогичную примененной в части 3 статьи 22, где четко перечислены конкретные категории родственников.

Выводы.

Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 № 323-ФЗ содержит в себе ряд существенных недостатков концептуального и юридического характера, будет способствовать созданию условий для нарушений прав и законных интересов пациентов, прав и законных интересов семей и ребенка при оказании медицинской помощи.

Рассматриваемый Федеральный закон, будучи в значительной мере лишен позитивной деонтологической основы, соответствующей установленным в современных развитых демократических правовых государствах социальным стандартам гарантирования и обеспечения права на здоровье, не позволяет решить многие имеющиеся в настоящее время в сфере здравоохранения в Российской Федерации существенные проблемы в области обеспечения демографической безопасности России, включая задачу обеспечения позитивного демографического развития страны за счет повышения рождаемости, снижения масштабов смертности, повышения средней ожидаемой продолжительности жизни населения России, общего улучшения здоровья населения, но, более того, по многим направлениям будет способствовать обострению социальных проблем.

Указанный Федеральный закон создает значительные препятствия для реализации положений Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года, ряда иных документов.



Беликова К.М. Социально-ориентированные императивы в латиноамериканских гражданских кодексах⁶⁸

Внимание к частноправовым кодификациям, осуществленным к настоящему моменту в латиноамериканских странах, обусловлено, прежде всего, тем обстоятельством, что они являются своего рода хранилищами национальной правовой традиции и влияют на определение национальной идентичности государства. Кодексы вмещают в себя такие основополагающие правовые понятия, как «лицо», «обязательство», «договор», «гражданско-правовая ответственность», «вещные права» и др. Эти понятия создают основу для принятия специального законодательства, связывают его воедино, придают ему единообразие. Таким образом, кодификация позволяет согласованно урегулировать большую сферу общественной жизни, обеспечить преемственность правовой материи и системный подход к решению вопросов частного права. Подобная ситуация характерна и для Российской Федерации, поэтому вопросы, рассматриваемые в настоящей статье, и теоретически, и практически значимы для отечественного правоведения.

Кодексам в латиноамериканских странах принадлежит важное место среди законов. Уже в первых конституциях латиноамериканских стран кодификация национального права была сформулирована в качестве важнейшей цели развития. Например, Боливийская Конституция 1826 г. вменила в обязанность Сенату статьей 46 составление гражданского, уголовного, двух процессуальных и торгового кодексов (по аналогии с французским законодательством того времени). Аналогично ставился вопрос в первой конституции

⁶⁸ Статья подготовлена в рамках работы над научно-исследовательским проектом РГНФ 2011 г. № 11-03-00127а «Гражданское право стран Латинской Америки (теоретические проблемы кодификации)».

Беликова Ксения Михайловна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права Российского университета дружбы народов.

Аннотация. Частноправовые кодификации, будучи своего рода хранилищами национальной правовой традиции, вмещают в себя такие основополагающие правовые понятия, как «лицо», «обязательство», «договор», «гражданско-правовая ответственность» и др. Содержательное наполнение этих понятий изменчиво и объективно обусловлено. В связи с этим в настоящей статье автор исследует векторы развития гражданских кодификаций латиноамериканских стран, прослеживая ориентацию на все большую социализацию гражданского права.

Ключевые слова: Латинская Америка, кодификация, гражданский кодекс, социальная функция собственности, социальная функция договора.

Belikova K. The social-oriented imperatives of the Latin American civil codes.

Summary. Codifications of private law, being a kind of storehouses of national legal tradition, comprise basic legal concepts, such as «person», «obligation», «contract», «civil liability» etc. Substantial matter of these concepts is variable and objectively caused. That's why the author of the article touches upon vectors of development of civil codifications of the Latin American countries, tracing the increasing socialization of civil law.

Key words. Latin America, codification, civil code, social function of property, social function of contract.

Бразилии 1824 г. (статья 179), Мексики 1924 г. и других латиноамериканских стран⁶⁹.

Изначально в основе идеи латиноамериканской кодификации лежала этатистская концепция права. Согласно этой концепции действовавшее до принятия кодексов право утрачивает юридическую силу с момента обретения независимости и установления новых государств, что и обуславливает необходимость принятия новых законов нового государства. В период образования национальных государств кодификация представлялась инструментом консолидации новой гражданственности, обретаемой одновременно с государственностью⁷⁰. Так, например, отнюдь не целями достижения единообразного порядка регулирования частноправовых отношений, но устранением дисперсности и запутанности колониального законодательства и стремлением подтвердить зарождение политического суверенитета путем установления более приемлемой и гибкой национальной системы законодательства были обусловлены попытки кодификации в этой области⁷¹.

Идейные вдохновители первых латиноамериканских кодификаций работали с мыслью о радикальном обновлении законодательства, служащем подтверждением непроемкой ни от чего компетенции народа на правотворчество, созвучной, однако, тенденции ощущения специфического латиноамериканского единства⁷².

«Не будет преувеличением сказать, – отмечает О.А. Жидков, – что при всем большом значении кодексов по другим отраслям права (уголовный, торговый и т.д.) центральное место в латиноамериканских правовых системах, определяя по сути дела само их лицо, занимают именно гражданские кодексы... Для гражданских кодексов характерна сравнительно более высокая степень точности отражения жизненных реалий латиноамериканского общества, меньшая по сравнению с некоторыми другими кодексами декларативность. Гражданские кодексы являются наиболее «работающими», поскольку они опосредуют жизненно важные и повседневно воспроизводящиеся имущественные, а также личные

⁶⁹ См.: Гражданское и семейное право развивающихся стран: Учеб. пособие / Под ред. В.К. Пучинского, В.В. Безбаха. – М.: Изд-во УДН, 1989. – 208 с.

⁷⁰ *De los Mozos J.L.* Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho // Revista Jurídica del Perú. – 1997, Julio-Septiembre. – Año XLVII. – № 12. <<http://blog.pucp.edu.pe/item/89095/codificaciones-latinoamericanas-tradicion-juridica-y-principios-generales-del-derecho>>. (Дата обращения: 30.07.2010).

⁷¹ *Joannini F.* The Argentine Civil Code. – Boston, 1917. – P. XXII.

⁷² *Schipani S.* I codici latinoamericani della «transfusión» del diritto romano e dell'indipendenza. Verso codici della «mezcla» e «codici tipo» // Dalmacio Vélez Sarsfiel e il diritto latinoamericano, actas del Congreso interNacional celebrado en Roma, del 17 al 19 de marzo de 1986, al cuidado de Sandro Schipani. – Padua: Cedam, 1991. – P. 671.

неимущественные отношения»⁷³. Именно поэтому в них находили и находят закрепление основополагающие, базовые представления, императивы, в том числе социально-ориентированные.

Анализ ключевых положений «оригинальных» гражданских кодификаций (ГК Чили 1855 г., *Esboço do Código civil de A. Teixeira de Freitas*, составленный в 1856–1865 гг.⁷⁴, и ГК Аргентины 1869 г.⁷⁵) позволяет заключить, что, сформировавшись при определяющем воздействии правовых систем Франции, Испании, Германии и др., представляющих континентальную систему кодифицированного права, уходящую своими корнями в римское право, они базировались на современной эпохе **концепции либерального индивидуализма**, провозглашающей принципы абсолютной святости договора, виновной ответственности, абсолютного и ничем не ограничиваемого права собственности и нерасторжимости брака.

Будучи изначально более коммерциализованными, «оригинальные» гражданские кодексы закрепляли ряд прогрессивных идей, направленных на искоренение представлений, несовместимых с провозглашенным в качестве вектора развития либерализмом. Так, например, своевременно предложение А.Т. Фрейтаса об отмене гражданской смерти, делаемое в *Esboço*, и закрепление норм о юридических лицах в ГК Чили и Аргентины; отмена майората и режим «обязательных передач» в Чили. Одновременно в этих кодификациях не нашли отражения появившаяся много позже секуляризация брака и возможность его расторжения посредством развода, тогда как, напротив, традиционно было закреплено, например, формальное неравноправие мужчин и женщин вследствие ограничения дееспособности замужней женщины. Несмотря на это гражданские кодексы, создававшие изначально особый правовой режим буржуа, а не гражданам, постепенно приобрели политический вес потому, что стали служить гарантами экономических операций и транзакций частных лиц без различия их социального статуса.

В первой трети XX века были приняты так называемые «переходные» гражданские кодификации: в частности, ГК Бразилии 1916 г.⁷⁶ и ГК Мексики 1928 г.⁷⁷ «Дело в том, – отмечает

⁷³ Гражданское и семейное право развивающихся стран: Сборник нормативных актов. Гражданские кодексы стран Латинской Америки: Учеб. пособие / Отв. ред. В.В. Безбах. – М.: Изд-во УДН, 1988. – С. 4.

⁷⁴ См., например: *Karam M. Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro // Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial (São Paulo).* – 1984. – Vol. 8. – № 29. – P. 95–112.

⁷⁵ Ley № 340 – Sanción del Código Civil de la Nación Argentina de 1869 // R.N. № 1863/1869. Fecha Pub. 01.10.1869. <<http://www.boletinoficial.gov.ar/BuscadoresPrimera/BusquedaAvanzada.castle?dest=&page=3>>. (Дата обращения: 31.07.2010).

⁷⁶ См. Lei № 3.071, de 1 de Janeiro de 1916 (Lei Ordinária) – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil // DOFC PUB 05/01/1916, 000133, 1, Diário Oficial da União.

мексиканский юрист Ф. Феррара, – что принятые во второй половине XIX в. «оригинальные» гражданские кодексы явились результатом отражения экономических и политических потребностей далеких эпох и были выработаны в тот период, когда... в праве властвовали принципы чрезмерного индивидуализма. В начале же XX в. и в последующий период они стали абсолютно неприемлемы при решении вопросов, связанных с регулированием гражданского оборота, находящегося под все усиливающимся влиянием **принципов солидаризма** и все возрастающих темпов промышленного развития».⁷⁸

Главной особенностью «переходных» кодексов стало то, что в соответствии с социально-экономическими реалиями нормы, посвященные регулированию отношений собственности, отошли от концепции либерального индивидуализма, характерной для «ранних» и «оригинальных» кодексов, и были впервые для латиноамериканских стран в заметной степени вытеснены идеями **социальной функции собственности и солидарности**.

Например, ГК Бразилии 1916 г. устанавливал: «Закон обеспечивает собственнику право пользования, владения и распоряжения своими вещами и право истребовать их из власти тех, кто ими владеет» (статья 524).⁷⁹ Одновременно ГК Бразилии впервые закрепил иные, относящиеся к земле, специальные нормы в ряде статей, например, об экспроприации недвижимости в целях общественной пользы или необходимости (статья 590; статья 1150 ГК). В результате изменений в новом ГК абсолютный характер правомочий собственника стал лимитироваться ограничениями (*restrição*); исключительный характер – сервитутами (*servidão*); непрерывный характер – экспроприацией. Что касается ГК Мексики 1928 г., то, по мнению мексиканских юристов⁸⁰, этот кодекс, развивая идею социальной функции собственности, создал условия для того, чтобы частная собственность «служила опорой закону, в то время как собственник, осуществляющий свое право, делал это в общественных интересах».

Общей целью работы над «переходными» кодексами латиноамериканских стран являлась тенденция к корреляции их с

<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument>. (Дата обращения: 31.07.2010).

⁷⁷ Código Civil para el Distrito y Territorios Federales // Diario Oficial de la Federación. – 26 de mayo de 1928. <www.asambleadf.gob.mx/is52/010805000001.pdf>. (Дата обращения: 31.07.2010).

⁷⁸ Ferrara F. Un siglo de vida de derecho civil // La Justicia (México). – 1971, Marzo. – № 31. – P. 211. Цит. по: Тимофеева Н.Г. Становление и развитие правовой системы Мексики // Правоведение. – 1992. – № 2. – С. 79–83.

⁷⁹ Подробнее о правомочиях собственника см.: Rodrigues S. Direito Civil. Vol. 5 – Direitos das Coisas. – 28ª edição. – São Paulo: Editora Saraiva, 2009. – 448 p. – P. 128.

⁸⁰ Panorama del derecho mexicano. – México, 1965. – P. 14, 68. Цит. по: Тимофеева Н.Г. Становление и развитие правовой системы Мексики // Правоведение. – 1992. – № 2. – С. 79–83.

новым измерением ценностей – социальной солидарности и гуманизма; а также отражение существенных изменений в регулировании общественных отношений, обусловленных принятием новых Конституций.

Нельзя обойти вниманием и способ (форму) отражения рассматриваемой тенденции в так называемых **«поздних» (современных) кодификациях**, в числе которых можно назвать, например, ГК Боливии 1975 г., ГК Перу 1984 г. и т.д. Статья 923 ГК Перу 1984 г.⁸¹ содержит положение принципиальной важности, включенное в легальное определение права собственности. Согласно этому определению, на собственника возлагается обязанность «осуществлять свое право в гармонии с социальным интересом». Полностью это определение звучит так: «Собственность есть юридическое правомочие, позволяющее владеть, пользоваться и распоряжаться вещью, а также виндицировать ее. Это правомочие подлежит осуществлению в гармонии с социальным интересом в пределах, установленных законом»⁸².

Что касается дальнейшего развития солидаристского императива, то в *новейших гражданских кодификациях* стран региона можно видеть распространение его с положений о вещных правах на положения обязательственного права. Так, в связи с анализом положений Проекта об обязательственном праве – одного из разделов проекта ГК Аргентины⁸³ – аргентинские ученые⁸⁴ отмечают, что при разработке ГК Аргентины его автор Д.В. Сарсфилд⁸⁵ исходил из автономии воли сторон при вступлении в договор, воспринятой из статьи 1134 ФГК, согласно которой правомерно заключенный договор занимает место закона для тех, кто его заключил. Уважая автономию сторон, государство воздерживалось от вмешательства в их отношения.

Один из разработчиков Проекта Г. Борда, создавая основу реформы ГК, исходил, напротив, из того, что интересы сторон договора отличаются друг от друга, они разнонаправлены во всем, кроме того, чтобы достичь заявляемой правовой цели договора, по этой причине вмешательство государства в договорную свободу

⁸¹ Código Civil de Perú. Decreto Legislativo № 295 (Promulgado 24.07.1984) // Diario Oficial «El Peruano». – 25.07.1984. <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/00295.pdf>>. (Дата обращения: 31.07.2010).

⁸² См. *Estremadouro H.F.* Nuevo Código civil, comentado e comparado. – Lima, 1986. – P. 195.

⁸³ Proyecto de código civil de 1998. Nota elevación // <<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Nota-Elevacion.PDF>>. (Дата обращения: 31.07.2010).

⁸⁴ *Ghersi C.A.* El contexto ideológico y socioeconómico del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial. Marzo de 2000. // Plenario - Edición Electrónica (Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires). <<http://www.aaba.org.ar/ple00313.htm>>. (Дата обращения: 20.01.2008).

⁸⁵ См.: *Беликова К.М.* К 210-летию со дня рождения Далмасьо Велеса Сарсфилда // Современное право. – 2011. – № 11. – С. 159, 160.

сторон необходимо с целью защиты более слабой стороны договора. Так, Проект ГК Аргентины 1998 г. в статье 899 закрепляет трактовку договора, согласно которой договор – это правовой акт, посредством которого два и более лица выражают согласие создать имущественные правоотношения между собой. При этом закрепляется подразделение договоров на:

– так называемые **«дискреционные договоры»** (contratos discrecionales) - они обязывают стороны как сам закон: их нормы превалируют над правовыми нормами, носящими дополнительный характер, и обычаями, и

– **«формулярные договоры»** (contratos predisuestos) – таковыми предполагаются договоры, условия которых индивидуально не определены сторонами, отдельно или совместно с другими условиями, в том числе такие договоры, которые:

1) лишают обязательства сторон той правовой цели, на достижение которой они направлены;

2) ограничивают ответственность стороны, выработавшей такие условия, за вред, причиненный жизни контрагента или его имуществу вследствие отсутствия учета принципа экономической эквивалентности;

3) предполагают отказ или налагают ограничения на возможность осуществления своих прав контрагентом стороны, выработавшей такие условия и др., считаются не согласованными сторонами (no convenidos) (т.е. относительно таких условий соглашение сторон не достигнуто).

Практическое значение такого деления состоит в том, что если закрепленные в договоре условия не являются условиями договора присоединения, и сторона, выработавшая их, докажет, что до заключения договора контрагент знал о таких условиях, они могут быть оспорены выработавшей их стороной.

ГК Бразилии 2002 г.⁸⁶ также в русле рассматриваемого подхода распространил **принципы добросовестности и солидаризма** (socialidade) на договорные отношения, а также подтвердил приверженность солидаристских представлений применительно к отношениям по поводу собственности, в частности, применительно к приобретению и прекращению права собственности в силу приобретательной давности.

Примером солидаристского императива может служить провозглашение *социальной функции договора*. Так, согласно положениям статьи 421 ГК свобода заключать договор осуществляется в пределах социальной функции договора. В этой

⁸⁶ Código civil do República Brasil (2002). (Novo Código Civil) Lei № 10.406, de 10.01.2002. Lei Ordinária // DOFC PUB 11/01/2002, 000001, 1, Diário Oficial da União. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. (Дата обращения: 31.07.2010).

связи применительно к договору присоединения статья 423 гласит, что «в случае, когда в договоре присоединения содержатся противоречивые или двусмысленные условия, их надлежит толковать наиболее благоприятным для присоединяющейся стороны образом»⁸⁷. Так же, как в свое время было объективно обусловлено нормативное закрепление идеи социальной функции собственности, удовлетворению объективной потребности в защите более слабой стороны правоотношения содействует соответствующая ориентация императивных норм законодательства.

Применительно к владению, в русле следования общепринятому в настоящее время подходу к упразднению различий правовых последствий, вытекающих из характера владения – добросовестного и недобросовестного, ГК 2002 г., исходя из *социальной природы владения вещью*, сократил срок приобретательной давности. Так, согласно положениям статьи 1238 ГК 2002 г. действовавший ранее в отношении недвижимого имущества (*propriedade imóvel*) 15-летний срок приобретательной давности сокращен до 10 лет независимо от того, является ли владение добросовестным или нет. Для того, чтобы стать собственником, владелец должен в течение этого 10-летнего срока фактически осуществлять действия, дающие третьим лицам основания полагать, что он считает рассматриваемую недвижимость местом своего жительства (располагает на ней свое жилище), или осуществлять на ней работы (оказывать услуги) производительного характера.

Одновременно, согласно статье 1239 ГК 2002 г., непрерывный пятилетний срок считается достаточным для того, чтобы владелец земельного участка, располагающегося в сельской местности (*área em zona rural*), размером более 50 га, приобрел право собственности на него, при соблюдении следующих условий: 1) он не является собственником недвижимости, расположенной в сельской местности или в черте города; 2) он превратил за этот период участок, которым владеет, своими усилиями или усилиями своей семьи в плодоносящий и 3) он считает его местом своего жительства (располагает на нем свое жилище).

В этом смысле, также согласно положениям статьи 1240, тот, кто непрерывно в течение 5 лет владеет как своим собственным городским земельным участком (*área urbana*) размером 250 кв. м и использует его в качестве места жительства своего или своей семьи, при условии, что никто не противопоставляет ему свое право владения, приобретает право собственности на него, если не является к этому моменту собственником иной недвижимости.

⁸⁷ Подробнее о социальной функции договора в ГК Бразилии 2002 г. см.: *Moreno Talavera G. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil. // Revista do Conselho da Justiça Federal. – 2002. – № 19. <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/fsocial.pdf>. (дата обращения: 31.07.10); Reale M. Função Social do Contrato, 2003. <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. (Дата обращения: 31.07.2010).*

Принцип солидаризма проявляется также в положениях статьи 1242, согласно которым право собственности на недвижимое имущество приобретает лицо, которое в течение 10 лет владеет им в бесспорном порядке (*incontestavelmente*), непрерывно и добросовестно.

Анализ подхода, направленного на унификацию правового регулирования договорных обязательств в «новейших» кодексах, позволяет заключить, что дальнейшее развитие получает принцип социальной функции права, находящий выражение в усилении публично-правовых начал в регулировании имущественных отношений. Еще отчетливее проявляется тенденция к законодательному ограничению договорной свободы с целью защиты более слабого участника договора, что, по мнению автора, иллюстрирует приверженность к дифференцированному регулированию однородных общественных отношений в зависимости от их субъектного состава, от которого законодатели рассматриваемых латиноамериканских стран стремятся уйти.

В целом изложенное позволяет заключить, что вектор развития гражданских кодификаций латиноамериканских стран ориентируется на все большую социализацию гражданского права путем: во-первых, внедрения императива, нацеленного на защиту слабой стороны договора, призванного дополнить принцип автономии воли, во-вторых, дальнейшей последовательной реализации императива, подтверждающего социальную природу собственности и владения путем ограничения интересов собственника имущества в пользу интересов общества, сокращения сроков приобретательной давности и пр.



Соловьев А.А., Понкин И.В. История спортивной деятельности и нормативно-правового регулирования спорта в Испании⁸⁸

Причинами выбора Испании для исследования ее опыта правового регулирования в области спорта явились:

– достаточно уникальный даже для современного мира опыт интегрированности спорта и образа жизни людей (футбольный клуб «Барселона» для Каталонии – это не просто футбольный клуб, это «религия», которая объединяет людей⁸⁹);

– богатая победами спортивная история Испании, прежде всего, конечно же, в области футбола, но далеко не только в этом виде спорта;

– разветвленная сложноструктурированная система законодательства о спорте, эффективно сочетающая в себе общеиспанскую (центральную) систему нормативно-правового регулирования спорта и региональные системы этого регионалистского государства⁹⁰;

– успешный сравнительно недавний опыт проведения XXV летних Олимпийских игр (испанск. – Juegos Olímpicos de Barcelona

⁸⁸ **Соловьев Андрей Александрович** – председатель судебного состава Арбитражного суда Московской области, кандидат юридических наук, член Комиссии по спортивному праву Ассоциации юристов России.

Понкин Игорь Владиславович – доктор юридических наук, профессор кафедры правового обеспечения государственной и муниципальной службы МИГСУ Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

Статья посвящена особенностям становления и развития испанского законодательства о спорте и спорта в Испании.

Ключевые слова: законодательство о спорте, спортивное право, спорт, Испания, история. *Soloviev A.A., Ponkin I.V. History of the sports activities and of the sports law in Spain.*

Article is about the features of the formation and development of Spanish legislation on sport and sport in Spain.

Keywords: sports law, sports, Spain, history.

⁸⁹ Футбольный клуб «Барселона» // <<http://www.spain.org.ru/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=360>>.

⁹⁰ Регионалистские государства – это «государства автономий», вся территория которых состоит сегодня из автономных единиц. Их нередко называют регионалистскими государствами, занимающими в определенном смысле промежуточное место между унитарным и федеративным государствами, не выходя в общем и целом за рамки унитаризма (*Енгибарян Р.В., Тадевосян Э.В.* Конституционное право: Учебник. – М: Юристъ, 2000). Это разновидности форм государств, которые «хотя и не являются федеративными, но включают существенные элементы федерализма, находясь на путях глубокой автономизации и федерализации, в связи с чем их нередко именуют в научной литературе «полуфедерациями», «квазифедерациями», «регионалистскими государствами», «государствами автономий» и т.д. (например, Испания, Италия и др.)» (*Тадевосян Э.В.* Проблемы российского федерализма // Социологические исследования. – 2001. – № 7. – С. 146).

1992, каталонск. – Jocs Olímpics d'estiu 1992) в Барселоне с 25 июля по 9 августа 1992 г.

Все более растущий, как свидетельствует Фернандо Санчес Постиго, интерес к спорту в Испании и появление все большего числа научных исследований как спорта, так и его нормативно-правового регулирования дают нам дополнительное основание более пристально взглянуть на опыт этой страны⁹¹.

История спорта и история регламентации спортивных состязаний как неотъемлемой части спортивных отношений в Испании насчитывает немалый срок.

Одна из самых популярных национальных спортивных игр Испании, которая называется «баскский мяч» (по названию Страны Басков), ведет свою историю, согласно историческим источникам, как минимум, с XIII века⁹².

Наиболее ранними из обнаруженных историками испанских письменных источников в области спорта явились правила фехтования, датированные 1472 и 1473 годами.

В 1806 году открылся Королевский военный институт в Мадриде, в котором практиковались гимнастика, конный и другие виды спорта, физкультурная подготовка⁹³.

В 1850-е гг. в Испании открылось несколько частных тренажерных залов, таких как клуб «Vignolles», созданный в 1851 году, и гимнастический клуб «Círculo particular gimnástico», созданный в 1853 году.

С 1875 года в парке Ретиро в Мадриде проводятся велосипедные гонки. В 1878 году были созданы первые велоклубы «Мадридское общество велосипедистов» (Sociedad Velocipedista Madrileña) и «Велосипедный клуб Кадиса» (Club Velocipédico de Cádiz)⁹⁴.

Закон от 09.03.1883 учредил в Мадриде Центральную школу учителей и преподавателей гимнастики⁹⁵, функционирование которой в силу различных причин началось с апреля 1887 года⁹⁶.

⁹¹ *Sánchez Postigo F.* Fuentes documentales deportivas aplicadas a la historia de un club deportivo español: Historia del club Atlético de Madrid: Memoria para optar al grado de doctor presentada / Universidad Complutense de Madrid; Facultad de ciencias de la información. – Madrid, 2005. – P. 12. <<http://eprints.ucm.es/tesis/inf/ucm-t28898.pdf>>.

⁹² Спорт в Испании // <<http://spanishnews.ru/sport.html>>.

⁹³ *Rivero Herraiz A.* Los orígenes del deporte español: El desarrollo de un nuevo componente cultural urban // Kronos. La revista universitaria de la educación física y el deporte. – 2004, julio-diciembre. – Vol. III. – № 6. – P. 29–33. <http://www.revistakronos.com/docs/File/kronos/6/kronos_6_4.pdf>.

⁹⁴ El comienzo de nuestro deporte en España // <<http://barris.org/noticiaslinks/comienzo.html>>; Deporte en España // <http://es.wikipedia.org/wiki/Deporte_en_Espa%C3%B1a#cite_note-esgrima-0>.

⁹⁵ *Baena Extremer A.* Repaso histórico de la legislación educativa en educación física escolar // <<http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/22061/1/10.%20Repaso%20Hist%C3%B3rico%20EF.pdf>>.

Пожалуй, этот закон можно назвать первым испанским законом в области спорта.

Хотя первый законопроект в этой области был предложен, как отмечает Антонио Баэна Эстремер, еще в 1873 году – проект закона «О гимнастике для здоровья» (Proyecto de Ley «Gimnasia Higiénica»)⁹⁷.

Считаем, что масштабы увлечения спортом в Испании второй половины XIX века можно обоснованно оценить по количеству выходивших в тот период спортивных журналов и газет.

Как показывает Фернандо Санчес Постиго, в 1856 году в Барселоне увидел свет первый номер журнала «Охотник», первого испанского спортивного периодического издания. В 1865–1868 гг. в Мадриде выходил еще один спортивный журнал – «Охота». С 1866 года в Валенсии стал выходить двуязычный еженедельник «El Colombaire», посвященный в том числе спорту, всего вышло девятнадцать номеров. В 1869 году в Уэске (Huesca) стало выходить издание «Педаль» («El Pedal»), в 1876 году – «Испанский спорт» («El Sport Español») в Кадисе, «Гимнастическое воспитание» («La Ilustración Gimnástica»; с 1886 г.) и «Баскский мяч» («Pelotari»; с 1887 г.) в Бильбао. С 1878 года в Барселоне стали выходить «Butlletí de l'Associació d'Excursions Catalana» и «L'Excursionista», эти два издания с 1891 года были объединены под названием «Бюллетень Экскурсионного центра Каталонии» («Boletín del Centre Excursionista de Catalunya»). Позже стал выходить еще один «Испанский спорт» (с 1885 г.), «Велосипедист» (с 1891 г.). В Мадриде было несколько изданий – такие, как «Спортивная газета» («Gaceta del Sport»; с 1873 г.), «El Campo» (с 1876 г.), «La Ilustración Venatoria» (между 1878 и 1885 гг.), «Журнал конного спорта» («Revista Ecuestre»; с 1878 г.), «Охотник» («El Cazador») (с 1880 г.), «Гимнастка» («El Gimnasta») и «Высокая жизнь» («High-Life») (с 1881 г.), «Тренажерный зал» («El Gimnasio»), «Испанская гимнастка» («El Gimnasta Español») и «Охота на голубей» («El Tiro de Pichón») (с 1882 г.). С 1883 года в Мадриде также выходило издание «Мадридская неделя: обзор салонов, театров и спортивных мероприятий» («La Semana Madrileña. Revista de salones, teatros y sport»), где публиковались, в частности, сведения об аристократических видах спорта – таких, как скачки, гонки, стендовая стрельба и велосипедный спорт. Выходили «Велосипед»

⁹⁶ Miguel Del Castillo Molina J. Las salidas profesionales de los licenciados en ciencias de la actividad física y el deporte // <http://josemief.com/PDF/Licenciado_Ciencias_Actividades_Fisico_Deportivas_INEF.pdf>; Fernández Nares S. La Educación Física en el sistema educativo español: La formación del profesorado. – Granada: Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1993.

⁹⁷ Baena Extremar A. Repaso histórico de la legislación educativa en educación física escolar // <<http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/22061/1/10.%20Repaso%20Hist%C3%B3rico%20E.F.pdf>>.

(«El Velocípedo») (с 1885 г.), «Guía de carreras de Caballos en la Península» (с 1886 г.), «Спорт» («El Sport») (с 1887 г.). Выходившее с 1892 г. издание «Велосипедный спорт. Печатный орган объединения испанских и иностранных велосипедистов» («El Veloz Sport. Organo del ciclismo español y extranjero») в 1898 году было объединено со «Спортом Барселоны» («Barcelona Sport») и стало выходить под новым названием «Велосипедный спорт. Спорт Барселоны» («Veloz Sport. Barcelona Sport»). В этих изданиях сообщалось в основном об охоте, езде на велосипеде и лошадях, гимнастике, плавании. В Мадриде в это время выходят издания: «Спортивная хроника» («Crónica del Sport»; 1893–1896 гг.), «Чертополох» («El Cardo»; 1894–1903 гг.; с 1903 года стал выходить под названием «Искусство и спорт» («Arte y Sport»)), «Баскский мяч» («Pelotari»; 1893–1985 гг.), «Вестник Испанского экскурсионного общества» («Boletín de la Sociedad Española de Excursiones»; 1893–1954 гг.), «Велосипедный спорт» («El Deporte Velocipédico»; с 1895 г.), «Международный шахматный журнал» («Revista internacional de Ajedrez»; 1895–1896 гг.), «Мадридский спорт» («Madrid Sport»; с 1895 г., позже был переименован в «Баскский мяч» («El Pelotari»)), «Спорт» («El Sport»; с 1897 г.). Выходившее в Мадриде указанное выше издание «Спортивная хроника» было ежемесячным, с рубриками по фехтованию, велоспорту, парусному спорту, баскскому мячу, скачкам, велогонкам, верховой езде, охоте, рыбалке, регби, футболу, теннису, боксу, парусному спорту, авиаспорту (позже), боям быков, конькобежному спорту, гимнастике, водному поло, крикету, легкой атлетике, детскому спорту (школа игр и гимнастики), популярным видам спорта (боулингу и др.), текущим событиям. Это было больше чем журнал о спорте и увлечениях, кроме того, там давалось множество сведений о спорте за рубежом. В Барселоне в этот период выходили «Велосипед» («La Bicicleta»; с 1896 г.), «Барселонский спорт» («Barcelona Sport»; с 1897 г.) и «Виды спорта» («Los Deportes»; в 1897–1924 гг., с 1899 года – под названием «Велосипедный спорт. Барселонский спорт» («Veloz Sport. Barcelona Sport»))⁹⁸.

Совершенно очевидно, что такой масштаб распространенности спортивной прессы в Испании того периода косвенно дает нам основания для представлений о весьма широкой распространенности самых разных видов спорта в указанный период.

В 1889 году была учреждена первая в Испании футбольная команда «Рекреативо» («Recreativo») в Уэльве (Huelva). В 1896 году

⁹⁸ *Sánchez Postigo F.* Fuentes documentales deportivas aplicadas a la historia de un club deportivo español: Historia del club Atlético de Madrid: Memoria para optar al grado de doctor presentada / Universidad Complutense de Madrid; Facultad de ciencias de la información. – Madrid, 2005. – P. 49–50.

была официально зарегистрирована Испанская федерация велоспорта (*federación de ciclismo*). 7 июня 1898 г. была создана Испанская федерация гимнастики (*Federación Española de Sociedades Gimnásticas*)⁹⁹.

В 1899 году был основан футбольный клуб «Барселона» («*Barcelona*»). 22 октября 1899 г. предприниматель Ханс Гампер разместил в местной газете объявление, приглашавшее заинтересованных лиц принять участие в учреждении футбольного клуба. А 29 ноября 1899 г. в помещении *Gimnas Sole* уже прошла первая встреча учрежденного (на этой встрече) клуба в составе 12 человек, включая Гампера. В 1910 году был утвержден герб этого клуба.¹⁰⁰

Королевский Указ от 23.09.1898 установил ряд требований к физкультурному воспитанию (занятиям гимнастикой) в системе образования¹⁰¹.

Королевский Указ от 17.08.1901¹⁰² установил для общих и технических высших учебных заведений обязательные занятия физической культурой в объеме не менее двух часов в неделю – для всех курсов¹⁰³.

6 марта 1902 г. группа любителей футбола учредила футбольный клуб «*Madrid Club de Futbol*», совет клуба также утвердил спортивную форму клуба. Через три дня клуб принял участие в своих первых матчах. 15 апреля 1902 г. был зарегистрирован устав клуба. 13 мая 1902 г. состоялся первый матч между клубами «Барселона» и «Мадрид». 29 июня 1920 г. Королем Испании клубу «Мадрид» было дозволено использовать звание «Королевский», после чего он и стал носить название, под которым известен сегодня как один из самых успешных в мире.¹⁰⁴

Бокс получает распространение в Испании уже во второй половине XIX века. В 1875 году в Барселоне действует небольшая секция бокса. В 1908 году основана гимназия, где преподается искусство бокса. В 1909-1912 гг. в Барселоне уже действуют два клуба, выступающих с показательными боями¹⁰⁵.

⁹⁹ El comienzo de nuestro deporte en España // <<http://barris.org/noticiaslinks/comienzo.html>>; Deporte en España // <http://es.wikipedia.org/wiki/Deporte_en_Espa%C3%B1a#cite_note-esgrima-0>.

¹⁰⁰ <http://www.fcbarcelona.cat/web/english/club/historia/etapes_historia/etapa_1.html>.

¹⁰¹ *López Fernández I.* Evolución histórica de la formación inicial del profesorado de educación física en España // <http://huespedes.cica.es/aliens/revfuentes/num4/campo_abierto_4.htm>.

¹⁰² Real Orden 17 agosto de 1901 por el que se reorganizan los Institutos Generales y Técnicos.

¹⁰³ *Baena Extremer A.* Repaso histórico de la legislación educativa en educación física escolar // <<http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/22061/1/10.%20Repaso%20Hist%C3%B3rico%20EF.pdf>>.

¹⁰⁴ <<http://www.realmadrid.com/cs/Satellite/es/Club/1193040472586/Historia/Historia.htm>>.

¹⁰⁵ *Sánchez García R.* Boxa i procés de civilització en la societat espanyola // APUNTS. Educació física i esports. – 2009, 2ⁿ trimestre. – № 96. – P. 5–13. – P. 7; *Meyer R., Girard C.* El Boxeo. – Madrid: Publicaciones del Comité Olímpico Español, 1966. – P. 228.

В 1903 г. был впервые разыгран Кубок Испании по футболу.

Ставший впоследствии знаменитым футбольный клуб «Атлетико» был создан 26 апреля 1903 г. группой из числа проживавших в Мадриде студентов-басков и нескольких бывших членов футбольного клуба «Мадрид». Первоначально клуб «Атлетико» был создан как мадридский филиал футбольного клуба «Атлетик» города Бильбао¹⁰⁶.

Хотя впервые Испания приняла участие в Олимпийских играх в 1900 году, Испанский Олимпийский комитет (Comité Olímpico Español) был основан 23 ноября 1912 г.¹⁰⁷

Королевский Указ от 07.07.1912¹⁰⁸ и Королевский Декрет от 30.08.1914 установили требования к физкультурному воспитанию учащихся средних школ¹⁰⁹.

Королевский Указ от 11.08.1919¹¹⁰ ввел фехтование в образовательную программу Мадридского института Instituto Cardenal Cisneros¹¹¹.

Королевский Указ от 29.12.1919¹¹² учредил Центральную Армейскую атлетическую школу (Escuela Central de Gimnasia del Ejército)¹¹³.

Декрет от 29.09.1931 касался физкультурного воспитания и спортивных игр в рамках обучения школьников¹¹⁴.

Декрет от 27.08.1937 о создании Национального совета спорта¹¹⁵ создал указанный Совет¹¹⁶.

Закон Испании от 17.07.1945 о начальном образовании¹¹⁷ еще больше интегрировал физкультурное и спортивное воспитание в начальное образование, введя его в три класса.

¹⁰⁶ *Sánchez Postigo F.* Fuentes documentales deportivas aplicadas a la historia de un club deportivo español: Historia del club Atlético de Madrid: Memoria para optar al grado de doctor presentada / Universidad Complutense de Madrid; Facultad de ciencias de la información. – Madrid, 2005. – P. 13.

¹⁰⁷ <<http://www.coe.es>>.

¹⁰⁸ Real Orden 7 julio de 1912.

¹⁰⁹ *Baena Extremer A.* Repaso histórico de la legislación educativa en educación física escolar // <<http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/22061/1/10.%20Repaso%20Hist%C3%B3rico%20E.F.pdf>>.

¹¹⁰ Real Orden 11 agosto de 1919.

¹¹¹ *Baena Extremer A.* Repaso histórico de la legislación educativa en educación física escolar.

¹¹² Real Orden 29 diciembre de 1919.

¹¹³ *Baena Extremer A.* Repaso histórico de la legislación educativa en educación física escolar.

¹¹⁴ *López Fernández I.* Evolución histórica de la formación inicial del profesorado de educación física en España // <http://huespedes.cica.es/aliens/revfuentes/num4/campo_abierto_4.htm>.

¹¹⁵ Decreto 27 agosto de 1937 sobre creación del Consejo Nacional de Deportes.

¹¹⁶ *Baena Extremer A.* Repaso histórico de la legislación educativa en educación física escolar; *López Fernández I.* Evolución histórica de la formación inicial del profesorado de educación física en España.

¹¹⁷ Ley de educación primaria de 17 de Julio de 1945 // Boletín oficial del Estado. – 18.07.1945.

Тем не менее, Испанское государство не особенно торопилось глубоко вторгаться со своей нормативно-правовой регламентацией и управленческими воздействиями в автономную область спорта.

Первый в Испании общегосударственный полноценный и профильный Закон о спорте был принят сравнительно недавно (по сравнению с Италией, к примеру) – в 1961 году¹¹⁸. Это был подписанный Ф. Франко Закон Испании № 77/1961 от 23.12.1961 о физической культуре¹¹⁹.

Представляет определенный интерес то, что преамбула указанного Закона Испании, по-видимому, в целях формирования большего интереса населения Испании к спорту, содержала отсылки к словам Папы Римского Иоанна XXIII, сказанным им во время проведения Олимпийских игр в Риме: «В спорте действительно возможно обнаружить истинные и твердые христианские добродетели, которые благодаря Божественной благодати позже стали стабильными и плодотворными; в духе спортивной дисциплины изучаются и практикуются повиновение, смирение, жертвование; в командных связях и соревнованиях – милосердие, любовь, братство, взаимное уважение, великодушие, иногда даже прощение; в жестких законах спорта – самоотдача, непорочность, скромность, умеренность, благоразумие».

Там же в преамбуле был выражен важнейший публичный приоритет Испании: «Закон устанавливает физкультурную подготовку как фундаментальную часть испанского образования, а практику спорта – как ее практическое воплощение, освобождая эти понятия от любого оттенка ограниченности или лишения применительно ко всей полноте испанского общества».

Статья 1 Закона добавила: «Физкультурное воспитание – школа добродетелей и необходимая часть образования, завершающая формирование личности человека, составная часть общих требований к воспитанию человека, согласно фундаментальным началам национального движения, и одна из функций публичного управления в интересах всех испанцев».

¹¹⁸ Redondo Castán J., Carlos y Cuadrado Sáenz G. La gestión deportiva en el curriculum de los licenciados en ciencias de la activiada física y del deporte en España // <http://deportegalego.es/adjuntos/cEnlacesDescargas/194_2_axestiaon.pdf>; Baena Extremer A. Repaso histórico de la legislación educativa en educación física escolar // <<http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/22061/1/10.%20Repaso%20Hist%C3%B3rico%20E.F.pdf>>.

¹¹⁹ Ley № 77/1961, de 23 de diciembre de 1961, sobre Educación Física // Boletín Oficial del Estado. – 27.12.1961. – № 309. – P. 18125–18129. <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1961-23723>; <<http://www.boe.es/boe/dias/1961/12/27/pdfs/A18125-18129.pdf>>.

Статья 2 устанавливала: «Государство признает и гарантирует право испанцев на физкультурное воспитание и на занятие физической культурой. Как эффективный способ санитарной профилактики и способ улучшения здоровья, необходимость физкультурного воспитания носит публичный характер и вследствие этого получит защиту и помощь государства. Спорт, как одно из главных средств физкультурного воспитания и выразитель жизни и общего прогресса, также будет объектом внимания и стимулирующего воздействия со стороны государства».

В соответствии со статьей 3 Закона, в целях придания надлежащего значения и поощрения спорта был создан Национальный совет по физической культуре и спорту (*Delegación Nacional de Educación Física y Deportes*). Глава 7 указанного Закона установила функции, права и обязанности, структуру Национального совета по физической культуре и спорту.

Органы государственной власти, общественные движения, публичные корпорации, официальные и частные организации были обязаны статьей 4 Закона сотрудничать с Национальным советом по физической культуре и спорту для координации и осуществления спортивной деятельности.

В Преамбуле Закона и его статье 15 (глава 6) были закреплены положения о создании Национального института физической культуры (*Instituto de Educación Física*) – «для подготовки и повышения квалификации учителей физкультуры и спортивных тренеров». Указанный Институт был подчинен Национальному совету по физической культуре и спорту. Дополнительно Институту были вменены обязанности проведения научных исследований и практик, ориентированных на совершенствование по всем аспектам, связанным с физкультурным воспитанием. Статьи 16 и 17 регулировали ряд вопросов функционирования указанного Института, который был открыт в соответствии с этим законом в Мадриде.

Закон Испании № 77/1961 от 23.12.1961 о физической культуре также установил:

- формы интеграции физкультурного воспитания в испанскую систему образования (глава 3 – статьи 5–10);
- организационно-правовые формы и правовые основы деятельности физкультурно-спортивных организаций (глава 5 – статьи 12–14);
- вопросы дисциплинарной юрисдикции (глава 8 – статьи 24–25);
- правовые основы планирования деятельности и финансового обеспечения органов государственного и муниципального управления спортом (глава 9 – статьи 26–29);
- правовое регулирование налогового стимулирования любительского спорта (глава 10 – статьи 30–33);

- правовые основы спортивной медицины (глава 11 – статья 34);
- правовые основы и формы спортивной пропаганды (глава 12 – статья 35);
- статус и правовые основы деятельности Испанского олимпийского комитета (глава 13 – статьи 36–39).

Декрет № 1321/63 от 05.06.1963 дополнительно урегулировал ряд вопросов, связанных с указанным выше Национальным институтом физической культуры¹²⁰.

Следующим важным шагом в развитии правового регулирования спорта (в данном случае – применительно к системе образования) явилось принятие Общего закона об образовании и о финансировании реформы образования от 04.08.1970¹²¹, создавшего условия для эффективного развития физкультурного и спортивного воспитания в системе образования (пункт 6 Второго переходного положения и др.).

Независимый орган государственного управления в области спорта в Испании – Высший совет по спорту (Consejo superior de deportes) – был учрежден в 1977 году статьей 1 Королевского Декрета № 2258/1977 от 27.08.1977 об организационной структуре и функциях Министерства культуры¹²².

Статья 13 этого Королевского Декрета урегулировала статус и деятельность указанного совета. Согласно части 1 статьи 13 Королевского Декрета, автономный орган Высший совет по спорту создается для организации, планирования и развития физической культуры и спорта всех видов, координации деятельности общественных объединений спортивной направленности, сотрудничества с Испанским олимпийским комитетом, управления, развития и продвижения центров и служб в области физической культуры и спорта, преподавательской и исследовательской деятельности по этим направлениям, регулирования и технического инспектирования спортивной деятельности и спортивных мероприятий.

¹²⁰ Redondo Castán J., Carlos y Cuadrado Sáenz G. La gestión deportiva en el curriculum de los licenciados en ciencias de la activiada física y del deporte en España // <http://deportegalego.es/adjuntos/cEnlacesDescargas/194_2_axestiaon.pdf>.

¹²¹ Ley 14/1970, de 4 de agosto de 1970, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa // Boletín Oficial del Estado. – 06.08.1970. – № 187. – P. 12525–12546. <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1970-852>; <<http://www.boe.es/boe/dias/1970/08/06/pdfs/A12525-12546.pdf>>.

Был отменен Органическим законом № 2/2006 от 03.05.2006.

¹²² Real Decreto № 2258/1977, de 27 de agosto de 1977, sobre estructura orgánica y funciones del Ministerio de Cultura // Boletín Oficial del Estado. – 01.09.1977. – № 209. – P. 19581–19584. <<http://www.boe.es/boe/dias/1977/09/01/pdfs/A19581-19584.pdf>>; <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1977-21144>.

Вступил в силу с 1 сентября 1977 г.

Королевский Декрет № 2960/1978 от 03.11.1978 об организационной структуре и функциях Высшего совета по спорту¹²³, принятый в развитие вышеуказанного Королевского Декрета, уточнил структуру, статус и функционал органов управления Высшего совета по спорту.

Принятый в 1980 году Закон Испании о физической культуре и спорте № 13 от 31.03.1980¹²⁴ действовал до 1990 года.

По мнению ряда испанских экспертов, недостатками Закона Испании от 31.03.1980 были следующие:

- автономии могли иметь свой собственный закон, только если он не противоречил национальному (центральному) законодательству Испании о спорте, что привело к некоторым сложностям;
- этот закон регулировал спорт только в контексте отдыха и бизнеса.¹²⁵

На основе указанного Закона Испании было принято несколько Королевских Декретов.

Так, Королевский Декрет № 2337/1980 от 17.10.1980 об организационной структуре Высшего совета по спорту¹²⁶ внес ряд изменений в структуру и полномочия указанного совета.

Королевский Декрет № 177/1981 от 16.01.1981 о спортивных клубах и федерациях¹²⁷ устанавливал:

- понятие спортивного клуба и спортивной федерации (статья 1);
- основания и условия создания спортивных клубов и спортивных федераций (статьи 1 и 3);
- требования к уставам спортивных клубов и спортивных федераций (статьи 2, 4, 9 и 10);
- требования к уставам испанских спортивных федераций (статья 5);
- требования и порядок регистрации спортивных клубов и спортивных федераций (статьи 6–11);

¹²³ Real Decreto № 2960/1978, de 3 de noviembre de 1978, sobre estructura orgánica y funciones del Consejo Superior de Deportes // Boletín Oficial del Estado. – 18.12.1978. – № 301. – P. 28403–28405. <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/18/pdfs/A28403-28405.pdf>>. <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1978-30474>.

¹²⁴ Ley 13/1980, de 31 de marzo de 1980, General de la Cultura Física y del Deporte // Boletín Oficial del Estado. – 12.04.1980. – № 89. – P. 7908–7913. <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1980-7635>.

¹²⁵ <http://www.tecnicosfutbol.com/datos/descargas/ANTERIOR_A_2010/Area_tecnica/Escuela_Catalana/ORGANIZACION_LEGISLACION_DEL_DEPORTE_NIVEL_1.pdf>.

¹²⁶ Real Decreto № 2337/1980, de 17 de octubre de 1980, sobre estructura orgánica del Consejo Superior de Deportes // Boletín Oficial del Estado. – 31.10.1980. – № 262. – P. 24288. <<http://www.boe.es/boe/dias/1980/10/31/pdfs/A24288-24288.pdf>>.

¹²⁷ Real Decreto № 177/1981, de 16 de enero de 1981, sobre clubs y federaciones deportivas // Boletín Oficial del Estado. – 14.02.1981. – № 39. – P. 3408–3412. <<http://www.boe.es/boe/dias/1981/02/14/pdfs/A03408-03412.pdf>>; <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1981-3531>.

- условия и порядок ликвидации спортивных клубов и спортивных федераций (статьи 12, 20 и 27);
- требования к структуре спортивных клубов и спортивных федераций (статьи 14 и 21–23);
- требования к процедурам выборов руководящих органов спортивных клубов и спортивных федераций (статьи 15 и 16);
- требования к отчетности спортивных клубов и спортивных федераций (статья 17);
- требования к соблюдению спортивными клубами и спортивными федерациями своих уставов и испанского законодательства (статья 19);
- требования к экономической и финансовой деятельности спортивных клубов и спортивных федераций (статьи 30 и 31);
- основания признания спортивных клубов и спортивных федераций организациями общественной пользы (со всеми вытекающими отсюда последствиями в виде льготного налогового режима, государственной поддержки и др.) (статьи 34–37).

Королевский Декрет № 643/1984 от 28.03.1984 о структуре испанских спортивных федераций¹²⁸ устанавливал ряд требований к указанным организациям (в том числе к их структуре), но в то же время предоставил им существенно больше свобод, чем было установлено законом 1980 года. В преамбуле этого Королевского Декрета подчеркивалось, что «связь испанских спортивных федераций с государственной администрацией все более очевидна по мере того как эти федерации увеличивают свою совокупную практическую активность на испанской территории. Когда испанские спортивные федерации управляют делами или состязательностью очевидного публичного характера, действуя как агенты государственной администрации, эта деятельность может иметь значение для организации и для обеспечения функционирования, благоприятствующего управлению в области спорта». Согласно статье 1 указанного Королевского Декрета, испанские спортивные федерации, как организации, объединяющие спортсменов и спортивные ассоциации одного и того же вида спорта внутри испанской территории, регулируются положениями Общего Закона о физической культуре и спорте, настоящим Королевским Декретом и актами, которые будут приняты в их развитие, а также уставами и внутренними регламентами спортивных федераций. Испанские спортивные федерации обслуживают специфическое развитие соответствующего определенного вида спорта посредством реализации собственных функций и делегированных уполномоченным органом власти функций при координации Высшим советом по спорту.

¹²⁸ Real Decreto № 643/1984, de 28 de marzo de 1984, de estructuras federativas deportivas españolas // Boletín Oficial del Estado. – 03.04.1984. – № 80. – P. 9290–9291. <<http://www.boe.es/boe/dias/1984/04/03/pdfs/A09290-09291.pdf>>.

Статья 2 этого Королевского Декрета устанавливала, что функции, делегированные испанским спортивным федерациям, призванные обеспечивать развитие видов спорта, проводить официальные соревнования, осуществлять сотрудничество в создании спортивно-технической регламентации, в обеспечении спортивной дисциплины, должны осуществляться в установленных территориальных границах и в рамках общего планирования спорта, установленного Высшим советом по спорту, обеспечиваются соответствующим финансированием со стороны государства. Статьи 3–8 Королевского Декрета устанавливали требования к структуре испанских спортивных федераций. Статья 11 Королевского Декрета устанавливала основания для невозможности замещения лицом должностей президента и остальных руководителей испанских спортивных федераций: наличие судимости, отсутствие испанского гражданства, признание недееспособным в судебном порядке, одновременное замещение аналогичных должностей в другой испанской спортивной федерации.

В настоящее время законодательство Испании о спорте насчитывает значительное количество нормативных правовых актов – как общеиспанских (центральных), так и региональных.

Прежде всего, следует упомянуть конституционную гарантию права на спорт, установленную Конституцией Испании от 27.12.1978 (с последующими изменениями): «Органы публичной власти способствуют развитию... физической культуры, а также способствуют правильному использованию досуга» (часть 3 статьи 43)¹²⁹. Конституция Испании относит к компетенции автономных сообществ (регионов) «спортивные порты, не связанные с коммерческой деятельностью» (пункт 6 части 1 статьи 148), «развитие спорта и организацию досуга» (пункт 19 части 1 статьи 148)¹³⁰.

Основным законом о спорте в настоящее время является Закон Испании о спорте № 10/1990 от 15.10.1990 (с последующими изменениями)¹³¹.



¹²⁹ Constitución Española. 15ª edición, abril 2010. – Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2010. <<http://www.boe.es>>. Первая редакция: Boletín Oficial del Estado. – 29.12.1978. – № 311-1. Перевод по: Конституции государств Европы: В 3 т. Т. 2 / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. – М.: НОРМА, 2001. – 840 с. – С. 59.

¹³⁰ Constitución Española. Перевод по: Конституции государств Европы: В 3 т. Т. 2. – С. 83.

¹³¹ Ley № 10/1990 de 15 de octubre de 1990 del deporte // Boletín Oficial del Estado. – 17.10.1990. – № 249. <http://www.aladde.org/docs/LEY10_de_1990.pdf>; <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1990-25037>; <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l10-1990.html>; <http://recursos.cnice.mec.es/edfísica/profesorado/panel_informativo/ley_del_deporte.pdf>.

Гуленков М.С. Римский классический узуфрукт и право личного пользования в отечественной системе ограниченных вещных прав (сравнительно-правовой анализ)¹³²

В статье 216 Гражданского кодекса Российской Федерации закреплён перечень ограниченных вещных прав. В настоящее время к ним относятся: право пожизненного наследуемого владения земельным участком, право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, сервитуты, право хозяйственного владения имуществом и право оперативного управления имуществом.

Многие авторы отмечают, что данный перечень ограниченных вещных прав является весьма узким и недостаточным, в связи с чем не может рассматриваться как исчерпывающий¹³³. В.А. Батури́н отмечает, что данный перечень ограниченных вещных прав не может в полной мере отвечать интересам нынешней российской экономики¹³⁴ и что законодательство об ограниченных вещных правах необходимо расширять и приводить в соответствие с западными стандартами.

В проекте новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации мы можем видеть, что законодатель планирует ввести в отечественную систему ограниченных вещных прав такой институт, как узуфрукт. А.В. Барков считает, что попытки реформаторов гражданского законодательства внести серьезные изменения в

¹³² **Гуленков Михаил Сергеевич** – аспирант Московской академии экономики и права, секретарь судебного заседания Арбитражного суда Московской области. В статье приводится сравнительный анализ правовых конструкций узуфрукта по римскому праву и по отечественному законодательству (по положениям, разработанным в проекте новой редакции Гражданского кодекса РФ, представленном на всеобщее обозрение на официальном сайте Высшего арбитражного суда Российской Федерации).
Ключевые слова: узуфрукт, право личного пользования, ограниченные вещные права, римское право.

Goulenkov M.S. Roman classical usufruct and right of personal use in the domestic system of limited property rights (comparative legal analysis).

The article is devoted to a comparative analysis of the legal structure of the usufruct of the Roman law and domestic legislation (in accordance with the Provisions of the new draft Civil Code, presented on public review at the official website of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation).

Keywords: usufruct, right of personal use, limited property rights, the Roman law.

¹³³ Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Под ред. П.В. Крашенинникова. – М.: Статут, 2011. – С. 728; *Дроздов И.А., Козырь О.М.* О вещных правах на земельные участки и иные природные объекты // Закон. – 2009. – № 5. – С. 57.

¹³⁴ См.: *Батури́н В.А.* Система ограниченных вещных прав в современном гражданском законодательстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2009. – С. 3.

институт ограниченных вещных прав¹³⁵ заслуживает поддержки и одобрения¹³⁶.

Убедительным доводом в пользу того, что формирование института узуфрукта в отечественном законодательстве об ограниченных вещных правах – важное и целесообразное нововведение, служит то обстоятельство, что правовая конструкция узуфрукта, разработанная римскими юристами¹³⁷, практически без изменений применяется в нынешнее время в правовых системах многих экономически сильно развитых стран.

Приведем пример. В «Дигестах» Юстиниана присутствуют следующие слова Павла: «Узуфрукт есть право пользоваться чужими вещами и извлекать из них плоды с сохранением в целостности субстанции вещей»¹³⁸. Не будет преувеличением сказать, что эту же мысль (разумеется, выраженную несколько иными словами) мы находим в §1030 и §1036 Гражданского уложения Германии: «Вещь может быть обременена таким образом, чтобы лицо, в пользу которого установлено обременение, имело право извлекать выгоды от пользования вещью (uzufrukt)», «Осуществляя свое право, пользователь обязан сохранить хозяйственное назначение вещи и обращаться с ней в соответствии с правилами о надлежащем ведении хозяйства»¹³⁹.

Аналогичным образом, А.В. Барков считает, что вышеуказанное изречение Павла практически без изменений встречается в статье 578 Французского гражданского кодекса¹⁴⁰.

В настоящей статье проводится сравнительный анализ правовой конструкции узуфрукта, которая применялась в Римской Империи, и модели узуфрукта, которую предполагается ввести в отечественное законодательство об ограниченных вещных правах (в соответствии с проектом новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации, представленным на всеобщее обозрение на официальном сайте Высшего арбитражного суда Российской Федерации).

¹³⁵ В том числе, формирование узуфрукта. – Прим. автора.

¹³⁶ Барков А.В. Легализация правовой модели социального (семейного) узуфрукта: достоинства и недостатки // <<http://justicemaker.ru/view-article.php?id=4&art=503>>. (Последнее посещение 19.09.2011).

¹³⁷ Дигесты Юстиниана были составлены в 529–534 гг.

¹³⁸ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: В 2 т. Т.1: Древний мир и Средние века / Сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз; отв. ред. Н.А. Крашенинникова. – М.: Норма, 2009. – С. 327.

¹³⁹ Гражданское уложение Германии. 3-е изд., перераб. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – С. 368–369.

¹⁴⁰ Барков А.В. Легализация правовой модели социального (семейного) узуфрукта: достоинства и недостатки.

В данной статье мы будем проводить сравнение указанных правовых моделей по основаниям, которые кажутся нам наиболее существенными, и первое из них, что можно выделить, – форма установления права личного пользования.

В соответствии со статьей 302-2 Проекта изменений в раздел II Гражданского кодекса РФ¹⁴¹, соглашение об установлении права личного пользования должно быть совершено в письменной форме путем составления единого документа, подписанного сторонами. Право личного пользования может быть установлено путем соглашения или приобретаться в порядке наследования.

В римском праве узуфрукт мог приобретаться исключительно путем заключения письменного соглашения. Так, Д.В. Дождев указывает: «Узуфрукт – право пользования и извлечения плодов – устанавливается в пользу конкретного лица и не может быть ни отчужден, ни передан по наследству, отчего с необходимостью является срочным: его продолжительность во времени ограничена по крайней мере жизнью выгодополучателя»¹⁴². В то же время, узуфруктуарий мог принимать на себя определенные обязанности, устанавливаемые формально-устными договорами, В.А. Батурин пишет на этот счет: «Узуфруктуарий (имеющий право узуфрукта) мог принимать определенные обязанности, установленные формально устными договорами – *stipulatio*. Он должен был заботиться о поддержании постоянной доходности вещи, обращаться с ней заботливо и охранять от повреждений. Все затраты на вещь нес узуфруктуарий, в том числе повинности и подати. При возвращении вещь должна была быть в состоянии, годном для дальнейшего правильного пользования ею. В обеспечение выполнения этих обязанностей, а также возвращения предмета узуфрукта после смерти узуфруктуария было введено преторское обеспечение путем стипуляции – *cautio usufructuaria*. Исключение из этой обязанности делалось для узуфрукта отца над имуществом сына»¹⁴³.

Итак, первое, что можно сказать о правовых конструкциях узуфрукта в римском праве и в отечественном гражданском праве, – в обоих случаях узуфрукт устанавливается путем письменного соглашения, однако по римскому праву он не может передаваться по наследству, в то время как в планируемом новом Гражданском Кодексе РФ такая форма приобретения права личного пользования предусматривается.

¹⁴¹ См: Проект изменений в раздел II ГК РФ (статья 302-2 – виды вещных прав) // <http://www.arbitr.ru/_upimg/733FFC289F062808694E12ABA110BC7B_II.pdf>. (Последнее посещение 19.09.2011).

¹⁴² Дождев Д.В. Римское частное право: Уч. / Под общ. ред. В.С. Нерсисянца. 3-е изд., испр. и доп. – М.: Норма : ИНФРА-М, 2011. – С. 468.

¹⁴³ Батурин В.А. Система ограниченных вещных прав в современном гражданском законодательстве: Дис. ... канд. юридич. наук. – Краснодар, 2009. – С. 69.

В то же время нужно отметить, что по римскому праву узуфруктуарий мог принимать на себя дополнительные обязанности (в первую очередь по содержанию вещи, например, относительно условий, в которых следовало содержать рабов, если они предоставлялись узуфруктуарию по праву личного пользования), которые могли быть установлены устной договоренностью. В проекте новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации четко устанавливается, что пользователь обязан содержать вещь надлежащим образом и не допускать ухудшения ее состояния. Он же несет расходы по улучшению вещи, которые, как правило, ему не компенсируются¹⁴⁴. Следует отметить, что в римском праве узуфруктуарий не имел права даже улучшать вещь¹⁴⁵, он обязан был ее сохранять совершенно неизменной.

Второе основание сравнения – объект права личного пользования. В соответствии с проектом новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации, объектом права личного пользования может быть недвижимая вещь. Право личного пользования в отношении здания распространяется на земельный участок, на котором здание расположено. Пользователь пользуется общим имуществом собственников помещений в здании в том же объеме, что и собственник помещения. Объектом права личного пользования может быть жилое помещение, а также не являющаяся недвижимой вещью часть (одна или несколько комнат в квартире или жилом доме) в обремененном пользованием жилым помещением. То есть объектом права личного пользования может быть только недвижимая вещь.

Что касается римского права, то установлено, что объектом узуфрукта может быть только плодоносящая и не потребляемая в ходе ее хозяйственного использования вещь. Выгодополучатель присваивает себе плоды от такой вещи и имеет право пользоваться ею, не меняя ее хозяйственного назначения.

В Римской Империи узуфрукт мог быть установлен как на недвижимую, так и на движимую вещь, в том числе на скот и на рабов. Любопытно отметить, что, как отмечал профессор Дорн, узуфруктуарий мог использовать раба только в тех целях, в каких его использовал хозяин (то есть если у хозяина раб занимался дойкой домашнего скота, то и у правопользователя он должен был заниматься этим)¹⁴⁶. Чтобы использовать раба в иных целях, узуфруктуарий обязан был сначала его этому научить. Однако принципиально новое употребление раба не допускалось вовсе. То есть раба-носильщика можно было «переучить» и использовать в

¹⁴⁴ Ахметьянова З.А. Вещное право: Уч. – М.: Статут, 2011. – С. 325.

¹⁴⁵ Дождев Д.В. Римское частное право: Уч. – С. 469.

¹⁴⁶ См: Дорн Л. Об узуфрукте по римскому праву. Т. 1. – СПб., 1871. – С. 224, 225.

качестве строителя, но, например, раба-актера использовать в качестве стражника запрещалось, так как это предполагает существенное изменение экономического предназначения вещи, что неизбежно прекращает узуфрукт, так как одна из основных черт узуфрукта – оставление «сущности» вещи неизменной.

Итак, существенная разница между римским узуфруктом и отечественным – состав объекта права личного пользования. По проекту новой редакции Гражданского кодекса РФ объектом права личного пользования может быть только недвижимая вещь, по римскому праву – как недвижимая, так и движимая.

В то же время З.А. Ахметьянова отмечает, что первоначально планировалось предусмотреть возможность установления узуфрукта и на недвижимое имущество, но впоследствии российский законодатель от этого отказался¹⁴⁷.

Следующим критерием сравнительного анализа выступает субъект права личного пользования.

В соответствии с проектом нового Гражданского кодекса предполагается ввести два вида узуфрукта – общий и семейный (социальный). Субъектом может быть физическое лицо или некоммерческая организация, но в любом случае узуфрукт устанавливается исключительно в некоммерческих целях. Общий узуфрукт может быть установлен путем соглашения, подписанного сторонами. Социальный узуфрукт устанавливается в строго предусмотренных законом случаях. Он допускается в том случае, когда правомочия владения и пользования вещь узуфруктуарий осуществляет совместно с собственником данной вещи в силу наличия между ними семейных отношений. Он призван обеспечивать некоторые социально значимые (прежде всего жилищные) интересы лиц, имеющих право на получение содержания от собственника: супруга, несовершеннолетних детей, престарелых родителей, нетрудоспособных иждивенцев и т.п. Круг таких лиц должен быть строго предусмотрен законом. Основанием для установления социального узуфрукта может быть как соглашение сторон, так и судебное решение. Необходимым основанием для установления социального узуфрукта является факт проживания лиц, имеющих право на узуфрукт, с собственником жилого помещения¹⁴⁸.

В римском же праве также предусматривалась возможность установления узуфрукта путем заключения письменного соглашения. Узуфруктуарием могло быть только физическое лицо. Интересно проследить, в каких случаях установление узуфрукта в Римской Империи носило социальный характер.

¹⁴⁷ Ахметьянова З.А. Вещное право: Уч. – М.: Статут, 2011. – С. 325.

¹⁴⁸ Там же. – С. 324.

Первоначально право личного пользования было призвано обеспечить алиментами вдову, не перешедшую во власть мужа: наследодатель создавал для нее возможность пожизненно пользоваться плодами какой-либо вещи с тем условием, что собственность на вещь оставалась у его семьи. Сущность данного института в том, что одному лицу принадлежат отдельные – связанные с потребительной стоимостью вещи – правомочия собственника, тогда как титул и право распоряжения остаются у собственника¹⁴⁹.

Распространенным способом установления узуфрукта было его предоставление в качестве приданого¹⁵⁰.

Особый случай представляет собой «законный» узуфрукт, возникающий автоматически на стороне домовладыки в отношении материнского имущества подвластного сына, а также на стороне мужа в отношении приданого, собственность на которое в случае прекращения брака в результате смерти супруги или по ее вине принадлежала детям.

Особенностью римского узуфрукта является модель квазиузуфрукта – узуфрукта на все имущество. Объектом квазиузуфрукта могло быть все наследственное имущество, в том числе употребляемое. Однако такую правовую конструкцию нельзя считать узуфруктом в полной мере, и классики ее таковой не признавали. Связано это с тем, что фактически узуфруктуарий получал не право личного пользования, а право собственности на вещи, которыми мог располагать по своему усмотрению¹⁵¹.

Представим проведенный анализ в виде таблицы.

<i>Основание сравнения</i>	<i>Узуфрукт в Римской Империи</i>	<i>Планируемый узуфрукт в российской системе ограниченных вещных прав</i>
Форма установления	Письменное соглашение, устная договоренность по вопросу особенности содержания вещи	Письменное соглашение
Способ приобретения	Письменное соглашение	Письменное соглашение, приобретение по наследству
Объект права личного пользования	Движимая или недвижимая вещь	Только недвижимая вещь.
Субъект права личного пользования	Физическое лицо	Физическое лицо, некоммерческая организация

¹⁴⁹ Дождев Д.В. Римское частное право: Уч. – С. 468.

¹⁵⁰ Там же. – С. 473.

¹⁵¹ Там же. – С. 474.

Хотя и имеются существенные различия между правовой моделью узуфрукта, применявшегося в Римской Империи, и моделью, которую законодатель планирует ввести в отечественное законодательство, тем не менее представляется, что формирование института узуфрукта в отечественной системе ограниченных вещных прав приблизит отечественное гражданское законодательство к образцу западных стран, с развитыми, сильными экономиками и, несомненно, принесет плоды.



Худоешко А.А. История развития и правовые особенности современного законодательного закрепления процедуры ампаро в Аргентине¹⁵²

Важнейшим конституционно-правовым механизмом защиты прав человека в ряде стран мира является механизм ампаро.

Ампаро (исп. *amparo* – покровительство, защита, помощь) – в праве Испании и ряда стран Латинской Америки (Мексика, Эквадор, Перу и др.) особая процедура, являющаяся средством защиты основных конституционных прав личности, во многом сходная с конституционной жалобой¹⁵³.

Испанско-русский юридический словарь А.П. Скурихина дает следующее толкование понятию «ампаро»:

«*Amparo* т. 1) ампаро, средство, процедура и т.д. защиты (конституционных) прав (судебный контроль за соблюдением конституционных гарантий и правопорядка – по охвату обычно шире *habeas corpus*); судебное покровительство; судебный контроль за законностью ареста и содержания под стражей; 2) защита, помощь; 3) освобождение, изъятие; 4) помилование; 5) право ведения горных разработок;

interponer acción de amparo – заявлять ходатайство в порядке ампаро, требовать судебной защиты в порядке ампаро; возбуждать дело об ампаро;

acción del amparo – дело в порядке ампаро; средство судебной защиты ампаро;

juicio de amparo – процедура ампаро; производство в порядке ампаро, разбирательство по процедуре ампаро; иск об ампаро, ходатайство о судебной защите, иск об издании судебного приказа о защите прав; судебный приказ о защите прав;

juicio de amparo – процедура ампаро; производство в порядке ампаро, разбирательство по процедуре ампаро; иск об ампаро,

¹⁵² **Худоешко Анастасия Александровна** – аспирант юридического факультета имени М.М. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

В статье рассматриваются общее понятие и ценностные основания процедуры ампаро, а также история и особенности законодательного закрепления и развития процедуры ампаро в законодательстве Аргентины.

Ключевые слова: Конституция, права и свободы человека и гражданина, защита конституционных прав, процедура ампаро, Аргентина.

Khudoeshko A.A. History and legal features of a modern legal regulation of amparo in Argentina.

The article is about the general concept and value foundations of amparo, about the history and features of development of the legislation on amparo in Argentina.

Keywords: Constitution, rights and liberties, protection of the constitutional rights, amparo procedure, Argentina.

¹⁵³ <<http://dic.academic.ru/dic.nsf/lower/12967>>.

ходатайство о судебной защите, иск об издании судебного приказа о защите прав; судебный приказ о защите прав;

ley de amparo – закон об ампаро, закон о защите прав или конституционных гарантий;

recurso de amparo – [Аргентина, Чили, Испания, Мексика] ампаро, средство, процедура и т. д. защиты прав; судебный контроль за законностью ареста и содержания под стражей; ходатайство об ампаро, ходатайство о выдаче приказа об ампаро;

tipos procedimentales del juicio de amparo – виды процедуры ампаро;

amparo contra decisiones judiciales – использование процедуры ампаро для обжалования судебных решений;

amparo contra leyes – использование процедуры ампаро для обжалования законов;

amparo de [al] – под защитой; по распоряжению;

amparo legal – защита закона;

amparo social – социальное обеспечение или вспомоществование»¹⁵⁴.

Понятие, природа, формы и иные особенности ампаро в российской правовой науке исследованы весьма слабо или, в лучшем случае, лишь фрагментарно.

Можно указать масштабные и многоаспектные научные исследования ампаро на примере Мексики (преимущественно, хотя затрагивается и опыт иных латиноамериканских стран – Перу, Бразилии, а также опыт Испании), выполненные, пожалуй, самым крупным исследователем этого круга вопросов в России А.А. Клишасом¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Скурихин А.П. Испанско-русский юридический словарь. – 2-е изд., стереотип. – М.: Рус. яз. – Медиа; Дрофа, 2008. – 539 с. – С. 34–35.

¹⁵⁵ Клишас А.А. Конституционный контроль и конституционное правосудие в зарубежных странах: Автореф. дис. ... докт. юридич. наук: 12.00.02 / Московский университет МВД России. – М., 2007; Клишас А.А. Конституционный контроль и конституционное правосудие зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / Под общей ред. д.ю.н., проф. В.В. Еремяна. – М.: Международные отношения, 2007. – 496 с.; Клишас А.А. Процедура ампаро как форма конституционного контроля в Мексике: Дис. ... канд. юридич. наук: 12.00.02. – М., 2002. – 209 с.; Клишас А.А. Конституционный контроль и конституционное правосудие зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование / Под общ. ред. В.В. Еремяна. – М.: Международные отношения, 2007. – 495 с.; Клишас А.А. «Прямое ампаро» как один из видов конституционного правосудия в Мексике: Проблемы доктринального характера // Российский судья. – 2006. – № 6. – С. 12–16; Клишас А.А. Процедура «прямого ампаро»: Правовые основы организации и конституционно-правовой юрисдикции // Российский следователь. – 2006. – № 5. – С. 58–64; Клишас А.А. Конституционная юстиция в Мексике. Специфика судопроизводства в рамках «процедуры ампаро» // Право и политика. – 2004. – № 2. – С. 26–37; № 3. – С. 43–56; Клишас А.А. «Косвенное ампаро» как институт конституционного контроля и специализированного правосудия // «Черные дыры» в Российском законодательстве. – 2007. – № 1. – С. 13–17; № 2. – С. 11–16; № 3. – С. 12–18; № 4. – С. 15–20; Клишас А.А. Компетенция органов судебной власти в Мексике по рассмотрению дел в рамках «процедуры ампаро» // Вестник РУДН. Серия «Юридические науки». – 2002. – № 2. – С. 45–53, и мн. др.

Сравнительный анализ процедур рассмотрения органами конституционной юстиции ходатайств о защите (ампаро) на примере Мексики и Испании был в некоторой степени произведен Т.А. Николаевой¹⁵⁶, дополнившей картину содержания ампаро, созданную ранее А.А. Клишасом. В частности, § 2 второй главы ее диссертации был посвящен исследованию характерных черт процедуры ампаро на примере Мексики и Испании.

Также следует упомянуть посвященные содержанию и особенностям ампаро в законодательстве Испании работы И.С. Зоновой¹⁵⁷ и Г.С. Куликова¹⁵⁸.

Уместно также отметить изданный Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ трехтомник «Конституции государств Америки», из которого интерес представляет третий том¹⁵⁹, содержащий переводы конституционных норм государств Латинской Америки по указанной теме, а также вышедший в 2007 году сборник «Аргентинская Республика: конституционный строй, права человека, выборы», где содержится перевод аргентинского закона об ампаро¹⁶⁰.

Согласно А.А. Клишасу, «“процедура ампаро” (el juicio de amparo) – система специализированного судебного контроля, на протяжении многих десятилетий действующая в ряде государств Латинской Америки»¹⁶¹. При этом «процедура ампаро, являясь одним из важнейших демократических институтов страны на рубеже веков, представляет собой уникальный механизм обеспечения конституционной законности и правопорядка, осуществляемый посредством самостоятельного судопроизводства, возбуждаемого по инициативе потерпевшей стороны, и вынесения решения о неконституционности обжалуемого нормативного акта или действия должностного лица, влекущего за собой установленные законодательством правовые последствия... “Ампаро” является не

¹⁵⁶ Николаева Т.А. Обращения граждан в органы конституционной юстиции Российской Федерации и зарубежных стран: сравнительно-правовой анализ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.02 / РАГС при Президенте РФ. – М., 2008; Николаева Т.А. Процедура ампаро в Испании // Журнал конституционного правосудия. – 2008. – № 3. – С. 30–34.

¹⁵⁷ Зонова И.С. Институт колониального ампаро в Новой Испании // Проблемы современного российского и международного права. Сборник научных трудов. – М.; Калининград: Изд-во КГУ, 2005. – С. 87–95.

¹⁵⁸ Куликов Г.С. Возникновение и развитие конституционного правосудия в Испании: Дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.02 / Институт государства и права РАН. – М., 2002. – 139 с. <<http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/98896.html>>.

¹⁵⁹ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. – Т. 3: Южная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2006. – 1168 с.

¹⁶⁰ Аргентинская Республика: конституционный строй, права человека, выборы: Пер. с исп. / Ред.-сост. Н.М. Миронов. – М.: Ленанд, 2007. – 312 с. – С. 57–60.

¹⁶¹ Клишас А.А. Конституционный контроль и конституционное правосудие в зарубежных странах: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук.: 12.00.02 / Московский университет МВД России. – М., 2007. – С. 5.

просто обычным способом судебной защиты конституционных прав физических и юридических лиц, а весьма действенным и продуктивным механизмом конституционного контроля. Процесс рассмотрения конституционно-правовых коллизий посредством конституционного судопроизводства характеризуется максимальной простотой и доступностью по сравнению с другими видами отправления правосудия. Процедура рассмотрения дела в рамках ампаро состоит из нескольких стадий (предварительной подготовки дела к слушанию, слушание дела, вынесение решения), к которым, по мнению ряда мексиканских авторов, не относятся возбуждение рассмотрения дела и исполнение судебного решения. Решение, выносимое в рамках конституционного судопроизводства, формулируется таким образом, чтобы оно касалось исключительно сторон, участвующих в процессе обжалования неконституционного акта или действия должностного лица, ограничиваясь предоставлением им защиты по рассматриваемому делу, и не содержало общего вывода об обжалуемом акте или действии, послужившим основанием для возбуждения «процедуры ампаро»¹⁶².

Хосе Луис Лаццарини (José Luis Lazzarini), один из аргентинских идеологов ампаро, утверждал, что «ампаро направлено против действий государственного органа, должностного лица или государственного служащего или действий отдельных лиц, даже если таковые действия основаны на законе, которые в настоящее время или ближайшее время могут привести к нарушению, ограничению, изменению или угрожают незаконностью или произволом в отношении прав или гарантий прав (в явной или неявной форме), закрепленных в Конституции, если нет других судебных или административных средств защиты, которые могли бы достичь того же результата, или если такие средства защиты есть, но они явно не подходят для непосредственной защиты права или конституционных гарантий»¹⁶³.

Как указывает Т.А. Николаева, Арагонское право XIII–XVI вв. предусматривало защиту основных прав человека с помощью процедуры, которая явилась прообразом конституционной жалобы (слово «ампаро» в переводе с испанского означает «опека», «покровительство»). Впоследствии аналогичные формы защиты конституционных прав нашли отражение в правовых системах Центральной и Южной Америки и Европы: Аргентине (Конституция

¹⁶² Клишас А.А. Процедура ампаро как форма конституционного контроля в Мексике: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. – М., 2002. – 209 с.

¹⁶³ Цит. по: Fix Zamudio H. Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos. – México: UDUAL-Miguel Angel Porrúa, 1988. – 550 p. – P. 287.

1853 г.), Бразилии (Конституция 1890 г.), Мексике (Конституции 1857 и 1917 гг.), Испании (1978 г.), Португалии (1976 г.)¹⁶⁴.

В Аргентине введение процедуры ампаро шло «снизу», с уровня провинций.

Впервые процедура ампаро в Аргентине была введена статьей 17 Конституции провинции Санта-Фе в 1921 году и более детально закреплена Законом провинции Санта-Фе об ампаро № 2994 от 1 октября 1935 г. Позже, в 1939 году процедура ампаро получает закрепление в статье 22 Конституции провинции Сантьяго-дель-Эстеро и в Гражданском процессуальном кодексе этой провинции в 1944 году. Еще позднее указанная процедура была закреплена в Конституции провинции Мендоса в мае 1949 года (статья 33). Позже еще ряд провинций принял законы, вводящие ампаро. На национальном (федеральном) уровне механизм ампаро вошел в правовое пространство Аргентины через решения федеральных судов, в частности, Верховного суда Аргентины (Corte Suprema de Justicia de la Nación), где указанный Суд ввел понятие *«имплицитных [подразумеваемых] конституционных гарантий»* на основании статьи 33 Конституции Аргентины¹⁶⁵.

Статья 33 Конституции Аргентинской Нации от 01.05.1853 (с поправками 1860, 1866 и 1898 гг.) устанавливала: *«Декларации, права и гарантии, перечисленные в настоящей Конституции, не могут толковаться как отрицание других прав и гарантий, не перечисленных в Конституции, но вытекающих из принципа суверенитета народа и республиканской формы правления»*¹⁶⁶.

В настоящее время в Конституции Аргентины 1994 года процедура ампаро закреплена в статье 43:

«Каждое лицо может потребовать быстрого и немедленного применения процедуры защиты конституционных прав (ампаро) всегда, когда не существует другого более подходящего судебного способа защиты от действия или бездействия публичных властей или частных лиц, которое прямо или косвенно нарушает, ограничивает, изменяет или угрожает произволом или нарушением закона правам и гарантиям, устанавливаемым настоящей Конституцией, договором или законом. При рассмотрении такого дела судья сможет объявить

¹⁶⁴ Николаева Т.А. Обращения граждан в органы конституционной юстиции Российской Федерации и зарубежных стран: сравнительно-правовой анализ: Автореф. дис. ... канд. юридич. наук.: 12.00.02 / РАГС при Президенте РФ. – М., 2008.

¹⁶⁵ Toriello González R., Díaz Gerard D. Nueva Ley de amparo. Agosto del 2003 / Coord. C. Bardán Esquivel, R. Toriello González. – México: Instituto de investigaciones legislativas del Senado de la República, 2003. – P. 125–127.

¹⁶⁶ <http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/argent/argent-r.htm>.

неконституционной норму, на которой основывалось действие или бездействие.

Процедура защиты конституционных прав может быть предпринята в отношении любой формы нарушения прав, касающихся окружающей среды, конкуренции, пользователей и потребителей, так же как и прав, обеспечивающих общественные интересы, прав потерпевшего, народного защитника и прав созданных для этих целей ассоциаций, зарегистрированных в соответствии с законом, который устанавливает порядок и форму их организации.

Каждое лицо может предпринять указанные действия с целью ознакомления с относящейся к нему информацией, содержащейся в реестрах или базах данных публичного характера либо частных, предназначенных для предоставления информации, а также в случаях предоставления недостоверной информации либо другого нарушения прав, чтобы потребовать изъятия, исправления, сохранения конфиденциальности либо обновления данных. Не подлежат раскрытию источники получения данных средствами массовой информации.

В случаях нарушения, ограничения прав, создания угрозы физической свободе, серьезного нарушения требований закона к форме и условиям лишения свободы, в случаях похищения людей процедура habeas corpus должна быть применена пострадавшим или любым другим лицом, действующим в его интересах, и судья должен немедленно принять необходимое решение, даже если было введено чрезвычайное положение»¹⁶⁷.

Помимо комплекса указанных конституционных норм, имеется Закон о процедуре ампаро № 16.986 от 18.10.1966¹⁶⁸, действующий на территории Федеральной столицы (Буэнос-Айреса) и на территории провинции Огненная Земля, Антарктида и острова Южной Атлантики (Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur), а также применяемый федеральными судами в провинциях в случаях, вызванных обжалуемым актом, действием или бездействием федеральных органов государственной власти (статья 18).

В соответствии со статьей 1 указанного Закона, иск об ампаро может быть подан против любого явно самоуправного или противозаконного решения, действия или бездействия органов публичной власти, которыми нанесен ущерб, ущемлены, нарушены права и гарантии, предусмотренные национальной Конституцией или

¹⁶⁷ Конституции государств Америки: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. – Т. 3: Южная Америка. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2006. – 1168 с. – С. 23.

¹⁶⁸ Ley de acción de amparo № 16.986 de 18 de octubre de 1966 // Boletín Oficial. – 20.10.1966. – № 21050. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/46871/norma.htm>>.

из нее вытекающие, либо которые влекут неминуемую угрозу наступления таких последствий, за исключением права на личную свободу и неприкосновенность, для защиты которого применяется процедура habeas corpus¹⁶⁹.

Согласно статье 2, иск об ампаро не является допустимым, когда:

а) существуют иные судебные или административные механизмы, позволяющие получить защиту соответствующего конституционного права или гарантии;

б) оспариваемое действие (решение) исходит от органа судебной власти или было принято на основании Федерального закона Аргентины № 16.970;

в) судопроизводство по делу может прямо или косвенно поставить под угрозу упорядоченное, бесперебойное и эффективное осуществление публично-властной деятельности или выполнение неотъемлемых функций государства;

г) разрешение вопроса о предполагаемой юридической недействительности решения (действия) требует обсуждения в судебном заседании или предъявления доказательств, затрагивающих более широкую предметную область, либо объявления неконституционными законов, декретов или ордонансов;

д) обращение в суд поступило после истечения 15 рабочих дней со дня, в который было принято решение (осуществлено действие) или в который оно должно было быть принято (осуществлено)¹⁷⁰.

Статьи 3–8 указанного Закона определяют, что иск явным образом не отвечает критериям допустимости, судья отклоняет его без рассмотрения дела по существу и дает указание о его сдаче в архив. Компетенцией по рассмотрению иска об ампаро обладает судья первой инстанции по месту совершения действия или по месту, где оно имело или могло иметь правовые последствия. В соответствующей части к искам об ампаро применяются правила предметной подсудности, кроме случая, когда на этот счет имеются обоснованные сомнения; в последнем случае иск должен рассмотреть судья, которому он был подан. Когда одно и то же решение, действие или бездействие затрагивает права нескольких лиц, компетенцией по рассмотрению соответствующих исков обладает суд, который первым принял к производству иски, подсудные другим судьям. Если потребуется, принимается решение о соединении дел. Иск об ампаро может быть подан физическим или юридическим лицом, считающим себя пострадавшим вследствие

¹⁶⁹ Аргентинская Республика: конституционный строй, права человека, выборы: Пер. с исп. / Ред.-сост. Н.М. Миронов. – М.: Ленанд, 2007. – С. 57.

¹⁷⁰ Там же.

решений, действий, бездействия, указанных в статье 1. Иск может быть подан через законного представителя. Иск может быть также подан общественными ассоциациями, не имеющими статуса юридического лица, которые на основании своих уставных документов удостоверят, что их деятельность не противоречит интересам общественного блага. Иск подается в письменной форме и должен содержать следующие сведения: а) имя, фамилию, фактическое место жительства истца и учрежденный им домициль; б) по возможности, сведения о лице (органе), совершившем действие (бездействие), которые оспариваются; с) подробное изложение обстоятельств дела, которые привели к нарушению конституционных прав и гарантий или угрожают их нарушением; d) ясно выраженные исковые требования. К исковому заявлению истец прилагает документальные доказательства, находящиеся в его распоряжении, или сообщает о месте, где они могут быть получены. Истец указывает также другие способы доказывания, к которым он намерен прибегнуть. Число свидетелей не может превышать пяти от каждой из сторон, при этом расходы по обеспечению их явки в заседание несут стороны. Это не исключает участия правоохранительных органов, если оно потребуется. Если иск признан допустимым, судья обращается к соответствующему органу власти с требованием представить подробные объяснения в части обстоятельств дела и оснований принятия оспариваемого решения (совершения оспариваемого действия, бездействия). Указанные объяснения должны быть представлены в разумный срок, установленный судьей. Неисполнение судьей обязанности направить запрос является основанием для признания результатов судебного разбирательства недействительными. После того, как будут представлены объяснения или истечет установленный срок их представления и не останется подлежащих рассмотрению доказательств со стороны истца, судья в течение 48 часов принимает мотивированное решение о предоставлении или об отказе в предоставлении ампаро.¹⁷¹

Статьи 9–17 указанного Закона устанавливают ряд процессуальных требований, определяющих процедуру ампаро.



¹⁷¹ Аргентинская Республика: конституционный строй, права человека, выборы: Пер. с исп. / Ред.-сост. Н.М. Миронов. – М.: Ленанд, 2007. – С. 58–59.

Казаков Р.В. История развития, особенности правового регулирования и современной реализации государственной политики Канады в области спорта¹⁷²

Приоритетные направления развития государственной политики в области спорта, заявленные руководством России и нацеленные на существенное повышение качества, в том числе конкурентоспособности, отечественного спорта, актуализируют необходимость обращения к анализу успешного опыта зарубежных государств в этой сфере.

Сегодня в Канаде спорт является элементом социально-культурной матрицы. Реализуемая в этой стране «либеральная» модель государственного управления в области спорта (сводящая вмешательство государства в автономную область спорта до минимума, оставляющая ее на «откуп» спортивной индустрии), действовавшая свыше столетия, в последние десятилетия все более активно сдает свои позиции и уступает свое место интервенционистской модели, когда государство в этой стране реализует все более активно и масштабно, даже фронтально свою государственно-управленческую интервенцию в этой области. Государство в лице федерации и провинций/территорий пришло в область спорта в Канаде всерьез и надолго, если не навсегда.

И эта радикальная смена моделей государственного управления в области спорта в Канаде делает для исследователя опыт этой страны особенно ценным и интересным, поскольку именно в динамике, да еще в переломный период кардинальных реформ, можно особенно эффективно (глубоко, масштабно, адекватно) понять, осмыслить, исследовать и описать особенности системы спорта в какой-либо стране (в данном случае в Канаде) и особенности государственного управления в этой области.

Система спорта в Канаде обладает очень сложной и неоднородной структурой, и спорт высших достижений представляет собой лишь небольшую часть этой системы. В этой стране спорт

¹⁷² **Казаков Роман Викторович** – юрист, депутат Совета депутатов сельского поселения Гжельское Раменского муниципального района Московской области, член Ассоциации юристов России.

Статья посвящена исследованию истории развития, особенностей правового регулирования и современной реализации государственной политики Канады в области спорта.

Ключевые слова: спорт, государственная политика, государственное управление, спортивное право, законодательство о спорте, Канада.

Kazakov R. V. History of the development, features of the regulation and modern realization of the State Policy on sport in Canada.

The article investigates the history of the development, regulation and modern realization of the modern Canadian state policy on sports.

Keywords: sports, public policy, public administration, legislation on sport in Canada.

задействован и является объектом государственного управленческого воздействия на многих уровнях общественных отношений, от детей и взрослых, участвующих в развлекательно-досуговых видах спорта, до обучения молодежи, с провинциально-территориального уровня до конкурирующего с ним федерального уровня, вплоть до спорта высших достижений, где спортсмены заняты в спортивной деятельности полный рабочий день, представляя Канаду на международном уровне, до элитарных форм спортивной деятельности¹⁷³. Отсюда следствие – существенная структурно-функциональная сложность государственного управления в этой области.

I. Система канадского законодательства о спорте

Система канадского законодательства о спорте включает, в том числе, следующие акты:

Федеральные законы:

- Закон Канады о физкультурной деятельности и спорте от 2003 г.¹⁷⁴;
- Закон Канады о национальных видах спорта¹⁷⁵.

Региональные нормативные правовые акты:

Квебек (Québec):

- Закон провинции Квебек о безопасности в спорте¹⁷⁶;
- Закон провинции Квебек об учреждении Фонда спорта и физкультурной деятельности от 2010 г.¹⁷⁷;
- Регламент провинции Квебек о лицензировании спортивных единоборств от 2003 г.¹⁷⁸

Новая Шотландия (Nova Scotia):

- Закон провинции Новая Шотландия о консультативном совете по любительскому спорту от 1989 г.¹⁷⁹;

¹⁷³ Canada's Sport System // <http://ownthepodium.org/About/high_performance.aspx>.

¹⁷⁴ Physical Activity and Sport Act, 2003 // <<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-13.4/index.html>>; <<http://laws.justice.gc.ca/PDF/P-13.4.pdf>>.

¹⁷⁵ National Sports of Canada Act, SC 1994 // <<http://www.canlii.org/fr/ca/legis/lois/lc-1994-c-16/derniere/lc-1994-c-16.html>>.

¹⁷⁶ Loi sur la Sécurité dans les sports // <<http://www.canlii.org/fr/qc/legis/lois/lrq-c-s-3.1/derniere/lrq-c-s-3.1.html>>.

¹⁷⁷ An Act to establish the Sports and Physical Activity Development Fund // <<http://www.canlii.org/eliisa/highlight.do?text=sport&language=en&searchTitle=Search+all+CanLI+Databases&path=/en/qc/laws/stat/rsq-c-f-4.003/latest/rsq-c-f-4.003.html>>.

¹⁷⁸ Regulation respecting combat sports licensing // <<http://www.canlii.org/en/qc/laws/regu/rrq-c-s-3.1-r-7/latest/rrq-c-s-3.1-r-7.html>>.

¹⁷⁹ Amateur Sports Advisory Council Act 1989 // <<http://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/rsns-1989-c-11/latest/rsns-1989-c-11.html>>.

– Регламент провинции Новая Шотландия о спорте и досуговой деятельности (Закон о подоходном налоге) от 1989 г.¹⁸⁰

Манитоба (Manitoba):

– Закон провинции Манитоба о здоровье и о любительском спорте¹⁸¹.

Альберта (Alberta):

– Закон провинции Альберта о Фонде поддержки спорта, досуга парков и дикой природы от 2000 г.¹⁸²;

– Закон провинции Альберта о лошадиных бегах от 2000 г.¹⁸³

Онтарио (Ontario):

– Закон провинции Онтарио от 1990 г. о контроле в области спорта¹⁸⁴;

– Регламент провинции Онтарио № 455/07 проведения гонок, конкурсов и представлений¹⁸⁵.

Нью-Брансуик (New Brunswick):

Закон провинции Нью-Брансуик о целевом фонде развития спорта от 1990 г. (с изменениями на 2011 г.)¹⁸⁶.

Юкон (Yukon):

– Закон территории Юкон о спортивной рыбной ловле¹⁸⁷;

Британская Колумбия (British Columbia):

– Закон провинции Британская Колумбия о спортивной рыбной ловле от 1996 г.¹⁸⁸

Нунавут (Nunavut):

– Закон территории Нунавут о лотереях от 1990 г.¹⁸⁹

¹⁸⁰ Sport and Recreation Activity Designation Regulations, NS Reg 168/2005, (Income Tax Act) // <<http://www.canlii.org/en/ns/laws/regu/ns-reg-168-2005/latest/ns-reg-168-2005.html>>.

¹⁸¹ The Canadian Sport Policy presents a powerful vision for sport in Canada // <<http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pol/pcs-csp/2003/101-eng.cfm>>. Здесь и далее, последнее посещение 01.10.2011.

¹⁸² Alberta Sport, Recreation, Parks and Wildlife Foundation Act (Revised Statutes of Alberta 2000, Chapter A-34; Current as of October 31, 2007) // <http://www.qp.alberta.ca/574.cfm?page=A34.cfm&leg_type=Acts&isbncIn=9780779726660>.

¹⁸³ Horse Racing Alberta Act (Revised Statutes of Alberta 2000, (Current as of November 1, 2010) // <http://www.qp.alberta.ca/574.cfm?page=H11P3.cfm&leg_type=Acts&isbncIn=9780779753598>.

¹⁸⁴ Athletics Control Act 1990 // <<http://www.canlii.org/fr/on/legis/lois/lro-1990-c-a34/derniere/lro-1990-c-a34.html>>; <<http://www.canlii.org/en/on/laws/stat/rso-1990-c-a34/latest/rso-1990-c-a34.html>>.

¹⁸⁵ Ontario Regulation № 455/07 races, contests and stunts (Highway Traffic Act) // <<http://www.canlii.org/eliisa/highlight.do?text=sport&language=en&searchTitle=Statutes+and+Regulations+of+Ontario&path=/en/on/laws/regu/o-reg-455-07/latest/o-reg-455-07.html>>; <<http://www.canlii.org/en/on/laws/regu/o-reg-455-07/latest/o-reg-455-07.html>>.

¹⁸⁶ Sport Development Trust Fund Act 1990 // <<http://www.canlii.org/en/nb/laws/stat/rsnb-2011-c-223/latest/rsnb-2011-c-223.html>>.

¹⁸⁷ Fisheries Act 2011 – Sport fishing variation Order // <<http://www.canlii.org/en/yk/laws/regu/ysfvo-2011-01/latest/part-1/ysfvo-2011-01-part-1.pdf>>; <<http://www.canlii.org/en/yk/laws/regu/ysfvo-2011-01/latest/ysfvo-2011-01.html>>.

¹⁸⁸ British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996, SOR/96-137, (Fisheries Act) // <<http://www.canlii.org/en/ca/laws/regu/sor-96-137/latest/sor-96-137.html>>.

Северо-Западные территории (Northwest Territories):

– Закон Северо-Западных территорий о лотереях от 1990 г.¹⁹⁰

Есть еще множество провинциальных актов в области регулирования спортивной охоты, налогообложения, имущественных отношений, касающихся спорта, – в области гарантий прав инвалидов на занятия спортом и др. Но основные мы выше указали.

II. История развития правового регулирования спорта и государственной политики в области спорта в Канаде

Исторические исследования выявляют традиции спортивных состязаний у коренного населения Северной Америки на момент прибытия в туда европейцев. Спортивные игры составляли важный элемент культуры и образа жизни индейцев. По большей части эти игры были сосредоточены вокруг церемониальных и религиозных практик, передачи культурных ценностей, чтобы молодые воины могли получать навыки боя и выживания (перетягивание каната, гонки на ездовых собаках, танцы под барабан, метание копья, игры с мячом, борьба, стрельба из лука и др.).

Ранние исследователи и поселенцы были очарованы одной из спортивных игр, в которую играли коренные народы, – известной как «*baggataway*», призванной развивать навыки воина для подготовки к боям с другими племенами. В игре использовались палки с сетчатой петлей на конце (нечто среднее между клюшкой и ракеткой) и твердый шар, игра предполагала наличие обустроенного игрового поля с двумя воротами на концах. Первыми европейцами, которые приходили посмотреть состязания индейцев по этой игре, были французы, они называли ее «лакросс». 26 сентября 1867 г. на конференции в Кинстоне (Онтарио) была учреждена Канадская национальная спортивная ассоциация по лакроссу. Среди богатых поселенцев стали распространяться спортивные и околоспортивные увлечения типа крикета или охоты на лис. Сельские фермеры и поселенцы Северной Америки XVIII – начала XIX вв. увлекались стрельбой по мишеням, лошадиными скачками, спортивной охотой. Один индивидуальный вид спорта принесли в Северную Америку с собой голландские поселенцы в Новом Амстердаме (ныне Нью-Йорк) и Нью-Джерси, в конце XVIII в. эта игра была больше похожа на

¹⁸⁹ Lotteries Regulations 1990 (Lotteries Act) // <<http://www.canlii.org/eliisa/highlight.do?text=sport&language=en&searchTitle=Search+all+CanLI+Databases&path=/en/nu/laws/regu/rrnwt-nu-1990-c-l-49/latest/rrnwt-nu-1990-c-l-49.html>>; <<http://www.canlii.org/en/nu/laws/regu/rrnwt-nu-1990-c-l-49/latest/part-1/rrnwt-nu-1990-c-l-49-part-1.pdf>>.

¹⁹⁰ Lotteries Regulations 1990 (Lotteries Act) // <<http://www.canlii.org/eliisa/highlight.do?text=sport&language=en&searchTitle=Search+all+CanLI+Databases&path=/en/nt/laws/regu/rrnwt-1990-c-l-49/latest/rrnwt-1990-c-l-49.html>>.

современный вариант игры в гольф (который возник в Шотландии в XV веке), она получила некоторое распространение и на территории нынешней Канады¹⁹¹.

Исследователь Жан де Бребеф описывал в 1683 году свои наблюдения за игрой лакросс на территории нынешней южной части провинции Онтарио (Канада). С начала XIX века монреальцы заинтересовались этой деятельностью племен индейцев, и первые матчи между поселенцами и аборигенами зафиксированы в 1840 году. В конце 1850-х – начале 1860-х гг. в Канаде стали возникать спортивные клубы по лакроссу. В 1859 году лакросс официально был объявлен национальным видом спорта (игрой)¹⁹².

В 1764 году первые скачки проводились на равнинах Авраама, в них участвовали британские солдаты, дислоцированные в Квебеке. В 1789 году был основан Квебекский клуб конного спорта, это был первый спортивный клуб в Канаде. Монреальский клуб конного спорта был основан гораздо позже, в конце 1830-х гг. Керлинг известен в Канаде, как минимум, с конца XVIII века. Монреальский керлинг-клуб был основан в 1807 году. Квебекский керлинг-клуб основан в 1821 году. В 1842 году был учрежден Олимпийский атлетический клуб. Крытые катки открываются в Квебеке в 1851 году и в Монреале в 1862 году. В 1858 году был учрежден Монреальский женский спортивный клуб стрельбы из лука. Монреальский спортивный конькобежный клуб создается в 1860 году, аналогичный Квебекский клуб – три года спустя. В 1865 году керлинг стал одним из видов спорта в программе международных соревнований. В 1867 году канадская команда Святого Иоанна (Нью-Брансуик) выиграла Чемпионат мира по гребле на Всемирной выставке в Париже. С этого года стали возникать спортивные клубы по разным видам спорта¹⁹³.

Считается, что хоккей возник в Королевском колледже в Виндзоре (провинция Новая Шотландия). Первый зарегистрированный матч по хоккею был сыгран в середине 1850-х гг. британскими солдатами, расквартированными в Кингстоне (Онтарио) и Галифаксе (Новая Шотландия). В 1877 году был впервые опубликован набор правил хоккея на льду, разработанный студентами Университета Макгилла в Монреале; многие историки

¹⁹¹ Society, Culture, and Sport // <http://www.kinesiology100.com/files/kin_sociocultural/samples/04_society_sample.pdf>. (Здесь и далее последнее посещение – 20.10.2011).

¹⁹² La crosse – Sport national d'été du Canada // <<http://www.pointstreaksites.com/view/cla-fr/propos/la-crosse-1/la-crosse-sport-national-d-t-du-canada>>.

¹⁹³ West J.T., Lindsay P.L. Histoire des sports // <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=f1ARTf0007624>>; Chronologie du sport québécois / Secrétariat au loisir et au sport. Juillet 2003 // <http://www.mels.gouv.qc.ca/sections/publications/publications/SLS/Sport_activite_physique/ChronologieSport.pdf>.

утверждают, что эти правила были основаны на «Галифакских правилах», принесенных в Монреаль из Новой Шотландии.¹⁹⁴

В 1892 году были созданы женские спортивные гольф-клубы в Монреале и Квебеке.

Интенсивное развитие спорт получил в Северной Америке во второй половине XIX века, развитие баскетбола, футбола, хоккея и некоторых других видов спорта произошло в конце XIX века.

Монреальская любительская легкоатлетическая ассоциация (АААМ) явилась первой организацией, ответственной за управление спортом. Основанная в 1881 году, она включала в себя клубы лакросса, плавания и езды на велосипеде. Первая общенациональная спортивная организация – Любительская легкоатлетическая ассоциация Канады – была основана в 1884 году. Впоследствии она изменила свое название на Канадскую ассоциацию легкоатлетических союзов (УСАА). В 1909 году был создан Любительский легкоатлетический союз Канады (ААУС), включивший в себя АААМ и УСАА. Канадский олимпийский комитет был создан в 1909 году, заменив собой Центральный олимпийский комитет Канады, созданный в 1907 году¹⁹⁵.

В 1909 году был принят Закон провинции Квебек о клубах отдыха (Loi québécoise sur les clubs de récréation). В 1922 году был принят Закон провинции Квебек о создании спортивных комиссий, ответственных за регулирование бокса и борьбы¹⁹⁶. В 1925 году существенно реформируется указанный Закон провинции Квебек о клубах отдыха от 1909 года. В 1939 году принимается Закон провинции Квебек о Провинциальном совете по спорту^{197 198}.

1 октября 1943 г. был принят Закон Канады о национальной физической культуре¹⁹⁹. Согласно этому закону был создан Национальный совет по спорту с ежегодным бюджетом в 250 000 канадских долларов, положив начало обязательствам федерального правительства в области спорта. Указанный закон был отменен в 1955 году.

В 1951 году был принят Закон, учредивший Консультативный совет по спорту, который позже был реформирован в Спортивную федерацию Канады. 29 сентября 1961 г. был принят Закон Канады о здоровье и любительском спорте²⁰⁰. 1969 год имеет особое значение для канадского любительского спорта, поскольку тогда был создан

¹⁹⁴ Society, Culture, and Sport.

¹⁹⁵ Sawula L. Organismes du sport amateur // <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=f1ARTf0007626>>.

¹⁹⁶ Loi québécoise concernant la création de commissions athlétiques, chargées de régler les combats de boxe et de lutte, du 1922.

¹⁹⁷ Loi québécoise instaurant le Conseil provincial des sports du 1939.

¹⁹⁸ Chronologie du sport québécois.

¹⁹⁹ Loi fédérale sur l'aptitude physique nationale du 01.10.1943.

²⁰⁰ Loi sur la santé et le sport amateur du 29.09.1961 – «Loi C-131».

Комитет по изучению спорта в Канаде (Comité d'études sur les sports au Canada), подготовивший многочисленные рекомендации федеральному правительству, многие из которых будут реализованы. Наиболее существенное влияние на любительские спортивные организации оказало создание в 1970 году Центра спорта и отдыха (Centre pour les sports et la récréation), который был реорганизован в 1974 году в Канадский центр администрации спорта и физкультурной деятельности (Centre canadien d'administration du sport et de la condition physique)²⁰¹.

В 1979 году был принят Закон провинции Квебек о безопасности в спорте (Loi sur la sécurité dans les sports)²⁰². В других провинциях также был принят ряд законов о спорте.

Федеральное правительство Канады приступило к активному вмешательству в область спорта, к активной управленческой деятельности в этой области в начале 1960-х гг. в попытке исправить неудовлетворительную на тот момент репутацию Канады в международной спортивной конкуренции и низкий уровень физической подготовленности среди канадцев. Законодательно вмешательство правительства в сферу любительского спорта началось с принятия федерального Закона о фитнесе и любительском спорте от 1961 г., создавшего основу для федеральной финансовой и организационной поддержки развития спорта. Провинциальные и территориальные правительства также стали принимать активное участие в развитии спорта с конца 1960-х – начала 1970-х гг., в том числе во взаимодействии с федеральным правительством (например, в рамках подготовки и проведения таких мероприятий, как «Canada Games» и «National Coaching Certification Program»)²⁰³.

Отметим важные для развития канадской государственной политики в области спорта этапы (до 2001 г.)²⁰⁴:

1961 г. – принятие Федерального закона Канады о фитнесе и любительском спорте (Fitness and Amateur Sport Act);

1970 г. – издание «White Paper. Предложения относительно спортивной политики в интересах канадцев» (A Proposed Sport Policy for Canadians);

²⁰¹ Sawula L. Organismes du sport amateur.

²⁰² <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/S_3_1/S3_1.htm>.

²⁰³ Sport participation Strategy 2008-2012. Canadian Heritage. Sport Canada branch. December 5, 2008. – P. 3. <<http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pubs/part/part-eng.pdf>>.

²⁰⁴ Sport Participation: The Role of Sport Canada / 2007 Sport Leadership Conference (October 13, 2007) / Canadian Heritage // <http://www.coach.ca/sportleadershipsportif/2007/e/presentations/documents/C2_Sport_Canada.pdf>; Federal-Provincial/Territorial Agreements on Sport and Physical Activity // <<http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pol/pcs-csp/2003/106-eng.cfm>>.

1985 г. – издание документа «Развитие высокой производительности в спорте в Канаде» («High Performance Athlete Development in Canada»);

1987 г. – принятие Национального плана развития досуга (National Recreation Statement). Этот документ признавал приоритет провинциальных / территориальных правительств в области спорта и досуга;

1991 г. – принятие документа «Канадская политика против допинга в спорте» («The Canadian Policy Against Doping in Sport»);

1994 г. – принятие Закона о национальных видах спорта²⁰⁵;

1995 г. – разработка Федерально-провинциально-территориальных основ планирования спорта («The Federal-Provincial/Territorial Planning Framework for Sport»);

1996 г. – принятие Рамочной программы действий «Физкультурная активность»;

2001 г. – проведение Национального Саммита по спорту в Оттаве (апрель 2001 г.).

III. Особенности канадской государственной политики в области спорта

Анализ генезиса канадской государственной политики в области спорта дает основания для вывода о главных особенностях указанной политики:

– реализовавшаяся в Канаде в течение длительного времени «либеральная» модель законодательства о спорте²⁰⁶, то есть сводившая интервенцию государства в автономную область спорта до минимума, постепенно вытесняется интервенционистской моделью;

– принцип формулирования и реализации государственной политики в области спорта во взаимодействии с многочисленными и разнообразными партнерами, привлекаемыми к участию в развитии канадской спортивной политики и обеспечении эффективности и всеобъемлющего характера спорта в Канаде (эта задача была четко сформулирована на прошедшем еще в апреле 2000 года Национальном саммите по вопросам спорта в Оттаве²⁰⁷);

²⁰⁵ National Sports of Canada Act, SC 1994 // <<http://www.canlii.org/fr/ca/legis/lois/lc-1994-c-16/derniere/lc-1994-c-16.html>>.

²⁰⁶ Свойственная многим странам англо-саксонской системы модель регулирования спорта. Подробнее о моделях законодательства о спорте см.: Соловьев А.А. Российский и зарубежный опыт систематизации законодательства о спорте / Комис. по спорт. праву Асс. юристов России. – М., 2011. – 383 с.

²⁰⁷ The Canadian Sport Policy presents a powerful vision for sport in Canada // <<http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pol/pccs-csp/2003/101-eng.cfm>>. Здесь и далее, последнее посещение 01.10.2011.

– канадская государственная спортивная политика комплексно включает в себя решение вопросов обеспечения как спорта высших достижений, так и массового спорта, спортивного туризма и спортивного досуга (указанная политика основывается, в том числе, и на Национальном плане развития досуга 1987 г.²⁰⁸);

– учет федеративного характера государства, в том числе существенной «асимметричности» субъектов в составе Федерации, поэтому в интегральной структуре нормативно-правового регулирования и государственных управленческих решений значительный объем занимают акты и документы провинций, то есть имеются основания говорить о многоуровневой государственной политике в обсуждаемой области (двухуровневая модель характерна для любой федерации), включающей в себя и уровень местного самоуправления;

– направленность на обеспечение широкой территориальной, ценовой и структурной доступности спортивной инфраструктуры, чтобы динамично развиваемые и передовые возможности спортивной среды позволяли бы всем канадцам наслаждаться участием в спорте в меру своих способностей и интересов, а для значительного числа канадцев – последовательно и успешно реализовывать на самом высоком конкурентоспособном уровне свои спортивные карьеры (траектории спортивных успехов);

– увязанность публичных интересов в области спорта с интересами экономического развития страны – еще в 1998 году спорт и отдых составляли примерно 1,1% валового внутреннего продукта Канады и почти 2% рабочих мест (для сравнения, на сельское хозяйство приходилось около 1,8% ВВП, на лесозаготовки и лесное хозяйство – 0,68% ВВП, производство автомобильных двигателей и иных запчастей – 2,05% ВВП)²⁰⁹. В 1999 году, спортивная деятельность была связана с более чем 38 % всех ночных перелетов, предпринятых канадцами, более 80 % американцев, побывавших в Канаде, указали в качестве цели поездки участие в спортивных и развлекательных мероприятиях²¹⁰. С указанного времени значение спорта в экономике страны только выросло;

– позиционирование создания и развития спортивной инфраструктуры, ее доступности как «приоритетной задачи для органов исполнительной власти всех уровней и спортивных

²⁰⁸ National Recreation Statement // <http://lin.ca/Files/4467/National%20Recreation%20Statement1.pdf>.

²⁰⁹ Statistics Canada. CANSIM matrix 3472 and 4677 and The Vitality of the Sport Sector in Canada, Culture, Tourism and Center for Education Statistics Division, April 1998. Цит. по: Contributions of Sport // <http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pol/pcc-csp/2003/102-eng.cfm>.

²¹⁰ Statistics Canada, Travel Attitudes and Motivation Survey, 2001. Цит. по: Contributions of Sport // <http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pol/pcc-csp/2003/102-eng.cfm>.

организаций»²¹¹, как залога успешного и эффективного развития спорта;

– четкое выстраивание системы фундаментальных и текущих национальных приоритетов в области спорта, базирование на них всей государственной политики в области спорта;

– приоритет обеспечения доступности спорта и спортивного досуга для малочисленных коренных народов Севера, реализуемый, в том числе, через поддержку круга этнических видов спорта (Aboriginal Sport Circle), организацию и проведение Североамериканских спортивных игр коренных народов (North American Indigenous Games (NAIG));

– реализация концепции «Спорт для жизни», включающей, в том числе, приоритет удлиненной траектории спортивной карьеры спортсмена.

IV. Особенности развития правового обеспечения государственной политики Канады в области спорта в 2002–2011 гг.

Начиная с принятия в 2002 году государственной программы «Канадская спортивная политика»²¹², государственная политика Канады в области спорта основана на консолидированном видении целей и перспектив федеральным правительством и правительствами 10 канадских провинций и 3 канадских территорий в составе федерации.

Это, по существу, был стратегический план развития спорта в Канаде, разработанный по итогам двухлетних консультаций канадского правительства с различными органами государственной власти, с канадским спортивным сообществом и множеством других организаций, учреждений и заинтересованных сторон, вовлеченных в спорт²¹³.

В 2002 году был принят документ «Канадская спортивная политика. Федерально-провинциально-территориальные приоритеты для совместных действий на период 2002–2005»²¹⁴, который дополнял вышеуказанный.

Указанная программа основывала перспективное развитие канадской спортивной политики на консолидированном

²¹¹ The Canadian sport policy. Federal-provincial/territorial priorities for collaborative action 2007–2012 // <<http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pol/actn07-12/booklet-eng.pdf>>.

²¹² The Canadian sport policy // <<http://www.sportmatters.ca/files/Groups/SMG%20Resources/Sport%20and%20PA%20Policy/2002-The%20Canadian%20Sport%20Policy.pdf>>.

²¹³ Norris S.R. Long-Term Athlete Development Canada. Attempting System Change and Multi-Agency Cooperation // <http://www.sasksport.sk.ca/SportsPage/pdf/LTAD_SteveNorris.pdf>.

²¹⁴ The Canadian sport policy. Federal-provincial/territorial priorities for collaborative action 2002–2005 // <<http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pol/actn/action-eng.pdf>>.

взаимодействии и соработничестве всех указанных органов исполнительной власти, на диалоге властей с негосударственными субъектами спортивных правоотношений. Обозначенным документом был принят план совместных федерально-провинциально-территориальных действий по развитию спорта в Канаде на 2002–2005 годы, который определял 13 приоритетов и 22 отдельные меры, запланированные к реализации в интересах развития спорта. Были обозначены четыре цели политики Канады в области спорта, которые были условно поименованы следующим образом: расширенное участие, увеличенное превосходство, усиленные способности и увеличенное взаимодействие. Ответственность за координирование указанных совместных действий и реализацию обозначенного плана была возложена на Федерально-провинциально-территориальный спортивный комитет (F-P/T Sport Committee), ответственный за межпровинциальные и федеральные мероприятия в области спорта. За эти четыре года реализации государственной программы «Канадская спортивная политика» (2002–2005 гг.) государственная политика Канады в области спорта получила серьезный импульс развития и создала очень эффективные и благоприятные условия для значительного и высококачественного развития спорта в этой стране.²¹⁵

Необходимо также упомянуть следующие документы – принятую в 2002 году «Канадскую стратегию этического поведения в спорте. Политические рамки»²¹⁶ и принятую в 2003 году «Долговременную стратегию развития спорта»²¹⁷, а также принятый в 2003 году Федеральный закон Канады о физкультурной деятельности и спорте²¹⁸.

В Канаде сразу после завоевания Ванкувером права на проведение Олимпийских игр была запущена программа «Own the Podium!» («Завладей пьедесталом!»), приобретшая «реальные очертания» в 2005 году, за пять лет до церемонии открытия. Бюджет данной программы составил десятки миллионов канадских долларов, при этом главным инвестором выступило канадское правительство, остальные средства выделяли частные спонсоры, включая такие известные корпорации, как «Макдональдс», «Шевроле», «Петро-Канада», крупнейшая телекоммуникационная компания «Белл», национальный «Королевский Банк». Поставив задачу выиграть

²¹⁵ The Canadian sport policy. Federal-provincial/territorial priorities for collaborative action 2007–2012 // <<http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pol/actn07-12/booklet-eng.pdf>>.

²¹⁶ Canadian Strategy for Ethical Conduct in Sport. Policy framework. May 24, 2002 // <<http://www.truesportsecretariat.ca/files/Documents/GOC-POLICY-EthicsStrategyFramework-E.pdf>>.

²¹⁷ Long-term athlete development // <<http://www.sirc.ca/newsletters/mid-jan11/documents/LTAD.pdf>>.

²¹⁸ Physical Activity and Sport Act, 2003 // <<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-13.4/index.html>>; <<http://laws.justice.gc.ca/PDF/P-13.4.pdf>>.

медальный зачет в Ванкувере и войти в десятку в 2012 году в Лондоне, канадцы сконцентрировались на трех основных направлениях²¹⁹:

1. Обеспечение интеграции самых последних достижений спортивной науки, эффективных инновационных решений и технологий в процесс подготовки и тренировки спортсменов, в процессы управления спортивными командами, совершенствования тактических схем в командных видах спорта и т.д.

Созданы так называемые интегрированные группы комплексной поддержки (Integrated Support Teams), в которые вошли ученые и профессиональные специалисты из различных отраслей профессиональной деятельности и в задачи которых вменено комплексное (спортивно-медицинское, спортивно-психологическое, инженерно-техническое, инвентарно-технологическое, экипировочное и т.д.) обеспечение спортсменов, спортивных команд и тренеров. В такие группы обычно могут входить физиологи, спортивные психологи, специалисты по спортивно-медицинской биомеханике, диетологи, физиотерапевты, спортивные терапевты и врачи. Аналитическая деятельность может быть частью деятельности таких групп для поддержки использования различных инноваций в области технологий с целью улучшения спортивной деятельности и спортивных результатов. Другие специалисты (в том числе спортивные администраторы) могут быть включены в указанные группы в зависимости от особенностей конкретного вида спорта и конкретных потребностей тренеров и спортсменов. Целью интегрированных групп комплексной поддержки является обеспечение того, чтобы «канадские спортсмены были здоровы, находились в оптимальной спортивной физической форме и психологически были готовы к оптимальной производительности в спорте». В рамках программы «Own the Podium!» таким интегрированным группам оказывается многоаспектная (в том числе финансовая) помощь и поддержка через сети канадских центров спорта. Канадские центры спорта сотрудничают с указанными группами, в том числе в целях обеспечения комплексной поддержки программ для учебных групп через привлечение сети собственных экспертов и экспертов на основе контрактов.²²⁰

2. Создание эффективной системы профессиональной подготовки и повышения квалификации тренерских кадров.

Эта система реализуется в целях обеспечения надлежаще высокой квалификации тренерского штаба, что является немалым

²¹⁹ Как выигрывают домашние Олимпиады. Три причины феноменальной канадской победы // Советский спорт (<<http://www.sovsport.ru/gazeta/article-item/373755>>). – 02.03.2010.

²²⁰ Sport Science and Innovation // <<http://ownthepodium.org/Initiatives/analysis.aspx>>.

залогом в достижении успешной подготовки канадских спортсменов для выступления на уровне медалистов Олимпийских и Паралимпийских игр.

С этой целью в рамках программы «Own the Podium!» при участии организации Coaching Association of Canada²²¹ реализуется множество специальных образовательных, в том числе тренинговых, программ для подготовки и повышения квалификации тренеров, предусматривающих возможности специализированного обучения, обмена опытом и идеями с зарубежными коллегами, консультаций с авторитетными наставниками и т.д. Предусмотрены возможности проведения учебных мероприятий как для тренерских штабов национальных сборных, так и в индивидуальном порядке. Особое внимание сегодня уделяется программам, предназначенным для тренеров потенциальных медалистов Олимпийских и Паралимпийских игр в 2012 и 2014 гг.²²²

3. Создание четырех национальных Институтов спорта в Калгари, Монреале, Торонто и в Британской Колумбии (провинция, где расположен Ванкувер), в задачи которых были вменены предоставление спортсменам высококачественных арен для тренировок, а также подготовка квалифицированного административного персонала²²³.

В настоящее время федеральным правительством Канады ежегодно выделяется на развитие спорта в общей сложности 62 миллиона канадских долларов, из этой суммы 22 миллиона выделяется на развитие зимних видов спорта, 34 миллиона – на развитие летних видов спорта и 6 миллионов – спортивным командам²²⁴.

В 2007 году был принят документ «Канадская спортивная политика. Федерально-провинциально-территориальные приоритеты для совместных действий на период 2007–2012»²²⁵, который определил приоритеты канадской государственной политики в области спорта на указанный период:

– развитие и внедрение долгосрочных спортивных проектов (Long-Term Athlete Development Model – модель LTAD, заявленная властями Канады как новая модель организации управления в спорте), стратегическое развитие инфраструктуры спортивного досуга;

²²¹ <<http://coach.ca>>.

²²² Own the Podium Coach Professional Development Program // <<http://ownthepodium.org/Initiatives/coaching.aspx>>.

²²³ Как выигрывают домашние Олимпиады. Три причины феноменальной канадской победы.

²²⁴ Partners and Sponsors. Government // <<http://ownthepodium.org/Partners/government.aspx>>.

²²⁵ The Canadian sport policy. Federal-provincial/territorial priorities for collaborative action 2007–2012 // <<http://www.pch.gc.ca/pgm/sc/pol/actn07-12/booklet-eng.pdf>>.

- улучшение условий для занятия спортом отдельных категорий граждан (женщин, коренных народов Севера и др.);
- проведение мультиспортивных Игр на основе принципов модели LTAD;
- привитие широким слоям населения понимания важности занятия физической культурой и спортом;
- координация взаимодействия федеральных и провинциально-территориальных органов государственной власти в реализации модели LTAD;
- содействие интеграции указанной модели с другими управленческо-спортивными секторами на провинциально-территориальном и федеральном уровнях;
- приведение организации Канадских Игр в соответствие с моделью LTAD;
- мониторинг вклада Канадских Игр в продвижение принципов LTAD для спортсменов-инвалидов;
- мониторинг управления Канадскими Играми и выделение ресурсов на Канадский Совет по Играм;
- подготовка ежегодного отчета, в общих чертах характеризующего и оценивающего канадскую спортивную политику, акцентируя внимание на тех направлениях и вопросах, которые требуют совместного участия федерального и провинциальных/территориальных правительств.

V. Федеральный закон Канады о физкультурной деятельности и спорте от 19 марта 2003 г.

В настоящее время базовым канадским законом, определяющим на федеральном уровне правовое регулирование общественных отношений в области спорта, является Федеральный закон Канады о физкультурной деятельности и спорте от 19 марта 2003 г.²²⁶

Этот Федеральный закон является частью запущенной в Канаде новой национальной стратегии развития спорта, подчеркивающей важную роль спорта в культуре и обществе Канады, направленной на содействие физической активности в качестве важного аспекта общественного здоровья и благополучия, на поощрение населения интегрировать физическую активность в свою повседневную жизнь, на то, чтобы сделать физкультурную и спортивную деятельность более доступной для населения, свести к минимуму барьеры, мешающие людям участвовать в спортивной жизни и быть физически активными. Закон создал основы и

²²⁶ Physical Activity and Sport Act, 2003 // <<http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-13.4/index.html>>; <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/P-13.4.pdf>>. Принят Палатой общин 09.10.2002.

механизмы эффективного сотрудничества между различными социальными группами, организациями и органами власти, в том числе федеральными, провинциальными и территориальными субъектами спортивной деятельности²²⁷.

Федеральный закон Канады о физической культуре и спорте от 19 марта 2003 г. заменил собой указанный выше Федеральный закон Канады о фитнесе и любительском спорте от 1961 г.

Текст Федерального закона 2003 года лучше отражал сложность и многообразие современного спорта в Канаде и в мире в целом и поддерживал развитие канадской системы спорта. Это был более современный закон о физкультуре и любительском спорте, поскольку он более четко и детально регулировал поощрение, продвижение и развитие правительством физкультуры и спорта. Ключевой термин «фитнес» в этом законе был заменен на ключевое понятие «физкультурная деятельность» («физическая активность»), которое заняло в деонтологическом и телеологическом концепте закона более существенное место, нежели спортивные результаты, показываемые на соревнованиях²²⁸.

В соответствии с Федеральным законом Канады о физической культуре и спорте от 19 марта 2003 г., «целями политики правительства Канады в области физической активности являются: содействовать развитию физической активности, как основного элемента здоровья и благополучия; побуждать всех канадцев улучшать здоровье путем занятий физической активностью в их повседневной жизни; помогать устранять барьеры, стоящие на пути канадцев к более активной жизни» (параграф 3)²²⁹.

Согласно параграфу 4 указанного Закона, «политика правительства Канады в области спорта основывается на высочайших этических стандартах и ценностях, включая принципы свободного от допинга спорта, справедливого и уважительного отношения ко всем людям, полноправного и справедливого участия всех в спорте и справедливого, равного, прозрачного и своевременного разрешения спортивных споров. Целями политики правительства Канады в области спорта являются: повысить степень участия населения в спорте и способствовать достижению самых высоких спортивных результатов; наращивать потенциал канадской системы спорта».²³⁰

²²⁷ Banks S. Bill C-12: An Act to promote physical activity and sport / Law and Government Division. 10 October 2002. Revised 11 September 2003 / Parliamentary Research Branch // <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/37/2/c12-e.pdf>>.

²²⁸ Banks S. Bill C-12: An Act to promote physical activity and sport.

²²⁹ <<http://www.formulaprava.ru/files/materials/100/%c7%e0%ea%ee%ed%20%ee%20%f4%e8%e7%e8%f7%e5%f1%ea%ee%e9%20%e0%ea%f2%e8%e2%ed%ee%f1%f2%e8%20%e8%20%f1%ef%ee%f0%f2%e5%20%ca%e0%ed%e0%e4%fb.doc>>.

²³⁰ Там же.

Параграф 5 указанного Закона устанавливает, что «цели настоящего Закона включают стимулирование, поддержку и развитие физической активности и спорта в Канаде. Министр имеет право применять любые меры, которые сочтет необходимыми, для достижения этих целей и, в частности, имеет право:

(a) проводить или способствовать проведению исследований в области физической активности и спорта;

(b) организовывать проведение национальных и региональных конференций по физической активности и спорту;

(c) обеспечивать признание достижений в области физической активности и спорта через выдачу дипломов, грамот или призов;

(d) подготавливать и распространять информацию, относящуюся к физической активности и спорту;

(e) оказывать содействие, сотрудничать и заручаться поддержкой любых групп, заинтересованных в достижении целей настоящего Закона;

(f) координировать действия федеральных органов власти, направленные на стимулирование, поддержку и развитие физической активности и спорта, в частности, инициатив, направленных на реализацию политики правительства Канады в отношении спорта, проведению крупных спортивных мероприятий, проведению анти-допинговых мер в сотрудничестве с другими министерствами и агентствами правительства Канады;

(g) реализовывать или оказывать содействие реализации проектов, относящихся к физической активности и спорту;

(h) оказывать содействие расширению участия Канады в национальных или международных спортивных мероприятиях;

(i) обеспечивать подготовку тренеров и других специалистов в целях достижения целей настоящего Закона, относящихся к спорту;

(j) предоставлять стипендии или дотации лицам, стремящимся к высшим спортивным достижениям;

(k) способствовать применению спорта как инструмента личного и социального развития в Канаде и, в сотрудничестве с другими странами, за рубежом;

(l) призывать частный сектор вносить средства в развитие спорта;

(m) способствовать участию недопредставленных групп населения в канадской спортивной системе;

(n) стимулировать власти провинций и территорий поддерживать и развивать спорт;

(o) координировать инициативы правительства Канады и его действия в отношении проведения Канадских игр;

(p) стимулировать и поддерживать альтернативное разрешение споров в спорте».

Согласно параграфу 9 указанного Закона:

«(1) Настоящим создается некоммерческая корпорация, получающая название Канадский центр разрешения споров в спорте, именуемая далее в настоящем Законе как “Центр” и включающая Секретариат по разрешению споров и ресурсный центр.

(2) Центр не является Агентом Ее Величества.

(3) Для целей Закона о финансовом администрировании (Financial Administration Act) Центр не является корпорацией министерства или Корпорацией Короны.

(4) Для целей Закона о федеральных судах (Federal Courts Act), Центр или арбитр или посредник, обеспечивающий услуги под эгидой Центра, не является федеральным советом или комиссией или другим арбитражем в значении настоящего Закона.

(5) Центр должен оказывать услуги и общаться с гражданами на обоих официальных языках Канады.

(6) Штаб-квартира Центра должна располагаться в Канаде, в месте, определенном в Уставе Центра»²³¹.

При этом «миссия Центра заключается в том, чтобы обеспечить спортивное сообщество (а) национальными альтернативными услугами по разрешению споров в спорте; и (b) возможностью проведения экспертной оценки и оказания помощи в альтернативном разрешении споров. Для этих целей спортивные споры включают споры между спортивными организациями и споры между спортивными организациями и аффилированными с ними отдельными лицами, включая их членов» (параграф 11)²³².

VI. Стратегия развития физической активности населения в канадских провинциях

Спорт чрезвычайно популярен и развит в Канаде. Высокие результаты, традиционно показываемые канадскими спортсменами на зимних олимпийских играх, на чемпионатах мира по хоккею, кёрлингу и другим зимним видам спорта дают основания считать опыт Канады в организации спортивной деятельности и физической активности населения, как минимум, заслуживающим внимания.

Особенности государственного управления спортом в Канаде тесно увязано с особенностями федеративного устройства государства. Федеральное правительство и правительства провинций и территорий активно реализуют собственные политики в рассматриваемой области, при этом предметные области этих политик не просто соприкасаются, а пересекаются, оттого интегральная публичная политика в области спорта является комплексной и многоуровневой, включая и уровень местного самоуправления.

²³¹ Там же.

²³² Там же.

Хотя федеральное правительство, в целом, пытается взять на себя руководящую роль в области международных спортивных отношений, некоторые провинции, особенно Квебек, принимают активное участие в видах спорта на всех уровнях, даже на уровне элитных международных спортивных состязаний спорта высших достижений. Более часто провинции уделяют повышенное внимание студенческому спорту, поскольку эти вопросы подпадают четко под их юрисдикцию (как сегмент образовательной политики)²³³.

Канадский опыт государственного управления и реализации государственной политики в области спорта представляет интерес по многим позициям, но считаем необходимым обратиться далее к вопросу стимулирования массового спорта и массовых занятий физкультурной деятельностью, стимулирования физической активности населения.

В ряде провинций Канады, в частности в Британской Колумбии, этот вопрос был поднят на самом высоком уровне.

В 2003 году в провинции Британская Колумбия был создан Альянс в защиту здорового образа жизни Британской Колумбии (British Columbia Healthy Living Alliance (BCHLA), далее – Альянс), целью которого было заявлено содействие улучшению здоровья населения Британской Колумбии.

В 2005 году Альянс опубликовал доктринальный документ «Winning Legacy» с изложением 27 стратегий борьбы с факторами риска – курения, нездорового питания, **отсутствия физической активности** и, как результата, избыточной массы тела (ожирения)²³⁴.

Было заявлено, что в случае успешной реализации представленных в указанном документе стратегических направлений будет достигнут ряд результатов, среди которых:

9 из 10 жителей Британской Колумбии не будут курить;

7 из 10 жителей Британской Колумбии будут физически активны;

7 из 10 жителей Британской Колумбии будут иметь здоровый вес.

23 марта 2006 г. Правительство провинции выделило Альянсу для реализации указанных стратегических направлений единовременное пособие в 25,2 млн. канадских долларов.

Чтобы добиться прогресса в достижении активных целей, сформулированных в указанном документе, ресурсы были выделены на разработку индивидуальных стратегий в области физической активности, здорового питания и сокращение табакокурения.

²³³ Taking Sports Seriously. Social Issues in Canadian Sport / Peter Donnelly (Ed.). – 3rd edition. – Toronto: Thompson Educational Publishing, 2011. – 370 p.

²³⁴ Physical activity Strategy / Working group of the BC Healthy Living Alliance. 15 march 2007. – Vancouver, 2007. – 92 p. Далее обзор документа по этому изданию.

Представляет интерес, что основной упор в стимулировании физической активности Альянс намерен делать применительно к возрастной группе от 35 до 54 лет. Как было заявлено, «воздействия стратегии, вероятно, будет намного больше, чем только лишь число ставших физически более активными взрослых. Роль взрослых в качестве «авторитетов» для своих детей, друзей и пожилых родителей также будет иметь существенное значение».

Проект включает комплексное решение этой проблемы, включает задачи по усовершенствованию спортивной инфраструктуры, по пропаганде, основан на следующих стратегических подходах:

1) стимулирование совершенствования законодательства и государственной политики в области здорового и активного образа жизни;

2) создание условий для обеспечения возможности заниматься спортом и физкультурной деятельностью лицам из малообеспеченных семей;

3) реализация пропаганды здорового образа жизни, занятий спортом и физической активности; информирование населения об имеющихся инфраструктурных и организационных возможностях для занятий спортом;

4) создание специальной стимулирующей занятия спортом и физическую активность населения антропогенной среды (прежде всего в городах);

5) реализация программно-целевых мероприятий и поддержки существующих инициатив в сфере стимулирования занятий спортом и физической активности населения;

6) стимулирование распространения спортивной ходьбы («Provincial Walking Initiative») через воздействие на органы исполнительной власти, работодателей, через обучение и специальный маркетинг;

7) развитие партнерских отношений всех заинтересованных сторон в решении заявленных стратегических целей.



Гребнев Р.Д. О понятии публичных интересов: к вопросу о терминологии²³⁵

Рассматривая государственное управление и государственную политику в области спорта, неминуемо приходишь к вопросу о телеологических (целевых) параметрах указанного управления. Какими должны быть цели государственного управления в области спорта и каковы ценностные основания, заложенные в саму основу этих целей?

Представляется чрезвычайно важным осмыслить и понять, а затем исследовать и описать взаимосвязи между такими понятиями, как «публичный интерес», «публичный порядок» («*ordre public*»), «цель государственной политики» и «цель государственного управления», «ценностные основания государственного управления», «публичный приоритет», «государственный приоритет». Выявление системно-структурных и функционально-отношенческих взаимосвязей между указанными понятиями позволит дать научно обоснованное и несопоставимо более ясное и полное (чем существующие в научной литературе определения) определение понятия «публичные интересы» («публичный интерес»).

Полагаем, публичные цели государственного управления в какой бы то ни было области общественных отношений проистекают из публичного порядка государства и тесно связаны с государственным суверенитетом.

По мнению А. Нуссбаума, «нет ничего непоследовательного или лицемерного в том, что суд данной страны не исполнит иностранные меры, которые наносят ущерб этой стране, хотя бы этот суд принял или примет в будущем аналогичные меры, наносящие ущерб иностранным государствам. Когда публичные порядки входят в противоречие друг с другом, суд отдает предпочтение собственному, а не какому-нибудь другому публичному порядку»²³⁶. То есть государственный суверенитет – это не просто яркая декларация, это

²³⁵ **Гребнев Руслан Дмитриевич** – аспирант кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Российского университета дружбы народов, заместитель декана юридического факультета Российского университета дружбы народов по научной работе, мастер спорта России.

В статье исследовано содержание понятия «публичные интересы», оценена связь этого понятия с понятием «публичный порядок».

Ключевые слова: публичные интересы, публичный порядок, цели государственного управления.
Grebnev R.D. On the concept of public interest: question of terminology.

Article investigates the concept of «public interest», evaluates the connection between this notion and the notion of «public order».

Keywords: public interest, public policy, the goals of government.

²³⁶ *Nussbaum A. Money in the Law. – Chicago: Foundation Press, 1939. Цит. по: Ponkine I.V., Kouznetsov M.N., Mikhaleva N.A. Rapport. Sur le droit à l'appréciation critique et sur les restrictions légitimes... // Stato, Chiese e pluralismo confessionale. – 2011, ottobre.*

категория, с одной стороны, оказывающая повседневное влияние на государственно-правовое функционирование и развитие, а с другой – требующая повседневных стараний для ее обеспечения, охраны и защиты.

Как пишет М.Н. Кузнецов со ссылкой на В.В. Кудашкина, существует целый ряд концепций понимания и толкования содержания понятия «публичный порядок»: теория «социальной цели законов публичного порядка» Антуана Пийе²³⁷, доктрины публичного порядка А.А. Пиленко²³⁸, теория крепости привязок М.И. Бруна²³⁹, теория «молчаливых привязок» Германа Габихта и др.²⁴⁰ Л.И. Петражицкий следующим образом определял публичный порядок: «Так называемый “публичный порядок” представляет тоже реальное явление правовой жизни, в разных формах и вариациях санкционированное многими законодательствами и независимо от этого повсеместно практикуемое в области применения чужих гражданских прав; так что можно в известном смысле говорить о всемирном правовом явлении, или о бесчисленных массах правовых явлений»^{241 242}.

В Определении Арбитражного суда города Москвы от 25 января 2007 г. по делу № А40-67462/06-8-494 была дана следующая дефиниция понятия «публичный порядок»: «Под публичным порядком подразумеваются фундаментальные начала правопорядка, общепризнанные принципы нравственности и морали, а также интересы обороноспособности страны, в которой испрашивается исполнение иностранного арбитражного решения»²⁴³.

Привязывать понятие публичных интересов только к государству было бы методологически неверно. Но и дефинировать это понятие, только отталкиваясь от общества, также было бы неверно, поскольку приведет к неполноте понимания этого понятия, ведь существующие в обществе интересы весьма разнообразны. В «Философском словаре» 1986 года таковые различались следующим образом: по степени общности – индивидуальные, групповые, общественные; по своей направленности – политические, экономические и др.; по характеру субъекта – классовые,

²³⁷ *Pillet A.* Principes de Droit international privé. – Paris: Pedone; Grenoble: Allier frères, 1903.

²³⁸ *Пиленко А.А.* Очерки по систематике частного международного права. – СПб., 1911.

²³⁹ *Брун М.И.* Публичный порядок в международном частном праве. – Пг.: Сенатская типография, 1916. – С. 54–57.

²⁴⁰ *Кудашкин В.В.* Международные частные отношения – системные явления реальной действительности // Журнал Российского права. – 2004. – № 5.

²⁴¹ *Петражицкий Л.И.* О старой школе и новых течениях в науке права // Право. – 1911. – № 50. – Стлб. 2860–2861. Цит. по: *Гетьман-Павлова И.В.* Наука международного частного права: проблемы международной вежливости, публичного порядка и отсылки в психологической теории Л.И. Петражицкого // http://www.juristlib.ru/book_5649.html.

²⁴² *Кузнецов М.Н.* О содержании понятия «публичный порядок» // Нравственные императивы в праве. – 2011. – № 2. – С. 3–32.

²⁴³ <http://www.msk.arbitr.ru/>.

национальные и др.; по степени осознанности – действующие стихийно и на основе разработанной программы; по возможности их осуществления – реальные и мнимые; по отношению к объективным процессам – прогрессивные, консервативные и др.²⁴⁴ Нужен интегральный подход, увязывающий их все воедино.

В предложенном Ю.А.Тихомировым классическом толковании публичный интерес есть «признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития»²⁴⁵.

«Определить содержание и пределы действия публичного интереса довольно трудно, – пишет Ю.А.Тихомиров. – Во-первых, само по себе сложно обеспечить исчерпывающую полноту и точность его выражения с точки зрения чисто познавательной. Во-вторых, противоречивость и динамика развития политической и экономической сфер, многофакторность влияния, подвижность общественного поведения также затрудняют выявление параметров публичного интереса. Заметим еще, что фаза осознания и своего рода структурирования публичного интереса значительно более сложная, нежели в сфере частного интереса. Приходится «отбирать» и оценивать множество социальных интересов... Известная подвижность границ между публичным и частным интересами выражается в том, что некоторые явления перестают иметь общественный или государственный интерес и сохраняют смысл интересов частного характера. Возможно и иное, когда некоторые частные интересы ввиду их общей значимости признаются правом в качестве публичных интересов... публичный интерес может быть отражен и закреплен в отраслях как публичного, так и частного права. В первом случае различные публичные интересы получают нормативное выражение и служат, по сути дела, единственным или преобладающим основанием создания и применения правовых актов и норм. Например, государственная безопасность, государственная граница, оборона, государственная тайна являются выражением исключительно общегосударственных интересов, и отношения в этих сферах регулируются императивными нормами... Понятие «публичный интерес» является родовым, включающим в себя более конкретные, видовые понятия»²⁴⁶.

В отечественной правовой литературе устоялось следующее определение: «Публичный интерес (англ. public interest) – в публичном праве признанный государством и обеспеченный правом

²⁴⁴ Философский словарь. – М., 1986. – С. 168–169.

²⁴⁵ Тихомиров Ю.А. Публичное право: Уч. – М.: Издательство БЕК, 1995. – 496 с. – С. 53–60.

²⁴⁶ Тихомиров Ю.А. Публичное право: Уч. – С. 53–60. См. также: Публичные и частные интересы в российском законодательстве // <<http://www.izak.ru/node/1126>>.

интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития»²⁴⁷.

Однако это определение отличается содержательной размытостью и неполнотой.

С учетом указанных определений, считаем возможным предложить нижеследующее авторское определение рассматриваемого понятия.

Публичный интерес – это признанный (либо сформировавшийся и в силу этого объективно фиксируемый в качестве такового и подлежащий признанию), обеспеченный, охраняемый и защищаемый публичной властью (публичными властями нескольких государств) как выразителем и представителем интересов общества крупный (общезначимый общенационального или международного значения) интегральный комплекс правовых, социальных, экономических и/или иных интересов (потребностей, стремлений и перспективных ожиданий) общества в целом или значимых для общества в целом интересов отдельных общественных страт.



²⁴⁷ См., например: <<http://www.pravoteka.ru>>.

Ботнев В.К. Защита прав граждан прокуратурой Российской Федерации²⁴⁸

В соответствии с Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации», в целях обеспечения верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства прокуратура Российской Федерации осуществляет надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина федеральными министерствами, государственными комитетами, службами и иными федеральными органами исполнительной власти, представительными (законодательными) и исполнительными органами субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля, их должностными лицами, а также органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций.

Одним из главных направлений деятельности прокуратуры является надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина. При осуществлении надзора за соблюдением прав и свобод человека и гражданина прокурор наделен широкими полномочиями. В этой связи необходимо отметить право рассмотрения и проверки заявлений, жалоб и иных сообщений о нарушении прав и свобод граждан. Заявления и жалобы служат основным поводом, определяющим необходимость прокурорского вмешательства. Сообщения о нарушении прав и свобод могут поступать как от лиц, чьи права нарушены, так и от иных лиц, а также государственных органов, различных организаций и т.п.

Характерным для данного вида надзорной деятельности прокуратуры являются полномочия прокурора, выражающиеся в разъяснении пострадавшим порядка защиты их нарушенных прав и свобод. Потребность в реализации данного полномочия возникает в тех случаях, когда восстановление нарушенных прав требует

²⁴⁸ **Ботнев Владимир Константинович** – кандидат юридических наук, доцент МИГСУ Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

Статья посвящена вопросам защиты прав и свобод человека органами прокуратуры Российской Федерации, вопросам взаимодействия прокуратуры РФ и Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации.

Ключевые слова: прокуратура, защита, права граждан, нарушения, надзор, полномочия, суд, потерпевший.

Botnev V.K. Protection of the civil rights by Office of Public Prosecutor of the Russian Federation. The article is about the protection of human rights and freedoms by the procuracy of the Russian Federation, about the cooperation Prosecutor's Office and the Commissioner for Human Rights in the Russian Federation.

Keywords: Office of Public Prosecutor, prosecution, defense, civil rights, violations, supervision, authority, the court, the victim.

обращения в органы, обладающие соответствующей компетенцией, а заявитель не обладает необходимой для этого информацией и не может обладать в силу своего образовательного уровня, недоступности платной консультативно-юридической помощи либо иных причин²⁴⁹.

При этом следует указать на тот факт, что обстоятельства большинства нарушений прав и свобод человека и гражданина таковы, что не требуют применения сложной процедуры судебного разбирательства. В этой связи прокурор предлагает более оперативный путь разрешения правового конфликта, указав тот конкретный орган, который правомочен восстановить нарушенные права и свободы. Он также разъясняет содержание закона, в соответствии с которым должен разрешаться спор о восстановлении нарушенного права. Этой деятельностью прокурор оказывает квалифицированную юридическую помощь гражданам, обратившимся за ней²⁵⁰.

При наличии оснований полагать, что нарушение прав и свобод человека и гражданина имеет характер преступления, прокурор возбуждает уголовное дело и принимает меры к тому, чтобы лица, его совершившие, были подвергнуты уголовному преследованию в соответствии с законом.

Для выявления нарушения прав человека и гражданина прокуроры используют предоставленные законом возможности беспрепятственно входить в помещения органов, указанных в пункте 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»; иметь доступ к документам и материалам; проверять исполнение законов в связи с поступившей в органы прокуратуры информацией о фактах нарушения законов; требовать от руководителей и других должностных лиц представления необходимых документов, материалов, статистических сведений, выделения специалистов, проведения проверок и ревизий; получать объяснения от должностных лиц и граждан по поводу нарушений законов.

Следует отметить, что правозащитная функция прокуратуры Российской Федерации реализуется и при осуществлении надзора за исполнением законов федеральными министерствами, службами и иными федеральными органами исполнительной власти, представительными (законодательными) и исполнительными органами субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля.

²⁴⁹ Гошуляк В.В. Прокуратура, адвокатура, нотариат в конституционном праве России. – М.: Альфа-М., 2005. – С. 47.

²⁵⁰ Антонов И.А. Место и роль прокуратуры Российской Федерации в системе контрольной власти (конституционно-правовой аспект): Автореф. дис.... канд. юридич. наук. – М., 2003. – С. 4.

В соответствии со статьей 35 (пункты 1 и 2) Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», прокурор участвует в рассмотрении дел судами, а осуществляя уголовное преследование в суде, выступает в качестве государственного обвинителя. При этом он обязан всеми имеющимися в его распоряжении правовыми средствами обеспечить охрану прав и свобод человека в уголовном судопроизводстве (статья 11 Уголовно-процессуального кодекса России 2001 г.)²⁵¹. Каких-либо положений, допускающих освобождение прокурора от выполнения этих обязанностей, Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации не содержит. В связи с этим можно констатировать, что установленные частью 2 статьи 15 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации правовые предписания о том, что функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо, не исключают необходимости использования прокурором при поддержании государственного обвинения всего комплекса предусмотренных уголовно-процессуальным законом мер по охране прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве (статьи 2 и 18 Конституции Российской Федерации)²⁵².

Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации 2001 г. принципиально изменил процессуальный статус прокурора, возложив на него ответственность за доказанность и обоснованность предъявленного обвинения в суде. Прокуратура, осуществляя уголовное преследование, обеспечивает соблюдение прав и свобод всех участников процесса – подозреваемого и обвиняемого, свидетеля, потерпевшего, т.е. она должна быть эффективной системой правовой защищенности сторон в уголовном судопроизводстве независимо от процессуального положения сторон. В этом контексте прокуратура должна стать не карательным органом, а системой, обеспечивающей справедливость и законность, стоящей на позициях охраны прав и свобод личности²⁵³.

Обязанность государственного обвинителя в защите гарантированных прав потерпевшего от преступлений вытекает из положений части 1 статьи 21 Конституции Российской Федерации. Отстаивая права потерпевших от преступления в уголовном

²⁵¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в ред. от 11 июля 2011 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 52 (ч.1). – Ст.4921.

²⁵² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 УПК РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2004. – № 4.

²⁵³ См.: Мельников Н.В. Конституционные основы организации и деятельности прокуратуры России. – М., 2000. – С. 4.

правосудии, прокурор должен иметь в виду, что Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью (утверждена Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 40/34 от 29 ноября 1985 г.) предусматривает, что «лица, которым в результате преступного деяния причинен вред, ...имеют право на доступ к механизмам правосудия и скорейшую компенсацию за причиненный им ущерб, в соответствии с национальным законодательством» (пункт 4)²⁵⁴. Применительно к личности потерпевшего эта норма предполагает обязанность прокурора не только предотвращать и пресекать в установленном законом порядке какие бы то ни было посягательства, способные причинить вред и нравственные страдания личности, но и обеспечивать пострадавшему от преступления возможность отстаивать, прежде всего в суде, свои права и законные интересы любыми не запрещенными законом способами.

В случае нарушения прав и свобод человека и гражданина, защищаемых в порядке гражданского судопроизводства, когда пострадавший по состоянию здоровья, возрасту или иным причинам не может лично отстаивать в суде или арбитражном суде свои права и свободы или когда нарушены права и свободы значительного числа граждан либо в силу иных обстоятельств нарушение приобрело особое общественное значение, прокурор предьявляет и поддерживает в суде или арбитражном суде иск в интересах пострадавших, оказывая им необходимую юридическую помощь.

Обращение в суд в защиту государственных и общественных интересов является действенным способом защиты прав граждан и оказания им правовой помощи в том случае, если они по каким-либо причинам не могут обратиться в суд самостоятельно. Необходимо отметить, что в соответствии с законодательством Российской Федерации прокурор освобожден от уплаты государственной пошлины при подаче искового заявления в суд. Прокурор присутствует в судебном заседании, осуществляет все права лица, участвующего в деле, и в силу наличия у него юридического образования может вполне квалифицированно и компетентно отстаивать позицию истца.

Количество обращений граждан в прокуратуру о защите своих прав и свобод во много раз превышает число исковых заявлений о защите гражданских прав, которые подаются в суды. Отмечая доступность прокуратуры как государственного органа обеспечения гражданских прав, отсутствие в законодательстве требования об оплате госпошлины при обращении в прокуратуру, необходимо

²⁵⁴ См.: Яковлев Н.М. Обеспечение поддержания государственного обвинения в состязательном уголовном процессе как важнейшей функции в правозащитной деятельности органов прокуратуры // Адвокатская практика. – 2006. – № 5. – С. 54.

сделать вывод о том, что обращение в прокуратуру с заявлением о защите своих прав является действенной гарантией оказания квалифицированной юридической помощи.

Отметим, что Генеральная прокуратура Российской Федерации и Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации 24 июля 1998 г. заключили соглашение «О формах взаимодействия Генеральной прокуратуры Российской Федерации и Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации в целях обеспечения гарантий государственной защиты прав и свобод граждан», в соответствии с которым стороны:

1. Обмениваются информацией о нарушениях основных прав и свобод человека и гражданина:

а) Генеральная прокуратура сообщает Уполномоченному по правам человека о результатах надзора за соблюдением прав и свобод граждан и мерах, принятых в их защиту.

б) Уполномоченный по правам человека информирует Генеральную прокуратуру об известных ему незаконных актах органов государственной власти, рассмотренных и признанных обоснованными жалобах граждан и лиц без гражданства, направленных в суд (в том числе в Конституционный Суд Российской Федерации), заявлениях в защиту прав и свобод граждан, нарушенных решениями или бездействием органов власти и должностных лиц.

2. Рассматривают каждое полугодие на совместных совещаниях результаты работы по защите основных прав и свобод граждан, разрабатывают планы совместных мероприятий по усилению их воздействия на правоприменительную практику.

3. Изучают с выездом в отдельные субъекты Российской Федерации причины массовых нарушений прав и свобод граждан.

4. Вносят государственным органам совместные предложения общего характера, относящиеся к обеспечению прав и свобод граждан, совершенствованию административных процедур, а также о внесении изменений и дополнений в Федеральное законодательство и законодательство субъектов Российской Федерации.

5. Обращаются с совместными заявлениями в средства массовой информации о грубых нарушениях основных прав и свобод человека и гражданина, проводят по этим вопросам научно-практические конференции с привлечением широкой общественности.

Таким образом, защита прав и свобод человека и гражданина является самостоятельной функцией прокуратуры, наряду с функциями надзора за соблюдением Конституции и законов, уголовного преследования, поддержания государственного обвинения в судебном разбирательстве и участия прокурора в суде.

Она реализуется не только в процессе осуществления надзора за соблюдением конституционных прав и свобод человека и гражданина, но и вбирает в себя правозащитную практику иных видов деятельности органов и учреждений прокуратуры. Результатами осуществления данной функции являются не только восстановление нарушенных субъективных прав граждан и создание условий, предупреждающих их нарушение, но и обеспечение соответствия деятельности государственных органов, органов местного самоуправления, их должностных лиц, органов управления и руководителей коммерческих и некоммерческих организаций конституционным стандартам в сфере прав и свобод человека и гражданина.



Понкина А.А. Законодательное закрепление гарантий прав пациентов (на примере Аргентины, Бельгии, Израиля, Исландии, Испании, Италии, Мексики, Франции, Швейцарии)²⁵⁵

На Всероссийском форуме медицинских работников 13 апреля 2011 г. Председатель Правительства Российской Федерации В.В. Путин заявил: *«Я предлагаю ежегодно публиковать рейтинги медицинских учреждений и страховых компаний с обязательным учетом оценок пациентов. И начать нужно с государственных учреждений здравоохранения, крупных страховых компаний и частных медицинских организаций. Считаю, что информация о реальном состоянии дел в лечебных учреждениях, результатах рассмотрения жалоб граждан должна быть абсолютно открытой. Скрывать, замалчивать неприглядные явления, покрывать ошибки – абсолютно неприемлемо и недопустимо ни для пациентов, ни для медицинского сообщества. Уверен, чем полнее и объективнее будет информация, тем быстрее пойдет процесс позитивных перемен в системе здравоохранения»*²⁵⁶. Несколько ранее, 17 августа 2010 г., в выступлении В.В. Путина на совещании по вопросу «О строительстве и вводе в эксплуатацию федеральных центров высоких медицинских технологий и перинатальных центров» в г. Твери прозвучало: *«...наша принципиальная позиция заключалась в том, чтобы главным образом строить новые клинические центры в регионах страны и за счет этого максимально приблизить современную качественную медицинскую помощь к нуждающимся в ней людям, чтобы им не приходилось, как прежде, в любом трудном случае садиться на поезд или на самолет, ездить в столичные больницы, тратить деньги на дорогу, на проживание, на другие вещи, которые напрямую-то и не связаны с медициной, выстаивать в очередях, месяцами, а то и годами ждать нужной операции или исследования»*²⁵⁷.

²⁵⁵ Понкина Александра Александровна – эксперт, слушатель юридического факультета имени М.М. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

В статье проанализирована структура комплекса прав пациентов в законодательствах зарубежных стран.

Ключевые слова: права пациента; медицинское право; медицинская помощь, врач.

Ponkina A.A. Guarantees of Patients' Rights in the legislation of foreign countries.

The article analyzes the structure of the complex of Patients' Rights in the legislation of foreign countries.

Keywords: Patients' Rights, medical law, medical care, doctor.

²⁵⁶ Председатель Правительства Российской Федерации В.В. Путин принял участие в работе Всероссийского форума медицинских работников // <<http://premier.gov.ru/events/news/14851/>>. – 13.04.2011.

²⁵⁷ Председатель Правительства Российской Федерации В.В. Путин провел в Твери совещание по вопросу «О строительстве и вводе в эксплуатацию федеральных центров

Приведенные цитаты наглядно показывают, что власть в России начинает уделять все большее внимание вопросам качества медицинской помощи, реального наполнения гарантий конституционного права граждан на охрану здоровья, но главное – гарантий прав пациента.

Качество и полнота закрепления таких гарантий в действующем законодательстве Российской Федерации, мягко говоря, оставляет желать лучшего.

И в этом смысле существенный интерес представляет исследование зарубежного опыта законодательного закрепления прав пациента.

В настоящем материале обратим внимание на такой опыт **Аргентины, Бельгии, Израиля, Исландии, Испании, Италии, Мексики, Франции, Швейцарии**, сгруппировав наиболее характерные и ярко сформулированные нормы по разделам, каждый из которых посвятим конкретному праву пациента.

1. Право пациента на здоровье и на охрану здоровья.

Согласно Французскому кодексу здравоохранения, *«фундаментальное право на охрану здоровья должно быть реализовано с помощью всех имеющихся средств для всеобщего блага»* (статья L1110-1)²⁵⁸.

Закон Израиля о правах больного от 01.05.1996 устанавливает: *«Каждый человек, нуждающийся в медицинской помощи, имеет право на ее получение в соответствии со всеми законами и положениями, условиями и договоренностями... в любой момент времени в израильской системе здравоохранения. В случае неотложной нужды в медицинской помощи человек имеет право на получение неотложной медицинской помощи без всяких условий»* (параграф 3)²⁵⁹.

2. Право пациента на признание, уважение, защиту и охрану его человеческого достоинства.

Французский кодекс здравоохранения устанавливает: *«Больной имеет право на уважение его достоинства личности»* (статья L1110-2); *«врач, обслуживающий индивидуальное и общественное здоровье, выполняет свою миссию с уважением к человеческой жизни, к личности и ее достоинству. Уважение к*

высоких медицинских технологий и перинатальных центров» // <<http://premier.gov.ru/events/news/11787/>>. – 17.08.2010. **Здесь и далее в статье дата фиксации информации – 08.11.2011.**

²⁵⁸ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. **Здесь и далее перевод норм иностранного законодательства А.А. Понкиной.**

²⁵⁹ Patient's Rights Act, 1996 // <<http://waml.haifa.ac.il/index/reference/legislation/israel/israel1.htm>>.

человеку не прекращается с его смертью» (статья R4127-2)²⁶⁰. Отметим, что статьи R4127-1 – R4127-112 Французского кодекса здравоохранения совокупно образуют Французский кодекс медицинской этики (Code de déontologie médicale) в составе Французского кодекса здравоохранения.

Союзный закон Швейцарии о медицинских профессиях от 23.06.2006²⁶¹ закрепляет требование уважения человеческого достоинства пациента (пункт «i» статьи 8, пункт «g» статьи 9 и пункт «b» статьи 17). Требование защиты достоинства личности пациента установлено также в Союзном законе Швейцарии о трансплантации органов, тканей и клеток от 08.10.2004 (часть 3 статьи 1)²⁶².

Согласно Закону Бельгии о правах пациента от 22.08.2002, *«пациент имеет право на получение от профессионального медицинского работника качественных услуг, удовлетворяющих потребности пациента и реализуемых в духе уважения к человеческому достоинству и автономии личности без каких-либо различий»* (статья 5)²⁶³.

Закон Испании об основах автономности пациента и о правах и обязанностях в части информации и клинической документации № 41/2002 от 14.11.2002 устанавливает: *«В осуществлении всех мероприятий, направленных на получение, использование, архивирование, хранение и передачу информации и клинической документации, следует руководствоваться требованиями уважения достоинства человеческой личности, уважения к ее автономности и к конфиденциальности»* (часть 1 статьи 2)²⁶⁴. Требование постановки в основу медицинских действий заботы о пользе пациента и уважения его человеческого достоинства закреплено также частью 5 статьи 9 указанного Закона Испании.

Требование уважения человеческого достоинства пациента установлено в Законе Италии о мерах по обеспечению доступа к паллиативной помощи и лечению боли № 38 от 15.03.2010 (часть 2 статьи 1)²⁶⁵.

²⁶⁰ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁶¹ Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales) du 23 juin 2006 // <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/8/811.11.fr.pdf>>.

²⁶² Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation) du 8 octobre 2004 // <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/8/810.21.fr.pdf>>.

²⁶³ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

²⁶⁴ Ley 41/2002, de 14 de noviembre de 2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica // <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-2002-22188>.

²⁶⁵ Legge 15 marzo 2010, № 38 «Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore» // Gazzetta Ufficiale. – 19.03.2010. – № 65. <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2010;38>>.

В Законе Аргентины о правах пациентов в их отношениях с медицинскими специалистами и медицинскими учреждениями № 26.529 от 19.11.2009 установлено требование «*обращения с пациентом с достоинством и уважением*», которое детализируется следующим образом: «*Пациент имеет право на получение от субъектов системы здравоохранения достойного уважения, с точки зрения его личных и моральных убеждений, в основном связанных с его социокультурной и половой идентичностью, нравственными убеждениями и неприкосновенностью частной жизни, независимо от его статуса. Это отношение распространяется на членов его семьи или близких людей*» (пункт «b» статьи 1)²⁶⁶.

Согласно статье 1 Закона Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997, целью этого Закона является «*обеспечение конкретных прав пациентов в соответствии с общими правами человека и гарантиями охраны человеческого достоинства*» (статья 1). Статья 17 Закона Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: «*Медицинские работники и иные лица, которым из-за их работы приходится общаться с пациентом, должны относиться к нему с уважением*»²⁶⁷.

3. Право пациента на надлежащее качество оказываемой ему медицинской помощи.

В Законе Бельгии о правах пациента от 22.08.2002 закреплено: «*Пациент имеет право на получение*²⁶⁸ *от профессионального медицинского работника качественных услуг...*» (статья 5)²⁶⁹.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: «*Пациент имеет право на наилучшее медицинское обслуживание... Пациент имеет право на получение медицинской помощи и медицинской диагностики... на основе наилучших медицинских знаний... Пациент имеет право на... сотрудничество между всеми медицинскими работниками и учреждениями, участвующими в лечении*» (статья 3)²⁷⁰.

²⁶⁶ Ley № 26.529 de 19.11.2009 «Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud» // Boletín Oficial. – 20.11.2009. – № 31785. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>.

²⁶⁷ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

²⁶⁸ Здесь и далее полужирным шрифтом в документе выделено автором.

²⁶⁹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

²⁷⁰ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

4. Право пациента на своевременность (доступность по времени) медицинской помощи.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: *«Пациент имеет право на наилучшее медицинское обслуживание, доступное в любой момент времени. Пациент имеет право на получение медицинской помощи и медицинской диагностики в любой момент времени на основе наилучших медицинских знаний...»* (статья 3)²⁷¹.

5. Право пациента на защиту от непроверенных и от шарлатанских средств и методик при оказании медицинской помощи.

Французский кодекс здравоохранения устанавливает: *«Врач не вправе предлагать пациентам или их родственникам в качестве полезных или безопасных мнимые или недостаточно проверенные средства или процедуры. Любые шарлатанские практики запрещены»* (статья R4127-39)²⁷². При этом *«врачи не должны раскрывать в медицинских кругах новые методы диагностики или лечения, не прошедшие необходимых проверок, без соответствующих оговорок. Они не должны делать такие раскрытия информации в немедицинских сообществах»* (статья R4127-14)²⁷³. Кроме того, *«врач обязан всегда ставить свой диагноз больному с максимальной осторожностью и посвящать необходимое время, использовать необходимый объем наиболее подходящих научных методов и, в случае необходимости, обращаться к соответствующей поддержке»* (статья R4127-33)²⁷⁴.

Статья R4127-40 Французского кодекса здравоохранения устанавливает: *«Врач должен воздерживаться от назначения обследований и (или) терапевтических вмешательств, создающих ненужный риск для пациента»*²⁷⁵.

²⁷¹ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

²⁷² Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁷³ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁷⁴ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁷⁵ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

6. Право пациента на купирование или облегчение боли и иных страданий.

Французский кодекс здравоохранения устанавливает: *«Каждый человек имеет право на получение лечения, направленного на облегчение его боли»* (статья L1110-5)²⁷⁶.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: *«Страдания пациента должны быть ослаблены в меру текущих возможностей»* (статья 23)²⁷⁷.

7. Право инкурабельного пациента, находящегося в состоянии запущенной или терминальной стадии серьезной и неизлечимой болезни, на достойную жизнь до самой смерти; право на паллиативную помощь такому больному и членам его семьи.

Во Французском кодексе здравоохранения этому вопросу посвящено множество статей, внесенных в него Законом Франции № 2005-370 от 22.04.2005 о правах пациента и об уходе из жизни²⁷⁸.

Статья L1110-9 Французского кодекса здравоохранения устанавливает, что *«любой больной, чье состояние здоровья обосновывает это, имеет право на доступ к паллиативным помощи и сопровождению»*²⁷⁹.

Французский кодекс здравоохранения устанавливает, что цель паллиативной помощи в учреждениях или на дому – *«облегчить боль для облегчения душевных страданий, чтобы обеспечить уважение человеческого достоинства пациента и поддержку окружающих»* (статья L1110-10); *«Медицинские работники обязаны реализовать все имеющиеся в их распоряжении возможности, чтобы обеспечить каждому достойную жизнь до самой смерти. Если врач считает, что он может облегчить страдания человека в состояниях запущенной или терминальной стадий серьезной и неизлечимой болезни, независимо от причины, при применении лечения, которое может привести к побочным последствиям..., он должен проинформировать пациента, без ущерба для четвертого абзаца статьи L1111-2, ответственных лиц, указанных в статье L1111-6, семью или, если это невозможно, близких пациенту людей»* (статья L1110-5)²⁸⁰.

²⁷⁶ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁷⁷ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

²⁷⁸ Loi № 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁷⁹ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁸⁰ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

При этом «врач должен сопровождать умирающего до последнего момента, посредством обеспечения соответствующих мер ухода и качества жизни умирающего, обеспечить уважение человеческого достоинства больного и комфорт окружающих. Врач не имеет права намеренно причинить смерть» (статья R4127-38)²⁸¹. Кроме того, «во всех случаях врач должен стремиться облегчить страдания больного таким образом, который наиболее соответствует его состоянию здоровья, и оказать больному моральную поддержку. Врач должен воздерживаться от любых необоснованных упрямств в проведении исследований или лечения и не может начать или продолжить лечение, которое является бесполезным, непропорциональным или у которого нет другого объекта или эффекта, кроме искусственного поддержания жизни» (часть I статьи R4127-37)²⁸².

Статья R4127-38 Французского кодекса здравоохранения закрепляет: «Врач должен сопровождать умирающего до последнего момента, посредством обеспечения соответствующих мер ухода и качества жизни умирающего, обеспечить уважение человеческого достоинства больного и комфорт окружающих. Врач не имеет права намеренно причинить смерть». Статья L1110-10 Французского кодекса здравоохранения устанавливает, что «паллиативная помощь является активной и постоянной деятельностью междисциплинарной команды специалистов по уходу за больным и практикуется в учреждениях или на дому. Ее целью является уменьшить боль, облегчить душевные страдания, чтобы обеспечить уважение человеческого достоинства пациента и оказать, тем самым, поддержку его семье»²⁸³.

В Италии этому вопросу также посвящен отдельный закон – Закон Италии о мерах по обеспечению доступа к паллиативной помощи и лечению боли № 38 от 15.03.2010²⁸⁴.

В Общем законе Мексики о здоровье от 1984 г. целая глава определяет основания, условия и механизмы паллиативной помощи неизлечимым больным в терминальной стадии болезни – глава II «Права пациентов в терминальных ситуациях» («De los Derechos de los Enfermos en Situación Terminal») Титула 8bis «Паллиативная помощь больным в терминальных ситуациях» («De los Cuidados Paliativos a los Enfermos en Situación Terminal»), включающая статьи 166bis3 – 166bis12²⁸⁵. Пункт IV статьи 166bis3 (а также

²⁸¹ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁸² Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁸³ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁸⁴ Legge 15 marzo 2010, № 38 «Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore» // Gazzetta Ufficiale. – 19.03.2010. – № 65. <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2010;38>>.

²⁸⁵ Ley general de salud // <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>>.

пункт I статьи 166bis) указанного закона Мексики устанавливают право неизлечимо больного пациента в терминальной стадии болезни на достойное и уважительное отношение к себе, на создание условий для завершения жизни в условиях охраны достоинства личности²⁸⁶.

Пункт «а» части 1 статьи 1 Закона Италии о мерах по обеспечению доступа к паллиативной помощи и лечению боли № 38 от 15.03.2010 устанавливает: *«Паллиативная помощь» означает все терапевтические вмешательства, диагностические и медицинские услуги, ориентированные как на больного, так и на его семью, реализуемые в целях обеспечения активного и общего ухода за пациентом, у которого основное заболевание, характеризующееся постоянной негативной динамикой и неблагоприятным прогнозом, не отвечает на лечение»; в соответствии с частью 3 статьи 1 указанного Закона Италии, «программа индивидуального ухода за пациентом и его семьей реализуется в соответствии со следующими основными принципами: а) защита достоинства и автономности пациента, без какой-либо дискриминации; б) защита и содействие обеспечению качества жизни до ее завершения; в) адекватное поддержание здоровья и благополучия больного человека и его семьи»²⁸⁷.*

Согласно Закону Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997, *«находящийся в терминальной стадии болезни пациент имеет право умереть с достоинством. Если находящийся в терминальной стадии болезни пациент однозначно указывает, что он она отказывается дальнейшего продлевающие жизнь лечение или от реанимационных усилий, его врач должен уважать его решение...»* (статья 24). При этом *«пациент и его ближайшие родственники имеют право на психическую, социальную и религиозную поддержку»* (статья 23)²⁸⁸.

8. Право пациента на выбор врача и медицинского учреждения.

Во Французском Кодексе здравоохранения установлено: *«Право пациента на свободный выбор врача и медицинского учреждения является основополагающим принципом законодательства о здравоохранении»* (статья L1110-8)²⁸⁹;

²⁸⁶ Ley general de salud // <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>>.

²⁸⁷ Legge 15 marzo 2010, № 38 «Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore» // Gazzetta Ufficiale. – 19.03.2010. – № 65. <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2010;38>>.

²⁸⁸ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

²⁸⁹ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

«Врач должен уважать право любого человека на свободный выбор врача. Он должен способствовать осуществлению этого права» (статья R4127-6)²⁹⁰.

9. Право пациента на отказ от определенного медицинского вмешательства или совокупности таковых.

Закон Бельгии о правах пациента от 22.08.2002 закрепляет право пациента на отказ от медицинского вмешательства, устанавливая при этом, что такой отказ не ведет к исчезновению правовых оснований для осуществления прав пациента на получение медицинских услуг, указанных в статье 5 этого Закона Бельгии, то есть на *«получение от профессионального медицинского работника качественных услуг, удовлетворяющих потребности пациента и реализуемых в духе уважения к человеческому достоинству и автономии личности...»* (§ 4 статьи 8)²⁹¹.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: *«Право пациента на принятие решения относительно принятия лечения должно уважаться.... Никакое лечение не может проводиться без согласия пациента...»* (статья 7); *«Если пациент отказывается принимать лечение, врач должен информировать его о возможных последствиях его решения. Пациент может прекратить лечение в любое время, если иное не предусмотрено другими законодательными актами. Если пациент отказывается принимать лечение, его врач или иной медицинский работник, контролирующий лечение, должен проинформировать пациента о возможных последствиях этого решения. Отказ от лечения больных детей реализуется с учетом положений статьи 26 данного Закона. Решение пациента отказаться или прекратить лечение должно быть записано в его медицинской карте, с получением от пациента подтверждения, что он получил информацию о возможных последствиях его решения»* (статья 8)²⁹².

Закон Аргентины о правах пациентов в их отношениях с медицинскими специалистами и медицинскими учреждениями № 26.529 от 19.11.2009 устанавливает: *«Пациент имеет право принять или отклонить определенные методы лечения или медицинские или медико-биологические процедуры, с указанием*

²⁹⁰ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁹¹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

²⁹² Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

причины или без такового, а также впоследствии отозвать свое согласие» (пункт «е» статьи 2)²⁹³.

В соответствии с Законом Израиля о правах больного от 01.05.1996, «никакая медицинская помощь не должна предоставляться, пока пациент не дал своего информированного согласия на это, в соответствии с положениями настоящей главы» (пункт 13)²⁹⁴.

10. Право пациента на отзыв ранее выраженного согласия на медицинское вмешательство.

Закон Бельгии о правах пациента от 22.08.2002 закрепляет право пациента на отзыв своего согласия на медицинское вмешательство (§ 4 статьи 8), устанавливая при этом, что отзыв согласия на медицинское вмешательство не ведет к исчезновению правовых оснований для осуществления прав пациента на получение медицинских услуг, указанных в статье 5 этого Закона Бельгии, то есть на «получение от профессионального медицинского работника качественных услуг, удовлетворяющих потребности пациента и реализуемых в духе уважения к человеческому достоинству и автономии личности...»²⁹⁵.

Согласно Французскому кодексу здравоохранения, «каждое лицо самостоятельно, во взаимодействии с врачом и с учетом информации и рекомендаций, которые тот ему предоставляет, принимает решения о своем здоровье. Врач должен уважать волю человека после того, как предоставит ему информацию о последствиях его выбора. Если воля лица, отказывающегося от какого-либо лечения или прекращающего какое-либо лечение, угрожает опасностью для его жизни, врачи должны приложить все усилия, чтобы убедить это лицо принять необходимое лечение... Никакие медицинские процедуры или лечение не могут быть выполнены без информированного согласия человека, и это согласие может быть отозвано в любой момент» (статья L1111-4)²⁹⁶.

Согласно Закону Аргентины о правах пациентов в их отношениях с медицинскими специалистами и медицинскими учреждениями № 26.529 от 19.11.2009, решение пациента или его законного представителя о согласии на лечение или об отказе от

²⁹³ Ley № 26.529 de 19.11.2009 «Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud» // Boletín Oficial. – 20.11.2009. – № 31785. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>.

²⁹⁴ Patient's Rights Act, 1996 // <<http://waml.haifa.ac.il/index/reference/legislation/israel/israel1.htm>>.

²⁹⁵ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

²⁹⁶ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

лечения может быть отозвано (статья 10). Кроме того, пункт «е» статьи 2 указанного Закона Аргентины устанавливает: *«Пациент имеет право принять или отклонить определенные методы лечения или медицинские или медико-биологические процедуры, с указанием причины или без такового, а также впоследствии отозвать свое согласие»*²⁹⁷.

11. Право на учет врачом мнения пациента относительно лечения.

Часть I статьи R4127-37 Французского кодекса здравоохранения закрепляет: *«Врач должен воздерживаться от любых необоснованных упрямств в проведении исследований или лечения...»*²⁹⁸. При этом *«каждое лицо самостоятельно, во взаимодействии с врачом и с учетом информации и рекомендаций, которые тот ему предоставляет, принимает решения о своем здоровье. Врач должен уважать волю человека после того, как предоставит ему информацию о последствиях его выбора...»* (статья L1111-4)²⁹⁹.

12. Право пациента на учет его мнения относительно качества оказываемых медицинской помощи и ухода.

В соответствии с Французским Кодексом здравоохранения, *«качество лечения пациентов является одной из ключевых задач любого медицинского учреждения. Учреждение обязано проводить регулярную оценку их удовлетворенности, в том числе от условий приема и размещения»* (статья L1112-2)³⁰⁰, то есть оценка качества оказываемой медицинской помощи и сопутствующего ухода за больным увязана с его ощущениями, с его (пациента) оценками.

Закон Бельгии о правах пациента от 22.08.2002 закрепляет: *«Пациент имеет право на получение... качественных услуг, удовлетворяющих потребности пациента...»* (статья 5)³⁰¹.

²⁹⁷ Ley № 26.529 de 19.11.2009 «Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud» // Boletín Oficial. – 20.11.2009. – № 31785. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>.

²⁹⁸ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

²⁹⁹ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

³⁰⁰ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

³⁰¹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

13. Право пациента на добросовестное и доброе отношение к нему со стороны врача.

Французский кодекс здравоохранения устанавливает: «Врач обязан при любых обстоятельствах уважать принципы добросовестности, честности и преданности делу, необходимые для медицинской практики» (статья R4127-3). При этом статья R4127-31 указанного кодекса закрепляет, что «каждый врач должен воздерживаться, даже за пределами осуществления своей профессии, от любых действий, которые могут дискредитировать его». Кроме того, установлено: «Медицинская практика носит личный характер, и каждый врач несет ответственность за свои решения и действия» (статья R4127-69)³⁰².

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: «...Медицинский работник должен стремиться установить добрые отношения с пациентом...» (статья 3)³⁰³.

14. Право пациента на получение информации о состоянии своего здоровья, угрозах ему, осуществляемом лечении и об альтернативных методах лечения.

Согласно Французскому кодексу здравоохранения, «каждый человек имеет право на получение информации о состоянии его здоровья. Эта информация охватывает различные исследования, лечение или профилактические меры, которые предлагаются, их полезность, степень их актуальности, их последствия, риски наиболее вероятных и наиболее серьезных последствий, альтернативные методы лечения и возможные последствия в случае отказа от лечения. Когда после выполнения исследования, лечения и профилактических мер новые риски определены, заинтересованное лицо должно быть проинформировано...» (статья L1111-2)³⁰⁴. Статьи L1111-3, L1111-7 и L1112-1 Французского кодекса здравоохранения так же устанавливают гарантии права пациента на получение всей необходимой и имеющейся информации о состоянии его здоровья.

В соответствии с Законом Бельгии о правах пациента от 22.08.2002, «пациент имеет право на получение от профессионального медицинского работника **всей информации, которая может быть необходимой** для того, чтобы понять состояние его здоровья и вероятные течения заболевания» (§ 1 статьи 7). Согласно §§ 2 и 3 статьи 9 указанного Закона Бельгии, пациент имеет право на доступ к своему медицинскому досье

³⁰² Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

³⁰³ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³⁰⁴ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

(медицинской карте) и на получение необходимых копий документов из этого досье³⁰⁵.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает:

«Пациент имеет право на получение информации относительно:

а) состояния его здоровья, включая медицинскую информацию о состоянии его здоровья и о медицинском прогнозе;

б) предлагаемого лечения, а также содержания курса лечения, сопровождающих его рисков и положительных последствий;

с) возможных средств лечения, альтернативного предлагаемому, а также последствий отказа от лечения;

д) возможности ознакомления с мнением другого врача или других специалистов-практиков в области здравоохранения, в соответствующих случаях, в отношении лечения, состояния здоровья и прогноза...» (статья 5)³⁰⁶.

«При поступлении пациента в медицинское учреждение... он должен быть проинформирован о соответствующих правилах и методах, которые применяются в учреждении» (статья 22 указанного Закона Исландии)³⁰⁷.

Закон Аргентины о правах пациентов в их отношениях с медицинскими специалистами и медицинскими учреждениями № 26.529 от 19.11.2009 устанавливает: *«Пациент имеет право на получение необходимой медицинской информации, связанной с его здоровьем» (пункт «f» статьи 2); «Пациент имеет право на получение письменной медицинской информации...» (пункт «g» статьи 2)³⁰⁸.*

15. Право пациента на получение от другого врача альтернативного мнения относительно состояния своего здоровья и необходимых методов лечения.

В соответствии с Законом Израиля о правах больного от 01.05.1996, *«пациент имеет право на получение, по его собственной инициативе, **второго мнения** относительно необходимой ему медицинской помощи; врач и медицинское учреждение обязаны*

³⁰⁵ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

³⁰⁶ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³⁰⁷ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³⁰⁸ Ley № 26.529 de 19.11.2009 «Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud» // Boletín Oficial. – 20.11.2009. – № 31785. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>.

обеспечить пациенту всю необходимую помощь, требующуюся ему для осуществления этого права» (пункт 7)³⁰⁹.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: «Пациент имеет право на получение информации относительно... возможности ознакомления с мнением другого врача или других специалистов-практиков в области здравоохранения, в соответствующих случаях, в отношении лечения, состояния здоровья и прогноза...» (пункт «d» статьи 5)³¹⁰.

Закон Аргентины о правах пациентов в их отношениях с медицинскими специалистами и медицинскими учреждениями № 26.529 от 19.11.2009 устанавливает: «Пациент имеет право на получение письменной медицинской информации для того, чтобы получить второе мнение о диагнозе, прогнозе или лечении, связанных со здоровьем пациента» (пункт «g» статьи 2)³¹¹.

16. Право пациента на отказ от получения информации о состоянии своего здоровья.

Французский кодекс здравоохранения устанавливает: «Выраженная человеком воля держать его в неведении относительно диагноза или прогноза состояния его здоровья должна уважаться, за исключением случаев, когда создается для других лиц угроза передачи инфекции» (статья L1111-2)³¹².

Согласно § 3 статьи 7 Закона Бельгии о правах пациента от 22.08.2002, «информация не предоставляется пациенту, если пациент сделал соответствующее заявление, если неразглашение такой информации очевидным образом не повлечет серьезный вред здоровью пациента или третьих лиц и при условии, что ранее были проведены консультации профессионального врача с участием другого профессионального врача по этому медицинскому делу для представителя пациента, назначенного в соответствии с третьим абзацем § 2 статьи 7 указанного Закона»³¹³.

Закон Аргентины о правах пациентов в их отношениях с медицинскими специалистами и медицинскими учреждениями № 26.529 от 19.11.2009 устанавливает: «Пациент имеет право на

³⁰⁹ Patient's Rights Act, 1996 // <<http://waml.haifa.ac.il/index/reference/legislation/israel/israel1.htm>>.

³¹⁰ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³¹¹ Ley № 26.529 de 19.11.2009 «Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud» // Boletín Oficial. – 20.11.2009. – № 31785. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>.

³¹² Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

³¹³ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

получение необходимой медицинской информации, связанной с его здоровьем. **Право на здоровье включает в себя информацию не получить такой информации»** (пункт «f» статьи 2)³¹⁴.

17. Право пациента на доступ к информации о правах пациента.

Статья 4 Закона Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает такое право³¹⁵.

18. Право пациента на создание условий для понимания им доводимой до него медицинской информации.

Французский кодекс здравоохранения устанавливает: *«Врач должен высказывать свои требования предельно ясно, что имеет важное значение для обеспечения его понимания пациентом и его семьей, и попытаться получить высокий эффект»* (статья R4127-34)³¹⁶.

Согласно Закону Бельгии о правах пациента от 22.08.2002, *«общение с пациентом происходит на понятном ему языке»*, при этом пациент вправе потребовать, чтобы предоставленная ему информация была подтверждена в письменной форме, а также внесена в его медицинскую карту (абзацы 1 и 2 § 2 статьи 7)³¹⁷.

19. Право пациента на уважение и защиту его частной жизни и на медицинскую тайну.

Закон Бельгии о правах пациента от 22.08.2002 устанавливает: *«Пациент имеет право на защиту частной жизни при оказании ему медицинской помощи, особенно в отношении к информации, касающейся его здоровья. Пациент имеет право на уважение его личной жизни...»* (§ 1 статьи 10)³¹⁸.

20. Право пациента на непрерывность медицинского обслуживания при оказании медицинских услуг.

Французский кодекс здравоохранения устанавливает: *«Независимо от обстоятельств, непрерывность медицинского*

³¹⁴ Ley № 26.529 de 19.11.2009 «Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud» // Boletín Oficial. – 20.11.2009. – № 31785. <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>>.

³¹⁵ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³¹⁶ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

³¹⁷ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

³¹⁸ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient // <http://www.health.belgium.be/filestore/11806542_FR/Loi%2022082002%20-%20version%20consolidee_11806542_fr.pdf>.

обслуживания пациентов должна быть обеспечена» (статья R4127-47)³¹⁹.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: *«...Пациент имеет право на непрерывность медицинской помощи и на сотрудничество между всеми медицинскими работниками и учреждениями, участвующими в лечении»* (статья 3)³²⁰.

21. Право пациента в случае задержки оказания необходимого лечения на получение объяснений о причинах такой задержки и о предполагаемом времени ожидания.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: *«Если пациент должен ждать лечения, заинтересованный врач должен объяснить причины задержки и предоставить пациенту информацию о предполагаемом времени ожидания. Если есть возможность получить необходимое лечение раньше, но в другом месте, пациент должен быть проинформирован об этой возможности»* (статья 18)³²¹.

22. Право пациента отказаться от участия в медицинских практиках студентов.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: *«Пациент должен быть проинформирован, если студенты-медики присутствуют (участвуют) при его лечении в рамках их подготовки и обучения. Пациент может отказаться от участия в таких подготовке и обучении»* (статья 11)³²².

23. Право пациента на задействование его в проведении научных исследований только с его (пациента) согласия.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: *«Пациент должен дать свое формальное согласие на участие в научных исследованиях. Прежде чем такое согласие будет дано, пациенту должна быть предоставлена подробная информация об указанных научных исследованиях, возможные риски и положительные последствия, которые может повлечь его участие в таких исследованиях. Пациенту должно быть объяснено,*

³¹⁹ Code de la santé publique // <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

³²⁰ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³²¹ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³²² Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

что он может отказаться от участия в научных исследованиях или может прекратить свое участие в любое время после начала этих исследований...» (статья 10)³²³.

24. Право пациента на получение информации о своем лечащем враче.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: «Пациент должен быть проинформирован о личности врача, который отвечает за его лечение в медицинском учреждении» (статья 22)³²⁴.

25. Право пациента на посещение его родными и близкими и на создание условий для получения им от них поддержки.

Закон Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997 устанавливает: «Пациент имеет право на получение поддержки со стороны семьи, родственников и друзей во время его лечения и пребывания в медицинском учреждении» (статья 23)³²⁵.

26. Право пациента на подачу жалобы на ненадлежащее лечение или жестокое обращение.

Такое право, в частности, установлено статьей 28 Закона Исландии о правах пациентов № 74/1997 от 28.05.1997³²⁶.



³²³ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³²⁴ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³²⁵ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

³²⁶ Patients' Rights Act № 74/1997 (With amendments according to Acts 77/2000, 40/2007, 112/2008 and 55/2009) // <<http://www.althingi.is/lagas/nuna/1997074.html>>; <<http://eng.velferdarraduneyti.is/acts-of-Parliament/nr/20100>>.

Панин В.С. Особенности правового регулирования личных неимущественных отношений «фактических супругов»³²⁷

Следует отметить, что одно из основных положений семейного права – это принцип равенства супругов (пункт 3 статьи 1, статьи 31 и 35, пункт 1 статьи 39 Семейного кодекса Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ³²⁸). Например, равенство супругов в сфере неимущественных отношений состоит в выборе супругами рода занятий, профессий, мест пребывания и жительства³²⁹.

Но согласно пункту 3 статьи 42 СК РФ брачный договор не может регулировать личные неимущественные отношения, а включение подобных положений в брачный договор делает его недействительным. Брачный договор может быть признан судом недействительным полностью или частично (статья 44 СК РФ) по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации³³⁰ для недействительности сделок. Согласно же статье 168 ГК РФ, сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения. Примером подобного применения Закона служит определение Московского городского суда от 09.09.2010 по делу № 33-28497, согласно которому условия брачного договора, нарушающие положения пункта 3 статьи 42 СК РФ, ничтожны³³¹.

³²⁷ Панин Вадим Сергеевич – аспирант Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

Настоящая статья посвящена проблеме регулирования личных неимущественных прав участников фактических брачных отношений. Автор анализирует регулирование личных неимущественных отношений супругов в зарегистрированном браке и «фактических супругов», не регистрирующих свои отношения. При этом автор делает акцент на необходимости расширения предмета правового регулирования отношений, как в зарегистрированном браке, так и фактических брачных отношений.

Ключевые слова: фактические брачные отношения, семья, брак, неимущественные права.

Panin V.S. Peculiarity of legal regulations concerning non-proprietary rights of actual spouses.

The present article is dedicated to the problems of non-proprietary rights regulation in the de-facto marriage relationships. The author analyzes the regulation of non-proprietary relations between the spouses within the registered marriage and “actual spouses” who do not register their relations. The author emphasizes the necessity of broadening the subject of legal regulation for both registered marriage and de-facto marriage relations.

Keywords: actual marital relations, legal means, family, marriage, non-proprietary rights.

³²⁸ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // Российская газета. – 27.01.1996 г. – № 17. Далее – СК РФ.

³²⁹ Альбинов И.Р. Взаимоотношения совместно проживающих лиц // Семейное и жилищное право. – 2010. – № 4.

³³⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Российская газета. – 08.12.1994. – № 238–239. Далее – ГК РФ.

³³¹ Определение Московского городского суда от 09.09.2010 г. по делу № 33-28497 / Документ официально опубликован не был // СПС Консультант-Плюс.

Как гласит статья 150 ГК РФ, личные неимущественные права и другие нематериальные блага, принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона, неотчуждаемы и непередаваемы иным способом. Проблемы правового регулирования и реализации личных неимущественных прав супругов связаны с тем, что заключение соглашения участников правоотношений в отношении этих прав ограничено. Данная позиция законодателя обусловлена доверительным характером неимущественных отношений между супругами и членами семьи, так как личные неимущественные отношения строятся на основании нравственных, моральных правил. Санкций за неисполнение супругами обязанностей неимущественного характера не предусмотрено. Злоупотребление одним из супругов личными правами, неисполнение обязанностей, пренебрежение интересами семьи, игнорирование и воспрепятствование осуществлению другим супругом его личных прав могут послужить основаниями для расторжения брака, повлечь для супруга-правонарушителя отрицательные последствия (например, в имущественной сфере – уменьшение доли в общем имуществе супругов при его разделе (статья 39 СК РФ))³³².

Социологи отмечают, что именно в личных неимущественных отношениях, возникающих между супругами, состоит уязвимость семьи, поскольку споры относительно данных вопросов в большинстве случаев приводят к семейным конфликтам³³³. Вместе с тем подобных споров практически не существует в фактических брачных отношениях, которые на сегодняшний день практически не ограничены рамками закона. Здесь необходимо оговориться, что участники фактических брачных отношений, безусловно, не могут нарушать императивных правовых норм. Тем не менее очевидно и другое – запреты, действующие только для супругов в зарегистрированном браке, на участников фактических брачных отношений не распространяются. Так, например, участники фактических брачных отношений, заключающие между собой договор, регулирующий их отношения, всегда могут сослаться на обстоятельства, нарушающие их личные неимущественные права, как на юридические факты, с которыми они связывают определенные правовые последствия.

Кроме того, мы видим, что в перечень личных прав, предусмотренных статьей 150 ГК РФ, входит право на выбор места пребывания и жительства, а также право на имя, которые, как мы знаем, в силу положений закона могут определенным образом

³³² Палькина Т.Н. Проблемы правового регулирования и реализации личных неимущественных прав супругов // Семейное и жилищное право. – 2009. – № 1.

³³³ Дубова Е.Т. Духовный кризис в современной России и практическая психология // Журнал прикладной психологии. – 2000. – № 1. – С. 29–38.

регулироваться договором. Так, выбор имени ребенка согласно статье 58 СК РФ определяется по соглашению родителей; общая фамилия, являющаяся частью имени в силу статьи 19 ГК РФ, определяется по желанию супругов (статья 32 СК РФ)³³⁴.

Исторически переход личных прав в семейных отношениях обуславливался целым рядом факторов. Так, принимался во внимание как характер отношений между супругами, так и степень их вовлеченности в дела семьи. Например, то обстоятельство, что только первая жена допускалась к выполнению самых священных обязанностей, коренным образом оказывало влияние на ее судьбу. Она становилась главной женой, союз которой с мужем создавал семью, которая представляла собой, по выражению римских юристов, «духовное единение» (*divini juris communicatio*). А так как это ставило ее выше других, то первая жена вскоре достигала того, что только она пользовалась властью хозяйки дома. Она становилась, как было принято говорить у славян, «государыней». Ее исключительное положение лучше всего можно выразить формулой, которую произносили в Риме при заключении брака: «*Sit tu Gajus, ego Gaja*» («Если ты Гай, то я Гайя»). Таковы были первые слова, с которыми новобрачная обращалась к мужу. Это означало знак доброй воли, сотрудничество на всю жизнь, постоянное участие как в обязанностях, так и в привилегиях главы семейной общины³³⁵. Таким образом, правила об использовании имени супруга сложились еще в период перехода от полигамного брака к моногамному. Соответственно, эти правила никогда не являлись областью публично-правового регулирования. Напротив, решающим было волеизъявление лиц, вступающих в союз, которое не требовало какого-либо социального или институционального признания.

Указание на личный характер права на определение места жительства также представляется ошибочным. Так, собственник жилого помещения (один из супругов или сожителей) вправе как разрешить, так и запретить другому супругу (сожителю) проживание и иное использование принадлежащего собственнику жилого помещения³³⁶. Более того, ЖК РФ определяет, что владелец жилого помещения вправе вселить к себе в помещение другое лицо, которое он признает членом семьи. В результате при определении границ членства в семье определяющее значение имеет не определение законом (статья 2 СК РФ) круга ее членов, а волеизъявление ее

³³⁴ Ильина О.Ю. пишет о фактическом использовании имени одного супруга другим (см.: К вопросу о равенстве прав мужчины и женщины в семейных правоотношениях // Семейное право. – 2007. – № 8).

³³⁵ Емелина (Тищенко) Л.А. История развития института семьи // Адвокатская практика. – 2006. – № 2.

³³⁶ Пункт 2 статьи 3 Жилищного кодекса Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ // СЗ РФ. – 03.01.2005. – № 1 (часть 1). Ст. 14.

действующих членов о принятии нового участника. Таким образом, предмет регулирования договора между «фактическими супругами» значительно шире, нежели предмет брачного договора.

Регулирование личных неимущественных прав уже нашло свое отражение в законодательстве зарубежных стран, где законодательство о брачном договоре не содержит запрета на регулирование личных неимущественных отношений в семье. Так, во Франции брачное соглашение может содержать различные положения, не связанные с имущественным статусом будущих супругов, в частности, условие о признании внебрачного ребенка одним из супругов³³⁷. Англо-американская система права позволяет супругам заключить брачный договор, направленный, например, на регулирование отношений по поводу воспитания детей³³⁸.

Таким образом, анализ норм семейного законодательства показывает, что необходимы разработка и включение в семейное законодательство положений о семейно-правовых договорах в сфере регулирования личных неимущественных отношений. В связи с этим, в целях сохранения семьи и разрешения возникающих проблем, связанных с реализацией личных неимущественных прав, предлагается предоставить супругам и лицам, образующим семью, право самостоятельно определять объем своих неимущественных прав и обязанностей в семье с помощью договора и неблагоприятные последствия в случае их нарушения. Для внесения соответствующих изменений в действующее законодательство, представляется необходимым внести определенные корректировки в статью 150 ГК РФ, чтобы исключить запрет подобного правового регулирования. Полагаем, что такие изменения возможны и необходимы в силу различия гражданско-правового и семейно-правового регулирования. Так, последнее базируется во многом именно на личных неимущественных правах и обязанностях членов семьи, соответственно, отказ от подобных изменений означал бы отрицание природы брачно-семейных отношений и возвращал бы нас к идее о несамостоятельности отрасли семейного права.



³³⁷ Низамиева О.Н. Имущественные соглашения супругов в зарубежном праве // Семейное и жилищное право. – 2004. – № 3. – С. 25.

³³⁸ Там же. – С. 26.

Чатурведи А.А. Роль Управления США по контролю за качеством пищевой и лекарственной продукции в поддержании инновационной политики в области разработки новых фармацевтических препаратов³³⁹

Управление по контролю за качеством пищевой и лекарственной продукции является агентством Министерства здравоохранения и социальных услуг США, в задачи которого входит контроль за соблюдением законодательных норм в области поддержания качества продуктов питания, лекарственных препаратов и косметических средств.

История развития Управления по контролю за качеством пищевой и лекарственной продукции связана с периодами роста и сокращения расходов в связи с установлением той или иной политической идеологии в области развития фармацевтической индустрии в США. До 1906 года в США действовала Администрация по контролю за выпуском пищевых продуктов и лекарственных средств³⁴⁰. Позднее, в 1906 году, этот орган был преобразован в Управление по контролю за качеством пищевой и лекарственной продукции (далее – Управление). На сегодняшний день данное Управление является крупнейшим в мире государственным органом, ответственным за оценку используемых и продаваемых фармацевтических препаратов. Основная функция Управления заключается в проведении контроля за безопасностью пищевых продуктов, табачных изделий, биологически активных добавок,

³³⁹ **Чатурведи Анна Аджаяевна** – студентка 5 курса юридического факультета Российского университета дружбы народов.

В статье рассматривается деятельность Управления США по контролю за качеством пищевой и лекарственной продукции, анализируются функции и полномочия этого органа, способствующие развитию инноваций в сфере фармацевтического производства и разработки препаратов. Исследуются правовые вопросы сохранения качества продукции, выпускаемой на фармацевтическом рынке, а также изучается различие между первичными лекарственными средствами и аналогичными препаратами-дженериками.

Ключевые слова: лекарственные средства, фармацевтические препараты, дженерики, качественная продукция, патенты, инновации.

Chatourvedy A.A. The role of the Food and Drug Administration in Innovation Policy especially in developing new pharmaceutical products.

This article covers the “relationship” between patents and drug regulation in the USA. The manner of the regulation is seriously incomplete and out of date. It misses the important structural role that drug regulation has come to play in promoting a valuable form of pharmaceutical innovation—the development of credible information about the effects of drugs. Food and Drug Administration is an agency that has the most effective regulatory power over the pharmaceutical industry because it gives its premarket approval authority, which permits the agency to keep new products off the market pending proof of safety and efficacy.

Key words: pharmaceutical products, patents, innovation, Food and Drug Administration, market, safety products.

³⁴⁰ *Abraham J. Science, Politics and the Pharmaceutical Industry: Controversy and Bias in Drug Regulation.* – London; New York: UCLIST Martins Press, 1995. – P. 310.

вакцин, биофармацевтических препаратов, медицинского оборудования, а также косметических препаратов и т.д. За последнее десятилетие Конгресс США расширил полномочия Управления в связи с кризисной ситуацией, сложившейся в области здравоохранения³⁴¹.

Политики, занятые в сфере здравоохранения, неоднократно заявляли, что защита здоровья населения в первую очередь зависит от государственного регулирования и проводимой государством политики в области доступа на рынок только тех препаратов, которые заведомо не будут оказывать негативное воздействие на здоровье граждан³⁴². Другой вопрос, вызвавший дискуссию, был напрямую связан с патентной защитой лекарственных средств. Из-за усиления и ужесточения патентного законодательства во всем мире патентная система стала рассматриваться как средство содействия привлечению крупных инвестиций в исследования и разработки³⁴³. С другой стороны, представители общественности призывали к введению ограничений в системе патентования препаратов, подчеркивая одновременно важность содействия доступу к фармацевтическим препаратам широких слоев населения, которые из-за введения административных барьеров и увеличения цен на медикаменты не могут себе их позволить³⁴⁴. Когда мы говорим в этой связи об административных барьерах, то нельзя забывать и о патентовании, которое, с одной стороны, способствует появлению на фармацевтическом рынке качественной продукции, а с другой стороны, образует напряженность между государственным регулированием фармацевтической деятельности и возникающей охраной объектов медицинской деятельности. Отсюда следует, что цели здравоохранения иногда не совпадают с целями государственного регулирования в данной области, поскольку лекарственные препараты, попадая на рынок, конкурируют с другими препаратами и новыми инновационными разработками. В этой связи можно говорить о том, что, с одной стороны, проводимая США политика в области здравоохранения, благодаря установлению административных барьеров, сдерживает развитие инноваций. Управление до последнего времени не учитывало, что в фармацевтической деятельности главенствующую роль должна играть политика продвижения инновационного развития и раскрытия

³⁴¹ *Hilts Philipp J.* Protecting America's Health: The FDA, Business, and One Hundred years of Regulation. – New York: Knopf, 2003. – 394 p. – P. 46.

³⁴² *Merill R.A.* The Architecture of Government Regulation of Medical Products / Symposium on Regulating Medical Innovation (Nov., 1996) // *Virginia Law Review*. – 1996. – Vol. 82. – № 8. – P. 1753–1866.

³⁴³ *Temin P.* Taking Your Medicine: Drug Regulation in the United States. – Cambridge: Harvard University Press, 1980. – P. 295.

³⁴⁴ *Merill R.A.* The Architecture of Government Regulation of Medical Products.

необходимой информации предприятиями для предотвращения оказания неблагоприятного воздействия на здоровье граждан, напрямую зависящего от качества выпускаемой продукции.

Ранее основной целью государственного регулирования фармацевтической деятельности являлось продвижение на рынок качественных медикаментов, тем самым государство проявляло заботу о здоровье населения. На сегодняшний день в США существует разница между первичными лекарственными средствами и препаратами-дженериками. Все это связано с развитием новых биотехнологий в стране. Но определение того, какие химические соединения (молекулы) конкретного средства отвечают критериям безопасности и эффективности, остается вопросом, так и не решенным. Обладание информацией о возможных побочных эффектах препарата является чрезвычайно ценным ресурсом в целях разработки более совершенных химических ингредиентов в будущем. Этим вопросом обеспокоены государственные органы США, и в первую очередь Управление. Однако следует задуматься о том, что фармацевтические компании выражают свое нежелание раскрывать информацию о предполагаемых и возможных побочных эффектах, которые могут негативно отразиться на здоровье граждан. В качестве примера можно привести лекарственные средства в области борьбы с сердечнососудистыми заболеваниями, а именно препарат Сох-2, а также был разработан гормональный препарат для женщин, который принимается после завершения процесса менопаузы. Несомненно, информация о негативном воздействии фармацевтических препаратов имеет огромную важность. Однако такого рода информация в большинстве случаев скрывается производителем, так как это может отрицательно сказаться на продажах продукции. Поэтому зачастую фармацевтические предприятия, опасаясь ослабления продаж конкретного продукта, скрывают информацию о негативном воздействии на здоровье, в целях повышения спроса на препарат. Поэтому одной из основных задач Управления является осуществление регулирования с целью заставить фармацевтические компании предоставлять всю информацию о возможных последствиях, в том числе и отрицательных, употребления фармацевтического препарата пациентами.

Управление играет огромную роль в поддержании качественной продукции на рынке. Перед тем как конкретный препарат попадает на рынок, Управление проводит клинические испытания. Целью таких испытаний является определение медикамента на соответствие всем необходимым требованиям по безопасности и качеству. (Несмотря на то, что аналоговые фармацевтические препараты признаются новыми разработками,

данные продукты должны получать одобрение от Управления, но критерий прохождения испытаний для аналоговых препаратов ниже и требует меньших финансовых затрат, нежели для первичного продукта). На наш взгляд, это одна из мер государственной защиты прав потребителей от некачественной продукции.

Правовое регулирование регистрации патентов на фармацевтические препараты вызывает немало дискуссионных вопросов, требующих обсуждения. Патенты, как правило, выдаются до того, как продукт появляется на рынке, поскольку огромное количество времени уходит на прохождение клинических испытаний. Срок патентной защиты на многие фармацевтические препараты истекает к тому времени, когда продукт должен появиться на рынке. В зависимости от выпуска и даты подачи заявки в патентное ведомство производители фармацевтических препаратов стараются получить «вечный патент», тем самым предотвратив истечение сроков патентной охраны³⁴⁵.

Между тем, патентная защита играет большую роль на ранних стадиях биомедицинских разработок, так как может служить стимулом для увеличения стоимости продукта на рынке³⁴⁶.

Полномочия Управления на сегодняшний день оказывают влияние и на поддержание ценообразования лекарственных средств. Управление устанавливает административные барьеры, которые служат препятствием входа на рынок, тем самым защищая его от недобросовестной конкуренции со стороны новых компаний, а также в целях защиты здоровья населения от заведомо опасных препаратов. Окончательная же задача претворения такого рода политики связана с нахождением баланса между попаданием на рынок первичных фармацевтических препаратов и аналоговых препаратов.

Так, в 1984 году был принят Закон о ценовой конкуренции лекарств и продления сроков действия патентов, известный как Закон Хатча-Ваксмана³⁴⁷ (Hatch-Waxman Act)³⁴⁸. Данный закон предполагает использование принципа биоэквивалентности в качестве основания для одобрения новых фармацевтических препаратов. Из-за того что сами производители лекарственных средств не могли проводить клинические испытания до окончания срока действия патента³⁴⁹, а

³⁴⁵ Glasgow L.J. Stretching the Limits of Intellectual Property Rights: has the Pharmaceutical Industry Gone Too Far? // IDEA: The Journal of Law and Technology. – 2001. – № 41. – P. 227–258. – P. 227.

³⁴⁶ University of Rochester v. G.D. Searl & Co. [2004] (Fed. Cir. 02/13/2004). <<http://www.ll.georgetown.edu/federal/judicial/fed/opinions/03opinions/03-1304.html>>.

³⁴⁷ <<http://www.cptech.org/ip/health/generic/hw.html>>.

³⁴⁸ Engelberg A.B. Special Patent Provisions for Pharmaceuticals: Have They Outlived their Usefulness? A Political, Legislative and Legal History of U.S. Law and Observations for the Future // IDEA: The Journal of Law and Technology. – 1999. – № 39. – P. 389–426. – P. 389. <http://ipmall.org/hosted_resources/IDEA/39_IDEA/39-3_IDEA_389_Engelberg.pdf>.

³⁴⁹ Roche Products Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co. [1984] (Fed. Cir. 04/23/1984).

Управление испытывало вследствие этого трудности с раскрытием необходимой информации, касающейся надежности и безопасности продукта, данный Закон устанавливает срок максимального продления действия патента в качестве компенсации потерь времени при проведении клинических исследований в пределах 5 лет, тем самым заметно уменьшая период эксклюзивности продаж продуктов. Процедура по продлению патентной защиты возложена на Бюро по патентованию и регистрации товарных знаков, которое подведомственно Департаменту по торговле. Кроме этого, закон создал дополнительные условия для активизации деятельности дженериковых производителей, предоставив им право на упрощенную схему регистрации копированных лекарств, ограничив требования лишь предоставлением подтверждения биоэквивалентности дженерика по отношению к первичному продукту³⁵⁰. Так, заявитель, чтобы получить соответствующее одобрение от Управления, вправе подать сокращенную заявку относительно одобрения нового лекарственного средства (далее по тексту ANDA), которая представляет собой документ-разрешение на использование биоэквивалентов известных фармацевтических препаратов. При этом оригинальное лекарство, использованное для производства нового фармацевтического препарата, уже получило лицензию. ANDA содержит информацию, которая должна обязательно быть предоставлена в Центр исследований и оценки лекарственных средств Управления, которое и решает, выдавать разрешение на одобрение или нет. После одобрения аналогового препарата заявитель вправе производить и продавать данный препарат, предлагая, таким образом, американскому населению более дешевую, но в равной степени безопасную и эффективную альтернативу уже существующему препарату. Аналоговое лекарственное средство полностью соответствует оригинальному лекарственному продукту по дозированию, силе действия, области применения, качеству, фармакологическим свойствам и действию.

Таким образом, в традиционном понимании, полномочия и функции Управления сводятся к защите прав потребителей от опасных и некачественных продуктов. Но как показывает практика, Управление также играет важную роль в разработке стимулов для будущих биофармацевтических инноваций. Эти две функции со временем стали только дополнять друг друга. Иногда Управление путем установления отказа в выдаче разрешения на тот или иной продукт тем самым защищает первичных производителей от

³⁵⁰ *Flannery E.J., Hutt P.B.* Balancing Competition and Patent Protection in the Drug Industry: The Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984 // *Food Drug Cosmetic Law Journal*. – 1985. – № 40. – P. 269–309. – P. 269. <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/foodlj40&div=30&id=&page=>>>.

конкуренции со стороны производителей дженериков. Управление в обязательном порядке проводит процедуру клинических исследований и испытаний для целей определения безопасности и эффективности фармацевтического препарата до попадания последнего на рынок. С одной стороны, это полномочие может рассматриваться в качестве средства содействия инвестированию в инновационную деятельность, а не просто как средство защиты граждан от неблагоприятных последствий, связанных с потреблением заведомо некачественного продукта. С другой стороны, данное полномочие Управления может рассматриваться как средство воздействия на производителей лекарственных средств в целях получения от предприятий необходимой информации для предотвращения возможных негативных последствий потребления населением определенных продуктов.

Исследование полномочий Управления в сфере регулирования фармацевтического рынка показало, что производители лекарств не заинтересованы в раскрытии всех предполагаемых опасных последствий, связанных с потреблением того или иного лекарственного препарата, так как это снижает цену препарата. Поэтому организация фармацевтического рынка требует наличия регулятора, способствующего защите прав потребителей фармацевтической продукции. Кроме того, регулятор выполняет защиту публичных интересов, обеспечивая конкурентную среду на рынке с гарантией высокого качества фармацевтической продукции, обеспечивая выпуск новых инновационных препаратов и допуск их на рынок.



Сведения об авторах номера

Беликова Ксения Михайловна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права Российского университета дружбы народов. Конт. адрес эл. почты: BelikovaKsenia@yandex.ru.

Богатырев Александр Григорьевич – доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права, конституционного и международного права Московского государственного областного социально-гуманитарного института, профессор. Конт. адрес эл. почты: bogatyrov1936@yahoo.com.

Ботнев Владимир Константинович – кандидат юридических наук, доцент МИГСУ Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Конт. адрес эл. почты: vladimirbotnev@yandex.ru.

Гребнев Руслан Дмитриевич – аспирант кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Российского университета дружбы народов, заместитель декана юридического факультета Российского университета дружбы народов по научной работе, мастер спорта России. Конт. адрес эл. почты: grebnev@lawyer.com.

Гуленков Михаил Сергеевич – аспирант Московской академии экономики и права, секретарь судебного заседания Арбитражного суда Московской области. Конт. адрес эл. почты: gul1990.90@mail.ru.

Еремян Виталий Владимирович – доктор юридических наук, профессор кафедры государственного управления и права МИГСУ Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, профессор кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета Российского университета дружбы народов, профессор. Конт. адрес эл. почты: f5s1@yandex.ru.

Казаков Роман Викторович – юрист, депутат Совета депутатов сельского поселения Гжельское Раменского муниципального района Московской области, член Ассоциации юристов России. Конт. адрес эл. почты: romkazakov@mail.ru.

Кузнецов Михаил Николаевич – доктор юридических наук, профессор кафедры международного права юридического факультета имени М.М. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, профессор, почетный работник высшего профессионального образования. Конт. адрес эл. почты: kouznetsov-40@mail.ru.

Михалева Надежда Александровна – доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права России Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, профессор, почетный работник высшего профессионального образования. Конт. адрес эл. почты: f5s1@yandex.ru.

Панин Вадим Сергеевич – аспирант Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Конт. адрес эл. почты: vadim.panin@mail.ru.

Понкин Игорь Владиславович – доктор юридических наук, профессор кафедры правового обеспечения государственной и муниципальной службы МИГСУ Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Конт. адрес эл. почты: i@lenta.ru.

Понкина Александра Александровна – эксперт, слушатель юридического факультета имени М.М. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Конт. адрес эл. почты: i@lenta.ru.

Соловьев Андрей Александрович – председатель судебного состава Арбитражного суда Московской области, кандидат юридических наук, член Комиссии по спортивному праву Ассоциации юристов России. Конт. адрес эл. почты: sportlaw2014@rambler.ru.

Худоешко Анастасия Александровна – аспирант юридического факультета имени М.М. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. Конт. адрес эл. почты: a_khudoeshko@mail.ru.

Чатурведи Анна Аджаяевна – студентка 5 курса юридического факультета Российского университета дружбы народов. Конт. адрес эл. почты: lawyer.anita.ch@gmail.com.

*Нравственные
императивы в праве*

**2011
№ 3**

Научный юридический журнал

Подписано в печать **22.11.2011.**

Формат 60x90/16

Гарнитура «Arial». Бумага офсетная № 1.

В оформлении журнала использован шрифт Mistral.

Усл. печ. л. 8,5.

Тираж **250** экз. Заказ №1414/12-11

Отпечатано в ООО «Ваш полиграфический партнер»

г. Москва, Ильменский проезд, д. 1

e-mail: info@bukivedi.com