

жимое имущество и их государственную регистрацию.

*In the article are examining the questions of accruing of rights to things on immovable property and their state registration, comparative analysis of present and future legislation which regulates questions of accruing of rights to things on immovable property and their state registration was conducted.*

#### Література

1. Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права / Д. Д. Гримм ; под ред. и с

предисл. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003. — 496 с. — (Сер. «Русское юридическое наследие»).

2. Новицкий И. Б. Римское право / И. Б. Новицкий. — Изд. 7-е, стер. — М., 2002. — 310 с.

3. Черемных Г. Г. Нотариат — необходимая фигура в экономическом процессе // Российская юстиция. — 1996. — № 10. — С. 11.

4. Мальцева С. В. Роль нотариата в удостоверении сделок с недвижимым имуществом [Электронный ресурс] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. В. Мальцева. — М. : РГБ, 2005. — 155 с. — (Из фондов Российской Государственной библиотеки).

УДК 343.226.5

**С. Хімченко,**

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

## МЕДИЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ, ПОВ'ЯЗАНА З РИЗИКОМ: ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ

Медицина діяльність, спрямована на охорону здоров'я населення, завжди була пов'язана із ризиком щодо можливості завдання певної шкоди охоронюваним інтересам особи. Виникають ситуації, коли суспільно корисна діяльність вступає у конфлікт з кримінальним законом.

Інститут діяння, пов'язаного з ризиком, вперше був закріплений у ст. 42 Кримінального кодексу України 2001 року в якості однієї із обставин, що виключає злочинність діяння [1]. Закріплення діяння, пов'язаного з ризиком, у тому числі й у сфері медичної діяльності, у кримінальному законодавстві України вказує на стійкість розвитку даного інституту у сучасній системі кримінального права. Крім того, введення цього інституту свідчить про позитивні тенденції щодо зближення української правової системи з правовими системами інших країн, до взаємного збагачення

правових систем з питань узагальнення і сприйняття позитивного досвіду в галузі регулювання питань, пов'язаних із застосуванням інституту виправданого ризику у сфері медичної діяльності.

У житті ми часто стикаємося зі словом «ризик». Цей термін застосовується для визначення ряду різноманітних явищ, і розкрити його етимологічне значення досить важко. Існує думка, що слово «ризик» походить від латинського дієслова «rideo», що означає «не звертати увагу, уникати, нехтувати» [6]. «Ризик» як певна категорія та поняття знаходить своє відображення в різноманітних суспільних і природничих науках, кожна з яких має свій предмет, свій напрямок у дослідженні ризику і користується для цього власними методами. Така ситуація дозволяє виділити психологічний, соціально-психологічний, економічний, правовий, медико-біологічний та інші аспекти ризику. Без-

умовно, ризик — це складне явище, яке наділене безліччю розбіжних, а інколи і протилежних реальних підстав. Це зумовлює можливість співіснування різноманітних визначень, які пояснюють ризик з різних точок зору.

Ризик охоплює всі сторони життя людини: з ним можуть бути пов'язані праця та відпочинок, спорт, творчість і винахідництво, науково-технічний прогрес і прогнозування. З ризиком пов'язано безліч професій, у тому числі й медицина. Без ризику неможливі ініціатива та новаторчість. Слово «ризик» відноситься до звичайних, життєвих термінів. У словнику В. Даля вказується, що «ризикувати — пускатись на невдачу, на неправильну справу, відважитись, робити щось без правильних розрахунків, діяти сміливо, мати надію на щастя... Ризик — відвага, сміливість, рішучість. Ризик — благородна справа. Не має справи без ризику» [4]. Словник української мови визначає ризик як усвідомлення можливості небезпеки, сміливий, ініціативний вчинок, дія із сподіванням щастя, успіху, позитивного результату. Йти на ризик — ризикувати, наражаючись на можливу небезпеку і сподіваючись на успіх; можливість збитків або невдачі в якійсь справі [7]. Водночас прийнято вважати, що для визначення того чи іншого явища необхідно розкрити його найважливіші, суттєві риси, які у своїй єдності відображали б його якісну своєрідність і одночасно відрізняли його від інших суміжних явищ [5]. Тому, для того щоб визначити поняття діяння у медичній сфері, пов'язаного з ризиком, як кримінально-правового явища, а саме, як обставини, що виключає злочинність діяння, необхідно абстрагуватися від інших загальних ознак, притаманних соціальному ризику, враховуючи при цьому специфіку кримінально-правових тлумачень.

Вважається, що в розумінні діяння, пов'язаного з ризиком, належить виділяти два аспекти: правовий та психологічний. У психології ризик характеризується в якості дії, спрямованої на привабливу мету, досягнення якої

пов'язано з елементом небезпеки, загрозою втрати певних цінностей [3]. Психологи виділяють три основних взаємопов'язаних значення ризику: міра очікуваної невдачі в діяльності, що визначається поєднанням ймовірності невдачі і ступенем несприятливих наслідків у цьому випадку; дія, в тому чи іншому стані, що загрожує суб'єкту втратою (травмою, шкодою тощо); як ситуація вибору між двома можливими варіантами дії: менш привабливими, однак більш надійними і більш привабливими, але менш надійними [9].

Труднощі прийняття рішення у медичній діяльності пов'язані з почуттям великої відповідальності. До механізму прийняття рішення в ситуації виправданого ризику входить:

1) мета, яка усвідомлюється як позитивна і суттєва (мета, пов'язана з результатами, вагомими для суб'єкта, кримінальний закон не повинна цікавити);

2) оцінка ситуації, яка взагалі виключає можливість досягнення цієї мети без небезпеки чи можливості вибору між безпечним і небезпечним варіантом дій або варіантами з різним ступенем небезпеки;

3) наявність певного обсягу інформації, достатньої для передбачення можливих наслідків вибору даного варіанта поведінки і для ймовірного висновку про шанси досягнення мети.

На думку вчених-психологів, розробка поняття ризику за участю психологів призвела б до наявності двох варіантів поняття ризику як обставини, що виключає злочинність діяння.

По-перше, про дії в обстановці, коли вибір між ризикованою поведінкою і відмовою від неї здійснюється із прогнозу наслідків та оцінки шансів на успіх.

По-друге, про дії в обстановці, коли ризик необхідний (відмова від нього однозначно призведе до тяжких наслідків). Перший варіант передбачає ризиковану поведінку в звичайному процесі діяльності, яка вимагає спеціальних знань і пересторог при виникненні нестандартної ситуації. Наприклад, застосування лікарем нових ліків, нового методу опе-

рування, проведеного до цього тільки на тваринах. Другий варіант виділяє із загального поняття виправданого ризику дії, вчинені в ситуації, коли утримання від дій однозначно призведе до неминучої загибелі людей, екологічної катастрофи тощо. Причому ця особа в силу свого професійного статусу зобов'язана зробити все, щоб такі наслідки не настали. В першому випадку ризик виступає в якості дії (активна поведінка), як ознаки об'єктивної сторони, а у другому — бездіяльності (пасивна поведінка). Наприклад, необхідність оперування людини з безнадійним діагнозом, якщо є хоча б якісь шанси на його врятування. В цьому випадку ризикована поведінка є не одним із можливих варіантів, а єдино можливим та обов'язковим для особи, що ризикує, у зв'язку з її професійними обов'язками. Саме рішення про ризиковану поведінку в такому випадку не вимагає підтвердження його виправданості, навіть якщо шансів на успіх менше, ніж на удачу, оскільки відмова від ризику однозначно призведе до тяжких наслідків. Іншими словами, існує презумпція виправданості ризику в цьому випадку. Оцінку вимагає тільки обґрунтованість вибору способу дії, якщо вона існує [11]. Усвідомлення ризику охоплює:

- а) усвідомлення поставленої мети як соціально позитивної;
- б) усвідомлення можливості досягнення найбільшого професійного результату або безпеки, для відвернення якої ставиться мета або яка неминуче виникає в процесі досягнення мети;
- в) розуміння того, що часу та інформації недостатньо для знаходження однозначно правильного рішення;
- г) оцінку можливих негативних наслідків ризикованої поведінки як менш ймовірних порівняно з позитивними;
- д) формування уявлень про можливі заходи безпеки на основі інформації про ситуації та прогнозу її можливого розвитку.

В кримінальному праві соціально-юридична природа різноманітних видів обставин, що виключають злочинність діяння, визначається змістом

тієї соціальної ситуації, яка закріплена в ній, і являє певний вид суспільних відносин в єдності суб'єктивного та об'єктивного складів. Зауважимо, що діяння, пов'язане з ризиком, як обставина, що виключає злочинність діяння, в кримінальному праві пов'язане з поняттям діяльності, оскільки здійснення права на виправдану ризиковане діяння з техніко-юридичного боку виступає у вигляді діяльності суб'єкта кримінально-правових відносин. Виправданий ризик, як і соціальний, проявляється тільки в людській діяльності, в процесі творчого перетворення навколишнього світу. Ризикуючи, людина робить себе діяльним суб'єктом, а вивчені ним явища — об'єктом своєї діяльності.

У суспільному житті існують різноманітні види ситуацій, з якими людина стикається в реальній дійсності: визначені, невизначені ситуації, в яких поєднується невпевненість і ризик. Наявність невизначеності зумовлює ситуації, які не мають однозначного кінця (рішення). До невизначених ситуацій подібні і ситуації ризику, які суттєво відрізняються від них тим, що у суб'єкта виправданого ризику в процесі його діяльності існує об'єктивна можливість якісно і кількісно оцінити ймовірність настання передбачуваних подій, тобто невизначеність у ситуації ризику не абсолютна, а відносна.

Ситуація невизначеності в процесі здійснення обґрунтовано ризикованої діяльності у медичній сфері ставить суб'єкта перед вибором того чи іншого перспективного досягнення поставленої мети із декількох існуючих альтернатив. Альтернативність як риса виправданого ризику проявляється в тому, що ризик передбачає необхідність вибору з двох і більше можливих варіантів діянь. Відсутність вибору виключає будь-який ризик. В ситуації ризику можливі наслідки відомі, але їх настання не безумовне. Ризиковані дії розраховані на успіх, але кожний окремий результат не обов'язково повинен бути позитивним, саме тому медичному працівнику необхідно обрати найбільш оптимальну, обґрунтовану альтернативу з усіх мож-

лихих варіантів рішень для досягнення суспільно корисної мети. При цьому в процесі прийняття ризикованого рішення необхідно враховувати і деякі обмеження, пов'язані з пізнавальними можливостями людини. В подальшому, здійснюючи ризиковану діяльність, медичний працівник на підставі всієї інформації, якою він володіє, враховує варіанти дій, спрямованих на досягнення тих завдань, що стоять перед ним, двох видів: стандартних — формалізованих і таких, що повторюються (не потребують високого рівня активності), і проблемних, тобто завдань, які є новими і потребують оригінального, незвичайного рішення або невизначених завдань. Саме при вирішенні невизначених видів завдань, на наш погляд, виникають ситуації необхідності допущення виправданого ризику. Це важливо враховувати і для оцінки (кваліфікації) ризикованого діяння при відмежуванні виправданого ризику у медичній діяльності від невиправданого.

Суперечність ризику проявляється в різноманітних аспектах. Перш за все, обґрунтований ризик як специфічна форма діяльності у медичній сфері зорієнтований на досягнення суспільно корисних цілей неординарними, новими способами в умовах невизначеності та ситуації невідворотного вибору, і це дозволяє суб'єкту ризику здолати догматизм, відсталість, психологічні бар'єри, які перешкоджають досягненню поставлених завдань.

Згідно з Кримінальним кодексом України, прийнятим 5 квітня 2001 року, до переліку обставин, що виключають злочинність діяння, законодавець відносить таку обставину, як діяння, пов'язане з ризиком (ст. 42) [1]. Законодавче закріплення даної обставини сприяє успішному просуванню науково-технічного прогресу, будь-якому неординарному рішенню професійних і господарських завдань, які гарантують більшу користь. Для цього потрібні сміливі та ініціативні особистості, які здатні на ризик. Лінія на всебічний розвиток і розгортання сміливості та ініціативи у медичній сфері завжди стикається з правовою незахи-

щеністю осіб, які проявляють сміливість та ініціативу для досягнення суспільно корисної мети. Трагічне зіткнення сміливості, ініціативи та формалізму у медичній діяльності часто закінчувалося великим розчаруванням, що призводило до відповідальності тих, хто вчиняв формально правопорушення, а фактично соціально корисні дії. Будь-який вихід за межі інструкції чи іншого відомчого акта сприймався як порушення дисципліни або службових обов'язків, хоча особа, яка вчинила так, діяла продумано, зважено та високо професійно, але з відомим ризиком.

Однією із суттєвих характеристик діяння у медичній сфері, пов'язаного з ризиком, що відображає його суб'єктивну сторону, є те, що ризик базується на усвідомленій необхідності вибору альтернатив в умовах невизначеності. Медичний працівник, вибираючи варіант поведінки, усвідомлює і можливість спричинення шкоди, і можливість досягнення позитивного результату. Існує визначена специфіка вивчення кримінально-правовою наукою ризику, яка відрізняється від інших галузей знань (психології, медицини, філософії та ін.). Аналіз діяння у медичній сфері, пов'язаного з ризиком, у межах кримінально-правового інституту обставин, що виключають злочинність діяння, зумовлюється специфікою предмета дослідження.

Обставини, що виключають злочинність діяння, характеризуються спільними ознаками і мають єдину соціально-юридичну природу. Залежно від юридичної (правової) форми вони поділяються на дві групи:

- 1) здійснення свого права;
- 2) виконання правових обов'язків або виконання службового обов'язку.

В даному випадку юридична (правова) форма інституту діяння, пов'язаного з ризиком, виражається у формі здійснення свого права, оскільки здійснення ризикованої діяльності є суб'єктивним правом суб'єкта і не може виступати у формі правового обов'язку або виконання службового обов'язку [10]. В науковій літературі висловлюються не-

однозначні позиції відносно характеру правовідносин, які виникають при наявності діяння, пов'язаного з ризиком. Так, на думку Ю. В. Бауліна, в нормах, які регламентують обставини, що виключають злочинність діяння, потрібно розрізняти охоронні, заохочувальні правовідносини і правовідносини, які регулюють кримінальну відповідальність [2]. В доктрині кримінального права обставини, що виключають злочинність діяння, в тому числі й інститут діяння, пов'язаного з ризиком, досліджується в межах регулятивних кримінально-правових відносин, які виникають на основі уповноважуваних норм, тобто таких, які надають учасникам суспільних відносин право вчиняти позитивні, соціально корисні діяння з метою задоволення особистих і суспільних інтересів.

Досягнення науки та техніки, професійні знання та досвід — все це повинно використовуватись в інтересах людей, для отримання максимального можливого соціально корисного результату. В ст. 27 Загальної декларації прав людини проголошується право кожного «брати участь у науковому прогресі і користуватися його благами. При здійсненні як даного, так і інших прав, проголошених цим універсальним міжнародно-правовим документом, кожна людина повинна піддаватися... таким обмеженням, які встановлені законом виключно з метою забезпечення визнання та поваги прав і свобод інших і задоволення справедливих вимог моралі, суспільного порядку та загального благоустрою в демократичному суспільстві» (ст. 29).

У кримінально-правовій науці поняття ризику трактується по-різному. Деякі автори характеризують виправданий професійний ризик як правомірне створення небезпеки з метою досягнення суспільно корисного професійного результату, який не може бути отриманий звичайними неризикованими засобами. Інші під професійним ризиком вважають прагнення досягти суспільно корисної мети або запобігти шкідливому результату певної діяльності шляхом поставлення в небезпеку інтересів, що охороняються законом.

На думку А. А. Піонтковського, нормальним ризиком теорія права вважає такі дії особи, коли вона при виконанні своїх професійних обов'язків, хоч і може спричинити відому шкоду, для попередження якої вживає відповідні заходи, але прагне при цьому досягти суттєвого результату, який не може бути досягнутий при даному рівні розвитку техніки іншими засобами [8]. Існує твердження, що під професійним ризиком розуміється можливість завдання шкоди державним, суспільним чи особистим інтересам при здійсненні особою професійної діяльності з метою досягнення суспільно корисного результату. На нашу думку, небезпека дії — більш вузьке поняття, ніж можливість спричинення шкоди. Може бути такий випадок, коли дана дія може потягнути шкідливі наслідки, однак у цілому позбавлена суспільної небезпечності, оскільки водночас ця дія викликає і корисний результат.

Професійний ризик у медичній діяльності — у багатьох випадках незвичайний крок. На нього, як правило, здатні лише рішучі особистості, люди-новатори, які намагаються щось практично змінити до кращого, добитися прориву, нових соціально корисних результатів. При діянні, пов'язаному з ризиком у медичній сфері, особливу цінність набуває такий набір предметної інформації, яка дозволяє діяти грамотно, високо кваліфіковано, яка вживається зі знанням справи. Медичний працівник, який допускає ризик, повинен не тільки бути наділений предметною інформацією, необхідними знаннями і досвідом для розумного здійснення поставленої мети, але і практично діяти у відповідності з ними, ніби знаходячись на висоті своїх засобів і можливостей, тобто добросовісно та відповідально. Висока компетентність особи, її можливості до творчої діяльності повинні відповідати тій же організованості та виконанню останнього в ситуації ризику. Всі ці якості однаково необхідні як для досягнення поставленої мети, так і для успішного попередження шкідливих наслідків ризикованих дій.

**Ключові слова:** злочин; кримінально-правовий захист; медична діяльність; ризик; склад злочину.

*Стаття присвячена питанням визначення медичної діяльності, пов'язаної з ризиком. Автор на підставі аналізу чинного кримінального законодавства, існуючих точок зору виказує особисте ставлення до означеного питання, окреслює найбільш проблемні аспекти та надає пропозиції щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства.*

*Стаття посвящена вопросам определения медицинской деятельности, связанной с риском. Автор на основе анализа положений действующего уголовного законодательства, существующих научных точек зрения выказывает личное отношение к указанному вопросу, очерчивает наиболее проблемные аспекты и излагает предложения по усовершенствованию действующего уголовного законодательства.*

*Article is dedicated to defining medical activity connected with risk. Based on the existing views and provisions of acting criminal legislation, Author suggests personal vision of the said problems, defines major disputable aspects and sets forth specific ideas on acting criminal legislation improvement.*

#### Література

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III

*із змін., внес. згідно із законами України та рішеннями Конституційного Суду : за станом на 01.11.2011 р. № 3718-17 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua>. — Назва з екрана.*

2. Баулин Ю. В. Уголовно-правовые проблемы учения об обстоятельствах, исключающих преступность (общественную опасность и противоправность) деяния : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Ю. В. Баулин. — Х., 1991. — С. 25.

3. Большой толковый психологический словарь. Т. 2 : пер. с англ. / Ребер Артур. — М. : Вече, АСТ, 2000. — С. 203.

4. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. Т. 4 / В. Даль. — М. : Рус. яз., 1980. — С. 96.

5. Керимов Д. А. Философские проблемы права / Д. А. Керимов. — М., 1972. — С. 64.

6. Литвинов В. Д. Латинсько-український словник / В. Д. Литвинов. — К. : Укр. пропілеї, 1998. — С. 566.

7. Новий словник української мови. У 4 т. Т. 3 / уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко. — К. : АКОНІТ, 1999. — С. 909.

8. Пионтковский А. А. Уголовный закон в борьбе с отрицательными последствиями научно-технического прогресса // Советское государство и право. — 1972. — № 4. — С. 37.

9. Психология : словарь. — М., 1990. — С. 344–345.

10. Савенок А. П. Риск в уголовном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. П. Савенок. — Минск, 1997. — С. 8.

11. Серова А. В. Профессиональный риск медицинских работников как вид обоснованного риска : дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Серова. — Екатеринбург., 1999. — С. 50.