



**PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

BSA I-021-208/16

Warszawa, dnia 3 czerwca 2016 r.

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

L. dz.

Data wpływu 6.6.2016

**Pan
Adam Podgórski
Zastępca Szefa
Kancelarii Sejmu**

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 10 maja 2016 r., GMS-WP-173-126/16
uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do **poselskiego projektu
ustawy o zmianie ustawy o zawodzie fizjoterapeuty.**

Z poważaniem

Prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf



Warszawa, dnia 3 czerwca 2016 r.

SĄD NAJWYŻSZY
BIURO STUDIÓW I ANALIZ
Pl. Krasińskich 2/4/6, 00-951 Warszawa
BSA I-021-208/16

Uwagi

do projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodzie fizjoterapeuty

Przedłożony do zaopiniowania projekt, nadesłany do zaopiniowania przy piśmie Zastępcy Szefa Kancelarii Sejmu z dnia 10 maja 2016 r., znak GMS-WP-173-126/16, obejmuje nowelizację ustawy o zmianie ustawy o zawodzie fizjoterapeuty (Dz. U. z 2015 r. poz. 1994; dalej jako „u.fizj.”). Jest ona aktualnie przedmiotem intensywnych prac sejmowych (druk sejmowy VIII kadencji nr 478), których szybkie tempo (zob. sprawozdanie komisji w druku sejm. nr 518) może mieć oczywisty wpływ na aktualność niektórych przedstawionych niżej uwag. Należy je mimo wszystko poddać pod rozagę Sejmu. Projekt nasuwa bowiem istotne zastrzeżenia formalne oraz merytoryczne.

I. Uwagi o charakterze formalnym

Pierwszym – i najistotniejszym – jest organizacja zawodu fizjoterapeuty, która według opiniowanego projektu ma być zasadniczo inna niż według pierwotnej treści ustawy, która ma wejść w życie z dniem 31 maja 2016 r. (art. 156 u.fizj.). Podejmując inicjatywę zmiany ustawy w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji RP), należy kierować się regułami przejrzystości procesu legislacyjnego oraz ochrony słuszych interesów zainteresowanych obywateli i ich organizacji. W tym zakresie tryb prac nad nowelizacją – na razie abstrahując od uwag odnoszących się do treści projektu – trudno uważać za wzorcowy. Zgodnie z § 84 rozporządzenia

Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t. jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 283) jeżeli zmiany wprowadzane w ustawie miałyby być liczne albo miałyby naruszać konstrukcję lub spójność ustawy albo gdy ustawa była już poprzednio wielokrotnie nowelizowana, opracowuje się projekt nowej ustawy. Opiniowany projekt zmienia ustawę na końcowym etapie *vacationis legis*. W art. 1 składa się on aż z 53 punktów, w tym niektóre z nich obejmują całkowite uchylenie istotnych partii tekstu ustawy zmienianej (por. pkt 29 – uchylenie całego rozdziału 6) albo wprowadzenie niemal zupełnie nowego brzmienia przepisów obowiązujących (por. pkt 30-48, dotyczące uregulowania odpowiedzialności zawodowej fizjoterapeutów). Już tylko ten fakt powoduje zasadność konstatacji, iż rozwiązaniem prawidłowym z punktu widzenia techniki legislacyjnej byłoby opracowanie ustawy nowej.

Projekt o takim znaczeniu – mimo że nie jest on projektem rządowym, lecz poselskim, wobec którego nie obowiązują rygory przewidziane m.in. w § 36 ust. 1 uchwały Nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M. P. z 2013 r. poz. 979 ze zm.), nie powinien jednak być procedowany bez podjęcia szerokich konsultacji społecznych. Brak takiego obowiązku nie stoi na przeszkodzie stosowaniu przez Sejm dobrych praktyk, skoro obowiązująca Konstytucja w art. 20 wyraża ważną ustrojowo zasadę społecznej gospodarki rynkowej, opartej zwłaszcza na „dialogu i współpracy partnerów społecznych”.

Co więcej, projekt o wielkiej doniosłości prawnej i społecznej nie zawiera prawidłowo sporządzonego uzasadnienia, które odpowiadałoby art. 34 ust. 2 regulaminu Sejmu, zwłaszcza w końcowej jego części. Niejasne jest, dlaczego zdaniem projektodawców „nie wywołuje on skutków finansowych dla budżetu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego”, skoro wojewoda – będący przecież organem terenowej administracji rządowej – ma przejąć zadania w zamyśle pierwotnej ustawy ciążące na samorządzie zawodowym fizjoterapeutów, przede wszystkim zaś wydawać akty potwierdzające uprawnienia zawodowe i dokonywać wpisów do Krajowego Rejestru Fizjoterapeutów (KRF), por. art. 21 u.fizj. w nowym brzmieniu. Z kolei podmiotem prowadzącym ww. rejestr ma być minister właściwy do spraw zdrowia (nowe brzmienie art. 29 ust. 1 u.fizj.). Należy zatem głęboko wątpić w trafność powyższej deklaracji i raczej zakładać, że ustawa będzie wymagać wdrożenia poprzez zatrudnienie nowych pracowników w urzędach odpowiedzialnych

za realizację jej przepisów. Ponadto oświadczając, że przedmiotowy projekt „powoduje pozytywne skutki społeczno-gospodarcze” oraz „nie jest objęty prawem Unii Europejskiej”, projektodawcy nie przedstawili ani analizy skutków społeczno-gospodarczych (które ponad wszelką wątpliwość się pojawiają), ani odniesień do prawa UE (które, jak się wydaje, występują szczególnie w zakresie uznawania kwalifikacji oraz poddania osób korzystających ze swobody świadczenia usług polskiemu orzecznictwu w sprawach odpowiedzialności zawodowej). Jakkolwiek wykracza to poza ramy opiniowania projektu przez Sąd Najwyższy, warto jednak podkreślić, że w art. 85 ust. 2 u.fizj. w brzmieniu art. 1 pkt 30 projektu – zakładając jego legalność – najprawdopodobniej występuje luka regulacyjna polegająca na pominięciu w nim obywateli nienależących do UE państw-stron porozumienia w sprawie utworzenia Europejskiego Obszaru Gospodarczego (Islandia, Liechtenstein, Norwegia).

Reasumując, powyższe argumenty przemawiają za tym, aby z uchwaleniem projektu w bieżącym jego stanie jeszcze się wstrzymać. Sejm RP mógłby na razie tylko odsunąć w czasie wejście w życie projektu; dalej – gdyby tylko była taka wola polityczna – ze wszech miar wskazane byłoby podjęcie szerszych konsultacji społecznych. Od projektodawców zdecydowanie należy wymagać pełnego i bardziej pogłębionego uzasadnienia wniosku, gdyż obecne nie pozwala ocenić motywów leżących u podstaw tak głębokiej ingerencji ustawodawcy w już uchwalony, a jeszcze nie obowiązujący akt normatywny.

II. Uwagi o charakterze merytorycznym

1. Kwestią zasadniczą w omawianym projekcie jest usunięcie przezeń z treści oczekującej na wejście w życie ustawy podstaw prawnych powołania do życia samorządu zawodowego fizjoterapeutów. Motywy ustawodawcy w świetle uzasadnienia projektu nie są znane, ponieważ całe uzasadnienie w tym zakresie sprowadza się do stwierdzenia, że „...przedmiotowa regulacja nie przewiduje powołania samorządu zawodowego dla grupy zawodowej fizjoterapeutów” (s. 2 uzasadnienia). *De facto* zatem uzasadnienia brakuje.
2. W art. 17 ust. 1 Konstytucji RP stanowi się, iż w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów

w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Chociaż pozornie przepis ten nie tworzy dla ustawodawcy nakazu („można tworzyć”, a nie „tworzy się”), trzeba jednak zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, w samej Konstytucji na wielu poziomach – począwszy od preambuły, a skończywszy na licznych przepisach szczegółowych – wyraża się zasady decentralizacji oraz pomocniczości (subsydiarności), które oznaczają, że państwo powinno delegować istotną część zadań publicznych „w dół”, tak aby sprawy były załatwiane możliwie najbliżej obywatela oraz aby promować samoorganizowanie się społeczeństwa. Po drugie, z art. 17 doktryna prawa konstytucyjnego wywodzi pewnego rodzaju „prawo do samorządu zawodowego” (zob. P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej: komentarz*, red. L. Garlicki, t. IV, Warszawa 2005, uwaga 4 do art. 17). Jego utworzenie, jako forma decentralizacji rzeczowej, jest więc mocno osadzone w normach Konstytucji. Należy podkreślić, że zawód fizjoterapeuty jest zawodem zaufania publicznego, ponieważ jego wykonywanie wiąże się z wkroczeniem w sferę prywatności osoby, na rzecz której następuje świadczenie czynności zawodowych. Dostrzega to ustawodawca, który w art. 2 u.fizj. określa zawód fizjoterapeuty jako „samodzielny zawód medyczny”, czego dalszym rozwinięciem jest norma art. 4 u.fizj. Zmiany w projekcie ustawy nie wpływają – bo nie mogą wpłynąć – na przekształcenie istotnych cech regulowanego nią zawodu. W tym stanie rzeczy projektowi nowelizacji wypada zarzucić niespójność założeń oraz celów regulacji, ponieważ wbrew aksjologii konstytucyjnej zmierza on do etatyzacji i centralizacji zawodu zaufania publicznego, którego podejmowanie i wykonywanie powinno znajdować się raczej pod pieczęcią samorządu zawodowego.

3. Projekt nowelizacji nie daje odpowiedzi na ważne pytanie, czy według jego treści fizjoterapeuci będą uprawnieni do udzielania świadczeń zdrowotnych bez skierowania lub zlecenia lekarskiego. Odpowiedź pozytywna na tak postawione pytanie – choć z zastrzeżeniem legitymowania się odpowiednim poziomem kwalifikacji – mogłaby być sformułowana na podstawie bliższej analizy art. 4 ust. 5 u.fizj. Zastrzeżenia budzi jednak co innego, a mianowicie związanie fizjoterapeuty zleceniami lekarskimi. Abstrahując od oceny merytorycznej poziomu kwalifikacji fizjoterapeutów względem lekarzy (kwalifikacje te może i nie są „wyższe”, ale można podejrzewać, że są jednak jakościowo inne), na pewno takie związanie na zasadzie art. 4 ust. 2 pkt 2 i art. 6 ust. 2 u.fizj. w brzmieniu

nadanym odpowiednio przez art. 1 pkt 3 i 4 lit. a) projektu nie przyczyni się do realizacji interesu pacjenta w przypadku, gdy udzielenie świadczenia będzie ewidentnie konieczne, a treść zlecenia lekarskiego na skutek braku wystarczającej orientacji lekarza nie będzie adekwatna do stanu zdrowia oraz potrzeb pacjenta. W takim przypadku wątpliwości fizjoterapeuty będą zmuszały tego ostatniego do odmowy i odesłania pacjenta z powrotem do lekarza, skutkiem czego przynajmniej wydłuży się czas niezbędny do podjęcia prawidłowego postępowania fizjoterapeutycznego. W razie podtrzymania stanowiska lekarza albo przy rozbieżnych zleceniach dwóch lub więcej lekarzy co do właściwego postępowania fizjoterapeutycznego (a można sobie takie przypadki łatwo wyobrazić) będzie dochodziło do powstania ryzyka nieodwracalnej szkody dla zdrowia pacjentów, wobec których fizjoterapeuta albo nie podejmie takiego postępowania z obawy przed konsekwencjami natury dyscyplinarnej, albo też z czystego oportunizmu zacznie realizować treść zlecenia lekarskiego, mimo że z punktu widzenia pacjenta będzie to nieskuteczne lub wręcz szkodliwe. Powstały system – zwłaszcza kiedy brakuje rejestru usług medycznych – będzie więc przyczyniać się do pogorszenia sytuacji pacjentów na tle obecnego stanu rzeczy. Powstaje pytanie, kto w takiej sytuacji ma przyjąć na siebie odpowiedzialność zawodową i karną – lekarz czy fizjoterapeuta, a także czy takie rozwiązania ustawowe są wewnątrznie spójne z treścią art. 2 u.fizj. i deklarowaną tam „samodzielnością” wykonywania zawodu medycznego?

4. Zastrzeżenia merytoryczne budzi treść art. 6 ust. 2-4 u.fizj. w brzmieniu art. 1 pkt 4 lit. a) i b) projektu przesłanego do zaopiniowania. Przewiduje się tam tzw. klauzulę sumienia. Oczywiście jest to instytucja, która może być i bywa stosowana w ramach obowiązujących przepisów prawnych na zasadzie swobodnego wariantu bezpieczeństwa umożliwiającego uniknięcie kolizji wzajemnie sprzecznych dóbr i wartości (tutaj: prawa pacjentów do ochrony zdrowia, o którym mowa w art. 68 Konstytucji oraz wolności sumienia osoby wykonującej zawód – art. 53 Konstytucji). Można zgodzić się też z argumentem, że wolność sumienia byłaby pusta, gdyby człowiek był przez prawo absolutnie zmuszany do postępowania wbrew jego nakazom. Regulacja ustawowa musi jednak realizować ten postulat w sposób adekwatny i proporcjonalny, uwzględniając oprócz wielu innych przesłanek również zakaz naruszania przez wolność jednego analogicznej wolności drugiego człowieka (art. 31 ust. 2 Konstytucji). Ingerencja w prawo do

ochrony zdrowia – z uwagi na znaczenie tego dobra w systemie prawnym – musi być również dokonana w sposób jasny i transparentny. Odnosząc te uwagi do ocenianego projektu należy stwierdzić, że po pierwsze, formułuje klauzulę sumienia tylko „przy okazji” uregulowania innych, znacznie oczywistszych przyczyn odmowy świadczeń, nie udzielając żadnych wskazówek co do jej zastosowania, przez co umożliwia arbitralność jego powoływania. Po drugie natomiast, jego ustanowienie jest nieracjonalne, ponieważ w istocie nie można wskazać nie tylko ważnych, ale nawet jakichkolwiek sytuacji, które to dostatecznie usprawiedliwiają. Ingerencje fizjoterapeuty w prawa drugiego człowieka nie dają się w ogóle porównać z tymi, które charakteryzują wykonywanie zawodu lekarza. Albo zatem przepis byłby martwy, albo dawałby okazję do nadużyć, umożliwiając fizjoterapeutom uchylenie się od udzielenia świadczeń jako rzekomo niezgodnych z ich systemem wartości. Klauzula sumienia jest w tym wypadku pozbawiona celu i niekonieczna, a przez to niezgodna z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Godzi również w prawo do ochrony zdrowia obywateli.

5. Na krytyczną ocenę zasługuje także zmiana brzmienia art. 85 ust. 1 u.fizj. (art. 1 pkt 30 projektu), która polega na usunięciu z tego przepisu zasad etyki zawodowej jako podstawy odpowiedzialności zawodowej fizjoterapeutów. Nowelizacja w tym zakresie jest jedną z konsekwencji pozbawienia (raczej niesłusznego, jak była o tym mowa wcześniej) zawodu fizjoterapeuty jego korporacyjnego modelu. Jest ona jednak czymś wyjątkowym, jeśli chodzi o ukształtowanie odpowiedzialności w zawodach zaufania publicznego w ogóle. Naruszenie zasad deontologicznych (etyki zawodu) odgrywa równą ze ścisłym prawem rolę materialnej przesłanki odpowiedzialności m.in. w zawodzie lekarza i lekarza dentystry oraz pielęgniarki i położnej (zob. art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 18 lipca 1950 r. o odpowiedzialności zawodowej fachowych pracowników służby zdrowia; Dz. U. Nr 36, poz. 332 z późn. zm.). Nasuwa się pytanie, dlaczego – jeżeli zawód fizjoterapeuty ma być „samodzielnym zawodem medycznym” – ustawodawca nie uznał za stosowne dostosować model odpowiedzialności do wzorca ostatnio cytowanej ustawy? Czy należy w związku z tym rozumieć, że nie istnieje w tym przypadku etyka zawodu lub ewentualnie, że nie jest możliwa sytuacja, w której brak naruszenia przepisu prawa nie powodowałby naruszenia zasad etyki zawodu? Odpowiedź pozytywna na którekolwiek z tych pytań wydaje się dość ryzykowna.

6. Podsumowując dotychczasowe uwagi należy uznać, że konstrukcja opiniowanego projektu wykazuje brak pogłębionej refleksji nad jego kluczowymi założeniami, co rzutuje na ryzyko poważnego braku spójności przyszłej ustawy o zawodzie fizjoterapeuty. Z tych względów należy wyrazić przekonanie o potrzebie dalszych prac legislacyjnych oraz przeprowadzenia realnych, pogłębionych i merytorycznych konsultacji społecznych zwłaszcza ze środowiskiem fizjoterapeutów.