

Warszawa, 21 marca 2011 r.

Dr Adam Bodnar  
Zakład Praw Człowieka  
Wydział Prawa i Administracji  
Uniwersytetu Warszawskiego<sup>1</sup>

**OPINIA PRAWNA**  
**nt. przepisów projektu ustawy o działalności leczniczej**  
**odnoszących się do form wykonywania zawodu pielęgniarki i położnej**  
**jako działalności gospodarczej regulowanej**

**1. Zakres opinii**

Przedmiotem niniejszej opinii jest analiza zgodności z Konstytucją rozwiązania przyjętego w art. 5 w ust. 2 w pkt 2 lit. a projektu ustawy o działalności leczniczej. Przepis ten określa w jakiej formie pielęgniarki oraz położne<sup>2</sup> mogą wykonywać swój zawód w ramach prowadzenia działalności gospodarczej regulowanej. Przepis ten był przedmiotem licznych zmian w procesie legislacyjnym (omówionych poniżej). Według wersji przyjętej w czasie prac w Komisji Zdrowia po II czytaniu projektu ustawy w Sejmie stanowi on, że działalność lecznicza pielęgniarki (oraz położnej) może być wykonywana w formie:

*“a) jednoosobowej działalności gospodarczej jako indywidualna praktyka pielęgniarki, indywidualna praktyka pielęgniarki wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki, indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna praktyka pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem lub indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem.”<sup>3</sup>*

Przepis o powyższej treści został zaproponowany w celu zrównania statusu pielęgniarek (oraz położnych) ze statusem lekarzy. Na późniejszym etapie prac legislacyjnych rozszerzono listę możliwych form wykonywania zawodu przez lekarzy, opierając się przede wszystkim na zasadzie równości wobec prawa. Podjęta została wskutek tego decyzja, że pielęgniarki powinny móc wykonywać swój zawód w tych samych formach. Z powyższych względów

---

<sup>1</sup> Autor opinii jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Zakładzie Praw Człowieka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Pełni także funkcję sekretarza zarządu oraz szefa działu prawnego Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Jest także ekspertem Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Wszelkie poglądy wyrażone w niniejszej opinii są poglądami własnymi jej autora i nie należy ich utożsamiać z poglądami instytucji, z którymi współpracuje. Niniejsza opinia została przygotowana *pro publico bono* na prośbę Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Pielęgniarek i Położnych.

<sup>2</sup> Zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt. 3 projektu ustawy o działalności leczniczej wszelkie postanowienia odnoszące się do pielęgniarek mają zastosowanie także do położnych.

<sup>3</sup> Dodatkowe sprawozdanie Komisji Zdrowia o rządowym projekcie ustawy o działalności leczniczej (druk sejmowy nr 3489) z dnia 17 marca 2011 r. (druk nr 3921-A).

niniejsza opinia koncentruje się przede wszystkim na kwestii czy można w sposób zasadny powoływać się na zasadę równości wobec prawa celem dookreślenia form wykonywania zawodu przez pielęgniarki.

## 2. Proces legislacyjny

Rządowy projekt ustawy o działalności leczniczej wniesiony do Sejmu w dniu 15 października 2010 r.<sup>4</sup> przewidywał w art. 5 ust. 2, że działalność lecznicza:

*“1) lekarzy może być wykonywana w formie:*

*a) jednoosobowej działalności gospodarczej jako indywidualna praktyka lekarska, indywidualna praktyka lekarska wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska lub indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska wyłącznie w miejscu wezwania,*

*b) spółki cywilnej, spółki jawnej albo spółki partnerskiej jako grupowa praktyka lekarska,*

*2) pielęgniarki może być wykonywana w formie:*

*a) jednoosobowej działalności gospodarczej jako indywidualna praktyka pielęgniarki, indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki lub indywidualna specjalistyczna praktyka wyłącznie w miejscu wezwania,*

*b) spółki cywilnej, spółki jawnej albo spółki partnerskiej jako grupowa praktyka pielęgniarek*

Sejm na 77. posiedzeniu w dniu 27 października 2010 r. skierował projekt ustawy do Komisji Zdrowia w celu rozpatrzenia.

Po pracach w Komisji Zdrowia Sejmu RP projekt w tym zakresie zmienił treść poprzez dodanie dla lekarzy formy wykonywania zawodu określonej jako *„indywidualna praktyka lekarska wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem lub indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem”*.<sup>5</sup> Jednocześnie podobna zmiana nie została proponowana ani przyjęta w odniesieniu do pielęgniarek (położnych). Przepisy znajdujące się w pierwotnym projekcie rządowym ustawy o działalności leczniczej pozostały bez zmian.

Wydaje się, że na tym etapie w Ministerstwie Zdrowia powstała wątpliwość czy projekt ustawy odpowiednio reguluje formy wykonywania zawodu przez pielęgniarki oraz położne wobec rozszerzenia form wykonywania zawodu przez lekarzy. Wskazuje na to wypowiedź Sekretarza Stanu w Ministerstwie Zdrowia Jakuba Szulca, wygłoszona przed II czytaniem ustawy o działalności leczniczej w Sejmie:

*„Jeżeli chodzi o projekt ustawy o działalności leczniczej, którego drugie czytanie odbędzie się na dzisiejszym posiedzeniu Sejmu, to mamy do czynienia z sytuacją, w której rząd doszedł do wniosku, że warto byłoby ten stan prawny zmienić, tak żeby ucywilizować przepisy w tym zakresie. W związku z tym zaproponowaliśmy dodatkowy rodzaj praktyki lekarskiej – jest to praktyka prowadzona wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego – żeby nie tworzyć fikcji prawnej, z jaką mamy do czynienia dzisiaj, czyli żeby nie dochodziło do sytuacji, w której miejscem wezwania będzie szpital. Jest to specjalny rodzaj praktyki lekarskiej prowadzonej wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego, a więc jest możliwość zawierania kontraktu pomiędzy prowadzącym praktykę lekarską a świadczeniodawcą, a*

<sup>4</sup> Druk sejmowy nr 3489.

<sup>5</sup> Sprawozdanie Komisji Zdrowia o rządowym projekcie ustawy o działalności leczniczej (druk sejmowy nr 3921), po rozpatrzeniu projektu ustawy na posiedzeniach w dniach 14 grudnia 2010 r. oraz 24 lutego i 3 marca 2011 r.

*szpitalem. Projekt ustawy na etapie prac podkomisji i Komisji Zdrowia tego rozwiązania nie przewidywał w stosunku do pielęgniarek. Zasięgnęliśmy opinii konstytucjonalistów na tę okoliczność pytając, czy takie rozwiązanie jest rozwiązaniem uzasadnionym i możliwym na gruncie polskiego porządku prawnego. Otrzymaliśmy odpowiedź negatywną, w związku z czym – to jest moja wiedza pozaformalna, ale wiem o tym – podczas drugiego czytania zostanie zgłoszona przez posłów klubu Platformy Obywatelskiej poprawka, która doprowadzi do sytuacji, w której ten dodatkowy rodzaj praktyki, a więc praktyka prowadzona wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego, zostanie zaproponowany. I to od decyzji Wysokiej Izby będzie zależało, czy ustanowimy nowy rodzaj praktyki. Jeżeli tak się stanie, to nie będzie absolutnie żadnego problemu z zatrudnieniem pielęgniarek w szpitalach na podstawie umowy cywilnoprawnej, czyli na podstawie tzw. kontraktu.”*

Można domniemywać, że opinia konstytucjonalisty, o której mowa w wystąpieniu min. Jakuba Szulca to opinia prof. UŁ dr hab. Krzysztofa Skotnickiego z dnia 2 marca 2011 r. przygotowana na zlecenie Ministerstwa Zdrowia. Niestety autorowi niniejszej opinii nie jest znana żadna inna opinia prawna w tym temacie.<sup>6</sup> Główna teza opinii brzmi, że zawód lekarza oraz pielęgniarki (położnej) są to zawody należące do tej samej grupy zawodów (medycznych) zaufania publicznego, których działalność skierowana jest do tej samej grupy pacjentów. W związku z tym różnicowanie form wykonywania zawodu poprzez przyznanie lekarzom określonej formy praktyki (a wykluczenie takiej możliwości dla pielęgniarek) narusza zasadę sprawiedliwości społecznej oraz zasadę równości wobec prawa.

Po II czytaniu ustawy w Sejmie została ona ponownie skierowana do Komisji Zdrowia. Zarówno KP PO jak i KP PJN<sup>7</sup> zaproponowały poprawkę polegającą na rozszerzeniu form wykonywania zawodu przez pielęgniarkę (położną). Poprawka została przyjęta w dniu 17 marca 2011 r. na posiedzeniu Komisji Zdrowia. Dodatkową formę wykonywania zawodu przez pielęgniarkę (położną) określono jako:

*„indywidualna praktyka pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem lub indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem”.*

W ten sposób przepisy odnoszące się do lekarzy oraz pielęgniarek mają analogiczną treść na obecnym etapie prac parlamentarnych.

### **3. Ocena zgodności z Konstytucją proponowanych rozwiązań**

Na wstępie należy podkreślić, że poza jakimkolwiek sporem pozostaje możliwość wykonywania zawodu lekarza oraz pielęgniarki (położnej) w trzech formach, przewidzianych projektem ustawy o działalności leczniczej:

- 1) praktyka jednoosobowa:
  - praktyka indywidualna,
  - praktyka specjalistyczna,
  - praktyka indywidualna w miejscu wezwania
  - praktyka specjalistyczna w miejscu wezwania,

---

<sup>6</sup> Istnieje prawdopodobieństwo, że opinie takie istnieją. Wskazuje na to użycie liczby mnogiej („konstytucjonalistów”) przez min. Jakuba Szulca.

<sup>7</sup> Poseł Andrzej Sośnierz reprezentujący PJN zapowiedział zgłoszenie poprawki w czasie debaty nad projektem ustawy o działalności leczniczej, por. sprawozdanie stenograficzne z 87. Posiedzenia Sejmu RP w dniu 17 marca 2011 r. Jego zdaniem „Nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego, aby rozróżniać pielęgniarki i lekarzy i jednym nadawać większe uprawnienia, a drugim mniejsze.”

2) praktyka grupowa w formie spółki cywilnej, jawnej lub grupowej.

Przedmiotem sporu jest to czy dopuszczalna powinna być jako forma wykonywania zawodu „indywidualna praktyka pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem lub indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem.” Nie ulega natomiast wątpliwości, że ustawa przewiduje różnorakie inne możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez pielęgniarki (położne). Nie budzi to większego sporu. Problematyczne jest jedynie czy jedna z form wykonywania tej działalności powinna być dopuszczona. Tak się akurat składa, że jest to jedno z najważniejszych pytań, gdyż może mieć znaczenie dla kilkunastu tysięcy osób w Polsce.

Jak zostało wspomniane zmiana legislacyjna o podobnej treści została pierwotnie zaproponowana tylko w odniesieniu do lekarzy, celem swoistej legitymizacji czy sankcjonowania masowego zawierania umów na świadczenie usług, w których „miejsce wezwania” było określane jako konkretny szpital (a nie np. dom pacjenta), w którym danym lekarz wykonywał stale swoje świadczenia. W toku dalszych prac legislacyjnych tą zmianą postanowiono także objąć pielęgniarki (położne).

Dokonane zmiany legislacyjne po II czytaniu projektu ustawy w Sejmie polegające na rozszerzeniu form wykonywania zawodu przez pielęgniarkę (położną) i zrównanie jej statusu z lekarzem opierają się na założeniu, że zawód lekarza oraz pielęgniarki (położnej) to są podobne zawody medyczne. Tym samym autorzy poprawki uznają, że nie istnieje żadna cecha relewantna, która byłaby na tyle istotna, aby różnicować formy wykonywania zawodu przez lekarzy oraz pielęgniarki. Możliwość wykonywania zawodu w formie indywidualnej praktyki świadczonej wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego przyznane pierwotnie wyłącznie dla lekarzy (po I czytaniu ustawy), zostało następnie przyznane także dla pielęgniarek (po II czytaniu projektu ustawy).

Powyższe założenie można jednak równie dobrze uznać za błędne. Wprawdzie zawód lekarza i zawód pielęgniarki (położnej) są zawodami zaufania publicznego (w rozumieniu art. 17 Konstytucji) to jednak istnieje między nimi wiele istotnych różnic, mających istotny wpływ na sposób ich wykonywania. Trudno zatem jednoznacznie przesądzać, że są to zawody podobne, a tym samym powinny być – zgodnie z art. 32 Konstytucji RP – poddane tej samej regulacji.

Przede wszystkim wykonywanie zawodu lekarza polega na podejmowaniu poszczególnych czynności.<sup>8</sup> Z kolei wykonywanie zawodu pielęgniarki i położnej polega na stałym sprawowaniu opieki i dozoru nad pacjentem, a także wykonywaniu stałych i doraźnych zleceń lekarskich.<sup>9</sup> W praktyce zadanie lekarza polega na podejmowaniu zaplanowanych czynności lub decyzji terapeutycznych oraz, w pozostałym czasie, na pozostawaniu w gotowości do

<sup>8</sup> Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. – Dz.U. z 2008 r., Nr 136, poz. 857, z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem „wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich.”

<sup>9</sup> Art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (t.j. - Dz.U. z 2009 r., Nr 151, poz. 1217, z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem „wykonywanie zawodu pielęgniarki polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, a w szczególności świadczeń pielęgnacyjnych, zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych oraz z zakresu promocji zdrowia.”

podjęcia czynności w razie potrzeby. Tymczasem praca pielęgniarki i położnej ma odmienny charakter. Jej cechą istotną jest stały i nieprzerwany charakter świadczonych czynności (dozór pacjentów, sprawowanie opieki pielęgnacyjnej, wykonywanie zadań lekarskich, zgłaszanie sytuacji wymagających interwencji). Ta różnica ma szczególne znaczenie w przypadku wykonywania zawodu w zakładzie udzielającym świadczeń zdrowotnych (np. w szpitalu), gdyż wpływa na czas pracy, pracę w godzinach nadliczbowych, formy i czas odpoczynku, zakres odpowiedzialności czy też podporządkowanie oraz nadzór służbowy. Znacznie łatwiej jest zorganizować funkcjonowanie szpitalu w oparciu o pracę lekarzy na kontraktach, gdyż są oni w dużej mierze autonomicznymi podmiotami. W przypadku pielęgniarek natomiast podpisywanie umów na świadczenie usług w istocie stanowi może zastępowanie umów o pracę, przy niezmiennym się charakterze wykonywanej pracy.

Gdyby podążać tropem myślenia zakładającym, że zawód lekarza i pielęgniarki (położnej) to zawody podobne, gdyż są zawodami medycznymi i świadczącymi usługi na rzecz podobnego typu klientów (pacjentów) to nasuwa się porównanie z zawodami prawniczymi. Używając argumentacji tego typu można także łatwo stwierdzić, że zawód adwokata i radcy prawnego są podobnymi zawodami prawniczymi, w ramach których świadczone są usługi na rzecz podobnego kręgu klientów. Tymczasem jednak ustawodawca wyraźnie różnicuje te zawody. Biorąc pod uwagę zakres świadczonych usług odmiennie dookreślone są formy ich wykonywania. Choć w wielu przypadkach są zbliżone (np. co do rodzajów spółek, w jakich mogą uczestniczyć adwokaci oraz radcowie prawni) to jednak istnieją zasadnicze różnice. Najważniejszą jest możliwość wykonywania zawodu radcy prawnego na podstawie umowy o pracę, w sytuacji służbowego podporządkowania. Ustawodawca dopuszcza zatem różnicowanie form wykonywania zawodu, pomimo pozornego podobieństwa obu zawodów.

Należy podkreślić, że ustawodawca zdaje sobie sprawę ze skali problemu jakim jest zawieranie tzw. umów śmieciowych, tj. zastępowanie umów o pracę kontraktami na świadczenie usług w ramach przedsiębiorstwa podmiotu leczniczego w ramach indywidualnych umów o pracę. Świadczyć może o tym wypowiedź min. Jakuba Szulca z Ministerstwa Zdrowia z 17 marca 2011 r. w czasie debaty poprzedzającej II czytanie projektu ustawy o działalności leczniczej, w odpowiedzi na pytanie posła Jana Filipa Libickiego:

*„Ja już nie będę wnikał w różnice pomiędzy zawodem lekarza a zawodem pielęgniarki, ale powiem tylko jedną rzecz Proszę zwrócić uwagę, że działalność gospodarcza, w tym konkretnym przypadku praktyka pielęgniarska czy praktyka lekarska, jest jednak sposobem na omijanie normalnego trybu zatrudnienia kodeksowego, a więc na podstawie umowy o pracę. Wiem, że to jest powszechna praktyka w Polsce, że mamy dobrych kilka milionów, które prowadzą działalność gospodarczą, a tak naprawdę wykonują pracę pod nadzorem. Pewnie należałoby się zastanowić, czy wykonywanie tej pracy w takim trybie jest od początku do końca uzasadnione, czy nie jest sposobem na obchodzenie przepisów dotyczących przede wszystkim oskładkowania, a więc składek na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, zdrowotne, chorobowe, wypadkowe itd., itd.”<sup>10</sup>*

Skoro zatem przedstawiciel Ministerstwa Zdrowia dostrzega istotne problemy związane z omijaniem normalnego prawa kodeksowego, to nie powinno to prowadzić do bezrefleksyjnego tworzenia prawa, które na taką praktykę jeszcze bardziej pozwala i ją wręcz legitymizuje. Wręcz przeciwnie, świadomość istnienia problemów społecznych powinna prowadzić do zastanowienia się w jaki sposób należy uregulować poprawnie formy

<sup>10</sup> Sprawozdanie stenograficzne z 87. posiedzenia Sejmu z dnia 17 marca 2011 r., str. 184.

wykonywania zawodów medycznych (szczególnie zawodu pielęgniarki i położnej), aby do takich nadużyć nie dochodziło.

Jest to szczególnie ważne w przypadku wykonywania zawodu pielęgniarki (położnej), w którym ze względu na charakter pracy dochodzić może do służbowego podporządkowania, zależności hierarchicznych i innych sytuacji przypominających normalny stosunek pracy.

Powstaje zatem pytanie czy tak poważne zmiany legislacyjne, mające wpływ na tysiące osób wykonujących swój zawód jako pielęgniarki (położnej) mogą być zgłaszane (i przyjmowane) na tak późnym etapie prac legislacyjnych. Zmiany odnoszące się do form wykonywania zawodu przez pielęgniarki zostały zgłoszone dopiero po II czytaniu ustawy w Sejmie, a więc w momencie kiedy trudno jest o rzetelną i pogłębioną debatę z udziałem wszystkich zainteresowanych partnerów społecznych. Wcześniejsze projekty ustawy o działalności leczniczej takiej możliwości prowadzenia praktyki nie przewidywały. Co więcej w czasie wysłuchania publicznego partnerzy społeczni nawet nie odnosili się do form wykonywania zawodu, a jedynie wskazywali na niejednoznaczność pojęcia „miejsca wezwania”. Wątpliwości zatem budziło nadużywanie tego pojęcia, a w szczególności, że w codziennej praktyce przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego traktowane jest tak jakby było miejscem wezwania i w ten sposób zawierane są kontrakty na świadczenie usług przez pielęgniarki (położnej) prowadzące działalność gospodarczą.

Określenie przez ustawodawcę formy wykonywania zawodu w ramach działalności gospodarczej stanowi bez wątpienia ograniczenie wolności działalności gospodarczej. Aby spełniało kryteria zgodności z Konstytucją musi być zgodne z przesłankami określonymi w art. 22 Konstytucji oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Art. 22 Konstytucji stanowi, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej może zostać dokonane ustawą ze względu na „ważny interes publiczny”. Z kolei art. 31 ust. 3 Konstytucji RP stwierdza, że ograniczenie korzystania z praw i wolności jednostki może nastąpić w drodze ustawy oraz jeżeli jest konieczne w demokratycznym państwie ze względu na realizację jednego z interesów publicznych wymienionych w tym artykule (np. porządek publiczny, zdrowie, moralność publiczna czy prawa i wolności innych osób).

Ustawodawca dysponuje stosunkowo dużą swobodą w decydowaniu co uznaje za ważny interes publiczny, który skutkować może ograniczeniem praw i wolności jednostki, tj. wolności działalności gospodarczej. Jeżeli w praktyce gospodarczej dochodzi do licznych nadużyć związanych z wykorzystywaniem formy kontraktowej (zamiast umowy o pracę), co ma istotne skutki społeczne (omijanie przepisów prawa pracy lub z zakresu ubezpieczeń zdrowotnych i społecznych) to jest to bez wątpienia interes pozwalający na ingerencję ustawodawcy. Jednym z rodzajów ingerencji może być wprowadzenie ograniczeń w zakresie form wykonywania zawodu. Ważne jest jednak, aby w każdym przypadku ograniczenie wolności działalności gospodarczej spełniało test proporcjonalności. Do decyzji ustawodawcy zatem należy wybór czy bardziej odpowiednim sposobem reagowania na potencjalne nadużycia jest:

- a) wykluczenie określonej formy wykonywania zawodu zaufania publicznego przy uznaniu, że jest to jedyny sposób na wyeliminowanie negatywnej praktyki, czy też:
- b) przyzwolenie na określoną formę wykonywania zawodu zaufania publicznego przy jednoczesnym ścisłym dookreśleniu przesłanek jego wykonywania, tak aby wyeliminować ryzyko nadużyć. W tym drugim przypadku mogłoby to polegać na określeniu tzw. *essentialia negotii* umowy na świadczenie usług zawieranej z

pielęgniarką lub położną przez przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego. Cel takiej umowy byłby jasny – zabezpieczenie praw strony, która najczęściej znajduje się w słabszej pozycji negocjacyjnej, przy jednoczesnym minimalizowaniu ryzyka nadużyć.

Wybór określonego środka, który spełniałby kryteria proporcjonalności ograniczenia wolności działalności gospodarczej powinien opierać się na rzetelnej analizie, uwzględniającej różne okoliczności wpływające na ocenę sytuacji, status osób poddanych regulacji, ich konsekwencje społeczne i gospodarcze. Zdaniem autora opinii niedopuszczalne jest, że decyzje o tak poważnym znaczeniu podejmowane są nagle, dopiero na etapie II czytania, bez dogłębnego przemyślenia i zbadania problematyki, przy jednoczesnej świadomości przedstawicieli władzy nt. istniejącego problemu społecznego. Warto przy tym pamiętać, jak zostało wspomniane na wstępie, że nie dyskutujemy o tym czy w ogóle pielęgniarki mogą prowadzić indywidualną czy grupową praktykę jako formę prowadzenia działalności gospodarczej. Problemem jest jedynie czy jedna z form wykonywania tej działalności może być dopuszczalna.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 grudnia 2005 r. w sprawie K 45/05.<sup>11</sup> W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny dokonał analizy art. 1 pkt 20 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentyści (Dz. U. Nr 175 poz. 1461). Przepis ten nadał nowe brzmienie art. 27a ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz. U. z 2001 r. Nr 57 poz. 602). Jego efektem miało być to, że zarówno publiczne, jak i niepubliczne zakłady opieki zdrowotnej po 1 stycznia 2006 r. mogłyby zatrudniać pielęgniarki i położne wyłącznie na podstawie umów o pracę, niezależnie od faktycznych potrzeb. Warto zaznaczyć, że zaskarżone przepisy dotyczyły zupełnie innej sytuacji niż projektowana ustawa o działalności leczniczej. W wyroku oceniane było całkowite wyeliminowanie możliwości zawierania kontraktów z ZOZ-ami w ramach indywidualnej czy grupowej praktyki. W przypadku ustawy o działalności leczniczej główny zarzut (będący przedmiotem sporu) dotyczy natomiast czegoś zupełnie innego – stworzenia możliwości prawnej do masowego zastępowania umów o pracę pielęgniarek i położnych kontraktami zawieranymi z przedsiębiorstwami podmiotu leczniczego „na wyłączność”.

W powyższym wyroku Trybunał Konstytucyjny wskazał na niebezpieczeństwa związane z kontraktowaniem usług pielęgniarskich:

*„Po wtóre wielokrotnie podnoszonym argumentem za przyjęciem zaskarżonej regulacji było wymuszanie na etatowych pielęgniarkach „przejścia na samozatrudnienie” (czyli przechodzenia na urlopy bezpłatne albo wypowiedzenia umów o pracę, rejestrowania w przewidziany przepisami sposób działalności gospodarczej i podpisywania kontraktów) oraz zmuszanie ich do pracy ponad siły, bez ochrony, jaką pracownikom zapewnia kodeks pracy. Trybunał Konstytucyjny zdaje sobie sprawę z możliwości występowania tego rodzaju patologii (choć nie jest mu znana proporcja pomiędzy sytuacjami patologicznymi a umowami spełniającymi należycie swą funkcję i wykonywanymi w sposób obopólnie satysfakcjonujący), zwraca jednak uwagę, że zapobieganie im jest możliwe w ramach istniejącego instrumentarium prawnego, a państwo dysponuje służbami i instytucjami, które zobowiązane są do reagowania w sytuacjach nadużyć zarówno ze strony pracodawców, jak i silniejszych stron umów cywilnoprawnych (w omawianym przypadku – z.o.z.). Jeśliby jednak ustawodawca uznał, że obowiązujące przepisy i funkcjonujące instytucje nie chronią w należyty sposób osób „samozatrudnionych”, to – wobec faktu, że samozatrudnienie*

<sup>11</sup> OTK ZU Nr 140, poz. 11.

*występuje w bardzo wielu zawodach i dziedzinach działalności gospodarczej – winien rozważyć wprowadzenie rozwiązań generalnych<sup>12</sup>, nie zaś eliminować samozatrudnienie w stosunkowo nielicznej grupie zawodowej pielęgniarek i położnych „kontraktowych”, pozostawiając taką formę wykonywania zawodu w innych grupach (np. lekarzy czy pracowników budowlanych).“*

Z powyższego fragmentu orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego można wyraźnie wywieść wniosek, że jeżeli ustawodawca dostrzega problem społeczny to może poszukiwać rozwiązań generalnych, które mogłyby mu zapobiec. Nie może natomiast eliminować całkowicie danej praktyki „samozatrudnienia”. Takim rozwiązaniem generalnym – zdaniem autora niniejszej opinii – może być w kontekście rozpatrywanego problemu albo wyeliminowanie jednej z form wykonywania zawodu pielęgniarki (tj. stałego świadczenia usług na podstawie kontraktu w sposób przypominający stosunek pracy, tym bardziej, że i tak pozostaną liczne możliwości „samozatrudnienia” dla pielęgniarek) albo ściśle dookreślenie zasad wykonywania takich usług, tak aby chroniona była potencjalnie słabsza strona umowy zawieranej na wyłączność z przedsiębiorstwem podmiotu leczniczego.

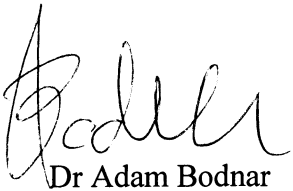
#### **4. Podsumowanie**

1. Zmiany legislacyjne dotyczące tak istotnego problemu społecznego jakim jest tzw. samozatrudnienie pielęgniarek (położnych) w szpitalach nie powinny być proponowane na tak późnym etapie prac legislacyjnych. Przedstawianie poprawek w tym względzie po II czytaniu projektu ustawy w Sejmie nie pozwala na rzetelną analizę i dyskusję na temat proponowanych regulacji, w tym z udziałem wszystkich zainteresowanych partnerów społecznych.
2. W sytuacji kiedy istnieje powszechna świadomość (w tym wśród przedstawicieli Rządu RP) nadużywania kontraktów na świadczenie usług przez pielęgniarki i zastępowania nimi umów o pracę nakłada to na przedstawicieli władzy obowiązek szczególnej staranności przy regulowaniu tych kwestii, a także podejmowania działań, które przeciwdziałałyby takim nadużyciom oraz chroniłyby potencjalnie słabszą stronę stosunku umownego.
3. Można zasadnie twierdzić, że zawód lekarza i zawód pielęgniarki (położnej) nie są zawodami podobnymi w rozumieniu art. 32 Konstytucji RP. Zawody te posiadają cechy, które je istotnie różnią. Te cechy mogą wpływać na dookreślenie przez ustawodawcę dopuszczalnych formy wykonywania zawodu. Nie można przyjmować tezy, że bezwzględnie zawód lekarza oraz pielęgniarki powinien być regulowany w ten sam sposób jeśli chodzi o formy wykonywania zawodu w ramach działalności gospodarczej regulowanej.
4. Ze względu na ważny interes publiczny, jakim może być – jeśli ustawodawca tak zdecyduje – przeciwdziałanie praktykom nadużywania umów cywilnoprawnych i zastępowania nimi umów o pracę – można wprowadzać ograniczenia co do formy wykonywania zawodu zaufania publicznego, w tym zawodu pielęgniarki (położnej). Ograniczenia te mogą polegać bądź na wyeliminowaniu (czy niedopuszczeniu) jednej z form wykonywania zawodu (w tym przypadku praktyki pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem) lub

---

<sup>12</sup> Podkreślenie własne.

też na ścisłym dookreśleniu warunków takiej umowy, tak aby jej potencjalnie słabsza strona była należycie chroniona. Decyzja w tym względzie należy do ustawodawcy i powinna być wynikiem rzetelnej i kompleksowej analizy wszystkich czynników prawnych, społecznych i ekonomicznych. Warto przy tym pamiętać, że jakiegokolwiek uzgodnienia w kwestii określenia szczegółowych warunków umowy na świadczenie usług w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego powinny być przedmiotem dyskusji ze wszystkimi zainteresowanymi podmiotami. Powinny w nich zatem uczestniczyć nie tylko związki zawodowe, ale wszystkie organizacje i instytucje, które reprezentują osoby świadczące w taki sposób usługi.



Dr Adam Bodnar