

Warszawa dn. 19.03.2012

Prof. dr hab. Piotr Winczorek

Opinia dotycząca poprawności legislacyjnej i konstytucyjności niektórych przepisów ustawy z dn. 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz załącznika do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dn. 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

1. Załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dn. 6 maja 2006 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, wobec lakoniczności samego tego rozporządzenia, należy potraktować jako jego integralną część. Postanowienia zawarte w załączniku powinny zatem odpowiadać wymogom, jakie Konstytucja w art. 92 ust. 1 formułuje wobec rozporządzeń.

2. Delegacja do wydania rozporządzenia musi być zawarta w ustawie i musi wskazywać nie tylko zakres spraw przekazanych do uregulowania, ale także wytyczne dotyczące treści aktu. Kwestie te słusznie, w powołaniu się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, ponosi się w stanowisku Krajowego Zarządu Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Lekarzy. Należy do niego jednak dodać istotne, nowe elementy. Wyprowadzić je można z poglądów jakie odnośnie rozporządzeń wykonawczych wyraża doktryna prawa konstytucyjnego.

3. Tak np. Bogusław Banaszak pracy pt. „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, Wyd. C.H.Beck, Warszawa 2009, str. 464 podkreśla: „Z (...) wykonawczym charakterem rozporządzeń związany jest wymóg ich wydawania na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie. Nie może być ono oparte ani na domniemaniu (np. przydatności jakiejś reglamentacji dla skutecznej realizacji ustawy), ani na wykładni celowościowej organów powołanych do wykonywania ustaw...” Dalej zaś stwierdza: „Treść dyrektywną organ kontrolujący powinien wyprowadzić z przepisu ustawy zawierającej upoważnienie. Negatywnie należy zaś ocenić próby poszukiwania jej poza tym przepisem, jak choćby zastosowane przez TK wyprowadzenie jej ze wstępu do ustawy”. W powołaniu na pogląd W. Brzozowskiego, B Banaszak wywodzi: „poszukiwanie treści dyrektywnej poza przepisem ustawy zawierającej upoważnienie byłoby nieuzasadnionym konstytucyjnie i potencjalnie groźnym (zwłaszcza z punktu widzenia zasady podziału władz) poszerzeniem swobody normodawcy na szczeblu podstawowym” (str. 466).

Z kolei Kazimierz Działocha w obszernym opracowaniu „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz” . Wyd. Sejmowe 2001, art. 92, str. 27 w powołaniu na orzeczenie Trybunału

Konstytucyjnego (K 12/99) podkreśla - „wobec kategoryczności sformułowania nakazu zamieszczania w upoważnieniu wytycznych, >wszelkie upoważnienia ustawy, w odniesieniu do którego nie da się wykazać żadnych treści ustawowych, które pełniłyby rolę wytycznych dotyczących treści, jest sprzeczne z Konstytucją. Brak owych wytycznych stanowi warunek wystarczający dla uznania niekonstytucyjności upoważnienia, nawet jeżeli pozostałe wymagania zostaną spełnione<”

4. Ustawa z dn. 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej ze środków publicznych zawiera w art. 137 ust. 9 delegację dla Ministra Zdrowia do wydania rozporządzenia dotyczącego ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Wskazówka dotycząca aktu (rozporządzenia) zawarta w tym przepisie odnosi się bardziej do trybu jego przygotowania, niż jego treści. Do treści odnosi się polecenie, by rozporządzenie miało na względzie „dobro świadczeniobiorców oraz konieczność zapewnienia właściwej realizacji umów”. Natomiast bardziej szczegółowo na temat umów mówią postanowienia działu VI ustawy z dn. 27 maja 2006 r. Jednakże i one w większym stopniu regulują kwestie odnoszące się do postępowania w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami, niż do samych treści tych umów. W istocie, do treści umów nawiązuje art. 136 ustawy wskazujący jakie postanowienia powinny się w nich znaleźć. Ustawodawca wymienia je w ośmiu punktach, ale nie jest to, jak można sądzić, wymienienie wyczerpujące, ponieważ stanowi się w tym przepisie, że umowa taka określać ma jedynie „w szczególności” te elementy, które zawiera ów ośmiopunktowy wykaz. Można zatem sądzić, że ustawodawca dopuszcza, iż inne jeszcze treści, niewymienione w ośmiopunktowym katalogu zawartym w art. 136, mogą być do umowy wprowadzone.

5. Powstają w związku z tym trzy pytania:

- czy upoważnienie zawarte w art. 137 ust. 9 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych zostało sformułowane zgodnie z tym, co wobec takich upoważnień oczekują postanowienia Konstytucji, orzecznictwo TK i doktryna prawa konstytucyjnego;
- czy można poszukiwać wytycznych dotyczących treści rozporządzenia w innych, niż przepis upoważniający, postanowieniach ustawy;
- czy można w przepisie odnoszącym się do treści rozporządzenia (w tym przypadku określającym niezbędne elementy umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych) zawierać uregulowania (wytyczne) niepełne (użycie zwrotu: „określa w szczególności”).

6. Odpowiadając na pierwsze pytanie pragnę wyrazić wątpliwość co do poprawności

upoważnienia zawartego w art. 137 ust. 9 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. W przepisie tym powinna się znaleźć nie tylko generalna wskazówka, iż ogólne warunki umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych mają uwzględniać „dobro świadczeniobiorców oraz konieczność właściwej realizacji umów”, ale też inne, bardziej szczegółowe i wyczerpująco sformułowane wytyczne. Takie na przykład (patrz zastrzeżenie niżej), jakie znajdujemy w art. 136 ustawy.

7. Odpowiedź na drugie pytanie nie jest tak jednoznaczna, jak na pierwsze. Panuje rozbieżność poglądów, czy wytycznych co do treści rozporządzenia wykonawczego można szukać poza przepisem zawierającym upoważnienie do jego wydania. W opinii ZK OZZL znajdujemy pogląd (wyrażany w powołaniu na orzeczenia TK), że „wytyczne dotyczące treści rozporządzenia nie muszą być zawarte wyłącznie w przepisie formującym upoważnienie do wydania rozporządzenia. Możliwe jest ich pomieszczenie w innych przepisach ustawy. Ważne jest, aby ich treść była na tyle szczegółowa i precyzyjna, aby był czytelny zamiar ustawodawcy”. Pogląd ten, jak wynika z wyżej przytoczonych opinii, nie jest jednak powszechnie przyjmowany.

Osobiście przychyliłbym się do stanowiska, iż szczegółowych wytycznych co do treści rozporządzenia wykonawczego wobec ustawy należy szukać w samym tym upoważnieniu, a nie w całym tekście danej ustawy. W przeciwnym razie i w sytuacji, gdy postanowienia ustawy mogą być nie w pełni oczywiste i podlegać rozbieżnym interpretacjom, treść rozporządzenia w zbyt wielkim stopniu zależałaby od organu, który je wydaje. A przecież rozporządzenie takie nie może rozszerzać, ani zwężać jej postanowień i nie ma charakteru aktu samoistnego, lecz wobec ustawy jedynie instrumentalny. Tak więc, moim zdaniem, ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w tym jej fragmencie, który odsyła do rozporządzenia określającego niezbędną treść umowy o świadczenie usług zdrowotnych może budzić wątpliwości konstytucyjne.

Przyjmując hipotetycznie, że jednak wytyczne co do treści rozporządzenia wykonawczego wobec ustawy mogą znaleźć się poza przepisem zawierającym bezpośrednio upoważnienie (nakładającym obowiązek) do jego wydania, odpowiedź na trzecie pytanie byłaby następująca:

8. Używając w art. 136 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych zwrotu: „umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej określa w szczególności” ustawodawca wyszedł poza zakres tego, co o treści upoważnienia do wydania rozporządzenia stanowi Konstytucja. Jeśli potraktować ów zwrot („w szczególności”) zgodnie z tym, co zwykle się przezeń rozumie, Minister Zdrowia, określając w drodze rozporządzenia ogólne warunki takiej umowy, mógłby w istocie nadać tym warunkom niemal dowolnie określoną treść. Wszystko

4

bowiem co mieści się poza ósmioma punktami, które umowa powinna zawierać zgodnie z art. 136 ustawy wynikać może z użycia zwrotu - „w szczególności”. Prowadzić to może do znacznej dowolności w określaniu treści rozporządzenia. Z pewnością zaś, nie mieści się w ramach wymogu, by wytyczne co do treści rozporządzenia miały charakter ścisły. Nie sądzę zatem, aby w oparciu o zwrot „w szczególności” można było rozciągać postanowienia zawarte w załączniku do rozporządzenia poza to co jest *expressis verbis* unormowane w art. 136.

9. Art. 136 pkt 8 omawianej tu ustawy przewiduje, że umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawierać winna „postanowienie o karze umownej w przypadku niezastosowania terminu i trybu określonego w ust. 7”. Odnosi się to do rozwiązania umowy za uprzednim wypowiedzeniem nie krótszym niż 3 miesiące, chyba, że strony postanowią inaczej”.

Z kolei par. 29 pkt 1 załącznika do rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przewiduje możliwość „zastrzeżenia w takiej umowie kary umownej w razie stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie świadczeniodawcy”. Wprawdzie zastrzeżenie takie nie jest obligatoryjne, ale biorąc pod uwagę faktyczną nierówność podmiotów zawierających umowę (NFZ vs świadczeniodawca; uzależnienie świadczeniodawców od NFZ), jest wielce prawdopodobne, że klauzula odnosząca się do tego typu kar umownych w umowach się pojawi.

10. Art. 136 ustawy nie przewiduje wprowadzania do umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej kar umownych za takie czyny czy zaniechania, o jakich mówi par. 29 pkt 1 załącznika. Kary umowne, które przewiduje ten artykuł dotyczą innych przypadków. Tam, gdzie w grę wchodzi jakiegokolwiek karanie jakiegoś podmiotu w trybie jednostronnej decyzji jakiegokolwiek organu (w tym przypadku władz NFZ), możliwość taka powinna być przewidziana w ustawie. Można zapytać, dlaczego ustawodawca dopuścił zawarcie w umowie o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej klauzuli dotyczącej kary umownej z tytułu okoliczności wymienionych w art. 136 pkt 7 i 8, a nie przewidział ustanowienia takiej klauzuli w odniesieniu do okoliczności o jakich mowa w par. 29 pkt 1 załącznika do rozporządzenia Ministra Zdrowia? Czy się pomylił i nie uczynił tego bo „zapomniał”, czy pominął kary umowne z tytułu „niewykonania umowy lub nienależytego wykonania umowy” czyniąc to świadomie? Jakakolwiek byłaby przyczyna tego pominięcia, a następnie umieszczenia postanowienia ich dotyczącego w załączniku do rozporządzenia postąpił niewłaściwie. Dlatego też postanowienie dotyczące kar umownych z tytułu wydarzeń ujętych w par. 29 pkt 1 załącznika do rozporządzenia budzić musi zastrzeżenia legislacyjne i konstytucyjne.

11. Wyrażone tu zastrzeżenia podtrzymać należy także wówczas, gdy uwzględni się

postanowienia par. 30 załącznika. Przepis ten szczegółowo specyfikuje rodzaje naruszeń, które pociągać mogą za sobą nałożenie kar umownych w określonych wysokościach. Rozwiązanie takie można byłoby uznać za właściwe, gdyby, jak wyżej wspomniano, delegacja ustawowa do wydania rozporządzenia wspominała o karach umownych za wymienione w par. 30 załącznika czyny (zaniechania) świadczeniodawcy. Tak jednak nie jest. Pojęcie „niezastosowanie terminu i trybu określonych w pkt 7” jakie znajdujemy w art. 136 pkt 8 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nie obejmuje przypadków, o których mowa w par. 29 i 30 załącznika do rozporządzenia. Nie powinno jednak budzić zastrzeżeń wprowadzenie w umowach, o których tu mowa przewidzianego w art. 155 ustawy odwołania do przepisów kodeksu cywilnego.

12. Wątpliwości budzić też może postanowienie ujęte w par. 31 załącznika do rozporządzenia. Przewiduje ono możliwość wprowadzenia do umowy o świadczenia opieki zdrowotnej kar umownych w „przypadkach nieuzasadnionych” (wystawiania recept). Przepis ten nie precyzuje co należy rozumieć przez „przypadki nieuzasadnione”; stwarza to niepewność w jego stosowaniu. Byłoby właściwe, aby przepis tego rodzaju specyfikował owe przypadki, przynajmniej w podobny sposób, jak to czyni (w odniesieniu do innych czynów lub zaniechań) par. 30 załącznika, a ponadto znajdował podstawę w delegacji ustawowej.

13. Utrzymywanie kar umownych wynikających z załącznika do rozporządzenia, nakładanych na podmiot wystawiający recepty „w przypadkach nieuzasadnionych” może tym bardziej budzić wątpliwości, że ustawą z dn. 12.01.2012 r. nowelizującą art. 48 ust. 8 ustawy z dn. 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz wyrobów medycznych, zniesiono obowiązek zwrotu do NFZ kwoty stanowiącej równowartość kwoty nienależnej refundacji wraz z odsetkami liczącymi od dnia dokonania refundacji w przypadkach: wypisania recepty nieuzasadnionej udokumentowanymi względami medycznymi, wypisania recepty niezgodnej z uprawnieniami świadczeniobiorcy oraz wypisania recepty niezgodnie ze wskazówkami zawartymi w obwieszczeniach, o których mowa w art. 37 ustawy z dn. 12 maja 2011 r. Jeśli nowelizacja ta oparta została na pewnej racji o charakterze prawnym, ta sama racja powinna przesądzać o odebraniu mocy obowiązywania par. 31 załącznika do rozporządzenia Ministra Zdrowia (wedle zasady: ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio)

W konkluzji stwierdzić wypada, że omawiane wyżej postanowienia ustawowe a także uregulowania zawarte w załączniku do rozporządzenia mającego wykonywać postanowienia ustawowe obarczone są usterkami legislacyjnymi rzutującymi negatywnie na ich konstytucyjność.

