

PRAWO A STAN EPIDEMII

Redakcja naukowa

Adam Górski

Emilia Sarnacka

Białystok 2022

Recenzent

prof. dr hab. Mirosława Melezini

Wydawca:

Uniwersytet Medyczny w Białymstoku

ISBN 978-83-962852-2-5

Spis treści

Strona

1. Z problematyki statusu sygnalistów (osób zgłaszających nieprawidłowości) w sektorze medycznym – <i>dr hab. Beata Baran (UJ)</i>	6
2. Poszanowanie praw pacjenta w stanie epidemii COVID-19 – <i>dr Dariusz Hajdukiewicz (CMKP)</i>	17
3. Wybrane aspekty prawne szczepień przeciwko COVID-19 – <i>dr Emilia Sarnacka (UMB, CMKP)</i>	35
4. Przyspieszona procedura wprowadzenia leków i szczepień ochronnych na rynek w kontekście pandemii COVID-19 – <i>mgr Marcin Ejsmont (UMB)</i>	61
5. Szczególne obowiązki i uprawnienia podmiotu leczniczego jako zamawiającego w świetle ustaw szczególnych pakietu tzw. anty-COVID-19 – <i>mgr Marcin Waszak (UMP)</i>	74
6. Wpływ pandemii na kształcenie lekarzy w Polsce – <i>dr Iwona Wrześniewska-Wal (CMKP)</i>	105
7. Wpływ uregulowań zawartych w tzw. tarczy na bieg terminu przedawnienia w postępowaniach dyscyplinarnych prowadzonych na podstawie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce – <i>prof. Marek Kulik, prof. UMCS; dr Krzysztof Wala (UMCS)</i>	123
8. Wzajemna relacja przepisów dotyczących nakazu opuszczenia przez sprawcę przemocy lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 41 a k.k. i przepisy wprowadzone w tzw. tarczy antycovidowej) – <i>prof. Magdalena Budyn-Kulik (UMCS)</i>	134
9. Odpowiedzialność karna za narażenie na zarażenie lub za zarażenie chorobą zakaźną. Kilka uwag o przestępstwach z art. 161 k.k. oraz art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. na tle ogólnych zasad odpowiedzialności za przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu – <i>dr Marek Bielski (UJ)</i>	151
10. Wyłączenie odpowiedzialności karnej w okolicznościach nadzwyczajnych wywołanych stanem pandemii COVID-19 – <i>dr Ewa Plebanek (UEK)</i>	191
11. Ustalenie stanu wiedzy o COVID-19 na czas popełnienia czynu – <i>dr Piotr Zakrzewski (UKSW)</i>	221

Wykaz skrótów

Akty prawne

k.k.	Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2345 z późn. zm.)
p.s.w.n.	Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 478 z późn. zm.)
r.o.s.o	Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 753 z późn. zm)
r.z.s.o.	Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 września 2010 r. w sprawie wykazu zalecanych szczepień ochronnych oraz sposobu finansowania i dokumentowania zalecanych szczepień ochronnych wymaganych międzynarodowymi przepisami zdrowotnymi (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 180, poz. 1215)
u.o.z.p.	Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 685 z późn. zm.)
u.p.p.	Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 849 z późn. zm.)
u.z.l.	Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 790 z późn. zm.)
u.z.u.c.	Ustawa z dnia 21 stycznia 2021 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 159)
u.z.z.c.	Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2069 z późn. zm.)
uPRM	Ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2053 z późn. zm.)
ustawa covidowa,	
ustawa antycovidowa	Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1842)
z.t.p.	Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 283 z późn. zm.)

Pozostale skróty

CBOS	Centrum Badania Opinii Społecznej
CEM	Centrum Egzaminów Medycznych
EKPC	Europejska Konwencja Praw Człowieka
ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka
LDEK	Lekarsko-Dentystyczny Egzamin Końcowy
LEK	Lekarski Egzamin Końcowy
MZP	Ministerstwo Zdrowia Publicznego
PEM	Państwowy Egzamin Modułowy
PES	Państwowy Egzamin Specjalizacyjny
t.j.	tekst jednolity
WHO	<i>World Health Organisation</i> , Światowa Organizacja Zdrowia

1. Z problematyki statusu sygnalistów (osób zgłaszających nieprawidłowości) w sektorze medycznym

1.1. Wprowadzenie

Tematyka sygnalistów, czyli osób zgłaszających nieprawidłowości, jest coraz częściej obecna w dyskursie naukowym, zarówno w Polsce, jak i w pozostałej części kontynentu europejskiego. Niewątpliwie przyczyniła się do tego uchwalona przez Parlament Europejski rok temu tzw. Dyrektywa o ochronie sygnalistów (na gruncie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1937 z dnia 23 października 2019 r. w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii. Zagadnieniem godnym uwagi jest problematyka zgłaszania nieprawidłowości w sektorze usług medycznych oraz rozwiązania prawne z nim związane.

Jednym z kluczowych zagadnień w kwestii ochrony zdrowia publicznego jest właściwie działająca służba zdrowia opierająca się na zatrudnieniu przedstawicieli różnych profesji medycznych. Od początku pandemii COVID-19 do opinii publicznej docierały informacje o osobach wywodzących się ze środowiska medycznego a sygnalizujących nieprawidłowości dotyczące działania systemu opieki zdrowotnej w obecnej nadzwyczajnej sytuacji¹. Problemem wartym rozważenia jest pytanie, w jakich okolicznościach można mówić o whistleblowingu w sektorze ochrony zdrowia.

Podejmując to zagadnienie, w pierwszej kolejności zdefiniowania wymaga samo zjawisko sygnalizowania nieprawidłowości. Pojęcie „whistleblowingu” swoją etymologią

¹ Por. np. *Koronawirus. Położna zwolniona za krytykę warunków w szpitalu. Interwencja RPO*, „Biuletyn Informacji Publicznej RPO” [online] 25 marca 2020, [dostęp: 12 grudnia 2020]. Dostępny w internecie: <<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/polozna-zwolniona-za-krytyke-warunkow-szpitala-interwencja-rpo>>.

sięga języka angielskiego i oznacza dmuchanie w gwizdek celem ostrzeżenia przed niebezpieczeństwem². Punktem wyjścia do dalszych rozważań jest brak przyjęcia w doktrynie ujednoliconej definicji zgłaszania nieprawidłowości³. Możliwe jest zrekonstruowanie przesłanek, które określają, czy mamy do czynienia z sygnalizowaniem nieprawidłowości. W doktrynie⁴ wskazuje się, iż należą do nich: akt ujawnienia, ujawniający (sygnalista), przedmiot ujawnienia, cel, któremu służy ujawnienie, odbiorca zgłoszenia oraz rezultat zgłoszenia. Zagadnieniami, które najczęściej stanowią przedmiot zgłoszenia są przekazywane lub ujawniane informacje o nieprawidłowościach o charakterze finansowym, szczególnie korupcyjnym, niekiedy innych działaniach o charakterze przestępczym⁵, jak również dotyczącym zagrożenia zdrowia publicznego, środowiska naturalnego, niedopełnienia obowiązków, nieuprawnionego wykorzystywania publicznych środków i majątku, konfliktu interesów czy w końcu mobbingu lub dyskryminacji.

Analizy wymaga, kto może być sygnalistą w strukturach szeroko pojmowanej służby zdrowia. Uznaje się, że w pierwszej kolejności sygnalistami mogą zostać pracownicy etatowi. Grupę tę można poszerzyć o pozostałe osoby zatrudnione w jednostkach służby zdrowia, mające wiedzę o wewnętrznym funkcjonowaniu organizacji, które współpracują z daną placówką np. w ramach umów cywilnoprawnych (np. samozatrudnieni współpracujący na podstawie umów o świadczenie usług), wolontariusze i stażyści. Status sygnalisty w środowisku medycznym może mieć zarówno lekarz, jak i pielęgniarka, położna, ratownik medyczny, fizjoterapeuta, a także personel ich wspierający (np. praktykanci lub osoby zatrudnione w administracji). Funkcja pełniona przez konkretną osobę jest nieistotna.

² Por. więcej na ten temat Merriam-Webster, *'Whistleblower': A History. It was our responsibility to inform you*, [dostęp: 12 grudnia 2020]. Dostępny na stronie: <<https://www.merriam-webster.com/words-at-play/whistle-blower-blow-the-whistle-word-origins>>.

³ Por. np. P. B. Jubb, *Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation*, „Journal of Business Ethics” 1999, nr 21, s. 77–94; J.C. Peterson, D. Farrell, *Whistleblowing Ethical and Legal Issues in Expressing Dissent*, Dubuque-Iowa 1986, s. 4; M. Worth, *Whistleblowing in Europe. Legal Protections for Whistleblowers in the EU*, Transparency International 2013, [dostęp: 12 grudnia 2020]. Dostępny na stronie: <https://images.transparencycdn.org/images/2013_WhistleblowingInEurope_EN.pdf>.

⁴ Zob. P. B. Jubb, *Whistleblowing...*, dz. cyt.

⁵ Por. *Report to the Nations 2020. Global Study on Occupational Fraud and Abuse*, Association of Certified Fraud Examiners, s. 10–17.

1.2. Przesłanki ochrony osób zgłaszających nieprawidłowości

Aby umożliwić objęcie ochroną prawną sygnalistów⁶, niezbędne jawi się wyróżnienie przesłanek, które pozwolą na wyodrębnienie zgłoszenia mającego na celu ujawnienie nieprawidłowości od przekazania informacji przez niepodlegającego ochronie prawnej. Kwestia ta ma istotne znaczenie ze względu na objęcie ochroną demaskatora a także wymierzenie sankcji wobec podmiotu dokonującego naruszenia norm prawnych oraz ewentualnych roszczeń skierowanych przez podmiot „pomówiony” przeciwko informatorowi.

Pierwszą z przesłanek, którą warto wyróżnić jest przesłanka prymatu interioryzacyjnego. Jej istota polega na tym, iż sygnalista w pierwszej kolejności zobowiązany jest do zgłoszenia nieprawidłowości w ramach struktur danej organizacji, w której do nich, w jego przekonaniu bądź zgodnie z jego wiedzą, doszło. Przekazane informacje mogą przyczynić się do zapobiegnięcia nieprawidłowościom mogącym wywołać szkody⁷ i przynieść organizacji straty. Zgodnie z obowiązującymi normami prawa polskiego, do wdrożenia wewnętrznych kanałów zgłaszania nieprawidłowości zobowiązani są emitenci (w rozumieniu art. 4 ust. 6 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁸ na podstawie art. 97d teże regulacji) oraz instytucje obowiązane w rozumieniu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu⁹ na podstawie art. 53 teże regulacji. Obowiązek w tym zakresie nakładany jest również na podmioty sektora prywatnego zatrudniające co najmniej 50 pracowników oraz podmioty działające w sektorze publicznym, z uwzględnieniem wyjątków określonych w art. 8 ust. 9 Dyrektywy o ochronie sygnalistów, do wdrożenia której kraje członkowie są zobowiązane do grudnia 2021 r. W ostatnim zakresie podmiotowym mieszczą się także jednostki organizacyjne służby zdrowia.

Jednocześnie należy mieć na uwadze fakt, iż w niektórych przypadkach zgłoszenie wewnętrzne, tzn. w ramach organizacji, może mieć charakter nieskutecznego lub niecelowego. Przyznanie prymatu zgłoszeniom wewnętrznym sprawia, iż przekazane informacje

⁶ Por. więcej na temat ochrony sygnalistów B. Baran, M. Ożóg, *Ochrona sygnalistów*, Warszawa 2021.

⁷ Por. L. G. Lombardi, *Moral Analysis – Foundations, Guides, and Applications*, New York 1988, s. 155; M. P. Miceli, J. P. Near, *Blowing the Whistle: The Organizational and Legal Implications For Companies and Employees*, New York 1992, s. 11–13; E. S. Callahan, T. M. Dworkin, T. L. Fort, C. A. Schipani, *Integrating Trends in Whistleblowing and Corporate Governance: Promoting Organizational Effectiveness, Societal Responsibility, and Employee Empowerment*, „American Business Law Journal” 40 (1), 2002, s. 195–196.

⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 2080.

⁹ T.j. z dnia 1 czerwca 2020 (Dz.U. poz.971).

mogą, a nawet powinny zostać wykorzystane do przeprowadzenia wewnętrznego postępowania wyjaśniającego. Tym samym mogą być one sposobem do ukrócenia funkcjonujących nieprawidłowości, łagodzenia ich skutków, a także stanowić podstawę do poinformowania właściwych organów państwowych (np. organów ścigania, nadzoru farmaceutycznego bądź Państwowej Inspekcji Pracy) o niezgodnych z prawem działaniach. Jako przykład działania spełniającego tę przesłankę można wskazać poinformowanie w pierwszej kolejności ordynatora oddziału bądź zarząd placówki medycznej, w kolejnym zaś kroku zwrócenie się do właściwych organów państwowych, np. Państwowej Inspekcji Pracy, o braku środków ochrony osobistej w postaci rękawiczek lub maseczek do pracy w szpitalu.

De lege ferenda niezbędne jest zapewnienie wyjątku od przedstawionej zasady, który pełni funkcję swoistego wentylu bezpieczeństwa. Mam tu na myśli sytuację, która winna wyłączać przesłankę prymatu interioryzacyjnego, a to: uzasadnione podejrzenie, iż ścieżka wewnętrzna sygnalizacji nie będzie skuteczna (np. w wyniku zaangażowania osób odpowiedzialnych za zarządzanie organizacją w czynione nieprawidłowości, co w dużym stopniu wpływa na brak możliwości przeprowadzenia rzetelnego postępowania wyjaśniającego), a także uzasadnione przekonanie zgłaszającego, że zostaną wobec niego zastosowane środki odwetowe (np. rozwiązanie stosunku pracy). W takim kontekście sytuacyjnym za rekomendowaną ścieżkę działania należałoby uznać tzw. zgłoszenie zewnętrzne.

Wyjątek od stosowania przesłanki prymatu interioryzacyjnego został również zdefiniowany przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (EPTC). Jest nim sytuacja, w której droga wewnętrznego zgłoszenia była z powodów oczywistych niepraktyczna (*clearly impractical*)¹⁰, np. w sytuacji, gdy bezpośredni przełożony zaangażowany jest w nieprawidłowości dotyczące zakupu leków dla jednostki medycznej.

Do przesłanki prymatu interioryzacyjnego odniósł się w swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka. Kluczowe znaczenie w tym zakresie miał wyrok w sprawie Guja przeciwko Mołdawii¹¹, w którym Trybunał rozstrzygnął sprawę demaskatora nieprawidłowości – co prawda nie lekarza, lecz prokuratora. Europejski organ sądowy wskazał w nim, jako jeden z wymogów objęcia ochroną prawną sygnalisty, właśnie pierwszeństwo ujawnienia informacji o nieprawidłowościach bezpośredniemu przełożonemu bądź kompetentnemu organowi w strukturze jednostki organizacyjnej np. służby zdrowia. Warto za-

¹⁰ Por. także A. Płoszka, *Ochrona demaskatorów (whistleblowers) w orzecznictwie ETPC*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 4, s. 15.

¹¹ Wyrok ETPC w sprawie Guja przeciwko Mołdawii z dnia 12 lutego 2008 r., sprawa nr 14277/04.

uważyć, iż do podobnej hierarchii sygnalizacji (tj. w pierwszej kolejności zgłaszanie wewnątrz organizacji, następnie do dedykowanego organu, na końcu zaś do opinii publicznej) zachęcają regulacje zawarte w nowej Dyrektywie o ochronie sygnalistów¹². W tym miejscu warto odnotować, iż zgodnie z art. 10 Dyrektywy, brak jest obowiązku wykorzystania kanału wewnętrznego przed zgłoszeniem zewnętrznym do właściwego organu bądź przed ujawnieniem publicznym. Jako przykład działania spełniającego przesłankę prymatu interioryzacyjnego, można wskazać w orzecznictwie ETPC działania określone w sprawie Heinisch przeciwko Niemcom¹³, w której wyrok zapadł w 2011 r. Skarżąca – niemiecka pielęgniarka geriatryczna, pracująca w domu opieki świadczącym usługi pacjentom wymagającym opieki specjalnej – informowała o niedoborach kadrowych i powiązanych z tym brakiem możliwości zapewnienia należytej realizacji świadczeń zdrowotnych w stosunku do podopiecznych. Dyrekcja placówki nie podejmowała działań mających na celu wyeliminowanie nieprawidłowości. Co więcej, skarżąca pielęgniarka wskazywała na fałszowanie dokumentacji medycznej osób będących pod opieką zakładu, w którym była zatrudniona. Pomimo przeprowadzonej przez właściwe organy państwowe inspekcji potwierdzającej jej zarzuty oraz umorzenia złożonego przez nią zawiadomienia do organów ścigania, ze skarżącą został rozwiązany stosunek pracy. Wówczas zdecydowała się, przy wsparciu związku zawodowego, na rozpowszechnienie ulotek informujących o jej zwolnieniu, jako o „politycznym środku dyscyplinarnym, aby w ten sposób zakneblować usta pracownikom”. Po wyczerpaniu krajowej drogi sądowej zdecydowała się na złożenie skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Strasburski organ jurysdykcyjny przyznał rację skarżącej pielęgniarce. W ramach orzecznictwa ETPC, także w sprawie Sosinowska przeciwko Polsce¹⁴ została spełniona przesłanka prymatu interioryzacyjnego. Sprawa dotyczyła lekarki, która poddawała krytyce diagnozy stawiane przez ordynatora oddziału, na którym pracowała. Skarżąca poinformowała także o swoich wątpliwościach w zakresie merytorycznych ocen klinicznych poszczególnych przypadków dyrektora medycznego placówki. Dopiero w kolejnym kroku skarżąca zdecydowała się na poinformowanie o błędnych, jej zdaniem, diagnozach wojewódzkiego konsultanta w dziedzinie, której dotyczyła przedmiotowa sprawa, wskazując konkretne egzemplifikacje niewłaściwych ocen merytorycznych stawianych przez przełożoną. Ponadto wskazała, iż przełożona oczerniała ją w oczach pacjentów i pozostałego personelu medycznego, a także podważała jej wiedzę, co stanowiło naruszenie

¹² Zob. pkt 33 preambuły do Dyrektywy o ochronie sygnalistów.

¹³ Wyrok ETPC w sprawie Heinisch przeciwko Niemcom z dnia 21 lipca 2011 r., skarga nr 28274/08.

¹⁴ Wyrok ETPC w sprawie Sosinowska przeciwko Polsce z dnia 18 października 2011 r., skarga nr 10247/09.

etyki zawodowej. Finalnie lekarka została zwolniona z pracy. Skarżąca wyczerpała krajową drogę sądową, zaś w skardze do ETPC zarzucała naruszenie art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, który to zarzut podzielił Trybunał.

Drugą wyróżnioną przesłanką do roztoczenia ochrony prawnej nad zgłaszającym nieprawidłowości jest przesłanka aksjologiczna, opierająca się o chronione wartości, na czele z dbałością o interes publiczny, którego obronie służą działania sygnalisty. Oznacza to, iż normatywny parasol ochronny winien być rozpostarty nad zgłaszającym, który kierował się ochroną szeroko pojmowanego dobra wspólnego, takiego jak np. zdrowie publiczne, ochrona środowiska, bezpieczeństwo transportu, bezpieczeństwo żywności, zapobieganie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, a także ochrona danych osobowych czy bezpieczeństwo teleinformatyczne. W zakres pojęcia interesu publicznego wchodzi także dobro organizacji, w ramach której informator funkcjonuje, w szczególności zaś obowiązek dbałości o dobro zakładu pracy, w którym zatrudniony jest sygnalista. Z niego wywodzić można aspekt pozytywny, obejmujący inicjowanie działań ukierunkowanych na zabezpieczenie zakładu pracy, oraz aspekt negatywny – stanowiący o powstrzymaniu się od zachowań mogących negatywnie rzutować na sytuację pracodawcy. W ramach pozytywnego aspektu dbałości o dobro zakładu pracy można wskazać np. choćby zgłoszenie kwestii stosowania mobbingu, naruszenia zasad bezpieczeństwa i higieny pracy bądź mechanizmów ochrony sanitarnej. W ramach przesłanki aksjologicznej istotną jest także ochrona wartości, jaką jest swoboda wypowiedzi¹⁵.

W orzecznictwie ETPC egzemplifikacją realizacji przesłanki dbałości o interes publiczny przez działania sygnalisty jest sprawa Heinisch przeciwko Niemcom, w której zgodnie z wydanym wyrokiem, wskazane zostało, iż informowanie przez pracownika sektora publicznego, w tym służby zdrowia, o zachowaniach o charakterze przestępczym lub nielegalnym w miejscu pracy w pewnych okolicznościach może zostać objęte ochroną. Przesłanka ta jest szczególnie istotna, w sytuacji, gdy pracownik-sygnalista pozostaje jedyną osobą lub należy do wąskiego grona osób mających wiedzę i świadomość zachodzących nieprawidłowości. Tym samym działa on w interesie publicznym, czego przejawem w konkretnych okolicznościach jest np. zdrowie publiczne bądź bezpieczeństwo medyczne pacjentów.

¹⁵ Zob. także A. Pietruszka, *Ochrona sygnalistów (whistleblowers) w kontekście wolności wypowiedzi*, „Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny”, R. 82 (1), 2020, *passim*.

W odniesieniu do przesłanki aksjologicznej odnoszącej się do ochrony sygnalisty medycznego warto także wskazać na stanowisko ETPC przedstawione w sprawie Frankowicz przeciwko Polsce¹⁶, która dotyczyła wyrażenia krytyki leczenia pacjenta przez lekarza będącego specjalistą w innej dziedzinie niż negatywnie opiniowany proces terapii. Przed trafieniem na strasburską wokandę sprawa była rozpatrywana przez lekarski sąd dyscyplinarny, który wymierzył krytykującemu medykowi karę nagany. W rezultacie obwiniony miał trudności ze znalezieniem pracy w innym miejscu oraz był zmuszony do zamknięcia prywatnej praktyki. Po wyczerpaniu krajowej drogi sądowej, w skardze skierowanej do ETPC lekarz zarzucał naruszenie art. 10 EKPC stanowiącego wolność wyrażania opinii. Trybunał przyznał, iż opinia skarżącego nie miała na celu osobistego ataku na innych lekarzy, zaś była krytyczną oceną przyjętego przez nich sposobu leczenia, co finalnie doprowadziło do braku właściwej diagnozy pacjenta. W ramach wyroku wydanego w sprawie Frankowicz przeciwko Polsce Trybunał przyznał rację skarżącemu lekarzowi i zasądził wypłatę zadośćuczynienia z tytułu poniesionej szkody niematerialnej.

Podobnie jak w sprawie Frankowicz przeciwko Polsce, tak i w sprawie Sosinowska przeciwko Polsce, zarzucano naruszenie art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trybunał podkreślił, iż sądy krajowe, w tym dyscyplinarne sądy lekarskie, „nie dokonały żadnej poważnej oceny prawdziwości twierdzeń zawartych w opinii [skarżących – dop. autora]”, a także nie dowiodły, iż prezentowana przez nich opinia była niewłaściwa. W wyroku strasburskim zostało podkreślone, iż krytyka nie była osobistym atakiem na innego lekarza, lecz krytyczną oceną leczenia, które przeprowadził. Wyrażona dezaprobatą koncentrowała się na interesie publicznym, jakim było zdrowie. Finalnie Europejski Trybunał Praw Człowieka przyznał rację skarżącej, jednocześnie podnosząc, iż kwestia braku możliwości wyrażania krytycznych opinii o procesie leczenia prowadzonego przez innego lekarza niesie ryzyko niechęci do zapewnienia pacjentom zarówno obiektywnego przekazywania informacji o ich stanie zdrowia, jak i wglądu w świadczone usługi medyczne.

Trzecią przesłanką, którą można wyróżnić w ramach określenia czynników charakteryzujących whistleblowing, jest przesłanka motywacyjna. Stanowi ona punkt odniesienia do etiologii działania sygnalisty oraz daje asumpt do sformułowania prawdopodobnych motywów, którymi kierował się zgłaszający. Mając na uwadze kryterium ekonomiczne możliwe jest wyróżnienie motywacji finansowej oraz pozafinansowej. Pierwsza kategoria

¹⁶ Wyrok ETPC w sprawie Frankowicz przeciwko Polsce z dnia 16 grudnia 2008 r., skarga nr 53025/99.

jest zdyferencjalizowana. Wskazać tutaj można nagrody pieniężne przyznawane whistleblowerom przez podmioty ze sfery prawa publicznego (np. United States Securities and Exchange Commission przyznającą nagrody finansowe za zgłoszenie nieprawidłowości w amerykańskim sektorze finansowym¹⁷), a także nagrody przyznawane przez podmioty prywatne za zgłoszenie i ujawnienie nieprawidłowości. Motywacja pozafinansowa również nie ma przymiotu jednorodności. Wskazać można jej aspekt pozytywny oraz negatywny. Ten pierwszy oparty jest o pobudki związane z działalnością mającą w założeniu wnieść wartość dodaną dla organizacji, drugi aspekt – negatywny – może być związany z relacjami interpersonalnymi, np. konfliktami osobistymi.

Analizując kwestię potencjalnej ochrony prawnej zgłaszającego, stoję na stanowisku, iż zagadnienie realizacji przesłanki motywacyjnej winno podlegać aksjologicznej gradacji, w zależności od pobudek sygnalisty w danej sprawie, gdzie motywacja oparta o odniesienie korzyści osobistej przez demaskatora, bądź też aspekt motywacji negatywnej pozafinansowej nie powinien stanowić czynnika działającego na rzecz szerszej ochrony whistleblowera. Analizując przytoczone powyżej orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka należy wskazać, iż w każdym z nich działanie sygnalisty cechowała motywacja pozafinansowa. Ponadto warto zauważyć, iż każdy ze zgłaszających nie tylko nie poniósł wymiernych korzyści w związku z demaskacją nieprawidłowości, ale naraził się na działania o charakterze odwetowym, jak np. rozwiązanie stosunku pracy.

Przesłanką, którą uważam za istotną przy definiowaniu whistleblowera, jest przesłanka probabilistyczno-wiarygodnościowa. Dotyczy ona stanu wiedzy sygnalisty co do tego, czy zgłaszana nieprawidłowość faktycznie miała miejsce. Przesłanka ta stanowi swoisty wzorzec kontroli, w ramach którego podczas postępowania wyjaśniającego wszczętego w wyniku otrzymanego zgłoszenia, weryfikowana jest jego prawdziwość. Tym samym pozwala ona wyeliminować raporty demaskatorów oparte o plotki, pomówienia bądź domniemania. Jako czynnik uwiarygadniający działania whistleblowera można wskazać dołączone do zgłoszenia dowody w postaci np. korespondencji mailowej lub innych źródeł egzemplifikujących zgłaszane nieprawidłowości (np. film z telefonu). Jednocześnie, mając na uwadze prawdopodobieństwo zaistnienia sytuacji, w której sygnalista nie ma możliwości pozyskania wiarygodnych dowodów wskazujących na zaistnienie raportowanych nieprawidłowości, nie

¹⁷ Zob. The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Public Law 111-203-July 21, 2010, [dostęp: 20 grudnia 2020]. Dostępny w internecie: <<https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>>.

powinna być wykluczona jego ochrona prawna, w przypadku, gdy w ramach przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego zostanie wykazana zasadność podejrzeń zgłaszającego.

W przytoczonych już wcześniej orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zarówno w sprawie Heinisch, Sosinowskiej, jak i Frankowicza, akcentowana była warstwa faktograficzna, na której swoje zgłoszenia oparli demaskatorzy. Każdy z nich wskazywał na konkretne przesłanki mających miejsce nieprawidłowości. Uwiarygadniali oni swoje zgłoszenia poprzez przedstawiane analizy merytoryczne, zebraną dokumentację lub relacje oparte o swoją wiedzę i doświadczenie. W orzecznictwie ETPC wskazuje się, iż w przypadku, gdy sygnalista nie będzie miał możliwości zweryfikować autentyczności przekazywanych informacji (np. przy braku bezpośredniego dostępu do faktur dokumentujących nieprawidłowości przy zakupie sprzętu medycznego) istotne jest, aby zgłaszający dokonał w możliwe najszerszym wymiarze sprawdzenia przekazywanych informacji, tak, aby miał on uzasadnione podstawy (*reasonable grounds*) do przyjęcia ich prawdziwości.

Ostatnią z przesłanek, którą w mojej ocenie można wyróżnić przy definiowaniu whistleblowera, jest przesłanka proporcjonalności. Jej istota odnosi się do relacji dóbr chronionych w ramach zgłoszenia w relacji do szkód, które może wywołać ujawnienie nieprawidłowości. Dobra te nie muszą mieć zuniformizowanego charakteru. Tutaj jako przykład można wskazać sytuację, gdy działanie zarekomendowanego przez kierownictwo placówki leczniczej nowego produktu leczniczego okazuje się mieć skutki uboczne, z których zdaje sobie sprawę personel medyczny, a ich zgłoszenie w raporcie pozwoli na poprawę stanu pacjentów, mimo strat finansowych związanych z zaprzestaniem korzystania z danego preparatu. W zakresie przytoczonego w niniejszej publikacji orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka warto zauważyć, iż każda z analizowanych spraw dotyczyła okoliczności, w których sygnalista podejmował działania celem ochrony interesu publicznego, którego emanacją było zdrowie i dobro pacjentów oraz właściwe świadczenie usług medycznych. Tym samym nieujawnienie poszczególnych nieprawidłowości groziło powstaniem szkód i strat obejmujących nie tylko pogorszenie stanu zdrowia poszczególnych pacjentów, ale także naruszeniem zaufania do służby medycznej.

1.3. Mechanizmy ochrony prawnej sygnalistów z sektora medycznego na gruncie norm prawa krajowego

W tym miejscu warto przeanalizować mechanizmy prawne ochrony sygnalistów funkcjonujące obecnie w systemie prawa polskiego. Możliwa jest typologizacja środków ochronnych w ramach regulacji prawnych związanych z zatrudnieniem osób sygnalizujących nieprawidłowości. Jeśli chodzi o osoby zatrudnione w ramach stosunku pracy, takim mechanizmem są regulacje antydyskryminacyjne przewidziane w art. 18 3e KP¹⁸ (uruchamiane w przypadku zaistnienia np. nieformalnych szykan kierowanych do demaskatora lub zmianie zakresu obowiązków), w ramach których dyskryminowany pracownik może dochodzić od pracodawcy odszkodowania. Jego dolna granica jest równa kwocie minimalnego wynagrodzenia za pracę, zaś górna nie jest limitowana w przepisach prawa. W tym miejscu warto zaakcentować, że pracodawca zobligowany jest do wykazania, że nie doszło do działań dyskryminujących zgłaszającego nieprawidłowości medyka (tzw. odwrócony ciężar dowodu). Wykorzystanie przez pracownika-sygnalistę tego rodzaju mechanizmu obronnego nie może stanowić podstawy do jego niekorzystnego traktowania w miejscu pracy (np. przez brak dostępu do szkoleń). Również inny pracownik wspierający whistle-blowera, który udzielił mu wsparcia, podlega ochronie i nie może być dyskryminowany w miejscu zatrudnienia (np. w związku z pełnieniem roli świadka w procesie przeciwko pracodawcy zainicjowanym przez sygnalistę). Mechanizmem ochronnym jest też możliwość anonimowego zgłoszenia nieprawidłowości inspektorowi Państwowej Inspekcji Pracy¹⁹, w sytuacji gdy przekazanie funkcjonariuszowi informacji mogłoby narazić na działania odwetowe sygnalizującego sprawę przedstawiciela profesji medycznej (por. art. 23 ust. 2 i 3 ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy²⁰). W końcu zaś należy wspomnieć o obowiązku dbałości o dobro i interes pracodawcy, który ciąży na zatrudnionych lekarzach, pielęgniarkach i innych członkach białego personelu. Obowiązek ten oznacza również konieczność podjęcia przez pracownika działań ponadstandardowych, które będą miały na celu np. ochronę interesów pacjentów lub środków finansowych placówki me-

¹⁸ Por. więcej M. Tomaszewska, *Komentarz do art. 18 3e KP [w:] Kodeks pracy. Komentarz*, K. W. Baran (red.), t. I, art. 1–113, LEX/el 2020; E. Maniewska, *Komentarz do art. 18 3e KP [w:] Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, LEX/el. 2020.

¹⁹ Por. także M. Wujczyk, *Podstawy whistleblowingu w polskim prawie pracy*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 6, s. 120.

²⁰ Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy, t.j. z dnia 5 lipca (Dz.U. z 2019 poz.1251).

dycznej. W tym kontekście warto podkreślić, iż zatrudnione osoby są zobowiązane do przestrzegania zasad współżycia społecznego, a także aktów wewnętrznych, jak choćby kodeksu etyki lub polityki antymobbingowej czy antykorupcyjnej.

Whistleblowerzy mogą także szukać ochrony na gruncie norm prawa cywilnego. Do mechanizmów ochronnych w reżimie prawa prywatnego należą takie narzędzia prawne jak zakaz rozwiązania umowy cywilnoprawnej z powodu zgłoszenia. Również regulacje o charakterze rekompensującym, których egzemplifikację stanowi odszkodowanie za szkody majątkowe związane z przedterminowym rozwiązaniem umowy (np. w sytuacji przedterminowego zakończenia umowy o świadczenie usług przez zamawiającego w wyniku otrzymania informacji, iż wykonawca przekazał informacje o nieprawidłowościach mających miejsce w danej placówce medycznej). Także instytucja zadośćuczynienia za szkody niematerialne (np. stany chorobowe sygnalisty, takie jak depresja, wywołane retorsjami o charakterze mobbingowym w stosunku do zgłaszającego) stanowi rozwiązanie o charakterze ochronnym w reżimie prawa prywatnego.

Podobnie na gruncie norm prawa karnego sygnalista może liczyć na działania o charakterze ochronnym. Należą do nich instrumenty o charakterze materialnoprawnym (np. wszczęcie przez demaskatora postępowania w sprawie o zniesławienie), jak i mechanizmy o charakterze proceduralnym (np. utajnienie adresu sygnalisty-świadka w tzw. załączniku adresowym, jeśli dokonał on zgłoszenia nieprawidłowości do organów ścigania).

1.4. Podsumowanie

Konkludując, stwierdzam, że pomimo braku kompleksowej regulacji normatywnej na gruncie prawa polskiego, chroniącej sygnalistów w sektorze medycznym, dostępne są imпровizowane mechanizmy prawne chroniące ich interesy. Istotnym krokiem naprzód, mającym na celu wsparcie osób zgłaszających nieprawidłowości, będzie implementacja nowej Dyrektywy unijnej o ochronie sygnalistów do prawa krajowego. Jednocześnie warto podkreślić, iż brak systemowej ochrony osób zgłaszających nieprawidłowości nie stoi na przeszkodzie zdefiniowania przesłanek określających, czy przekazany raport o naruszeniach i osoba, która go dostarczyła winny podlegać ochronie prawnej przed retorsjami. Standardy w tym zakresie zostały już ukształtowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

2. Poszanowanie praw pacjenta w stanie epidemii COVID-19

2.1. Wprowadzenie

Z perspektywy kilkunastu miesięcy doświadczeń można pokusić się o stwierdzenie, że pierwsza fala pandemii COVID-19 była dla Polski łaskawa. Wyszliśmy z niej obronną ręką. Były wprawdzie zachorowania i liczba ich sukcesywnie rosła, były też zgony spowodowane chorobą i wszyscy doświadczyliśmy w jakimś stopniu ograniczenia należnych nam praw, w tym także część z nas odczuła ograniczenie praw pacjenta, ale jednocześnie ta pierwsza fala pozwoliła nabyć doświadczenia i lepiej przygotować się do walki z epidemią podczas jej kolejnych, dotkliwszych uderzeń. Te doświadczenia umożliwiły m.in. podjęcie działań mających zapobiegać powtórzeniu się szkodliwych społecznie postaw i niepożądanych zachowań, w tym wszechobecnej wówczas paniki i towarzyszącej jej hysterii, które nie ominęły przecież także personelu medycznego.

W tym pierwszym, wiosennym okresie, negatywne nastroje, lęki przed zachorowaniem i śmiercią, a także asekuracyjne zachowania profesjonalistów medycznych, kreowane były w znacznej mierze – co warto podkreślić – przez niektóre media, postrzegające swoją informacyjną misję przez pryzmat sensacji. Taka atmosfera nie sprzyjała oczywiście racjonalnemu przeciwdziałaniu epidemii, dlatego podejmowane wówczas decyzje, zarówno na szczeblu centralnym o zasięgu ogólnokrajowym, jak i odpowiednio na niższych poziomach, dochodząc aż do poszczególnych podmiotów leczniczych i ich kierownictwa, a nawet kierowników poszczególnych komórek organizacyjnych w tych podmiotach, niejednokrotnie nie były racjonalne, za to często – asekuracyjne. Czasem decyzje miały wręcz charakter zachowań defensywnych, chroniących bezpieczeństwo podejmujących je (i ich bliskich) oraz miejsca ich pracy (oraz zatrudnionego tam personelu) bez względu na kon-

sekwencje, jakimi skutkowały one dla zdrowia i życia dotychczasowych i przyszłych pacjentów, którym po prostu odmawiano bądź utrudniano uzyskanie niezbędnych świadczeń zdrowotnych. Z drugiej strony, wczesne podjęcie przez rząd radykalnych i kosztownych, choć być może nadmiernych działań pozwoliło uniknąć dramatycznych problemów, z jakimi wówczas zmagają się niektóre europejskie państwa.

Okres ten, z perspektywy strategii walki z pandemią, z pewnością nie był czasem straconym. Stanowił „praktyczne szkolenie” dla wszystkich – polityków, menedżerów, profesjonalistów medycznych i całego społeczeństwa, jako potencjalnych pacjentów – obejmując swoim zakresem takie zagadnienia, jak należy się zachowywać, co zawczasu przygotować, do kogo, po co i w jakim czasie się zgłosić, aby równie sprawnie (a raczej sprawniej) poradzić sobie z nieuchronną drugą, a może i z kolejnymi falami. Obok wiedzy wyniesionej z tego „praktycznego szkolenia” należało skorzystać chociażby z włoskich czy hiszpańskich doświadczeń, a zatem wynieść lekcję z niepowodzeń innych. Nadszedł też czas na działania zapobiegawcze – szkolenia personelu medycznego i służb pomocniczych, a także na przygotowanie infrastruktury budynkowej i zakup aparatury medycznej oraz innych wyrobów medycznych, przydatnych do leczenia chorych zakaźnie na niespotykaną od wieku skalę, a przede wszystkim na opracowanie (na różnych szczeblach zarządczych) poszczególnych elementów strategii walki z pandemią, w dalszym czasie (w drugiej i kolejnych falach), uwzględniającej m.in. przygotowanie niezbędnych aktów prawnych o różnej, adekwatnej do sytuacji epidemiologicznej, randze.

To, jak sobie z tym zadaniem poradziliśmy jako społeczeństwo, a przede wszystkim jak poradzili sobie decydenci różnego szczebla, możemy ocenić już teraz, po zakończeniu tej tzw. drugiej (a nawet już trzeciej) fali pandemii. Do oceny dojdzie może nawet później, jeśli na tych dwóch (bądź trzech) falach się nie skończy i każda z kolejnych będzie przynosiła nam kolejne doświadczenia. Jednak już teraz można, a nawet należy, przyjrzeć się poszanowaniu praw pacjenta w czasach pandemii, aby ewentualnym przyszłym naruszeniom jak najszybciej przeciwdziałać, wdrażając konieczne działania naprawcze i korygujące.

2.2. Przestrzeganie praw pacjenta

Podmioty zobowiązane. Zdawać by się mogło, że poszanowanie praw pacjenta najlepiej można zweryfikować oceniając rzetelność wywiązywania się personelu (nie tylko medycznego) ze swoich obowiązków, odpowiadających tym prawom. Ale to badanie pozwoliłoby

jedynie ocenić poziom zapewnienia przestrzegania praw pacjenta tylko przez tę jedną zobligowaną grupę. Tymczasem, zgodnie z treścią art. 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (u.p.p.)¹, zobowiązanych do przestrzegania praw pacjenta jest przecież więcej: organy władzy publicznej właściwe w zakresie ochrony zdrowia, Narodowy Fundusz Zdrowia, podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych, a także osoby wykonujące zawody medyczne oraz inne osoby uczestniczące w udzielaniu świadczeń zdrowotnych.

Można się zastanawiać, czy katalog ten nie został określony zbyt wąsko. W szczególności może niepokoić ograniczenie zobowiązanych organów władzy publicznej jedynie do tych, które są właściwe w zakresie ochrony zdrowia. Przecież poszanowania praw pacjenta należałoby oczekiwać od wszystkich podmiotów zaliczanych do organów władzy publicznej. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej² organów tych wprost nie wskazuje. Z pewnością jednak zaliczyć do nich należy organy władzy państwowej: ustawodawczej (parlament), wykonawczej (Prezydent RP, Rada Ministrów, a także naczelne i centralne organy administracji rządowej, wojewodowie i terenowe organy administracji rządowej) oraz sądowniczej (sądy i trybunały), a także organy samorządu terytorialnego, jeżeli wykonywanie zadań administracji rządowej wynika z ustawy lub zawartego porozumienia. Do organów władzy publicznej właściwych w zakresie ochrony zdrowia należeć będą przede wszystkim – Minister Zdrowia i kierowane przez niego ministerstwo, a także podległe mu instytucje. Oczywiście do organów władzy publicznej właściwych w zakresie ochrony zdrowia zaliczyć trzeba także organy samorządu terytorialnego (w zakresie, w jakim odpowiednie ustawy przyznają im zadania w obszarze zdrowia). Należy jednak zadać sobie pytanie, dlaczego przestrzeganie praw pacjenta miałoby nie obliżować także pozostałych organów władzy publicznej, a w szczególności Sejmu i Senatu, Prezydenta, Rady Ministrów i samych Ministrów oraz podległych im ministerstw itp. To właśnie na tych podmiotach spoczywa prawodawstwo – uchwalanie ustaw i wydawanie na ich podstawie rozporządzeń, w tym regulacji ściśle związanych z ochroną zdrowia. I na to pytanie trudno znaleźć odpowiedź. Wydaje się więc, że ta część art. 2 u.p.p. ze względu na racjonalne podejście powinna brzmieć „organy władzy publicznej w zakresie ochrony zdrowia”, przez co przepis zobowiązywałby rzeczywiście wszystkie organy władzy publicznej działające w tym właśnie zakresie.

¹ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 849 z późn. zm.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Jak się wydaje, także Narodowy Fundusz Zdrowia należy zaliczyć do organów władzy publicznej. Zastanawiać więc musi powód wyróżnienia przez ustawodawcę tej instytucji oddzielną pozycją w katalogu zawartym w art. 2 u.p.p. Należy się domyślać, że chodzi tu o szczególną rolę, jaką odgrywa ta instytucja organizując, finansując i kontrolując system ochrony zdrowia i udzielanie przez właściwe podmioty świadczeń zdrowotnych. To od polityki zdrowotnej kreowanej przez NFZ zależy w praktyce dostępność tych świadczeń, a od poziomu refundacji ich kosztów i od rzetelności nadzoru sprawowanego nad ich udzielaniem zależy ich jakość.

Wśród podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych wyróżnić trzeba stacjonarne i ambulatoryjne podmioty lecznicze funkcjonujące w formie SPZOZ-ów bądź spółek prawa handlowego, a także indywidualne i grupowe praktyki lekarskie oraz te zakładane przez inne osoby wykonujące zawód medyczny (pielęgniarki, położne, fizjoterapeutów). Co ważne, osoby wykonujące zawód medyczny, podobnie jak i inne osoby uczestniczące w udzielaniu świadczeń, mogą być także zatrudnione w podmiotach leczniczych i właśnie jako etatowi pracownicy szpitali, przychodni, zakładów opiekuńczo-leczniczych i innych podmiotów leczniczych, są wówczas zobligowani do poszanowania praw pacjenta.

Przestrzeganie (poszanowanie) praw pacjenta. W ujęciu prawnym pojęcie „przestrzegania” prawa należy utożsamiać z określeniem jego „poszanowania”. Warto jednak zauważyć, że w potocznym języku słowo „poszanowanie” ma szerszy sens. Zawiera się w nim bowiem nie tylko obowiązek stosowania się do określonych reguł czy norm, ale również (mówiąc najprościej) szacunek dla prawa, a zatem przez to także m.in. obowiązek jego starannego i odpowiedzialnego stanowienia.

Art. 7 Konstytucji RP stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Znamienne jest to, że mowa o prawie, które stanowione jest właśnie przez te organy władzy publicznej. O poszanowaniu przez nie praw pacjenta świadczyć więc będzie m.in. ustanawianie ograniczeń jedynie w niezbędnym zakresie, odwołując się do zasady minimalizacji, a także w oparciu o jednoznaczną delegację. Z kolei Narodowy Fundusz Zdrowia wykazywać powinien troskę zarówno o bezpieczeństwo zdrowotne świadczeniobiorców, jak i bezpieczeństwo ekonomiczne świadczeniodawców. Podmioty lecznicze zobowiązane do przestrzegania praw pacjenta zapewniać powinny standard infrastrukturalny określony we właściwych przepisach, a także wymagane liczbowo i kompetencyjnie zasoby kadrowe, z obowiązkiem poszanowania praw pacjenta wpisanym w etos zawodu.

Poszanowanie praw pacjenta jest bowiem powinnością osoby wykonującej zawód medyczny, wynikającą z ustawowego standardu wykonywania określonego zawodu. Taki obowiązek nałożyła na pielęgniarki i położne ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej³, określająca w art. 11 ust. 1 elementy stanowiące ów standard: należyta staranność, zgodność z zasadami etyki zawodowej, poszanowanie praw pacjenta, dbałość o jego bezpieczeństwo, wykorzystywanie wskazań aktualnej wiedzy medycznej (oraz, co może w kontekście praw pacjenta ma znaczenie usprawiedliwiające, pośrednictwo systemów teleinformatycznych lub systemów łączności).

Podobnie ustawa z dnia 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty⁴ w art. 4 ust. 1 opisuje standard wykonywania tego zawodu odwołując się do należytej staranności, zgodności z zasadami etyki zawodowej, poszanowania praw pacjenta, dbałości o jego bezpieczeństwo i wykorzystywania wskazań aktualnej wiedzy medycznej. Z kolei ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej⁵ standard zawodowy przedstawia w rocie składanego przez diagnostę laboratoryjnego ślubowania, zawartej w art. 11 ust. 1: „Ślubuję uroczyście, że jako diagnosta laboratoryjny będę wykonywał czynności diagnostyki laboratoryjnej z całą sumiennością i rzetelnością, zgodnie z najlepszą wiedzą, zgodnie z prawem i prawami pacjenta *„Salus aegroti suprema lex”* i zasadami etyki zawodowej. Poznane w związku z wykonywaniem czynności diagnostyki laboratoryjnej fakty i informacje zachowam w tajemnicy w zakresie określonym przepisami prawa”. Mamy zatem w tym przypadku odwołanie do zgodności z prawami pacjenta, co, jak się zdaje, należy oceniać jako zrównane z pojęciem przestrzegania tych praw. Ślubowanie zostało uznane przez ustawodawcę za właściwy sposób zobligowania także farmaceuty do wykonywania zawodu zgodnie z zawartymi tam zasadami. Art. 4d ust. 3 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich⁶ zawiera treść: „Ślubuję uroczyście w swej pracy farmaceuty sumiennie, gorliwie i z należyłą starannością wykonywać swoje obowiązki, mając zawsze na uwadze dobro pacjenta, wymogi etyki zawodowej i obowiązujące prawo, a także zachować tajemnicę zawodową, zaś w postępowaniu swoim kierować się zasadami godności, uczciwości i słuszności”. W tym wypadku jednak ustawodawca odwołał się do szeroko rozumianego „dobra pacjenta” i ogólnie „obowiązującego prawa”. W pojęciu „dobra pacjenta”, jak się zdaje, nie może jednak zabraknąć miejsca dla poszanowania jego praw. Jak widać, ustawo-

³ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 479 z późn. zm.

⁴ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 553 z późn. zm.

⁵ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 866 z późn. zm.

⁶ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1850 z późn. zm.

dawca obligując profesjonalistów medycznych do poszanowania praw pacjenta, zastosował różne rodzaje ustaw – zawodowe, samorządowe, a nawet opisujące konkretny rodzaj działalności medycznej.

Natomiast standard zawodowy lekarza zawarty w ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁷ (u.z.l.), podobnie jak w opisującej zawód ratownika medycznego ustawie z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym⁸ (dalej jako u.PRM), nie zawiera odwołania wprost do poszanowania praw pacjenta (ani do jego dobra). Mamy, rzecz jasna, przywołane w art. 4 ust. 1 u.z.l. cechy wymaganego standardu takie jak: aktualna wiedza medyczna i należyta staranność (te elementy cechują również zawód ratownika medycznego, zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 u.PRM), a także zasady etyki zawodowej i, niespotykane w przypadku innych zawodów medycznych, odwołanie do dostępnych metod i środków. Nie oznacza to, że lekarz nie został zobowiązany przez ustawodawcę do przestrzegania praw pacjenta. Wręcz przeciwnie, wydaje się, że obowiązek ten został na lekarza nałożony nawet silniej. Wystarczy przeanalizować na przykład treść art. 31 ust. 1 u.z.l. (dotyczącego lekarskiego obowiązku informacyjnego) w kontekście art. 9 ust. 2 u.p.p. (zawierającego prawo pacjenta do informacji). Z przepisu uprawniającego pacjenta (lub jego przedstawiciela) wynika, że obowiązek udzielenia przystępnej informacji spoczywa na osobach wykonujących zawód medyczny, ale jedynie w zakresie udzielanych przez tę osobę świadczeń zdrowotnych oraz zgodnie z posiadanymi przez nią uprawnieniami. Natomiast ustawodawca w przepisie u.z.l. obligującym lekarza do udzielania informacji nie zawarł takiego ograniczenia sugerując, że każdy lekarz względem każdego pacjenta ma zawsze obowiązek udzielenia pełnej informacji. Nie jest to jednak rozwiązanie racjonalne i dlatego zasadnym wydaje się odczytywanie normy w zakresie lekarskiego obowiązku informacyjnego adekwatnie do roli, jaką w procesie terapeutycznym określonego pacjenta pełni konkretny lekarz, w myśl racji uznanych w przywołanym przepisie u.p.p. Kolejnym przykładem nałożenia na lekarza obowiązku szerszego, niż wynikałoby to z prawa pacjenta, jest zawarty w art. 30 u.z.l. tzw. lekarski obowiązek udzielenia pomocy, z którego wynika (bez żadnych wyjątków) konieczność udzielania pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz (w brzmieniu obowiązującym do lipca 2020 r.) w innych przypadkach niecierpiących

⁷ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 790 z późn. zm.

⁸ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2053 z późn. zm.

zwłoki. A zatem lekarz ma obowiązek działać także w przypadku potencjalnego i hipotetycznego zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta, a w dotychczasowym brzmieniu lekarz miał nawet obowiązek działać w innych, także niestanowiących takiego zagrożenia, przypadkach, które z różnych powodów nie powinny zostać odroczone. Tymczasem zawarte w art. 7 u.p.p. uprawnienie ograniczone jest jedynie do tych sytuacji, które ze względu na już trwające zagrożenie zdrowia lub życia pacjenta wymagają natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych. Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca właśnie w ten sposób zobowiązał lekarza nie tylko do poszanowania praw pacjenta, ale wręcz do takiego działania, które przekraczać będzie poziom gwarantowany tymi uprawnieniami.

Ograniczanie praw pacjenta. Ustawodawca umożliwił ograniczenie poziomu właściwej realizacji praw pacjenta w określonych przypadkach. Ze względu na konstytucyjne źródło praw pacjenta, ograniczanie ich to w pewnym stopniu ograniczanie praw i wolności gwarantowanych w ustawie zasadniczej. Warto przypomnieć, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP pozwala na ograniczenie praw i wolności w określonych sytuacjach i na określonych zasadach: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. A zatem dla zachowania swojej legalności działanie takie powinno mieć umocowanie w ustawie.

Dlatego ograniczenie prawa pacjenta należy zdefiniować jako działanie albo zaniechanie, posiadające właściwą podstawę prawną, stosowane w sytuacji nadzwyczajnej, związanej z deficytem określonych zasobów. Dzieje się tak na przykład w przypadku ograniczania praw pacjenta na podstawie art. 5 u.p.p. Przepis ten ustanawia kierownika podmiotu leczniczego (działającego bezpośrednio albo za pośrednictwem wskazanego przez siebie lekarza) dysponentem ograniczenia praw pacjenta. Kompetencja ta pozwala ograniczyć korzystanie z tych praw w przypadku wystąpienia zagrożenia epidemicznego lub ze względu na bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów, a nawet tylko ze względu na możliwości organizacyjne podmiotu (w przypadku prawa do kontaktu osobistego, telefonicznego lub korespondencyjnego).

Z treści przepisu wynika, że ograniczenie może dotyczyć właściwie wszystkich skatalogowanych w u.p.p. praw pacjenta. Kierownik podmiotu leczniczego może na przykład ograniczyć odwiedziny pacjentów, a nawet prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej. Jednak norma zawarta w tym artykule nie dotyczy powszechnego ograniczenia niektórych

praw typowego dla stanu epidemii, z jakim mamy do czynienia od 20 marca 2020 r. Dlatego też podstawy prawnej do ograniczenia, na przykład prawa do świadczeń zdrowotnych, z którym można się spotkać na co dzień od szeregu miesięcy, należy szukać w innych aktach prawnych, w tym w rozporządzeniach Rady Ministrów, a także Ministra Zdrowia. Co interesujące, stan epidemii został wprowadzony rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii⁹, które zostało wydane na podstawie art. 46 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi¹⁰. Już w tym rozporządzeniu zostało ograniczone prawo do świadczeń zdrowotnych w zakresie leczenia uzdrowiskowego i rehabilitacji (o czym szerzej w dalszej części rozdziału).

Przede wszystkim należy się więc zastanowić nad znaczeniem słowa „ograniczenie”. Trzeba podkreślić, że według Słownika języka polskiego PWN oznacza ono: „zmniejszenie zakresu swego działania, posiadania”¹¹, ale rozumiemy je także jako obniżenie dotychczasowej mocy, obniżenie pewnego poziomu. Z pewnością jednak nie oznacza ono całkowitego zaniechania czy zaprzestania. Ograniczone prawo nadal rodzić będzie obowiązki po stronie podmiotu zobligowanego do jego poszanowania. Zmniejszy się jedynie zakres tego prawa. Dlatego wspomniany kierownik podmiotu leczniczego, który z przyczyn organizacyjnych zmuszony będzie ograniczyć odwiedziny w szpitalu, nie może całkowicie zabronić pacjentom kontaktów osobistych z osobami spoza szpitala. Podobnie ograniczenie udzielania świadczeń zdrowotnych nie powinno oznaczać całkowitego zaprzestania ich udzielania, a całkowite pozbawianie pacjenta prawa nie znajduje legalnego usprawiedliwienia.

Stanowisko, że ograniczenia praw pacjenta nie należy utożsamiać z całkowitym wyłączeniem możliwości korzystania z nich, reprezentowane jest w doktrynie¹². Na marginesie jedynie, odwołując się do stosowania pojęcia „ograniczenie” w innych gałęziach prawa, warto zaznaczyć, że w prawie karnym ograniczenie wolności nie polega na jej pozbawieniu, a jedynie na ograniczeniu swobody osoby skazanej¹³.

Dlatego też działanie polegające na całkowitym zaprzestaniu, chociażby czasowym, stosowania jakiegoś prawa (zakaz odwiedzin, zakaz dodatkowej opieki pielęgnacyjnej,

⁹ Dz.U. poz. 491.

¹⁰ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2069 z późn. zm.

¹¹ Słownik języka polskiego PWN [online] [dostęp: maj 2021]. Dostępny w internecie: <www.sjn.pwn.pl>.

¹² M. Wałachowska [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, M. Nesterowicz (red.), Wyd. 1, Instytut Problemów Ochrony Zdrowia Sp. z o.o., Warszawa 2009, s. 41; D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 101–102.

¹³ W prawie drogowym ograniczenie prędkości nie oznacza przecież zakazu jazdy.

uniemożliwienie pozostawienia rzeczy wartościowych w depozycie, nieudzielanie informacji upoważnionym osobom, a także wstrzymanie udzielania określonego rodzaju świadczeń zdrowotnych) traktować należy jako naruszenie prawa a nie jedynie jego ograniczenie.

Naruszanie praw pacjenta. Kluczowym zagadnieniem będzie rozróżnienie legalnego ograniczenia prawa pacjenta od jego całkiem bezprawnego naruszenia w postaci określonego działania albo zaniechania.

Takiego naruszenia prawa pacjenta dokonuje się zarówno świadomie, wręcz celowo, jak i całkowicie nieumyślnie. Sprawcą naruszenia może być zarówno profesjonalista medyczny udzielający świadczeń zdrowotnych bezpośrednio przy pacjencie, jak i kierownik oddziału organizujący pracę personelu, a także przełożony wszystkich pracowników – kierownik podmiotu leczniczego. W przypadku tego ostatniego może dochodzić do naruszenia, pomimo ustawowego uprawnienia go do legalnego ograniczania tych praw. Ale warto pamiętać, że do naruszenia prawa pacjenta doprowadzić może (i w praktyce często doprowadza) polityk wyznaczający określone strategie działania podczas pandemii i nadający koncepcji takiego działania nadmierny priorytet, ze szkodą na przykład dla leczenia innych chorób u innych chorych.

2.3. Naruszanie prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych

Do naruszenia praw pacjenta prowadzić mogą decyzje w zakresie ochrony zdrowia podjęte przez **organy władzy publicznej**. Przykładem może być obowiązek wykonania określonego zadania w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 nakładany przez Ministra Zdrowia na SPZOZ-y i spółki kapitałowe na podstawie ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹⁴ (zwanej dalej ustawą covidową). Obowiązek ten, w szczególności dotyczący zmian w strukturze organizacyjnej tych podmiotów leczniczych, pozwolił realizować koncepcję tworzenia szpitali jednoimiennych wiosną, oraz oddziałów i szpitali covidowych (różnego poziomu) jesienią 2020 r., kosztem oddziałów i szpitali ogólnych, w których zwykle leczone były choroby inne niż zakaźne, co wprost prowadziło do ograniczenia dostępności do świadczeń zdrowotnych znacznej części pacjentów, w szczególności tych oczekujących

¹⁴ Art. 10d ust. 2 (a wcześniej art. 10 ust. 2 oraz decyzją Wojewody na podstawie art. 11 ust. 1) opublikowany w Dz.U. z 2020 r., poz. 1842 (t.j.).

na termin planowego zabiegu. Odroczenie terminu, zwykle bez wskazania nowego, skutkowało często zaostrzeniem stanu, pogorszeniem rokowania pomyślnego przeprowadzenia takiego zabiegu w przyszłości.

Nie oszczędzono także wrażliwych społecznie oddziałów np. geriatrici, stosując (nieestety, nie po raz pierwszy) instytucjonalny ageizm. Przekształcano również inne oddziały, m.in. ortopedyczne i urazowe, obligując lekarzy zabiegowych do zachowawczego leczenia chorych na COVID-19.

Co gorsza, decyzje o przekształceniach szpitali podejmowane były często na wyrost. Wykorzystanie wiosną 2020 r. szpitali jednoimiennych (w których całkowicie uniemożliwiono leczenie pozostałym, niecovidowym pacjentom) sięgało najwyżej 40% ich możliwości. Podobnie jesienią 2020 r. i wiosną 2021 r. szpitale tymczasowe jedynie w niewielkim stopniu odciążały pozostałe szpitale, w których leczono chorych na COVID-19¹⁵. Skutkiem tego (w zakresie prawa do świadczeń zdrowotnych) prawo większości, czyli pacjentów cierpiących na schorzenia inne niż COVID-19, musiało ustąpić prawu mniejszości, czyli chorych na COVID-19.

Podobny efekt przyniosło rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii¹⁶, które w §6 ust. 1 i 4 oraz §7 ust. 1 i 3 ustanawiało ograniczenia polegające na nieudzielaniu pacjentom świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie lecznictwa uzdrowiskowego i rehabilitacji. W późniejszym czasie ograniczenie tego zakresu świadczeń zdrowotnych zostało wprowadzone rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 23 października 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii¹⁷ poprzez dodanie po §7a–§7b, ustanawiającego do odwołania czasowe ograniczenie wykonywania działalności leczniczej, polegające na zaprzestaniu udzielania tych świadczeń. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 listopada 2020 r.¹⁸ w § 13 ust. 1 podtrzymało ograniczenia udzielania niektórych świadczeń zdrowotnych do dnia 27 grudnia 2020 r., a po jego uchyleniu kolejne rozporządzenie Rady

¹⁵ Na przykład Szpital Południowy w Warszawie – szpital samorządowy, który został w kontrowersyjnych okolicznościach przejęty przez władze centralne, a po przejęciu nadal przyjmował pacjentów chorych na COVID-19 korzystając jedynie z kilkunastu (maksymalnie kilkudziesięciu) łóżek, podczas gdy pozostałe w ogóle nie zostały udostępnione chorym.

¹⁶ Dz.U. poz. 491.

¹⁷ Dz.U. poz. 1871, (zmienione rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii opublikowane zostało w Dz.U. poz. 1758).

¹⁸ Dz.U. poz. 2091.

Ministrów z dnia 1 grudnia 2020 r. w tej sprawie¹⁹, także w § 13 ust. 1 utrzymało powyższe ograniczenia udzielania świadczeń zdrowotnych w zakresie leczenia uzdrowiskowego i rehabilitacji w tym terminie.

Koncepcja tworzenia szpitali tymczasowych (w pomieszczeniach adaptowanych hal targowych i wystawowych, stadionów itp.) miała zapewnić wsparcie systemu ochrony zdrowia poprzez przejęcie zadania leczenia chorych na COVID-19. Szpitale te tworzone jednak z dużym opóźnieniem. W grudniu 2020 r. uruchomiono tylko niewielką ich część. Co istotne, przepisy dotyczące wymogów infrastrukturalnych w tych szpitalach zostały ustanowione już po oficjalnym otwarciu, jako pierwszego, tzw. Szpitala Narodowego. W szpitalach tych obowiązywał obniżony standard prowadzenia dokumentacji medycznej. Poza tym przedstawione przekształcenia szpitali wymusiły migrację personelu (głównie medycznego), przez co przyszły powrót niektórych przekształconych oddziałów do swojej pierwotnej funkcji okazał się już niemożliwy.

Ponadto uchwalenie przepisu nazywanego „klauzulą dobrego (miłosiernego) Samarytana” stanowiło kolejne zaskakujące działanie nadmiernie surowego do niedawna, prawodawcy. Celem przepisu zawartego w art. 24 ustawy z dnia 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19²⁰ miała być, najogólniej rzecz ujmując, bezkarność niektórych profesjonalistów medycznych mimo popełnienia przez nich (w obowiązującym obecnie stanie epidemii) potencjalnie karalnych błędów. Poza tym z analizy przepisu wynika jednak iluzoryczność ochrony, jaką mieliby być objęci lekarze, pielęgniarki, położne czy ratownicy medyczni. Ustawodawca chciał usprawiedliwić w ten sposób taką organizację udzielania świadczeń, w wyniku której leczeniem wielu chorób zajmować się mają lekarze nieposiadający ku temu odpowiednich specjalistycznych kompetencji. Z formalnego punktu widzenia mamy tu zatem do czynienia z jedynie pozornie legalnym działaniem organu władzy publicznej. Mając na uwadze nieuchronność negatywnych konsekwencji zdrowotnych, przynajmniej u części pacjentów działanie to należy raczej oceniać w kategoriach naruszenia prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych. Zwłaszcza, że udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie zwalczania COVID-19 przez lekarzy, którzy nie posiadają wymaganych kwalifikacji można by było przecież usprawiedliwiać obowiązkiem pomocy zawartym w art. 30 u.z.l.

¹⁹ Dz.U. poz. 2132.

²⁰ Dz.U. poz. 2112.

Zróźnicowanie zarobków profesjonalistów medycznych zatrudnionych przy zwalczaniu COVID-19 spowodowane uchwaleniem stuprocentowych dodatków w stosunku do pozostałego personelu medycznego, także w istotny sposób wpłynęło na poziom udzielanych świadczeń zdrowotnych.

W kontekście powyższych informacji musi budzić wątpliwości także, wprowadzane drogą rozporządzeń, a nawet tylko komunikatów Ministerstwa Zdrowia, obniżenie wymaganego standardu udzielania świadczeń zdrowotnych ze względu na zastępowanie pełnoprawnego personelu medycznego przez studentów²¹, specjalistów awansowanych bez ustnej części Państwowego Egzaminu Specjalizacyjnego²² czy rezydentów anestezjologii i intensywnej terapii po 4 roku specjalizacji (uzyskanie uprawnień do samodzielnej pracy)²³. Podobne rozwiązanie zawarte w inicjatywie ustawodawczej dotyczyć ma możliwości zatrudniania na uproszczonych zasadach – m.in. bez weryfikacji rzeczywistej znajomości języka polskiego – personelu medycznego z zagranicy (spoza UE), w tym lekarzy i lekarzy dentyistów, pielęgniarek i położnych oraz ratowników medycznych²⁴.

W szczególności podczas jesiennej fali pandemii dał się niestety zauważyć brak współpracy między organami władzy publicznej szczebla centralnego i terenowego a samorządami terytorialnymi w różnych województwach. Tymczasem taka współpraca mogłaby i powinna dotyczyć np. uzgadniania typowania oddziałów lub szpitali ogólnych do przekształcenia w covidowe, tworzenia nowych miejsc szpitalnych (w adaptowanych obiektach), organizowania izolatoriów w hotelach czy szkołach. Dyrektorzy szpitali oczekiwali na przykład centralnej dystrybucji (a wcześniej zakupu) kontenerów medycznych (jako dodatkowego zaplecza łóżek obserwacyjnych). Ich brak powodował przede wszystkim wydłużenie czasu oczekiwania na przyjęcie do szpitala.

Powyższe przykłady prezentują wybrane naruszenia prawa pacjentów do świadczeń zdrowotnych zależne od organów władzy publicznej. Nie wyczerpują one rzecz jasna

²¹ Dz.U. z 2020 r., poz. 1881 – rozporządzenie Ministra Edukacji i Nauki z dnia 23 października 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie standardów kształcenia przygotowującego do wykonywania zawodu lekarza, lekarza dentyisty, farmaceuty, pielęgniarki, położnej, diagnosty laboratoryjnego, fizjoterapeuty i ratownika medycznego.

²² Komunikat Ministerstwa Zdrowia w sprawie odstąpienia od przeprowadzenia egzaminu ustnego w ramach Państwowego Egzaminu Specjalizacyjnego (PES) w sesji jesiennej 2020 r. i ustawa z 14 sierpnia 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zapewnienia funkcjonowania ochrony zdrowia w związku z epidemią COVID-19 oraz po jej ustaniu.

²³ Dz.U. z 2020 r., poz. 1751 – rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 8 października 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii.

²⁴ Druk nr 763 – Poselski projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu zapewnienia w okresie ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii kadr medycznych.

wszystkich działań i zaniechań tych organów na przestrzeni zwłaszcza 2020 r. Poza tym także inne instytucje, podmioty i osoby dopuszczały się naruszeń tego prawa w tym czasie.

Na problem ograniczania dostępności do świadczeń zdrowotnych, w szczególności na wielkość udzielania świadczeń niecovidowych w istotny sposób wpłynął **Narodowy Fundusz Zdrowia**, który już 15 marca 2020 r. zamieścił na swoich stronach internetowych komunikat dla świadczeniodawców, w którym zalecił ograniczenie do niezbędnego minimum, a nawet czasowe zawieszenie udzielania świadczeń wykonywanych planowo. Wzorem tych wiosennych rozwiązań w połowie października 2020 r. NFZ znów wydał zalecenie dla szpitali, by ograniczyły lub w ogóle zawiesiły planowe przyjęcia. W uzasadnieniu podano, że celem jest minimalizacja ryzyka transmisji infekcji COVID-19 oraz zapewnienie łóżek dla chorych na COVID-19. Wskazano, że ograniczone powinny być operacje wszczepiania endoprotez, zabiegi korekcyjne kręgosłupa, operacje dużych naczyń, wszczepianie by-passów, operacje neurochirurgiczne, a także procedury gastrokopii czy biopsje, przy czym zaznaczono, że ograniczenia nie powinny dotyczyć planowej diagnostyki i leczenia nowotworów. Bezrefleksyjne stosowanie się do tych zaleceń NFZ przez kierownictwo lub personel medyczny w podmiotach leczniczych prowadziło wprost do przekształcenia ograniczenia prawa w czasowe pozbawienie konkretnych grup pacjentów prawa do świadczeń, bez wskazania im „przejrzystej, obiektywnej, opartej na kryteriach medycznych procedury ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń” zgodnie z treścią art. 6 ust. 2 u.p.p. i z naruszeniem prawa do dostatecznie wczesnej informacji o zamiarze odstąpienia od leczenia i wskazania możliwości uzyskania tego świadczenia, o którym mowa w art. 10 u.p.p., do czego także z mocy art. 38 ust. 2 u.z.l. zobowiązani byli lekarze.

Podczas pierwszej, wiosennej fali pandemii ograniczono bądź naruszono prawo do wielu innych świadczeń zdrowotnych, m.in.: zawieszono wykonywanie niektórych obowiązków w zakresie badań okresowych pracowników (na podstawie art. 12a ustawy covidowej), a także zawieszono realizację szczepień ochronnych wykonywanych w podstawowej opiece zdrowotnej, zwłaszcza u dzieci (zgodnie z rekomendacją NFZ).

Tymczasem z listopadowego „Aneksu do raportu Problemy pacjentów w obliczu epidemii choroby COVID-19”²⁵, przygotowanego przez Biuro Rzecznika Praw Pacjenta wynika, że skargi na naruszenie prawa do świadczeń zdrowotnych stanowią aż 71,4% zgłoszeń w ciągu pierwszych 10 miesięcy 2020 r. Naruszenie to może polegać na ograniczeniu

²⁵ Dostępny w internecie: <<https://www.gov.pl/web/rpp/raporty>>, [dostęp: maj 2021].

dostępności do świadczeń zdrowotnych, zależnych od staranności i przenikliwości organów władzy publicznej i NFZ, a także może być spowodowane niedopełnianiem standardów zawodowych przez profesjonalistów medycznych oraz niezapewnianiem wymaganego przepisami prawa standardu infrastrukturalnego w podmiotach leczniczych.

W zakresie naruszeń stosowanych przez **profesjonalistów medycznych**, a dotyczących prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych w okresie pandemii COVID-19 do częściej spotykanych praktyk należało udzielanie ich bez oparcia o aktualnie obowiązujące wytyczne wiedzy medycznej. Przykładem takiego wadliwego leczenia (niezależnego jednak od samych lekarzy) było stosowanie preparatu Arechin zarejestrowanego 13 marca 2020 r. jako lek wspomagający w leczeniu koronawirusów. W październiku 2020 r. producent preparatu wystąpił do URPL o wycofanie jego rejestracji z uwagi na niedostateczną skuteczność produktu. Innym przykładem naruszenia standardu leczenia zgodnie z aktualną wiedzą medyczną było rozpropagowanie w internecie informacji nt. rzekomej (niepotwierdzonej profesjonalnie) skuteczności amantadyny (leku przeciwwirusowego stosowanego obecnie w neurologii), co spowodowało istotne niedobory preparatu na rynku farmaceutycznym (ze szkodą dla pacjentów neurologicznych). Co istotne, wówczas nie prowadzono wymaganych prawem badań klinicznych nad tym preparatem, przez co jego stosowanie *off-label* było swoistym eksperymentem leczniczym, wykonywanym jednak bez zgody właściwej komisji bioetycznej. Poza tym, w świetle wymogu stosowania dostępnych metod i środków, leczenie tym preparatem trudno nazwać metodą, a co najwyżej sposobem (odwołując się do pojęć prakseologii), który, aby mógł stać się metodą, musiałby uzyskać walor powtarzalności, do czego konieczne byłoby właśnie wykonanie profesjonalnego badania klinicznego.

Z kolei naruszenie **przez podmioty lecznicze** standardu infrastrukturalnego może być czasem usprawiedliwione swoistym stanem wyższej konieczności, gdy prawo do świadczeń zdrowotnych udzielanych w odpowiednich (wynikających z odrębnych przepisów) warunkach sanitarnych i infrastrukturalnych ustępuje prawu do świadczeń zdrowotnych w ogóle. Tak zapewne należałoby tłumaczyć decyzję kierownika szpitala o utworzeniu „oddziału covidowego” w wiacie garażowej, wobec braku innych możliwości organizacyjnych leczenia pacjentów. Rozwiązanie takie zastosowano, gdy w innych miejscach karetki z chorymi oczekiwały na przyjęcie w wielogodzinnych kolejkach.

Z pewnością za naruszenie prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych uznać należy wprowadzenie w wielu podmiotach (głównie komercyjnych) wysokich tzw. opłat covidowych, mających służyć podniesieniu poziomu bezpieczeństwa poprzez stosowanie specjalnych kosztownych środków (kombinezonów, masek i przyłbic, a także zwiększonego zużycia środków dezynfekcyjnych). O ile sama idea może być uzasadniona, o tyle wysokość opłaty (rzędu 150 zł i więcej) może stanowić wspomniane naruszenie prawa pacjenta.

2.4. Naruszanie innych praw pacjenta

W czasie pierwszej fali pandemii w istotny sposób ograniczano wolność osób zdrowych mających kontakt z osobą chorą na COVID-19 albo zakażoną wirusem SARS-CoV-2, a nawet tylko podejrzanych o taki kontakt, nakładając na te osoby kwarantannę, którą następnie wielokrotnie przedłużano z powodu braku uzyskania dwa razy z rzędu ujemnych wyników testów (nie zawsze jakościowo pewnych), co w efekcie naruszało np. prawo tych osób do otrzymania innych świadczeń zdrowotnych, które w tym czasie powinny były być im udzielone. Podczas jesiennej (czyli drugiej) fali zasady kwarantanny istotnie poluzowano skracając czas jej trwania i rezygnując m.in. z wykonywania testów kontrolnych.

Szczególnie dotkliwym ograniczeniem prawa pacjenta, często stanowiącym jego naruszenie, szczególnie w okresie wiosennym i letnim w 2020 r., było wprowadzanie zakazu odwiedzin zarówno w szpitalach leczących chorych na COVID-19, jak i w pozostałych. Zakaz taki dotyczył również chorych umierających oraz matek wcześniaków, którym czasem pozwalano jedynie zobaczyć dziecko, albo jego fotografię raz na kilka tygodni. W tym czasie wstrzymane były również tzw. porody rodzinne. Jesienią powoli zakazy te wycofywano, tworząc oddolnie zasady poszanowania praw pacjenta w warunkach stanu epidemii, umożliwiając zarówno udział osoby bliskiej podczas porodu, jak i odwiedziny matek w oddziałach wcześniaków.

W zakresie prawa pacjenta dotyczącego dostępu do dokumentacji medycznej, poza już zasygnalizowanym problemem wytwarzania okrojonej wersji takiej dokumentacji w szpitalach tymczasowych, warto wspomnieć również o ograniczeniu prawa do dokumentacji medycznej w postaci (zawierającej jedynie część z typowo zbieranych danych i informacji) karty teleporady, którą przechowuje się obecnie do trzydziestego dnia po zakończeniu stanu epidemii (albo stanu zagrożenia epidemicznego), co i tak stanowi postęp w stosunku do pierwotnego rozwiązania pozwalającego lekarzowi na przechowywanie tej karty jedynie przez trzydzieści dni od daty udzielenia teleporady.

Przedstawione wcześniej obiektywne trudności i ograniczenia skutkowały bardzo często ograniczeniem prawa do informacji w szczególności należnej osobom bliskim (na podstawie art. 31 ust. 6 u.z.l.) i upoważnionym przez pacjenta (zgodnie z art. 9 ust. 3 u.p.p.). Bliscy osób hospitalizowanych mieli trudności w dowiadywaniu się, czy pacjent w ogóle przebywa w danym szpitalu, na jakim oddziale i jaki jest stan jego zdrowia. Znacząco ograniczano także możliwość przekazania różnych artykułów codziennego użytku, w tym ułatwiających kontakt z pozaszpitalnym otoczeniem, osobom hospitalizowanym.

Warto jeszcze zasygnalizować naruszenia prawa pacjenta do informacji na temat możliwości ograniczania właśnie tych praw. Z art. 11 ust. 1 u.p.p. wynika, że pacjent ma prawo do takiej informacji. Tymczasem ani znaczna część organów władzy publicznej, właściwych w zakresie ochrony zdrowia, ani większość kierowników podmiotów leczniczych, stosujących różnorakie ograniczenia praw pacjenta, nie kolportowały powszechnie materiałów informacyjnych w tym zakresie. Jediną instytucją, która z tego zadania wywiązuje się należycie jest Rzecznik Praw Pacjenta (i jego Biuro), korzystający w tym celu także z mediów społecznościowych.

Praktyki naruszające zbiorowe prawa pacjentów. W art. 59 ust. 1 u.p.p. określono, co rozumie się przez praktykę naruszającą zbiorowe prawa pacjentów. Są to: 1) bezprawne zorganizowane działania lub zaniechania podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych oraz 2) potwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu zorganizowane wbrew przepisom o rozwiązywaniu sporów zbiorowych akcje protestacyjne lub strajki. Przy czym oba przypadki pozbawienia pacjentów ich praw lub ograniczenia tych praw w szczególności podejmowane są w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Suma praw indywidualnych nie jest jednak zbiorowym prawem pacjentów.

Co ważne, jak z powyższego wynika, praktykami naruszającymi zbiorowe prawa pacjentów (pomijając przypadek organizacji protestów lub strajków) nie można nazwać działań albo zaniechań stosowanych przez inne (niż indywidualne praktyki) osoby fizyczne albo inne (niż podmioty lecznicze) osoby prawne. Zatem działania albo zaniechania przedstawicieli władzy centralnej, samorządów terytorialnych i innych instytucji, ograniczające, a nawet naruszające prawa pacjenta, nie będą się mieścić w ustawowej definicji naruszenia zbiorowych praw pacjentów. W efekcie powtórzony w październiku 2020 r., podobnie jak i wcześniejszy, komunikat NFZ o ograniczaniu a nawet czasowym zaprzestaniu udzielania niektórych świadczeń zdrowotnych, takiej praktyki nie może stanowić, chociaż, jak się wydaje, może ją inspirować. Ponieważ komunikat ten nie stanowi dostatecznej podstawy

prawnej do stosowania się podmiotów leczniczych do takich (ograniczających, a nawet naruszających prawa pacjenta) zaleceń, ewentualne konsekwencje naruszenia praw pacjenta poniosą w przyszłości podmioty lecznicze albo zatrudnieni w nich profesjonaliści medyczni.

2.5. Podsumowanie

Przestrzeganie (a nawet poszanowanie) praw pacjenta jest obowiązkiem organów władzy publicznej (właściwych w zakresie ochrony zdrowia), NFZ, podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych, osób wykonujących zawody medyczne i innych osób uczestniczących w udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Prawa te mogą zostać ograniczone w określonych okolicznościach i na podstawie jednoznacznej delegacji prawnej. W przeciwnym przypadku takie działania albo zaniechania, podejmowane zarówno celowo, jak i nieumyślnie, jako bezprawne naruszać będą ustawowe prawa pacjenta. Najczęściej sygnalizowanym w okresie pandemii COVID-19 naruszeniem prawa pacjenta było prawo do świadczeń zdrowotnych.

Porównując ze sobą dotychczasowe okresy pandemii w Polsce trzeba stwierdzić, że podczas pierwszej, wiosennej fali strach przed nieznaną chorobą był tak silny, że także w środowisku medycznym dominowały postawy defensywne i nastroje histeryczne, które skutkowały w pierwszej kolejności naruszaniem praw pacjentów zakażonych SARS-CoV-2 (np. wożonych od szpitala ogólnego do szpitala jednoimiennego i z powrotem w poszukiwaniu miejsca do leczenia, zwłaszcza innej niż COVID-19 przyczyny ich dolegliwości). Pacjenci niezakażeni wirusem SARS-CoV-2 mieli wtedy może więcej możliwości leczenia (przede wszystkim w szpitalach ogólnych), ale do czasu wyjaśnienia ich statusu epidemiologicznego, zwykle przez 48 godzin, oczekiwali na wynik testu w domu lub w izolatkach szpitalnych (traktowani jako potencjalnie zakażeni). Do właściwego leczenia przystępowano dopiero po wyjaśnieniu ich statusu. Zwłoka w rozpoczęciu procedury medycznej mogła mieć jednak istotne znaczenie dla dalszego przebiegu postępowania medycznego. Poza tym, ilość i przepustowość izolatek była wówczas bardzo ograniczona, co znacząco wpływało na liczbę osób leczonych w takiej procedurze.

W jesiennej fali (czyli drugiej, a także w trzeciej, wiosennej w 2021 r.) sytuacja zmieniła się wyraźnie. Nagle pacjent chory na COVID-19, a nawet tylko zakażony wirusem SARS-CoV-2, stał się pacjentem wartościowym, dającym szansę na poprawę wyników ekonomicznych szpitali, które przecież nie mogły (z powodu pandemii) wykonać uzgodnionych wcześniej ryczałtów. Poza tym leczenie takiego pacjenta było na ogół stosunkowo

tanie, o ile oczywiście nie wymagał on nadzwyczajnych procedur albo kosztownych leków (np. remdesiviru), a jednocześnie było korzystnie wycenione nie tylko w szpitalach tymczasowych, ale nawet w szpitalach ogólnych 1. poziomu. W efekcie dostępność drugiej grupy pacjentów (innych niż tzw. covidowi) do leczenia szpitalnego stała się iluzoryczna. Co ważne, była ona tak samo trudna w przypadku pacjentów planowych, którzy już podczas wiosennej fali utracili swoje miejsce w kolejkach oczekujących i teraz stali się pacjentami wymagającymi pilnej interwencji, jak i w przypadkach nagłych (jak udar, zawał, uraz), w których niejednokrotnie byli wożeni po całym województwie, czasem bez skutku – czyli aż do śmierci w karetce lub w SOR-ze, w oczekiwaniu na miejsce w szpitalu.

Nie ulega wątpliwości, że ta część z przedstawionych tu jedynie sygnałnie bezprawnych działań lub zaniechań, spowodowanych przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych, może zostać łatwo zakwalifikowana jako praktyki naruszające zbiorowe prawa pacjenta, o których mowa w art. 59 ust. 1 u.p.p.

Dlatego, mając na względzie prawdopodobieństwo dłuższego trwania pandemii COVID-19, a także możliwość kolejnych epidemii, zasadnym jest jak najszybsze zapewnienie, niezależnych od podstawowego (niecovidowego) systemu zabezpieczenia, dodatkowych miejsc szpitalnych dedykowanych leczeniu chorób zakaźnych, w warunkach infrastrukturalnych zgodnych z wymogami zawartymi w stosownych przepisach, w tym także tworzenie oddziałów buforowych przy SOR-ach (izbach przyjęć) albo w ramach ich struktury. Takie działania organów władzy publicznej, będące dowodem poszanowania (a nie jedynie przestrzegania) praw pacjenta, pozwolą w przyszłości prowadzić leczenie osób zakażonych bez ograniczania dostępności do świadczeń (także planowych) pacjentom chorującym na inne schorzenia. O poszanowaniu praw pacjentów przez organy władzy publicznej świadczyć będzie również zmiana w sposobie stanowienia prawa w oparciu o obowiązujące zasady prawodawstwa. Natomiast poszanowanie tych praw przez osoby wykonujące zawody medyczne polegać będzie na opracowaniu i rozpowszechnianiu wewnętrznych procedur pozwalających na zachowanie w pierwszej kolejności (choć oczywiście w ograniczonym zakresie) prawa do informowania osób upoważnionych przez pacjenta, prawa do kontaktów z innymi osobami oraz prawa do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej.

dr Emilia Sarnacka

Zakład Prawa Medycznego i Deontologii Lekarskiej
Uniwersytet Medyczny w Białymstoku

Zakład Prawa Medycznego i Orzecznictwa Lekarskiego
Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego w Warszawie

3. Wybrane aspekty prawne szczepień przeciwko COVID-19¹

3.1. Wprowadzenie

Pojawienie się wirusa SARS-CoV-2 wywołującego COVID-19 to jedno z najważniejszych wydarzeń, jakie miały miejsce w ostatnich latach. Z uwagi na swój światowy zasięg oraz śmiertelność² można rozważyć pytanie, czy nie jest to jeden z większych problemów globalnych XXI w. Badanie szybko rozprzestrzeniającego się ogniska zachorowań na nieokreślone wirusowe zapalenie płuc o ciężkim przebiegu, które pojawiło się w grudniu 2019 r. w Wuhan (Chiny), wykazało pojawienie się nowego koronawirusa, którego transmisji w populacji ludzkiej nie stwierdzono dotychczas³. Światowa Organizacja Zdrowia (dalej: WHO) nazwała koronawirusa SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2*), a wywoływaną przez niego chorobę – COVID-19 (*Coronavirus Disease-2019*). 11 marca 2020 r. WHO ogłosiło pandemię COVID-19⁴. W Polsce stan zagrożenia epidemicznego⁵

¹ Stan prawny na 27 grudnia 2021 r.

² Zob. statystyki światowe dostępne w internecie: <<https://www.worldometers.info/coronavirus/>> [dostęp: 23 maja 2021 r.].

³ L. Borkowki, M. Drąg, A. M. Fal, R. Flisiak, J. Jemielity, J. Krajewski, A. Mastalerz-Migas, A. Matyja, K. Pryć, P. Rzymiski, M. Sutkowski, K. Simon, J. Wysocki, J. Zajkowska, *Szczepienia przeciwko COVID-19. Innowacyjne technologie i efektywność, Nauka przeciw pandemii*, Warszawa 2020, s. 7.

⁴ Tamże.

⁵ Stan zagrożenia epidemicznego to sytuacja prawna wprowadzona na danym obszarze w związku z ryzykiem wystąpienia epidemii w celu podjęcia określonych w ustawie działań zapobiegawczych (art. 2 pkt 23 u.z.z.c.). Stan zagrożenia epidemicznego na obszarze więcej niż jednego województwa ogłasza i odwołuje minister właściwy do spraw zdrowia w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw administracji publicznej, na wniosek Głównego Inspektora Sanitarnego.

obowiązywał od 14 do 19 marca 2020 r.⁶, natomiast od dnia 20 marca 2020 r. mamy stan epidemii⁷.

Próbując krótko scharakteryzować ostatnie lata związane z COVID-19 można rok 2019 opisać jako pojawienie się pierwszych zachorowań spowodowanych wirusem SARS-CoV-2; rok 2020 – jako ekspansję wirusa oraz działania mające na celu powstrzymanie go (udzielanie świadczeń zdrowotnych oraz prace nad powstaniem szczepionki); natomiast 2021 – rokiem szczepień przeciw COVID-19 oraz walki z kolejnymi falami zachorowań.

Społeczność międzynarodowa po uświadomieniu sobie skali zasięgu COVID-19 i jego skutków, rozpoczęła badania nad sekwencją genetyczną koronawirusa SARS-CoV-2. Jej opublikowanie (w dniu 11 stycznia 2020 r.⁸) było jednocześnie początkiem intensywnych prac nad stworzeniem szczepionki przeciwko COVID-19 uwieńczonych sukcesem 8 grudnia 2020 r., kiedy to ponaddziewięćdziesięcioletniej Margaret Keenan⁹, mieszkance Wielkiej Brytanii, jako pierwszej na świecie podano dawkę szczepionki przeciwko tej chorobie.

Prace nad wzmocnieniem odporności trwają nieprzerwanie. Aktualnie na terenie Unii Europejskiej jest dopuszczonych do obrotu pięć produktów leczniczych stosowanych u ludzi w celu szczepień przeciwko COVID-19: Comirnaty¹⁰, COVID-19 Vaccine Moderna¹¹,

⁶ Jego ramy określiły: Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 433) oraz Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 490).

⁷ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego, Dz.U. z 2020 r. poz. 491. Stan epidemii to sytuacja prawna wprowadzona na danym obszarze w związku z wystąpieniem epidemii w celu podjęcia określonych w ustawie działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych dla zminimalizowania skutków epidemii (art. 2 pkt. 23 u.z.z.c.). Epidemia to wystąpienie na danym obszarze zakażeń lub zachorowań na chorobę zakaźną w liczbie wyraźnie większej niż we wcześniejszym okresie albo wystąpienie zakażeń lub chorób zakaźnych dotychczas niewystępujących (art. 2 pkt 9 u.z.z.c.).

⁸ *Opracowywane szczepionki* artykuł dostępny na portalu Szczepienia.info: <<https://szczepienia.pzh.gov.pl/wszystko-o-szczepieniach/szczepionki-przeciw-covid-19/>> [dostęp: 23 maja 2021].

⁹ *Pierwsza Brytyjka dostała szczepionkę na COVID-19. Ma 90 lat*, „Business Insider” [online] 8 grudnia 2020 [dostęp: 23 maja 2021]. Dostępny w internecie: <<https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/szczepienia-przeciw-covid-19-pierwszy-pacjent-otrzymal-szczepionke-w-wielkiej-e736h3x>>.

¹⁰ Decyzja wykonawcza Komisji Europejskiej nr 9598 (2020) z dnia 21 grudnia 2020 r. udzielająca na mocy rozporządzenia (WE) nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady pozwolenia na dopuszczenie do obrotu "Comirnaty – Szczepionka mRNA przeciw COVID-19 (ze zmodyfikowanymi nukleozydami)", produktu leczniczego stosowanego u ludzi.

¹¹ Decyzja wykonawcza Komisji Europejskiej nr 94 (2021) z dnia 6 stycznia 2021 r. udzielająca na mocy rozporządzenia (WE) nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady pozwolenia na dopuszczenie do obrotu "COVID-19 Vaccine Moderna – Szczepionka mRNA przeciw COVID-19 (ze zmodyfikowanymi nukleozydami)", produktu leczniczego stosowanego u ludzi.

Vaxzevria (COVID-10 Vaccine AstraZeneca)¹², COVID-19 Vaccine Janssen¹³, Nuvaxoid¹⁴. W Polsce szczepienia realizowane są na podstawie Narodowego Programu Szczepień przeciw COVID-19¹⁵. Pierwszą polską zaszczepioną pacjentką była Alicja Jakubowska, pielęgniarka szpitala MSWiA w Warszawie, poddana temu zabiegowi 27 grudnia 2020 r.¹⁶

Badania przeprowadzone przez Centrum Badania Opinii Społecznej (dalej: CBOS) w listopadzie 2020 r. wykazały, że tylko 36% Polaków wyraziło wolę zaszczepienia się przeciwko COVID-19. Przywołany wynik może zaskakiwać, gdyż ponad połowa potwierdziła, że bardzo się boi zakażenia koronawirusem. Głównym powodem odmowy poddania się szczepieniu była obawa przed ewentualnymi skutkami ubocznymi szczepionki (69%)¹⁷.

Temat szczepień przeciw COVID-19 jest jednym z najbardziej aktualnych obszarów analiz naukowych. W literaturze prezentowane są zarówno badania z zakresu medycyny i nauk o zdrowiu¹⁸, jak również rozważania filozoficzne¹⁹ czy socjologiczne²⁰. Mając na uwadze dyskusję prowadzoną na gruncie medycznym, humanistycznym i społecznym warto zwrócić uwagę na zagadnienie norm prawnych regulujących szczepienie przeciwko

¹² Decyzja wykonawcza Komisji Europejskiej nr 698 (2021) z dnia 29 stycznia 2021 r. udzielająca na mocy rozporządzenia (WE) nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady pozwolenia na dopuszczenie do obrotu "COVID-19 Vaccine AstraZeneca – Szczepionka przeciw COVID-19 (ChAdOx1-S [rekombinowana])", produktu leczniczego stosowanego u ludzi.

¹³ Decyzja wykonawcza Komisji Europejskiej nr 1763 (2021) z dnia 11 marca 2021 r. udzielająca na mocy rozporządzenia (WE) nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady pozwolenia na dopuszczenie do obrotu "COVID-19 Vaccine Janssen - Szczepionka przeciw COVID-19 (Ad26.COV2-S [rekombinowana])", produktu leczniczego stosowanego u ludzi.

¹⁴ Decyzja wykonawcza Komisji Europejskiej nr 9893 (2021) z dnia 20 grudnia 2021 r. udzielająca na mocy rozporządzenia (WE) nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady pozwolenia na dopuszczenie do obrotu "Nuvaxoid – Szczepionka przeciw COVID-19 (rekombinowana, z adiuwantem)", produktu leczniczego stosowanego u ludzi.

¹⁵ Narodowy Program Szczepień przeciw COVID-19 został ogłoszony 8 grudnia 2020 r. Dokument dostępny jest na stronie Urzędu Regulacji Produktów Leczniczych: <http://urpl.gov.pl/sites/default/files/OFI-CJALNY%20DOKUMENT%20Narodowy_Program_Szczepie%C5%84.pdf>.

¹⁶ *W Polsce ruszyły szczepienia przeciw COVID-19 – to „historyczny moment”*, Serwis Rzeczypospolitej Polskiej [online], 27 grudnia 2020 [dostęp: 23 maja 2021]. Dostępny w internecie: <<https://www.gov.pl/web/szczepimysie/w-polsce-ruszyly-szczepienia-przeciw-covid-19-to-historyczny-moment>>.

¹⁷ Komunikat CBOS z badań nr 154/2020, *Stosunek do szczepień przeciw COVID-19 i grypie*, Warszawa 2020.

¹⁸ Zob. K. S. Park, X. Sun, M. E. Aikins, J. J. Moon, *Non-viral COVID-19 vaccine delivery systems*, "Advanced Drug Delivery Reviews", 2021, nr 169, s. 137–151; Y. D. Li, W. Y. Chi, J. H. Su, L. Ferrall, C. F. Hung, T. C. Wu, *Coronavirus vaccine development: from SARS and MERS to COVID-19*, "Journal of Biomed Science" 2020, nr 27(1), s. 104; S. Kamidani, C. A. Rostad, E. J. Anderson, *COVID-19 vaccine development: a pediatric perspective*, "Current Opinion in Pediatrics", 2021, 33(1), s. 144–151; Y. Lin, Z. Hu, Q. Zhao, H. Alias, M. Danaee, L. P. Wong, *Understanding COVID-19 vaccine demand and hesitancy: A nationwide online survey in China*, "PLoS Neglected Tropical Diseases" 2020, nr 14(12); H. Brus-sow, *Efforts towards a COVID-19 vaccine*, "Environmental Microbiology" 2020, nr 22(10), s. 4071–4084.

¹⁹ Zob. T. Wibawa, *COVID-19 vaccine research and development: ethical issues*, "Tropical Medicine & International Health", 2021, nr 26(1), s. 14–19.

²⁰ Zob. J. V. Lazarus, S. C. Ratzan, A. Palayew, L. O. Gostin, H. J. Larson, K. Rabin, S. Kimball, A. El-Mo-handes, *A global survey of potential acceptance of a COVID-19 vaccine*, "Nature Medicine", 2021, nr 27(2), s. 225–228.

COVID-19. Analizując dorobek doktryny dotyczący epidemii COVID-19²¹ należy stwierdzić, iż temat szczepień przeciwko COVID-19, zwłaszcza szczepień obowiązkowych personelu medycznego, nie był dotychczas przedmiotem badań. Koniecznym jest zatem uzupełnienie tej luki i podjęcie analiz skoncentrowanych wokół statusu prawnego szczepień przeciw COVID-19.

Prezentowane rozważania skupiać się będą wokół analizy wybranych aspektów statusu prawnego świadczenia zdrowotnego, jakim jest szczepienie przeciwko COVID-19. Przedmiotem analizy będą następujące zagadnienia: konstytucyjny obowiązek przeciwdziałania epidemii, zadania Ministra Zdrowia w związku ze stanem zagrożenia epidemicznego i epidemią (w tym obowiązek zapewnienia rezerwy szczepionek), definicja szczepień ochronnych oraz status szczepień przeciw COVID-19 jako szczepień ochronnych. Kluczowe dla prezentowanych rozważań będą dwa pytania – czy obowiązujący stan prawny umożliwia wprowadzenie powszechnego obowiązku szczepień przeciw COVID-19 oraz czy wprowadzenie obowiązku szczepień przedstawicieli zawodów medycznych jest jednoznaczne z możliwością stosowania przymusu bezpośredniego celem jego egzekwowania. Z uwagi na ramy objętościowe publikacji, poza jej zakresem pozostanie status Narodowego Programu Szczepień Ochronnych przeciw COVID-19, kompetencji personelu medycznego do realizacji szczepień oraz administracyjne i karne sankcje odmowy realizacji szczepień²².

Przedmiotem niniejszego opracowania będzie zatem historyczny rozwój regulacji prawnych nakładających na instytucje władzy publicznej obowiązek przeciwdziałania epidemii oraz analiza norm adresowanych do szczepień ochronnych przeciw COVID-19. Z punktu widzenia metodologii należy rozpocząć od analizy norm konstytucyjnych nakładających na ustawodawcę obowiązek konstruowania systemu opieki zdrowotnej oraz norm kształtujących działania związane z chorobami zakaźnymi. Następnie należy poddać badaniu historyczny rozwój zadań instytucji władzy publicznej odpowiedzialnych za ten obszar

²¹ P. Kubaszewski, K. Wiśniewska (red.), *Prawa człowieka w dobie pandemii*, Warszawa 2021; K. Baran, W. Burek, M. Gibek, *Wpływ Covid-19 na społeczeństwo i prawo. Wybrane aspekty polskich i europejskich regulacji prawnych*, „Rocznik Administracji Publicznej” 2020, nr 6, s. 282–299; K. Stępiak (red.), *Państwo i prawo w czasach COVID-19*, Warszawa 2020; T. Gardocka, D. Jagiełło (red.), *Pandemia Covid-19 a prawa i wolności obywatela*, Warszawa 2021; P. Kardas, *Konstytucyjne podstawy rozstrzygania kolizji obowiązków i dóbr w czasie pandemii*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 5–28; M. Bielski, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza za uchylenie się od leczenia – kilka uwag o wykładni art. 26 § 4 k.k.*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 52–74; R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za narażenie na zakażenie wirusem SARS-CoV-2*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 113–136; E. Plebanek, *Zachowanie a ujawnienie tajemnicy lekarskiej i pielęgniarskiej – kolizja obowiązków oraz próba jej rozwiązania*, s. 137–160; S. Tarapata, *Problem rozstrzygania prawno-karnej kolizji dóbr w trakcie wykonywania świadczeń zdrowotnych*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 176–195.

²² W tym temacie zob. R. Kubiak, *Konsekwencje administracyjne i karne stosowane wobec rodziców sprzeciwiających się obowiązkowym szczepieniom ochronnym* [w:] A. Górski, E. Sarnacka, *Zagadnienia prawa medycznego*, Warszawa 2018, s. 96–107.

ochrony zdrowia. Badania będą zatem prowadzone przy wykorzystaniu metody historyczno-prawnej, której funkcją jest odtworzenie przeszłego stanu rzeczy, konkretnego zagadnienia, rozwoju dziejowego danego zagadnienia, całego okresu prawnego bądź szeregu okresów²³. W badaniach prawnohistorycznych wyróżnia się dwie metody podstawowe: stosowaną w literaturze francuskiej i zakładającą, że autor będzie odtwarzał przeszłość na podstawie szeregu pomników prawa, które uzna za podstawowe i które wybierze (tym samym będzie podlegał sugestii – swojej bądź innych autorów) oraz stosowaną w literaturze niemieckiej, zakładającą zestawienie możliwie wszystkich pomników odnoszących się do rozpatrywanego zagadnienia²⁴. W prezentowanych badaniach metoda prawnohistoryczna zostanie wykorzystana celem wskazania rozwoju i zmian instytucji, do których kompetencji należała ochrona zdrowia, w tym przeciwdziałanie chorobom zakaźnym od okresu międzywojennego do współczesności. W dalszej kolejności należy dokonać egzegezy ustawodawstwa zwykłego z zakresu chorób zakaźnych oraz związanych z nimi szczepieniami ochronnymi. Należy zauważyć, że stworzenie konstytucyjnego obowiązku przeciwdziałania epidemii nakłada na ustawodawcę obowiązek sformułowania norm prawnych definiujących epidemię i stan zagrożenia epidemicznego oraz określenia sposobów przeciwdziałania i zapobiegania im. Z tego względu analiza prowadzona będzie metodą dogmatyczną²⁵ i obejmie rozważania dotyczące: 1. Definicji szczepień ochronnych; 2. Statusu szczepień przeciwko COVID-19; 3. Możliwości wprowadzenia obowiązkowych szczepień przeciw COVID-19; oraz 4. Uprawnień do stosowania przymusu bezpośredniego. Wnioski znajdują się w ostatniej części artykułu.

3.2. Konstytucyjny obowiązek przeciwdziałania epidemii jako zadanie Ministra Zdrowia

Zwalczanie chorób epidemicznych stanowi konstytucyjny obowiązek organów władzy publicznej. Ustrojodawca, konstruując obowiązki organów władzy publicznej oraz prawa i obowiązki obywateli i osób przebywających na terenie RP, w art. 68 ust. 4 nakłada na pierwszych z wymienionych obowiązek zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania

²³ I. Łyskowski, *O metodzie w badaniach prawnohistorycznych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1929, nr 9, z. 1, s. 1–2.

²⁴ Tamże.

²⁵ Metoda dogmatyczna określana jest również jako formalno-dogmatyczna, dogmatyczno-egzegetyczna, hermeneutyczna metoda egzegezy, prawno-analityczna, dogmatyczno-analityczna oraz dogmatyczno-indukcyjna. W doktrynie można zauważyć rozbieżności w określaniu przedmiotu analiz metody dogmatycznej – czy ma ona zastosowanie wyłącznie do przepisów prawa, czy również do orzecznictwa i doktryny, zob. szerzej: Dawid van Kędzierski, *Metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2018, nr 3, s. 13.

negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska. Jak słusznie wskazano w doktrynie, normy zawarte w art. 68 ust. 4–5 wskazują, iż zakres pojęcia „ochrona zdrowia” nie jest ograniczony do zapewnienia każdemu opieki zdrowotnej, a obejmuje również zwalczanie chorób epidemicznych, zwalczanie negatywnych dla zdrowia skutków degradacji środowiska oraz rozwój kultury fizycznej²⁶.

Zadania związane z przeciwdziałaniem i zwalczaniem epidemii należały do obowiązków ministra właściwego do spraw zdrowia już w okresie międzywojennym. Zasadnicza ustawa sanitarna²⁷ z dnia 19 lipca 1919 r., powierzając nadzór zwierzchni nad wszystkimi sprawami zdrowotnymi w państwie i zwierzchnie kierownictwo nad sprawami lekarskimi Ministerstwu Zdrowia Publicznego (art. 1), wyszczególniła zadanie zwalczania chorób w ogóle, a szczegółowo chorób zakaźnych – zarówno zakaźnych, jak i przewlekłych (art. 2 pkt 1). Tym samym, zakłady wyrobu surowic i szczepionek podlegały nadzorowi Ministra Zdrowia Publicznego. Kluczowe akty prawne dla przeciwdziałania chorobom zakaźnym były jednak wydawane przez resorty inne niż Ministerstwo Zdrowia Publicznego (dalej: MZP), gdyż MZP funkcjonowało jedynie 6 lat (15.05.1918–19.12.1923)²⁸. Zgodnie normą zawartą w art. 24 Dekretu Rady Regencyjnej o tymczasowej organizacji Władz Naczelnych w Królestwie Polskim²⁹, działania związane ze służbą zdrowia zostały wskazane jako kompetencje Ministra Spraw Wewnętrznych. Sprawy służby zdrowia zostały wyłączone z jego kompetencji i przekazane nowoutworzonemu resortowi – Ministerstwu Zdrowia Publicznego, Opieki Społecznej i Ochrony Pracy³⁰ – Dekretem Rady Regencyjnej Królestwa Polskiego o utworzeniu Ministerstwa Zdrowia Publicznego, Opieki Społecznej i Ochrony Pracy z dnia 4 kwietnia 1918 r.³¹ Dekretem z 30 października 1918 r. rozdzielono nowo utworzone ministerstwo, a jego zadania zostały przekazane odpowiednio Ministerstwu Zdrowia Publicznego i Opieki Społecznej oraz Ministerstwu Ochrony Pracy. Ustawą z dnia 28 listopada 1923 r. w przedmiocie zniesienia Ministerstwa Zdrowia Publicznego³² kompetencje z zakresu służby zdrowia zostały w przekazane Ministrowi Spraw Wewnętrznych i Ministrowi Pracy i Opieki Społecznej. Do 1 lipca 1932 r. działania związane z chorobami

²⁶ Za: L. Bosek, Komentarz do art. 68 [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, dostęp: Legalis.

²⁷ Dz.Pr.P.P.z 1919 r. nr 63, poz. 971.

²⁸ Szerzej: D. Cianciara, *Zdrowie publiczne w Polsce przed II wojną światową – lekcja dla współczesnych*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2011, nr 65(4), s. 636.

²⁹ Dz.U. z 1918 r. Nr 1, poz. 1.

³⁰ Pierwszym Ministrem został dr Witold Chodźko. Szerzej: D. Cianciara, dz. cyt., s. 636.

³¹ Dz.U. z 1918 r. Nr 5, poz. 8.

³² Dz.U. z 1923 r. Nr 131, poz. 1060.

zakaźnymi zostały powierzone pierwszemu z wymienionych³³. Po wejściu w życie rozporządzenia z dnia 21 czerwca 1932 r. o przekazaniu zakresu działania Ministra Spraw Wewnętrznych w sprawach zdrowia publicznego Ministrowi Opieki Społecznej zadania związane z chorobami zakaźnymi ponownie znalazły się w gestii jednego resortu.

W okresie powojennym koordynacja działań związanych z ochroną zdrowia została powierzona dr. Bolesławowi Drobnerowi, pełniącemu funkcję kierownika Resortu Pracy, Opieki Społecznej i Zdrowia w utworzonym w 1944 r. Komitecie Wyzwolenia Narodowego³⁴. Pierwsze samodzielne powojenne Ministerstwo Zdrowia zostało wyodrębnione 14 kwietnia 1945 r.³⁵ W latach 1960–1987 ponownie działało ono pod nazwą Ministerstwo Zdrowia i Opieki Społecznej³⁶ i zostało przekształcone 1999 r. w Ministerstwo Zdrowia³⁷.

W wyniku licznych zmian organizacyjnych władzy wykonawczej, działania związane z przeciwdziałaniem i zwalczaniem chorób zakaźnych (a tym samym obejmujące szczepienia) były normowane przez różne resorty w zależności od okresu, w którym były wydawane. Cykliczne zmiany resortu miały wpływ na prowadzoną politykę zdrowotną. Obecnie, od 1999 r., kompetencje związane z przeciwdziałaniem chorobom zakaźnym skupione są wokół Ministerstwa Zdrowia.

Istotnym, z punktu widzenia prowadzonych rozważań, jest zadanie ministra właściwego do spraw zdrowia wynikające z normy zawartej w art. 18a ust. 4 u.z.z.c. Obowiązek zakupu rezerwy szczepionek oraz innych immunologicznych produktów leczniczych stosowanych w razie wystąpienia zagrożenia epidemicznego lub epidemii został wprowadzony 1 stycznia 2017 r. na mocy ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o zapobieganiu

³³ Zgodnie z §2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 18 stycznia 1924 r. w przedmiocie rozdziału kompetencji Ministra Zdrowia Publicznego (Dz.U.z 1924 r. Nr 9, poz. 86) do kompetencji Ministra Pracy i Opieki Społecznej przeszły wyłącznie zadania z zakresu: lekarskiej opieki nad dzieckiem i macierzyństwem bez eugeniki i szpitalnictwa; współdziałanie w sprawach lekarskiej opieki nad inwalidami i kalekami; sprawy osiedleńcze bez higieny i sanitarnej inspekcji mieszkaniowej; sprawy higieny pracy w przemyśle, górnictwie i rzemiosłach, w komunikacji lądowej i wodnej, z zastrzeżeniem współdziałania Ministra Spraw Wewnętrznych oraz odnośnie do przedsiębiorstw państwowych również i innych ministrów, pod których zarządem się znajdują oraz sprawy opiekuńcze instytucji i towarzystw o celach leczniczych i higienicznych.

³⁴ Ustawa z dnia 21 lipca 1944 r. o utworzeniu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego, Dz.U. Nr 1, poz. 1.

³⁵ Dekret z dnia 11 kwietnia 1945 r. o podziale Ministerstwa Pracy, Opieki Społecznej i Zdrowia utworzonego ustawą z dnia 31 grudnia 1944 r., Dz.U. Nr 19, poz. 99.

³⁶ Ustawa z dnia 13 kwietnia 1960 r. o utworzeniu Komitetu Pracy i Płac oraz o zmianach właściwości w dziedzinie ubezpieczeń społecznych, rent, zaopatrzeń i opieki społecznej, Dz.U. z 1960 r. Nr 20, poz. 119.

³⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 października 1999 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Zdrowia, Dz.U.z 1999r. Nr 91, poz. 1018.

i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi³⁸. Żadna z poprzednio obowiązujących ustaw regulujących kwestię chorób zakaźnych nie przewidywała utworzenia rezerwy szczepionek³⁹. Wartym zwrócenia uwagi jest fakt, że w uzasadnieniu projektu ustawy nie podano przyczyn przedmiotowej nowelizacji⁴⁰. W odniesieniu do obowiązku przygotowania rezerwy, projektodawca podniósł, że należy przygotować środki finansowe na zakup szczepionek i produktów, nie podając dokładnych szacunków⁴¹.

Obowiązek utrzymania rezerwy szczepionek i innych immunologicznych produktów leczniczych ma na celu ochronę zdrowia publicznego w dwóch aspektach – przyszłym i aktualnym. W ramach pierwszego stanowi ochronę na wypadek wystąpienia stanu zagrożenia epidemicznego lub epidemii w przyszłości. Natomiast bieżąca ochrona zdrowia publicznego jest realizowana jako zapewnienie spokoju obywatelom poprzez przekonanie o zabezpieczeniu ich interesów zdrowotnych na wypadek potencjalnych zdarzeń w przyszłości⁴².

Na podstawie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 18a ust. 4 Minister Zdrowia wydał rozporządzenie z dnia 29 marca 2017 r. w sprawie rezerwy szczepionek oraz innych immunologicznych produktów leczniczych, stosowanych w razie wystąpienia zagrożenia epidemiologicznego lub epidemii⁴³. W pierwotnym brzmieniu §2 regulujący skład rezerwy zawierał szczepionki przeciwko 4 wskazanym chorobom zakaźnym [inwazyjne zakażenia *Neisseria meningitidis*, durowi brzusznemu (Ty), durowi i tężcowi (TyT) oraz błonicy – szczepionka stosowana u dzieci (D) i u dorosłych (d)] oraz szczepionki przeciw chorobom objętym obowiązkiem szczepienia w ramach Programu Szczepień Ochronnych. W związku z nowelizacją przedmiotowego aktu⁴⁴, wykaz został poszerzony o szczepionki przeciwko

³⁸ Dz.U. z 2015 r. poz. 1365.

³⁹ Obowiązek zapewnienia rezerwy szczepionek oraz innych immunologicznych produktów leczniczych nie występował w Dekrecie z dnia 7 lutego 1919 r. w przedmiocie zwalczania chorób zakaźnych oraz innych chorób, występujących nagminnie (Dz.U. z 1919 r. Nr 14, poz. 184).

⁴⁰ Na marginesie prowadzonych rozważań wskazać należy, iż w pierwotnym brzmieniu przedmiotowa ustawa przeniosła obowiązek finansowania zakupu szczepionek służących do realizacji obowiązkowych szczepień ochronnych z ministra właściwego do spraw zdrowia na NFZ – art. 1 ust. 1 pkt 4 dodawał pkt 3d do art. 97 ust. 3 do ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1398) zgodnie z którym do zadań NFZ należy finansowanie zakupu szczepionek dla ubezpieczonych. Zgodnie z uzasadnieniem projektu to rozwiązanie miało odciążyć budżet skarbu państwa o kwotę 86 064 000,00 PLN. Niniejsza zmiana została uchylona Ustawą z dnia 4 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 2173).

⁴¹ Druk sejmowy nr 3609 – Uzasadnienie projektu o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi.

⁴² J. Haberko, *Komentarz do art. 18a [w:] L. Bosek (red.), Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, Warszawa 2021, dostęp: Legalis.

⁴³ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 612.

⁴⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 14 kwietnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie rezerwy szczepionek oraz innych immunologicznych produktów leczniczych, stosowanych w razie wystąpienia zagrożenia epidemicznego lub epidemii, Dz.U. z 2021 r. poz. 715.

COVID-19 wywołanemu przez wirus SARS-CoV-2 w ilości nie mniejszej niż 10% zapotrzebowania do realizacji Narodowego Programu Szczepień przeciw COVID-19.

Przeprowadzone rozważania prowadzą do konkluzji, że w związku ze stanem epidemii lub zagrożenia epidemiologicznego minister właściwy do spraw zdrowia ma dodatkowe zadanie w postaci przygotowania rezerwy szczepionek i innych immunologicznych produktów leczniczych. Wprowadzenie Narodowego Programu Szczepień przeciwko COVID-19 wpłynęło na poszerzenie składu rezerwy również o szczepionki przeciwko tej chorobie.

3.3. Definicja szczepień ochronnych

Ludzkość od zawsze była zagrożona różnymi chorobami zakaźnymi. Czynniki je indukujące mogą wywołać groźne zachorowania na mniejszą (ogniska endemiczne) lub większą skalę (epidemie, pandemie) bądź wykorzystane jako środki bojowe lub terrorystyczne⁴⁵. Już starożytni wiedzieli, że przechorowanie ospy chroni przed powtórным zachorowaniem na całe życie. Gdy minął szczyt zachorowań, powszechna była praktyka kontaktu osób zdrowych (zwłaszcza dzieci) z osobami, które ją przechorowały lub z rzeczami, z którymi się stykali. Mimo, iż przedstawiona metoda była bardzo ryzykowna, potwierdzała antygenową swoistość reakcji immunologicznej oraz pamięci immunologicznej, które (zbadane dopiero w XIX/XX w.) stały się podstawą szczepień przeciwzakaźnych⁴⁶. Twórcą pierwszej szczepionki był Edward Jenner – nazywany „dobroczyńcą ludzkości” – który 14 maja 1796 r., wykorzystując wiedzę, że osoby mające kontakt z krowami chorymi na ospę na nią nie zapadają, użył skutecznej szczepionki przeciwko ospie ludzkiej, w skład której wchodził CPXV, uzyskany ze zmian ospowych (szarych pęcherzyków) obecnych na rękach dojarki Sarah Nelmes⁴⁷.

Podstawowym zadaniem szczepień jest zwiększenie odporności zaszczepionej jednostki – człowieka albo zwierzęcia. Odporność jest zdolnością organizmu do obrony przed czynnikami zakaźnymi⁴⁸. Literatura medyczna wyróżnia dwa jej rodzaje – wrodzoną (nie-swoistą) oraz nabytą (swoistą). Pierwsza stanowi zespół składników, które działają szybko i utrudniają powstanie i rozwinięcie zakażenia. Odporność nabyta dzieli się na bierną, czyli otrzymywaną przez dziecko od matki postaci przeciwciał przechodzących przez łożysko

⁴⁵ N. Niemiałowski, L. Szulc, A. Boratyńska, L. Martyniszyn, J. Struzik, J. Karandys, *Ospa prawdziwa: patrząc wstecz od Edwarda Jennera, a nawet trochę dalej*, „Postępy Mikrobiologii” 2009, nr 48(4), s. 291.

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ Tamże. Słowo *the vaccine* pochodzi od łac. *vacca* – krowa.

⁴⁸ E. Krawczyk, *Szczepienia – wspaniałe osiągnięcia nauki i medycyny*, „Wszechświat Czasopismo Polskiego Towarzystwa Przyrodników” 2011, z. 7–9, s. 167.

i z zastrzyków surowicy z immunoglobulinami, oraz nabytą czynną, wytwarzaną przez konkretny organizm najczęściej w związku z naturalnym przechorowaniem bądź szczepieniem⁴⁹. Zadaniem szczepionki jest wywołanie reakcji układu immunologicznego podobnej do naturalnie przebiegającego zakażenia, jednak bez ryzyka zachorowania i powikłań z nim związanych. Co więcej, pamięć immunologiczna jest obecna również gdy nie można już wykryć przeciwciał krążących we krwi⁵⁰.

Szczepionki są preparatami zawierającymi w swoim składzie antygeny bakteryjne lub wirusowe oraz substancje pomocnicze i stabilizujące. Celem antygenów jest wywołanie odpowiedzi immunologicznej przeciwko danemu drobnoustrojowi⁵¹. Ponieważ antygeny stanowią drobnoustroje żywe atenuowane (pozbawione zjadliwości) bądź martwe inaktywowane lub ich fragmenty, wyróżnia się szczepionki żywe lub martwe. Szczepionki mogą być produkowane jako preparaty monowalentne (jednoantygenowe), poliwalentne (np. 13- lub 23-walentna szczepionka przeciwko pneumokokom) oraz skojarzone (tj. posiadające 2 lub więcej antygenów przeciwko różnym drobnoustrojom, przykładowo błonica-tężec-krztusiec)⁵².

Szczepienia mają istotne znaczenie nie tylko dla odporności szczepionej jednostki, ale również całego społeczeństwa, poprzez budowanie tzw. odporności populacji⁵³. Masowe szczepienia przyczyniły się do wyeliminowania chorób takich jak polio czy błonica. Pośrednio odporność populacji przyczyniła się również do ochrony niemowląt, które z uwagi na wiek nie mogły być szczepione oraz dzieci, których nie można zaszczepić z powodów zdrowotnych⁵⁴. Dla prowadzonych rozważań istotne jest, iż szczepienie dorosłych nie tylko chroni ich od chorób zakaźnych, ale również pośrednio zwiększa ochronę dzieci przez realizację strategii kokonowej⁵⁵. Jej założeniem jest zaszczepienie osób z najbliższego otoczenia pacjenta, który sam będąc wrażliwym na zachorowanie, zaszczepiony być nie może ze względu na medyczne przeciwwskazania⁵⁶.

⁴⁹ Tamże.

⁵⁰ Tamże, s. 167–168. H. Szymczyk, *Szczepienia – najlepsza metoda zwalczania chorób zakaźnych*, „Medycyna ogólna i nauki o zdrowiu” 2016, t. 22, nr 4, s. 245.

⁵¹ H. Szymczyk, *Szczepienia...*

⁵² Tamże.

⁵³ A. Nosek, D. Kozłowska, Z. Kopański, I. Brukwicka, W. Uracz, S. Dyl, *Wybrane zagadnienia dotyczące szczepień ochronnych u dzieci*, „Journal of Clinical Healthcare” 2014, nr 2, s. 10.

⁵⁴ Tamże.

⁵⁵ Tamże, s. 11.

⁵⁶ K. Jaroszevska, M. Gawlak, A. Fijałkowska, K. Życińska, K. A. Wardyn, A. Nitsch-Osuch, *Wiedza rodziców o strategii kokonowej szczepień przeciw grypie i krztuścowi*, „Family Medicine & Prime Care Review” 2014, nr 16, s. 341.

Przechodząc do analizy regulacji prawnych związanych z realizacją szczepień przeciwko COVID-19, należy wskazać, iż ustawodawca zdefiniował termin „szczepienie ochronne”. Zgodnie z normą zawartą w art. 2 pkt 26 u.z.z.c. szczepienie ochronne stanowi „podanie szczepionki przeciw chorobie zakaźnej w celu sztucznego uodpornienia przeciwko tej chorobie”. Przytoczona definicja legalna ma budowę równościową⁵⁷ – zawierającą zwrot objaśniany (*definiendum*), łącznik definicyjny (w tym przypadku „-”) i zwrot objaśniający (*definiens*)⁵⁸. Definicje równościowe służą głównie objaśnianiu centralnych kategorii danego aktu prawnego⁵⁹.

W doktrynie wyrażono słuszny pogląd, że postępująca jurydyzacja życia publicznego powoduje, iż system prawa jest coraz bardziej złożony, przez co właściwe odczytywanie aktów prawnych jest coraz trudniejszym zadaniem zarówno dla ich adresatów, jak i osób zajmujących się stosowaniem prawa. Zadaniem definicji legalnej jest zatem ułatwianie rozumienia prawa, a tym samym jego poprawnej wykładni oraz przestrzegania i właściwego stosowania⁶⁰. Narzucone przez ustawodawcę definicje legalne w rezultacie stanowią dyrektywy wykładni. Właściwe zrozumienie terminu zawartego w definicji ma zatem znaczenie pierwszorzędne dla interpretacji zakresu⁶¹.

Zasady techniki prawodawczej⁶² (dalej: z.t.p.) uzasadniają formułowanie definicji danego określenia, jeżeli zachodzi jedna z czterech okoliczności: dane określenie jest wieloznaczne; dane określenie jest nieostre, a jest pożądane ograniczenie jego ostrości; znaczenie danego określenia nie jest powszechnie zrozumiałe lub ze względu na dziedzinę regulowanych spraw istnieje potrzeba ustalenia nowego znaczenia danego określenia.

⁵⁷ Konstrukcja definicji wskazuje na definicję równością klasyczną budowaną według zasady *definitio fit per genus et differentiam specificam* – definicja ma polegać na podaniu rodzaju i różnicy gatunkowej. Przywołane zalecenie wskazuje na definiowanie nazwy A poprzez porównanie jej z zakresem ogólniejszej nazwy B ograniczonym przez dodanie cech C należące do zwężających ten szerszy zakres. Szerzej: Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1997, s. 48–49.

⁵⁸ Wyróżnia się jeszcze definicje legalne nierównościowe mające najczęściej budowę aksjomatyczną – przez postulaty. Definicje nierównościowe najczęściej mają w treści prawa znaczenie subsydiarne, za: M. Bartoszewicz, *Definicje legalne w świetle zasady określoności prawa* [w:] R. Balicki, M. Jabłoński, K. Wójtowicz, *Dookoła Wojtek... : księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, Wrocław 2018, s. 356.

⁵⁹ Tamże.

⁶⁰ T. Bączkowski, *Kilka krytycznych uwag i spostrzeżeń dotyczących formułowania definicji legalnych we współczesnym prawodawstwie*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, 2016, t. 36, s. 59.

⁶¹ J. Oniszczyk, *Tworzenie aktów normatywnych jako instrument polityki publicznej. Technika budowy tekstu*, „Studia z Polityki Publicznej” 2014, nr 3(3), s. 36.

⁶² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 283. Na marginesie prowadzonych rozważań należy wskazać, że mimo dyskusyjnego statusu zasad techniki prawodawczej w systemie prawnym, tworzenie aktów prawnych zgodnie z ich wytycznymi daje rękojmię ich formalnej poprawności, zob. T. Bączkowski, *Kilka krytycznych uwag i spostrzeżeń dotyczących formułowania definicji legalnych we współczesnym prawodawstwie* („Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, t. XXXVI, s. 59) i wskazana tam literatura.

Wartym zastanowienia jest, która z przytoczonych okoliczności była tutaj przyczyną podjętych przez ustawodawcę działań. Biorąc pod uwagę fakt, iż termin szczepienie ochronne jest mocno związany medycyną i opieką zdrowotną, można podawać w wątpliwość jego znajomość przez ogół społeczeństwa oraz wysnuć wniosek, iż zamiarem ustawodawcy było zapewnienie powszechnego zrozumienia przedmiotowej regulacji. Potwierdzeniem braku dostatecznej wiedzy społeczeństwa na temat szczepień ochronnych są badania CBOS z 2017 r., które potwierdziły, że Polacy pozytywnie ocenili obowiązek szczepień ochronnych dzieci, wykazały brak wystarczającej wiedzy rodziców w zakresie bezpieczeństwa szczepień oraz zwróciły uwagę na zapotrzebowanie na edukację w tym obszarze⁶³. Co więcej, niewystarczająca wiedza w przedmiocie szczepień ochronnych widoczna jest również wśród studentów kierunków medycznych. Badania przeprowadzone w Opolu i Bytomiu wykazały, że nikt z ankietowanych nie odpowiedział poprawnie na wszystkie pytania dotyczące szczepień ochronnych. Co ciekawe, trudności powodowały już podstawowe kwestie z przedmiotowego obszaru, takie jak szczepienie, kalendarz szczepień czy objaw poszczepienny⁶⁴. Przyczyn powyższych zachowań można doszukiwać się, między innymi, w coraz aktywniejszej działalności ruchów antyszczepionkowych⁶⁵.

Z definicją szczepienia ochronnego nierozdzielnie związany jest termin choroby zakaźnej, również zdefiniowany w przedmiotowej ustawie. Chorobą zakaźną jest choroba, która została wywołana przez biologiczny czynnik chorobotwórczy (art. 2 pkt 3 u.z.z.c.), którym – zgodnie z art. 2 pkt 2 u.z.z.c. – są posiadające zdolność wywoływania objawów chorobowych drobnoustroje komórkowe lub wytwarzane przez nie produkty, zewnętrzne i wewnętrzne pasożyty człowieka lub wytwarzane przez nie produkty, cząstki bezkomórkowe zdolne do replikacji lub przenoszenia materiału genetycznego, w tym zmodyfikowane genetycznie hodowle komórkowe lub wytwarzane przez nie produkty.

Podsumowując wszystkie definicje przytoczone powyżej można zdefiniować szczepienie ochronne jako podanie szczepionki przeciwko chorobie wywołanej przez posiadające zdolność wywoływania objawów chorobowych drobnoustroje komórkowe lub wytwarzane przez nie produkty, zewnętrzne i wewnętrzne pasożyty człowieka lub wytwarzane przez

⁶³ Zob. *Polacy o obowiązku szczepienia dzieci. Komunikat z badań nr 100/2017*, CBOS, Warszawa 2017, [dostęp: 10 maja 2021]. Dostępny na stronie: <https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2017/K_100_17.PDF>.

⁶⁴ A. Wojtczyk, *Stan wiedzy i podejmowane działania profilaktyczne studentów kierunków medycznych w dziedzinie szczepień ochronnych*, „Puls Uczelni” 2013, nr 7 (3), s. 23.

⁶⁵ Zob. A. Lusawa, J. Pinkas, W. S. Zgliczyński, M. Mazurek, W. Wierzbza, *Nieprawdziwe informacje w zakresie szczepień ochronnych jako wyzwanie dla zdrowia publicznego*, „Zdrowie Publiczne i Zarządzanie 2019”, nr 17(1), s. 40–45.

nie produkty, cząstki bezkomórkowe zdolne do replikacji lub przenoszenia materiału genetycznego, w tym zmodyfikowane genetycznie hodowle komórkowe lub wytwarzane przez nie produkty. Nie sposób przyznać racji ustawodawcy, który w ten sposób formułuje definicję legalną. Nie spełnia ona bowiem zamierzonego celu – nie wyjaśnia pojęcia adresatom ustawy. Konstrukcja jest zawiła, trudna do przyswojenia i zrozumienia osobom nie-mającym kierunkowego wykształcenia medycznego w dziedzinie chorób zakaźnych.

W tym miejscu należy rozważyć, czy ustawodawca nie popełnił błędu konstruując definicję legalną przez definiowanie nieznanego przez nieznanie (*ignotum per ignotum*). Jak uprzednio wskazano, definicje legalne są dyrektywą wykładni norm prawnych zawartych w przepisach, mają za zadanie ułatwić zrozumienie oraz stosowanie prawa. Trudno uznać realizację tego celu w przypadku definicji „szczepienia ochronnego”, do której wymagana jest znajomość dwóch dodatkowych definicji – choroby zakaźnej oraz biologicznego czynnika chorobotwórczego. Nie można zatem uznać, że zadanie stawiane definicjom legalnym – ułatwienie wykładni norm – zostało w analizowanym akcie prawnym zrealizowane. Wręcz przeciwnie, ustawodawca znacznie utrudnił właściwą wykładnię definicji szczepień ochronnych poprzez jej zawiłą konstrukcję. Co więcej, tłumaczenie w części definiującej niezrozumiałego terminu przez określenie niezrozumiałe lub wieloznaczne uznawane jest w doktrynie za błąd w definiowaniu niemożliwy do zaakceptowania z punktu widzenia określoności prawa⁶⁶.

3.4. Szczepienie przeciwko COVID-19 jako szczepienie ochronne

Kluczową kwestią dla prowadzonych rozważań jest odpowiedź na pytanie, czy w obowiązującym stanie prawnym nałożenie obowiązku szczepienia przeciwko COVID-19 oznacza możliwość zastosowania przymusu bezpośredniego wobec osób, które uchylają się przed jego wykonaniem. Tak złożone pytanie wymusza dokonanie kilku analiz wstępnych: jaki charakter ma szczepienie przeciwko COVID-19, czy obowiązujący stan prawny umożliwia wprowadzenie powszechnego obowiązku szczepień przy takim charakterze szczepienia, w jakich okolicznościach ustawodawca umożliwił stosowanie przymusu bezpośredniego, czy obowiązkowe szczepienie przeciwko COVID-19 można będzie egzekwo-

⁶⁶ Za: M. Bartoszewicz, *Definicje legalne...*, s. 361.

wać przymusem bezpośrednim. Szczepienie przeciwko COVID-19 jest szczepieniem ochronnym. Status szczepienia wynika bezpośrednio z analizowanej ustawy, a dokładnie z art. 21b⁶⁷ i 21c⁶⁸ u.z.z.c., które weszły w życie 26 stycznia 2021 r. z mocą obowiązującą od 20 grudnia 2020 r.⁶⁹

Ustawodawca, normując instytucję szczepień ochronnych, przewidział ich dwie formy: obowiązkowe szczepienia ochronne (art. 17–18 u.z.z.c.) oraz zalecane szczepienia

⁶⁷ Pierwotnie art. 21c zakładał, że szczepienie ochronne przeciwko COVID-19 będzie poprzedzone lekariskim badaniem kwalifikacyjnym. Nowelizacja ustawy (ustawa z dnia 17 marca 2021 r. o zmianie ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. poz. 616), która weszła w życie 2 kwietnia 2021 r. wprowadziła zmianę na „badanie kwalifikacyjne” i możliwość kwalifikowania do szczepienia przez przedstawicieli innych zawodów o odpowiednich kwalifikacjach.

Przytaczam tutaj art. 21c w brzmieniu od 2 kwietnia 2021 r.:

1. W przypadku wystąpienia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, wykonanie szczepienia ochronnego przeciwko COVID-19 jest poprzedzone badaniem kwalifikacyjnym w celu wykluczenia przeciwwskazań do jego wykonania przeprowadzanym przez lekarza lub osobę posiadającą kwalifikacje określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 5.
2. W przypadku wystąpienia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, szczepienia ochronne przeciwko COVID-19 przeprowadzają:

- 1) lekarze, lekarze dentyści, pielęgniarki, położne, felcerzy i ratownicy medyczni;
- 2) fizjoterapeuci, farmaceuci, higienistki szkolne i diagnostki laboratoryjni, posiadający kwalifikacje określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 5.

3. Do szczepień ochronnych przeciwko COVID-19 nie stosuje się przepisów art. 19, w przypadku wystąpienia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19.

4. W przypadku wystąpienia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, zakup szczepionek przeciwko COVID-19 oraz koszty przeprowadzania szczepień ochronnych przeciwko COVID-19 są finansowane ze środków publicznych.

5. Minister właściwy do spraw zdrowia określi, w drodze rozporządzenia:

- 1) kwalifikacje osób przeprowadzających badanie kwalifikacyjne, o których mowa w ust. 1,
- 2) kwalifikacje osób przeprowadzających szczepienia ochronne przeciwko COVID-19, o których mowa w ust. 2 pkt 2

- uwzględniając konieczność zapewnienia bezpieczeństwa osób poddanych tym szczepieniom.

⁶⁸ Art. 21d brzmi jak następuje:

1. Szczepienia ochronne przeciwko COVID-19 są przeprowadzane na podstawie skierowania określonego w przepisach wydanych na podstawie art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, zwanego dalej „skierowaniem”.

2. Skierowanie w postaci elektronicznej jest wystawiane przez:

- 1) system, o którym mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia,

- 2) lekarza za pośrednictwem systemu, o którym mowa w pkt 1

- zgodnie z kryteriami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 4.

3. Skierowanie jest ważne przez okres 90 dni od dnia jego wystawienia.

4. Do skierowania, o którym mowa w ust. 2 pkt 2, stosuje się art. 31b ust. 14 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia.

5. Po wykonaniu szczepienia ochronnego przeciwko COVID-19 albo podaniu pierwszej dawki szczepionki przeciwko COVID-19, punkt szczepień dokonuje zmiany statusu informacji skierowania w systemie, o którym mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia.

⁶⁹ Ustawa z dnia 21 stycznia 2021 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2021 r. poz. 159.

ochronne (art. 19 u.z.z.c.)⁷⁰. Katalog chorób zakaźnych oraz osób objętych obowiązkowymi szczepieniami ochronnymi został uregulowany w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych (dalej: r.o.s.o.)⁷¹, wydanym na podstawie upoważnienia ustawowego z art. 19 ust. 10 u.z.z.c. Obecnie obowiązek szczepień ochronnych dotyczy 14 chorób zakaźnych⁷². Szczepienia te obejmują wyłącznie dzieci i młodzież do ukończenia 19 r.ż.⁷³. Osoby przebywające na terytorium RP krócej niż 3 miesiące nie są objęte obowiązkowymi szczepieniami ochronnym, z wyłączeniem szczepień poekspozycyjnych⁷⁴.

Program Szczepień Ochronnych ogłaszany jest w formie komunikatu Głównego Inspektora Sanitarnego w Dzienniku Urzędowym Ministra Zdrowia na dany rok w terminie

⁷⁰ W trakcie prac Sejmu VIII kadencji (2015–2019) podjęto działania mające na celu nowelizację regulacji prawnych dotyczących szczepień ochronnych. Zgodnie z projektem ustawy z dnia 27 października 2017 r. o zmianie ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi oraz niektórych innych ustaw. (Na stronie Rządowego Centrum Legislacji w dniu 20 października 2017 r. został opublikowany projekt ustawy o zmianie ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi oraz niektórych innych ustaw. Dostępny w internecie: <<https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12304556/katalog/12466351#12466351>>, [dostęp: 23 maja 2021]). Zgodnie z przywołanym projektem, Program Szczepień Ochronnych miał zostać zastąpiony Narodowym Programem Szczepień Ochronnych unormowanym w formie rozporządzenia wydanego przez Ministra Zdrowia. W założeniu projektodawców Narodowy Program Szczepień Ochronnych miał obejmować: listę chorób zakaźnych oraz określenie osób zobowiązanych do poddawania się szczepieniom ochronnym przeciw tym chorobom zakaźnym (określanych powszechnymi obowiązkowymi szczepieniami ochronnymi); wykaz chorób zakaźnych oraz wskazanie grup ryzyka zachorowania na chorobę zakaźną lub jej ciężki przebieg kliniczny zobowiązanych do poddawania się szczepieniom ochronnym (obowiązkowe szczepienia ochronne dla osób z grup ryzyka), wyliczenie chorób zakaźnych oraz jednostek uprawniających do poddania się nieodpłatnym szczepieniom ochronnym przeciw tym chorobom (zalecane szczepienia ochronne finansowane z budżetu państwa w ramach Narodowego Programu Szczepień Ochronnych). Zob. K. Pałka, *Świadczenia zdrowotne związane z chorobami zakaźnymi, w tym obowiązkowe i zalecane szczepienia* [w:] L. Bosek, A. Wnukiewicz (red.), *System Prawa Medycznego, t. 2, Szczególne świadczenia zdrowotne*, Warszawa 2018, s. 604.

⁷¹ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 753.

⁷² Zgodnie z §2 r.o.s.o.: błonica; gruźlica; inwazyjne zakażenie *Haemophilus influenzae* typu b; inwazyjne zakażenie *Streptococcus pneumoniae*; krztusiec; nagminne zakażenie przysusznic (świnka); odra; ospa wietrzna; ostre nagminne porażenie dziecięce (*poliomyelitis*); różyczka; tężec; wirusowe zapalenie wątroby typu B; wścieklizna oraz (od 1 stycznia 2021 r., wobec dzieci urodzonych po dniu 31 grudnia 2020 r.) zakażenia wywołane przez rotawirusy.

⁷³ §3 r.o.s.o.

⁷⁴ Szczepienia poekspozycyjne są rodzajem profilaktyki poekspozycyjnej mającej na celu zminimalizowanie ryzyka wystąpienia choroby zakaźnej w związku z narażeniem na chorobę zakaźną. Wśród przedstawicieli zawodów medycznych szczególnie zwraca się uwagę na ekspozycję zawodową, do której dochodzi w sytuacji styczności z potencjalnie zakaźnym materiałem w związku z wykonywaną pracą, poprzez zakłucie igłą, skaleczenie, zachłapanie błon śluzowych, uszkodzenie skóry lub ugryzienie. Wśród materiałów potencjalnie zakaźnych należy wskazać płyn ustrojowy lub tkankę, w których mogą się znajdować cząstki infekcyjne umożliwiające transmisję zakażenia, natomiast do materiałów zakaźnych zalicza się: krew, płyn mózgowo-rdzeniowy, płyn osierdziowy, płyn maziowy, płyn otrzewnowy, płyn owodniowy, nasienie, treść dróg rodnych, kanki nieutrwalone formaliną, pokarm kobiecy w przypadku HIV i ostrego HBV lub HCV. Nie są materiałem zakaźnym: kał, mocz, pot, wymiociny, ślina i łzy. Za: M. Sobolewska-Polarczyk, P. Rajewski, P. Rajewski, N. Hinz-Brylew, *Profilaktyka po ekspozycji zawodowej na materiał biologiczny – HIV, HBV, HCV – w praktyce klinicznej*, „Forum Medycyny Rodzinnej” 2016, t. 10, nr 5, s. 280.

do dnia 31 października roku poprzedzającego realizację tego programu⁷⁵. Program Szczepień Ochronnych na rok 2021 został uchwalony w komunikacie Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 22 grudnia 2020 r.⁷⁶, natomiast Program Szczepień Ochronnych na rok 2022 – w komunikacie z dnia 28 października 2021 r.⁷⁷

Zalecane szczepienia ochronne zostały unormowane w rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie wykazu zalecanych szczepień ochronnych oraz sposobu finansowania i dokumentowania zalecanych szczepień ochronnych wymaganych międzynarodowymi przepisami zdrowotnymi⁷⁸ (dalej: r.z.s.o.), wydanym na podstawie upoważnienia ustawowego z art. 19 ust. 10 u.z.z.c. Wykaz zalecanych szczepień ochronnych obejmuje 22 choroby zakaźne⁷⁹. Wskazać należy zaniedbanie ustawodawcy w przedmiocie aktualizacji katalogu –

⁷⁵ Analizując status prawny Programu Szczepień Ochronnych, NSA w wyroku z dnia 18 lutego 2020 r. (sygn. akt II OSK 780/18) stanął na stanowisku, że okoliczność, iż konkretyzacja obowiązku poddania szczepieniom obowiązkowym, która następuje Programem Szczepień Ochronnych na dany rok, wydawanym w formie komunikatu GIS, nie stanowi złamania konstytucyjnego porządku przepisów powszechnie obowiązujących, skoro podstawą tego obowiązku jest ustawa. Ponadto NSA wskazał, że określenie szczegółowego kalendarza szczepień, obwarowanego względami medycznymi czy warunkami epidemiologicznymi, nie należy do materii ustawowej, co uzasadnia pozostawienie w tym przedmiocie regulacji dostosowanych do potrzeb medycznych w formie komunikatu ogłoszonego przez wyspecjalizowany organ administracji publicznej. W doktrynie natomiast podkreślono techniczny charakter komunikatu oraz status zbliżony do rekomendacji medycznych. Zob. K. Pałka, *Świadczenia zdrowotne...*, s. 605 oraz wskazana tam literatura.

⁷⁶ Dz.Urz. Ministra Zdrowia z 2020 r., poz. 117. Zgodnie z Komunikatem, w związku z sytuacją epidemiologiczną spowodowaną wystąpieniem wirusa SARS-CoV-2 wywołującego COVID-19 zostały przygotowane dodatkowe zalecenia związane z realizacją obowiązkowych i zalecanych szczepień ochronnych dzieci i młodzieży:

1. Nie rekomenduje się odraczania terminów przeprowadzania szczepień podstawowych z powodów organizacyjnych. Terminy przeprowadzania szczepień podstawowych mogą zostać przyspieszone, zaś odstępy czasu pomiędzy kolejnymi dawkami pierwotnymi szczepienia podstawowego mogą ulec skróceniu do minimalnych zalecanych przez wytwórcę szczepionki w ChPL [charakterystyka produktu leczniczego – przypis autora], gdy jest to uzasadnione zamiarem przeprowadzenia szczepienia przed spodziewanym epidemicznym wzrostem liczby zachorowań w przebiegu epidemii COVID-19;
2. W wyjątkowych sytuacjach, o ile z powodów wynikających z trwającej epidemii COVID-19 nie jest możliwe przeprowadzanie lekarskich badań kwalifikacyjnych oraz szczepień, dopuszcza się czasowe odraczanie terminów przeprowadzania szczepień uzupełniających (dawk kończących schemat szczepienia podstawowego) – nie dłużej niż o 3 miesiące, oraz szczepień przypominających – nie dłużej niż o 12 miesięcy;
3. W przypadku czasowego albo długotrwałego odroczenia w przeprowadzaniu obowiązkowych szczepień ochronnych, każdorazowo należy przeprowadzić szczepienia wyrównawcze, w tym należy ustalić IKSz [indywidualny kalendarz szczepień – przypis autora]; do udzielania świadczeń zdrowotnych z zakresu profilaktycznej opieki nad dziećmi zdrowymi należy stosować, odpowiednio do aktualnej sytuacji epidemiologicznej w kraju, obowiązujące przepisy prawne.

⁷⁷ Dz. Urz. Ministra Zdrowia z 2021 r., poz. 85.

⁷⁸ Dz. U. z 2010 r. Nr 180, poz. 1215.

⁷⁹ Wykaz zalecanych szczepień ochronnych obejmuje szczepienie przeciw: wirusowemu zapaleniu wątroby typu A; wirusowemu zapaleniu wątroby typu B; nagminnemu zapaleniu przyusznicy (śwince); odrze; różyczce; ospie wietrznej; grypie; rotawirusom; błonicy; tężcowi; krztuścowi; *Streptococcus pneumoniae*; *Neisseria meningitidis*; pałeczkom *Haemophilus influenzae* typu b; kleszczowemu (arbowirusowemu) zapaleniu mózgu; cholercze; durowi brzusznemu; wściekliznie; ostremu zapaleniu rogów przednich rdzenia (chorobie Heinego-Medina); żółtej gorączce; ludzkiemu wirusowi brodawczaka; gruźlicy. Załącznik nr 1 do r.z.s.o.

pomimo poszerzenia wykazu obowiązkowych szczepień ochronnych o rotawirusy, nadal są one ujęte jako szczepienia zalecane.

W obowiązującym stanie prawnym szczepienie ochronne przeciwko COVID-19 nie stanowi ani powszechnego obowiązkowego, ani zalecanego szczepienia ochronnego. COVID-19 nie został bowiem ujęty w wykazie chorób zakaźnych objętych obowiązkowymi szczepieniami ochronnymi (§2 r.o.s.o.), a tym samym w Programie Szczepień Ochronnych na rok 2022 (komunikat GIS) oraz w wykazie zalecanych szczepień ochronnych (załącznik nr 1 r.z.s.o.). Podkreślić należy, iż ewentualny zamiar modyfikacji charakteru szczepienia przeciwko COVID-19 wymagałby jedynie nowelizacji przedmiotowego rozporządzenia, a w przypadku obowiązkowych szczepień ochronnych – również Programu Szczepień Ochronnych na dany rok kalendarzowy.

Jak już wspomniano, szczepienie ochronne przeciwko COVID-19 nie stanowi szczepienia powszechnego obowiązkowego, jednakże podczas konferencji prasowej 7 grudnia 2021 r. Minister Zdrowia zadeklarował wprowadzenie obowiązkowych szczepień ochronnych przeciw COVID-19 dla wybranych grup: przedstawicieli zawodów medycznych, nauczycieli i służb mundurowych. Zgodnie z normą prawną zawartą w przepisie art. 46 ust. 3 u.z.z.c.⁸⁰, ogłaszając stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii Minister Zdrowia może nałożyć obowiązek poddania się szczepieniom ochronnym na inne osoby niż wymienione w katalogu osób zobowiązanych do obowiązkowych szczepień ochronnych. Należy zatem wskazać, iż jest to szczególnie rodzaj szczepień obowiązkowych, ograniczonych do poszczególnych osób, obowiązujący wyłącznie w stanie zagrożenia epidemicznego i stanie epidemii. Zgodnie z ust. 4 pkt 7 przywołanego przepisu w rozporządzeniu ustanawiającym stan epidemii Minister Zdrowia może ustanowić obowiązek poddania się szczepieniom ochronnym oraz określić grupy mu podlegające. Na podstawie powyższego upoważnienia ustawowego Minister Zdrowia wydał rozporządzenie z dnia 22 grudnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii⁸¹, zgodnie z którym obowiązkowi szczepień przeciwko COVID-19 podlegają: 1. osoby wykonujące zawód medyczny w podmiotach wykonujących działalność leczniczą oraz

⁸⁰ Na marginesie przedmiotowych rozważań warto zaznaczyć, iż w doktrynie została podjęta analiza zgodności art. 46 u.z.z.c. z Konstytucją, w wyniku której wskazano, iż nie ma podstaw wystarczających do stwierdzenia jego niezgodności z rozdziałem XI ustawy zasadniczej. Co więcej, stany epidemii i stany zagrożenia epidemicznego nie są stanami, o których stanowią konstytucyjne regulacje dotyczące stanów nadzwyczajnych. Za: L. Bosek, *Komentarz do art. 46 [w:] Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz* pod red. L. Bosek, Warszawa 2021, dostęp: Legalis.

⁸¹ Dz.U. z 2021 r., poz. 2398.

osoby wykonujące czynności zawodowe w tych podmiotach, inne niż wykonywanie zawodu medycznego; 2. osoby zatrudnione oraz osoby realizujące usługi farmaceutyczne, zadania zawodowe lub czynności fachowe w aptece ogólnodostępnej lub punkcie aptecznym; 3. studenci kształcący się na kierunkach przygotowujących do wykonywania zawodu medycznego. Wspomniane osoby mają obowiązek poddania się szczepieniom w terminie nie późniejszym niż do dnia 1 marca 2022 r. Wyłączone z obowiązku są osoby mające przeciwwskazania zdrowotne do szczepienia oraz osoby, u których do dnia 1 marca 2022 r. nie upłyne 6 miesięcy od pozytywnego wyniku diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2. Pomimo zapowiedzi wprowadzenia obowiązku szczepień ochronnych nauczycieli przeciw COVID-19 nie zostali oni wskazani jako adresaci nakazu.

Zastanawiająca jest kwestia zwolnienia z obowiązku z powodów zdrowotnych. W jaki sposób przedstawiciele przedmiotowej grupy mogą wykazać, iż nie powinni być szczepieni skoro, jak już wspomniano, szczepienie przeciw COVID-19 nie wymaga lekarskiego badania kwalifikacyjnego? Czy zatem subiektywna ocena stanu zdrowia będzie wystarczająca do zwolnienia z obowiązku? Biorąc pod uwagę fakt, iż część osób ujętych w grupach objętych obowiązkowym szczepieniem jest uprawniona do wykonywania szczepień przeciwko COVID-19, brak przeszkód, by mogli podjąć decyzję w sprawie swojego szczepienia. Jeżeli mogą podjąć decyzję w przedmiocie szczepienia bądź odroczenia szczepienia pacjenta – będą również uprawnieni do podjęcia analogicznej decyzji w swojej sprawie. W przypadku studentów czy innych osób, które są objęte przedmiotowym obowiązkiem a nie mają uprawnień do przeprowadzenia szczepień, winne one uzyskać zaświadczenie od lekarza lub innej osoby uprawnionej do kwalifikacji do szczepienia przeciwko COVID-19, że z uwagi na stan zdrowia nie powinny być zaszczepione. Zaświadczenie powinno zawierać informację czy szczepienie jest niewskazane całkowicie, czy powinno być jedynie odroczone o wskazany w nim okres.

Przechodząc do analizy nowego obowiązku szczepień ochronnych przeciw COVID-19 należy wskazać, iż ma on umocowanie ustawowe i jest określony czasowo. Ustawodawca upoważnił Ministra Zdrowia do nałożenia przedmiotowego obowiązku wyłącznie w stanie epidemii i zagrożenia epidemicznego. Okoliczność ta stanowi *lex specialis* od zasady, że katalog obowiązkowych szczepień ochronnych i krąg ich adresatów ustanawiany jest przez Głównego Inspektora Sanitarnego. Ponadto obowiązek szczepienia przeciw COVID-19 obowiązuje wyłącznie w czasie obowiązywania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii wprowadzonego rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r.

w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii⁸². Rozporządzenie o odwołaniu stanu epidemii wydawane jest w tym samym trybie, co rozporządzenie o jego ogłoszeniu. Wejście w życie rozporządzenia o uchyleniu stanu epidemii spowoduje z mocy prawa zakaz stosowania norm oraz aktów indywidualnych nakładających nakazy i zakazy związane z tym stanem⁸³, a co za tym idzie, uchyli nakaz szczepienia przeciw COVID-19. Rozporządzenie o ogłoszeniu stanu epidemii (a tym samym nałożony w nim obowiązek szczepień ochronnych przeciw COVID-19) może być również uchylone przez Radę Ministrów zgodnie z art. 149 ust. 2 zd. 2 Konstytucji⁸⁴.

Moment odwołania stanu epidemii na obszarze RP będzie jednoznaczny ze zniesieniem omawianego obowiązku, jednakże wojewoda⁸⁵, na wniosek państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego, będzie mógł ustanowić stan epidemii na obszarze województwa lub jego części oraz nałożyć analogiczny obowiązek przeprowadzenia szczepień ochronnych. Wniosek powiatowego inspektora sanitarnego powinien każdorazowo wskazywać okoliczności istotne do podjęcia przez wojewodę decyzji o ogłoszeniu stanu epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego⁸⁶.

Konkludując, osoby wykonujące zawód (zarówno medyczny, jak i niemedyczny) w podmiotach wykonujących działalność leczniczą, osoby wykonujące czynności w aptece lub punkcie aptecznym oraz studenci kierunków medycznych mają obowiązek zaszczepienia się przeciwko COVID-19 do dnia 1 marca 2022 r. Wyłączone z realizacji powyższego obowiązku są osoby, które miały pozytywny wynik testu na obecność wirusa SARS-CoV-2 lub nie mogą być poddane szczepieniu z powodów zdrowotnych. Obowiązek ograniczony jest czasowo – do wydania rozporządzenia Ministra Zdrowia o uchyleniu stanu epidemii bądź rozporządzenia Rady Ministrów o uchyleniu rozporządzenia o ustanowieniu epidemii. Po odwołaniu stanu epidemii na terenie RP, wojewoda – na uzasadniony wniosek powiatowego inspektora sanitarnego – może ogłosić stan epidemii na terenie województwa i nałożyć analogiczny obowiązek szczepień. Rozporządzenie wojewody i nałożony w nim obowiązek szczepień mogą być uchylone przez Prezesa Rady Ministrów.

⁸² Dz. U. z 2020 r. poz. 491

⁸³ L. Bosek, *Komentarz do artykułu 46*, dz. cyt., dostęp: Legalis.

⁸⁴ Minister kierujący działem administracji rządowej wydaje rozporządzenia. Rada Ministrów, na wniosek Prezesa Rady Ministrów, może uchylić rozporządzenie lub zarządzenie ministra. Szerzej: L. Bosek, *Komentarz do artykułu 46*, dz. cyt., dostęp: Legalis.

⁸⁵ Rozporządzenie wojewody może być również odwołane przez Prezesa Rady Ministrów na podstawie normy zawartej w przepisie z art. 61 ust. 1 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie, t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1464 z późn. zm. Szerzej: L. Bosek, *Komentarz do artykułu 46*, dz. cyt., dostęp: Legalis.

⁸⁶ Tamże.

Szczepienie przeciwko COVID-19 jest szczepieniem ochronnym i podlega zasadom realizacji szczepień ochronnych uregulowanym w ustawie o chorobach zakaźnych. Ustawodawca, normując zasady realizacji szczepień obowiązkowych i zalecanych, nie przewidywał wytycznych stawianych szczepieniom ochronnym przeciwko chorobom zakaźnym, które nie zostaną wskazane przez Ministra Zdrowia w żadnym z wykazów – ani obowiązkowych, ani zalecanych. Powstała w ten sposób luka prawna objęła właśnie szczepienia przeciwko COVID-19. Wnioskując *per analogiam*, możliwe jest skonstruowanie norm warunkujących przeprowadzenie szczepienia, zwł. obowiązek przeprowadzenia lekarskiego badania kwalifikacyjnego. Obowiązujący stan epidemii wymagał jednak ustanowienia norm szczególnych. W tym miejscu konieczne jest zaakcentowanie faktu, iż pierwsze szczepienia w Polsce odbyły się 27 grudnia 2020 r.⁸⁷, natomiast przepisy zawierające normy dotyczące szczepień ochronnych przeciwko COVID-19 zostały uchwalone 21 stycznia 2021 r. (ustawa o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, dalej: ustawa zmieniająca ustawę o COVID-19, u.z.u.c.⁸⁸) z mocą od dnia 27 grudnia 2020 r.

Początkowo art. 21c u.z.z.c. zakładał, że – w trakcie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii – szczepienie ochronne przeciwko COVID-19 może być przeprowadzone przez lekarza, lekarza dentystę, pielęgniarkę, położną, felczera lub ratownika medycznego oraz – po uzyskaniu odpowiednich kwalifikacji⁸⁹ – również przez fizjoterapeutę, farmaceutę, higienistkę szkolną i diagnostę laboratoryjnego. Nowelizacja przywołanego przepisu⁹⁰, która weszła w życie 2 kwietnia 2021 r., zniósła obowiązek przeprowadzenia lekarskiego badania kwalifikacyjnego i zastąpiła je badaniem kwalifikacyjnym, pozostawiając Ministrowi Zdrowia upoważnienie ustawowe do unormowania kwalifikacji koniecznych do przeprowadzania badania kwalifikacyjnego oraz przeprowadzenia szczepienia ochronnego przeciwko COVID-19⁹¹.

⁸⁷ *W Polsce ruszyły szczepienia przeciw COVID-19 – to „historyczny moment”*, Serwis Rzeczypospolitej Polskiej [online], 27 grudnia 2020 [dostęp: 23 maja 2021]. Dostępny w internecie: <<https://www.gov.pl/web/szczepimysie/w-polsce-ruszyly-szczepienia-przeciw-covid-19-to-historyczny-moment>>.

⁸⁸ Dz.U. z 2021 r. poz. 159.

⁸⁹ Obowiązujące w dniach 15 lutego 2021–8 kwietnia 2021 r. rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 15 lutego 2021 r. w sprawie kwalifikacji osób przeprowadzających szczepienia ochronne przeciwko COVID-19 (Dz.U. z 2021 r. poz. 293) zostało zastąpione rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 9 kwietnia 2021 r. w sprawie kwalifikacji osób przeprowadzających badania kwalifikacyjne i szczepienia ochronne przeciwko COVID-19 (Dz.U. poz. 668).

⁹⁰ Ustawa z dnia 17 marca 2021 r. o zmianie ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. z 2021 r. poz. 616.

⁹¹ Zob. rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 9 kwietnia 2021 r. w sprawie kwalifikacji osób przeprowadzających badania kwalifikacyjne i szczepienia ochronne przeciwko COVID-19, Dz.U. poz. 668.

3.5. Przymus bezpośredni a szczepienie przeciwko COVID-19

Zważywszy na fakt, iż trzy grupy adresatów (1. osoby wykonujące zawód medyczny lub inne czynności zawodowe w podmiocie wykonującym działalność leczniczą; 2. osoby zatrudnione oraz osoby realizujące usługi farmaceutyczne, zadania zawodowe lub czynności fachowe w aptece ogólnodostępnej lub punkcie aptecznym; 3. studenci kształcący się na kierunkach przygotowujących do wykonywania zawodu medycznego) zostały objęte obowiązkiem szczepień przeciwko COVID-19, a ustanowienie obowiązku o charakterze powszechnym wymagałoby jedynie nowelizacji rozporządzenia wydanego przez Ministra Zdrowia i komunikatu Głównego Inspektora Sanitarnego (w stanie epidemii – wyłącznie rozporządzenia Ministra Zdrowia), warto rozważyć, czy w obowiązującym stanie prawnym możliwe jest zastosowanie przymusu bezpośredniego wobec osób uchylających się od realizacji tego nakazu.

Zgodnie z hipotezą norm zawartą w art. 36 u.z.z.c. wobec osoby, u której podejrzewa się lub rozpoznano chorobę zakaźną i która uchyla się od obowiązkowych działań mających na celu poprawę jej stanu zdrowia (szczepienie, badanie sanitarno-epidemiologiczne, obowiązkowa hospitalizacja⁹²) bądź ochronę innych osób (izolacja, kwarantanna) może być zastosowany środek przymusu bezpośredniego polegający na przytrzymywaniu, unieruchomieniu lub przymusowym podaniu leków.

Przymus bezpośredni stanowi ingerencję w wolność jednostki. Z uwagi na wystąpienie szczególnych, prawnie określonych okoliczności, ustawodawca ogranicza możliwość decydowania o samym sobie i dopuszcza możliwość zastosowania przymusu. Na gruncie prawa medycznego⁹³ stosowanie przymusu bezpośredniego unormowane jest w kilku okolicznościach: udzielania świadczeń zdrowotnych osobom z zaburzeniami psychicznymi, leczeniu uzależnień oraz przy chorobach zakaźnych.

⁹² Obowiązkowa hospitalizacja jako przesłanka zastosowania przymusu bezpośredniego weszła w życie 1 kwietnia 2020 r. na podstawie ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie niektórych ustaw z zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, Dz.U. z 2020 r. poz. 567.

⁹³ Zagadnienia regulacji organizacji instytucji medycznych (instytucji ochrony zdrowia) pojawiły się już w XIX w., jednakże dopiero od niedawna stanowią one odrębny dział prawa medycznego. Obecnie zakres prawa medycznego wyznaczany jest przez kryterium przedmiotowe, związane z regulacjami prawnymi, jakie powstają na tle ochrony zdrowia, a nie przez kryterium metody regulacji, określającej odrębność natury stosunków publicznoprawnych i prywatnoprawnych. Szerzej: M. Safjan, *Pojęcie i ewolucja prawa medycznego* [w:] M. Safjan, L. Bosek, *System prawa medycznego, t. 1: Instytucje prawa medycznego*, Warszawa 2018, s. 3–5. Na temat definiowania i wyodrębnienia prawa medycznego zob. R. Kubiak, *Wprowadzenie do prawa medycznego* [w:] E. Zielińska (red.), *System prawa medycznego, t. 1: Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, Warszawa 2018, s. 33–79; A. Górski, *O prawie medycznym i pojęciach o proveniencji medycznej w systemie prawa*, „Forum Prawnicze” 2019, s. 3–13; K. Michalak, *Status prawa medycznego na tle szczegółowych nauk prawnych*, Białystok 2020.

Przytoczona norma prawna z art. 36 u.z.z.c. przewiduje dwie przesłanki, które muszą być spełnione łącznie – u osoby podejrzewa się lub rozpoznano chorobę szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną, stanowiącą bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia innych osób, oraz nastąpiła odmowa poddania się obowiązkowi szczepienia, badaniom sanitarno-epidemiologicznym, zabiegom sanitarnym, kwarantannie, izolacji lub obowiązkowej hospitalizacji.

Ustawa o chorobach zakaźnych, podobnie do ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego⁹⁴ (dalej: u.o.z.p.) definiuje środki stosowania przymusu bezpośredniego. Przytrzymanie jest doraźnym, krótkotrwałym unieruchomieniem osoby z użyciem siły fizycznej (art. 36 ust. 6 u.z.z.c.). Unieruchomienie stanowi dłużej trwające obezwładnienie osoby z użyciem pasów, uchwytów, prześcieradeł lub kaftana bezpieczeństwa (art. 36 ust. 6 u.z.z.c.), natomiast przymusowe podanie leku – doraźne lub przewidziane w planie postępowania leczniczego wprowadzenie leków do organizmu osoby – bez jej zgody (art. 36 ust. 8 u.z.z.c.).

Norma prawna zawarta w art. 36 u.z.z.c. stanowi, że zastosowanie środka przymusu bezpośredniego (przytrzymanie, unieruchomienie lub przymusowe podanie leku) jest możliwe wobec osoby, która nie poddaje się obowiązkowi szczepienia, badaniom sanitarno-epidemiologicznym, zabiegom sanitarnym, kwarantannie, izolacji lub obowiązkowej hospitalizacji, a u której podejrzewa się lub rozpoznano chorobę szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną, stanowiącą bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia innych osób. Określając instytucję przymusu bezpośredniego, ustawodawca posłużył się terminem „szczepienie”, a nie – jak w pozostałych przepisach analizowanej ustawy – „szczepienie ochronne”. Dyrektywa oznaczania jednakowych pojęć jednakowymi określeniami, a różnych pojęć – różnymi wynikająca § 10 z.t.p. wskazuje, że ustawodawca rozróżnił szczepienia ochronne (zdefiniowane w art. 2 pkt 2 u.z.z.c.) od szczepień uregulowanych w art. 36 u.z.z.c.

Analizując to rozróżnienie przy zastosowaniu wykładni literalnej, należy wskazać, iż szczepienie z art. 36 u.z.z.c. jest pojęciem szerszym niż szczepienie ochronne (które jest rodzajem szczepienia). Nie sposób w tym miejscu nie podjąć rozważania, czy ustawodawca wskazał szczepienia inne niż ochronne, ewentualnie – jeśli nie – jaki mogłyby mieć one charakter? Literatura medyczna pokazuje, że szczepienia ochronne stanowią element pro-

⁹⁴ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 685.

filaktyki chorób zakaźnych – stanowią ochronę przed zakażeniami, łagodzą przebieg choroby oraz są narzędziem umożliwiającym eliminację choroby zakaźnej na całym świecie⁹⁵. Przeciwnieństwem profilaktyki jest medycyna naprawcza, skoncentrowana na leczeniu pacjenta⁹⁶. Można zatem uznać, iż zamiarem ustawodawcy było szerokie ujęcie szczepień – zarówno szczepień ochronnych mających na celu profilaktykę chorób zakaźnych, jak również jako produktów leczniczych stosowanych w leczeniu. Takie rozwiązanie, mimo, iż jest zgodne z wykładnią literalną, budzi wątpliwości przy zastosowaniu w wykładni funkcjonalnej oraz analizie rozwiązań natury praktycznej – z powodu braku zarejestrowanych szczepionek mających charakter produktów leczniczych stosowanych w medycynie naprawczej, a nie w profilaktyce chorób zakaźnych.

Podsumowując przedstawiony powyżej wywód, należy stwierdzić, że przyjmując, iż użyty przez ustawodawcę termin „szczepienie” odnosi się również do szczepień ochronnych, można mylnie przypuszczać, że ustawodawca umożliwia stosowanie przymusu bezpośredniego wobec osób uchylających się od poddania się obowiązkowi szczepień ochronnych. Analiza przedmiotowej normy w połączeniu z zasadami dotyczącymi realizacji szczepień (również w przypadku COVID-19) prowadzi jednak do innych wniosków – przymus bezpośredni nie może zostać zastosowany w przypadku szczepień ochronnych. Uzasadnienie powyższego twierdzenia należy rozpocząć od wskazania, że szczepienie ochronne winno być poprzedzone lekarskim badaniem kwalifikacyjnym⁹⁷ (art. 17 ust. 2, wyjątek – szczepienie ochronne przeciw COVID-19 w stanach zagrożenia epidemicznego i epidemii) podczas którego powinny być wykluczone przeciwwskazania do szczepienia, do których – zgodnie z aktualną wiedzą medyczną – należy przechodzenie infekcji. Nie ma zatem możliwości szczepienia osób chorych, które są adresatami obowiązku wskazanego w art. 36 ust. 1 u.z.z.c. Słusznym jest zatem pogląd wyrażony w doktrynie, że zastosowanie

⁹⁵ Za: G. Gałuszka, R. Gałuszka, J. Gałęziowska, M. Borecki, W. Legawiec, *Znaczenie szczepień profilaktycznych w zakażeniu wirusem hpv* [w:] K. Turowski (red.), *Profilaktyka i edukacja zdrowotna*, Lublin 2017, s. 65. Na temat profilaktyki zob. E. Sarnacka, A. Jacek, *Profilaktyka* [w:] *System Prawa Medycznego, t. 1: Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, L. Kulbicki, R. Kubiak (red.), Warszawa 2018.

⁹⁶ Badania epidemiologiczne wykazały, że w wysoko rozwiniętych społeczeństwach, w których ogólny poziom życia i poziom ochrony zdrowia były wysokie, decydującym czynnikiem zdrowia były indywidualne zachowania zdrowotne, czyli styl życia. Za: A. Gniazdowski, *Promocja zdrowia w miejscu pracy. Teoria i zagadnienia praktyczne*, Łódź 1997, s. 47–48.

⁹⁷ Interesującym, acz pozostającym poza ramami niniejszego wywodu, jest aspekt obowiązku poddania się badaniu kwalifikacyjnemu. Zgodnie z utartym w orzecznictwie poglądem, poddanie się lekarskiemu badaniu kwalifikacyjnemu jest elementem obowiązku poddania się szczepieniu ochronnemu, zob. wyrok NSA z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. Akt II OSK 780/18, wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 lipca 2019 r., sygn. akt VII SA/Wa 2758/18; wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 grudnia 2019 r., sygn. akt VII SA/Wa 2061/19.

przymusu bezpośredniego do szczepień ochronnych nie będzie dopuszczalne w żadnych okolicznościach, skoro choroba stanowi przeciwwskazanie do tego rodzaju szczepień⁹⁸. W tym miejscu zasadny jest postulat *de lege ferenda* nowelizacji art. 36 ust. 1 u.z.z.c. poprzez usunięcie uchylania się od szczepienia jako przesłanki zastosowania przymusu bezpośredniego.

Osoba kwalifikująca pacjenta do szczepienia ochronnego przeciw COVID-19 powinna uwzględnić wytyczne Zespołu do spraw Szczepień Ochronnych przy Ministrze Zdrowia w postaci dokładnie opracowanej „Instrukcji dla lekarza do kwestionariusza wstępnego wywiadu przesiewowego przez szczepieniem osoby dorosłej przeciw COVID-19”⁹⁹. Co prawda instrukcja nie jest aktem prawa powszechnie obowiązującego, jednakże można przyjąć, że ma status zbliżony do standardów medycznych uchwalanych przez towarzystwa naukowe¹⁰⁰ i zawiera rekomendacje zgodne z aktualną wiedzą medyczną¹⁰¹. Zgodnie z przywołaną instrukcją, podstawowym warunkiem kwalifikacji do szczepienia powinien być dobry lub stabilny stan ogólny osoby szczepionej – brak objawów ostrej choroby (zarówno z gorączką, jak i bez) lub zaostrzenia choroby przewlekłej. Osoby niespełniające tych kryteriów nie tylko nie powinny być zaszczepione, ale również nie powinny zgłaszać się na szczepienie. Szczepienie przeciwko COVID-19 jest zatem szczepieniem ochronnym, które może być zrealizowane po przeprowadzeniu badania kwalifikacyjnego wykluczającego podejrzenie lub przechodzenie choroby zakaźnej. Co za tym idzie, wprowadzenie obowiązkowych szczepień ochronnych przeciwko COVID-19 nie pozwala na stosowanie przymusu bezpośredniego, mającego na celu egzekucję przedmiotowego obowiązku.

Odpowiadając zatem na pytanie postawione na początku niniejszej części rozważań, dotyczące powszechnego obowiązku szczepień przeciwko COVID-19 należy stwierdzić, że w aktualnym stanie prawnym obowiązek ów mógłby zostać wprowadzony przez Ministra Zdrowia przez nowelizację zarówno wykazu chorób zakaźnych (ustanowionego w for-

⁹⁸ Zob. E. Bagińska, K. Bączyk-Rozwadowska, U. Drozdowska, N. Karczewska-Kamińska, K. Krupa-Lipińska, *Szczególne przypadki odpowiedzialności* [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 5: *Odpowiedzialność prywatnoprawna*, E. Bagińska (red.), Warszawa 2021, dostęp: Legalis; N. Karczewska-Kamińska, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*, Warszawa 2018, s. 222–223.

⁹⁹ W momencie prac nad przygotowaniem instrukcji ustawa o chorobach zakaźnych wymagała przeprowadzenia lekarskiego badania kwalifikacyjnego. W pracach nad instrukcją brali również udział eksperci z Zarządu Polskiego Towarzystwa Wakcynologii.

¹⁰⁰ Przy opracowywaniu instrukcji brali udział również eksperci z Zarządu Polskiego Towarzystwa Wakcynologii.

¹⁰¹ Na temat obowiązku wykonywania zawodu zgodnie z aktualną wiedzą medyczną przez przedstawicieli zawodów medycznych zob. E. Sarnacka, *Standard wykonywania zawodu fizjoterapeuty na tle innych zawodów medycznych* [w:] A. Górski, E. Sarnacka (red.), *Standard wykonywania zawodów medycznych*, Warszawa 2019.

mie rozporządzenia), jak i Programu Szczepień Ochronnych, uchwalanego przez GIS i wydawanego w formie komunikatu, natomiast obowiązek nałożony wyłącznie w stanach zagrożenia epidemicznego i epidemii – poprzez nowelizację rozporządzenia o ogłoszeniu stanu epidemii. Należy jednak podkreślić, iż wprowadzenie obowiązkowych szczepień ochronnych przeciwko COVID-19 (powszechnych bądź ograniczonych podmiotowo) nie oznacza możliwości stosowania przymusu bezpośredniego. Zastosowanie przytrzymania, unieruchomienia lub przymusowego podania leku nie będzie możliwe przy uchyłaniu się od omawianego szczepienia ochronnego, gdyż szczepienie adresowane jest do osób zdrowych, a przymus bezpośredni może być zastosowany wyłącznie w stosunku do osoby chorej lub podejrzewanej o bycie chorą. Co za tym idzie, wobec osób, na które został nałożony obowiązek szczepienia ochronnego przeciwko COVID-19 do dnia 1 marca 2022 r. nie będzie mógł zostać zastosowany przymus bezpośredni, jeśli odmówią realizacji tego obowiązku.

3.6. Podsumowanie

Podsumowaniem rozważań dotyczących prawnych aspektów szczepień ochronnych przeciwko COVID-19 będzie rekapitulacja najważniejszych kwestii poruszonych w niniejszej pracy.

Po pierwsze, ustrojodawca nałożył na organy władzy publicznej obowiązek zwalczania chorób epidemicznych, który był przeważnie realizowany przez ministra właściwego do spraw zdrowia. Zadaniem ustawodawcy zwykłego jest natomiast konstrukcja norm umożliwiających realizację przedmiotowego obowiązku. Epidemia koronawirusa wpłynęła na realizację ww. zadań Ministra Zdrowia, który ma przygotować rezerwę szczepionek na wypadek wystąpienia stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii. Od 2021 r. wykaz uwzględnia również szczepionkę przeciw COVID-19.

Po drugie, szczepienie przeciwko COVID-19 stanowi szczepienie ochronne zgodnie z ustawą o zwalczaniu chorób zakaźnych, przy czym ma szczególny charakter – nie jest ani powszechnym obowiązkowym szczepieniem ochronnym, ani zalecanym szczepieniem ochronnym. Przedstawiciele zawodów medycznych, osoby wykonujące czynności zawodowe w zakładzie leczniczym, aptece i punktach aptecznych oraz studenci kierunków medycznych mają obowiązek poddania się szczepieniu przeciw COVID-19 do dnia 1 marca 2022 r. Przedmiotowy obowiązek został nałożony poprzez nowelizację rozporządzenia o ogłoszeniu stanu epidemii i przestanie obowiązywać w momencie wejścia w życie rozporządzenia o uchyleniu stanu epidemii lub rozporządzenia Rady Ministrów o uchyleniu

rozporządzenia Ministra Zdrowia o ogłoszeniu stanu epidemii. Wojewoda jest uprawniony by ogłosić stan epidemii i nałożyć obowiązek szczepienia ochronnego przeciw COVID-19 na obszarze województwa. Obowiązek ten nie wpłynie na funkcjonowanie podmiotów, w których przedstawiciele wymienionych grup realizują swoje zadania, gdyż ustawodawca nie zobowiązał kierowników zakładów leczniczych, aptek, punktów aptecznych ani rektorów uczelni prowadzących kształcenie na kierunkach medycznych do jego kontroli.

Po trzecie, ustawodawca nie przewidział powszechnego obowiązku poddania się szczepieniu ochronnemu przeciwko COVID-19, jednakże wprowadzenie przedmiotowego nakazu nie wymaga procedury ustawodawczej, a jedyne nowelizacji rozporządzenia Ministra Zdrowia i komunikatu Głównego Inspektora Sanitarnego. *Lex specialis* do przedmiotowej regulacji stanowi uprawnienie Ministra Zdrowia do wprowadzenia obowiązku szczepień ochronnych obowiązującego wyłącznie w stanach epidemii i zagrożenia epidemicznego poprzez nowelizację rozporządzenia o ogłoszeniu stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii. Analogiczne uprawnienie przysługuje wojewodzie.

Ponadto w pracy sformułowano postulat nowelizacji art. 36 ust. 1 u.z.z.c. poprzez usunięcie zwrotu „szczepieniom ochronnym”.

Pointą artykułu jest stwierdzenie, że nałożenie obowiązku szczepień ochronnych przeciw COVID-19 na wybranych przedstawicieli zawodów medycznych nie uprawnia do zastosowania przymusu bezpośredniego wobec tych spośród nich, którzy odmawiają poddania się mu. Przemawiają za tym następujące argumenty:

- po pierwsze, przymus może być zastosowany jedynie wobec osób, u których wykryto lub podejrzewa się wystąpienie choroby zakaźnej (a przecież taka osoba ani nie powinna się zgłosić do szczepienia przeciw COVID-19, ani nie może poddać się mu);
- po drugie, przymusu bezpośredniego nie stosuje się wobec osób uchylających się od szczepień ochronnych *in genere*, a co za tym idzie – w przypadku odmawiających szczepień przeciw COVID-19 także nie.

4. Przyspieszona procedura wprowadzenia leków i szczepień ochronnych na rynek w kontekście pandemii COVID-19

4.1. Wprowadzenie

Pandemia choroby COVID-19 stała się wyzwaniem nie tylko dla wybitnych naukowców pracujących nad skutecznymi szczepieniami przeciwko nieznanemu wcześniej rodzajowi koronawirusa oraz lekami mającymi zastosowanie w terapii osób zarażonych, ale również przyczyniła się do podjęcia prób dokonania zmian w europejskiej procedurze dopuszczenia produktów leczniczych do obrotu.

Prace nad stworzeniem leku innowacyjnego (referencyjnego produktu leczniczego) rozpoczynają się od badań laboratoryjnych poprzedzających badania przedkliniczne. Na tym etapie średni czas prac wynosi od 1 do 1,5 roku. Następnie produkt leczniczy wchodzi w fazę badań klinicznych, prowadzących do wydania pozwolenia na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu. Badania kliniczne składają się z III fazy poprzedzających wydanie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu oraz z fazy IV rozpoczynającej się po wprowadzeniu produktu leczniczego na rynek. Okres trwania badań klinicznych jest głównym czynnikiem wpływającym na ograniczenie czasowe dostępności innowacyjnego produktu leczniczego dla ogółu społeczeństwa. O tym, jak ważna jest szybka dostępność innowacyjnych leków i szczepień, przekonaliśmy się w chwili rozpoczęcia pandemii choroby COVID-19. Średni czas trwania badań klinicznych wynosi 1,5 roku dla fazy I, 2 lata dla fazy II, oraz 4,5 roku dla fazy III, przy czym po średnio 2 latach fazy III można uzyskać warunkowe zatwierdzenie produktu leczniczego przez Europejską Agencję Leków (EMA). Jednakże średni czas pracy nad lekiem innowacyjnym wynosi od 10 do 15 lat¹.

¹ J. Haberko, M. Modrzejewska [w:] J. Haberko (red.), *Prawo farmaceutyczne. System Prawa Medycznego*, Tom 4, Warszawa 2019, s. 164.

Skala pandemii wymaga podjęcia działań umożliwiających szybkie dopuszczenie do obrotu innowacyjnych produktów leczniczych z uwagi na to, że COVID-19 jest nową, nie występującą wcześniej chorobą, co skutkuje brakiem produktów leczniczych pokrywających potrzeby zdrowotne w obszarze profilaktyki i skutecznej terapii. Początkowo producenci farmaceutyczni zastosowali strategie ograniczenia czasu prowadzenia badań klinicznych w celu przyspieszenia wprowadzenia produktów leczniczych na rynek. Jedną z nich są tzw. badania kombinowane, polegające na łączeniu faz badań klinicznych, najczęściej fazy pierwszej z drugą lub drugiej z trzecią, co pozwala ograniczyć czas potrzebny na przeprowadzenie pełnych badań klinicznych. Kolejną strategią są tzw. badania wstrzymane, czyli takie, w których prowadzi się prace do czasu wystąpienia u pacjentów niepokojących objawów niepożądanych, wykazujących związek z podanym produktem leczniczym. W takiej sytuacji zawieszają się badania kliniczne do czasu ustalenia przyczyn wystąpienia owych objawów². Sytuacja taka miała miejsce w przypadku prac nad szczepioną Johnson & Johnson³, po czym wznowiono program badań klinicznych.

4.2. Rodzaje procedur dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu

Wyróżniamy procedury narodowe dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu, uregulowane w przepisach prawa krajowego, oraz procedury europejskie i procedurę scentralizowaną. W polskiej procedurze narodowej produkty lecznicze dopuszczane są do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wydawanej w oparciu o przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne⁴. Procedury europejskie oparte są na równoległej ocenie, dokonywanej przez kilka agencji, lub zakładają uznanie oceny wykonanej przez jeden kraj (państwo referencyjne) w pozostałych krajach⁵.

² A. Rokicka-Żuk, *Jakie szczepionki na COVID-19 będą następne? Jak działają nowe preparaty? Szczepionka Pfizera, Moderna czy Astra Zeneca to dopiero początek!*, „Strona zdrowia” [online], 6 lipca 2021 [dostęp: 18 lutego 2021]. Dostępny w internecie: <<https://stronazdrowia.pl/jakie-szczepionki-na-covid19-beda-nastepne-jak-dzialaja-nowe-preparaty-szczepionka-pfizera-moderna-czy-astrazeneca-to-dopiero/ar/c1-15290530>>.

³ M. Mikołajska, *Johnson&Johnson wstrzymuje testy szczepionki na COVID-19. Powodem „niewyjaśniona choroba”*, „Medonet” [online] 13 października 2020 [dostęp: 15 stycznia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://www.medonet.pl/koronawirus/koronawirus-na-swiecie,koronawirus-na-swiecie-johnson-johnson-wstrzymuje-testy-szczepionki,artykul,90662099.html>>.

⁴ Tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. poz. 974).

⁵ A. Słowińska, *Procedura rejestracji leku – aspekty prawne i etyczne*, „Przemysł Farmaceutyczny” 2018, nr 2, s. 45.

Do procedur europejskich zaliczamy procedurę wzajemnego uznania (ang. *Mutual Recognition Procedure*). Znajduje ona zastosowanie w sytuacji, gdy produkt leczniczy został już dopuszczony do obrotu na terytorium jednego z państw członkowskich nazywanego państwem referencyjnym. Wówczas podmiot uprawniony może dokonać jego rejestracji w innym państwie członkowskim (nazywanym państwem zainteresowanym). W takiej sytuacji dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu odbywa się na podstawie raportu oceniającego sporządzonego przez państwo referencyjne.

Do procedur europejskich należy również procedura zdecentralizowana (ang. *Decentralized Procedure*). W sytuacji, gdy produkt leczniczy nie uzyskał jeszcze pozwolenia na dopuszczenie do obrotu w żadnym z państw członkowskich Unii Europejskiej, podmiot uprawniony wskazuje państwo referencyjne, którego rolą będzie sporządzenie raportu oceniającego na podstawie którego państwa zainteresowane wydadzą pozwolenia na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu⁶.

Procedura scentralizowana uregulowana została w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 726/2004 z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiającym unijne procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i nadzoru nad nimi oraz ustanawiającym Europejską Agencję Leków⁷. Zakłada wydawanie pozwoleń na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu przez Komisję Europejską lub Radę Unii Europejskiej po przeprowadzeniu postępowania przez Europejską Agencję Leków. Pozwolenie to obowiązuje na całym terytorium Unii Europejskiej i odnosi się głównie do referencyjnych produktów leczniczych⁸.

4.3. Szybsza dostępność innowacyjnych produktów leczniczych

W maju 2020 r. Europejska Agencja Leków (EMA) wdrożyła szybką ścieżkę w zakresie wspierania i zatwierdzania prac rozwojowych nad lekami i szczepionkami w kontekście pandemii COVID-19, dając tym samym możliwość znacznego skrócenia czasu potrzebnego na uzyskanie pozwolenia na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu w ramach procedury centralnej. Znalazło to bezpośrednie przełożenie na przyspieszenie procedury administracyjnej głównie w przedmiocie dopuszczenia do obrotu szczepień ochronnych przeciwko COVID-19.

⁶ Marpie, *Procedury europejskie*, strona Urzędu Rejestracji Produktów leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych [online], 31 marca 2016, *passim* [dostęp: 11 stycznia 2021]. Dostępny na stronie: <<http://www.urpl.gov.pl/pl/produkty-lecznicze/zagadnienia-rejestracyjne/nowa-rejestracja/procedura-narodowa-0>>.

⁷ Dz.Urz. UE L 2004 Nr 136, s. 1.

⁸ A. Słowińska, *Procedura...*, dz. cyt., s. 45.

Należy również zwrócić uwagę na możliwość wczesnego dostępu do leków niezarejestrowanych. W Unii Europejskiej umożliwia to program *compassionate use* oraz *treatment on named-patient basis*. Podobne programy zostały wprowadzone między innymi w ustawodawstwie brytyjskim, szwajcarskim, francuskim i australijskim. Mają one na celu umożliwienie ciężko chorym dostęp do innowacyjnych produktów leczniczych pozostających jeszcze w fazie badań⁹.

W Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej funkcjonują 4 programy realizowane przez Amerykańską Agencję ds. Leków i Żywności (FDA), umożliwiające skrócenie procedury dopuszczenia do obrotu produktów leczniczych mających zastosowanie w leczeniu ciężkich chorób zwłaszcza, gdy leki takie są jedynymi produktami leczniczymi lub wykazują znaczną przewagę nad istniejącymi metodami terapeutycznymi. Należą do nich tzw. *fast track designation*, *accelerated approval*, *priority review* oraz *breakthrough therapy designation*.

4.4. Cel badań klinicznych

Podjmując próbę oceny przyspieszonych procedur dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu należy zwrócić uwagę na cel badań klinicznych, gdyż to w tym zakresie dokonuje się głównie zmian proceduralnych. Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy Prawo farmaceutyczne¹⁰, badaniem klinicznym jest każde badanie prowadzone z udziałem ludzi w celu odkrycia lub potwierdzenia klinicznych, farmakologicznych, w tym farmakodynamicznych skutków działania jednego lub wielu badanych produktów leczniczych, lub w celu zidentyfikowania działań niepożądanych jednego lub większej liczby badanych produktów leczniczych, lub śledzenia wchłaniania, dystrybucji, metabolizmu i wydalania jednego lub większej liczby badanych produktów leczniczych, mając na względzie ich bezpieczeństwo i skuteczność. W rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 536/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE¹¹ badanie kliniczne zostało zdefiniowane jako kategoria badania biomedycznego spełniającego co najmniej jedno z następujących kryteriów: przydział uczestnika do danej strategii terapeutycznej ustalany jest z góry i odbywa się w sposób niestanowiący standardowej praktyki klinicznej zainteresowanego

⁹ R. Zyśk, M. Gałązka-Sobotka, M. Mądry, M. Piórkowska, *Mechanizmy wczesnego dostępu do leków innowacyjnych na świecie ze szczególnym uwzględnieniem terapii onkologicznych* [online], Warszawa 2016, s. 31 [dostęp: 18 stycznia 2021]. Dostępny w internecie: <https://izwov.lazarski.pl/fileadmin/user_upload/Raport_Mechanizmy_wczesnego_dostepu_do_lekow_innowacyjnych_na_swiecie.pdf>.

¹⁰ T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 974.

¹¹ Dz.Urz. UE L 2014 Nr 158, s. 1.

państwa członkowskiego; decyzja o przepisaniu badanego produktu leczniczego jest podejmowana łącznie z decyzją o włączeniu uczestnika do badania biomedycznego; oprócz standardowej praktyki klinicznej u uczestników wykonuje się dodatkowe procedury diagnostyczne lub procedury monitorowania. Natomiast przez badanie biomedyczne ustawodawca unijny rozumie każde badanie dotyczące ludzi, mające na celu: odkrycie lub potwierdzenie klinicznych, farmakologicznych lub innych farmakodynamicznych skutków jednego lub większej liczby produktów leczniczych; stwierdzenie wszelkich działań niepożądanych jednego lub większej liczby produktów leczniczych; zbadanie wchłaniania, dystrybucji, metabolizmu i wydalania jednego lub większej liczby produktów leczniczych.

4.5. Wymóg dodatniego stosunku korzyści do ryzyka

Zgodnie z art. 4 rozporządzenia Komisji (WE) nr 507/2006 z dnia 29 marca 2006 r. w sprawie warunkowego dopuszczenia do obrotu produktów leczniczych stosowanych u ludzi wchodzących w zakres rozporządzenia (WE) nr 726/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady¹², warunkowe pozwolenie na dopuszczenie do obrotu może zostać przyznane, jeżeli Komitet ds. Produktów Leczniczych Stosowanych u Ludzi uzna, że mimo braku dostarczenia wyczerpujących danych klinicznych dotyczących bezpieczeństwa i skuteczności produktu leczniczego, zostaną spełnione łącznie cztery przesłanki. Po pierwsze, stosunek korzyści do ryzyka produktu leczniczego jest dodatni. Po drugie, prawdopodobne jest, że wnioskodawca będzie w stanie dostarczyć wyczerpujące dane kliniczne. Po trzecie, niezaspokojone potrzeby medyczne zostaną spełnione. Po czwarte, korzyści dla zdrowia publicznego wynikające z natychmiastowej dostępności na rynku danego produktu leczniczego przewyższają ryzyko związane z faktem, że wymagane są dodatkowe dane. Jednakże w przypadku zaistnienia stanu nadzwyczajnego, w reakcji na zagrożenia zdrowia publicznego stwierdzone odpowiednio bądź przez Światową Organizację Zdrowia, bądź przez UE, pozwolenie na dopuszczenie do obrotu może zostać przyznane w przypadku spełnienia czterech powyższych wymagań nawet jeżeli nie zostały dostarczone wyczerpujące dane przedkliniczne lub farmaceutyczne. Oznacza to, że w przypadku zagrożenia zdrowia publicznego, jeżeli mamy do czynienia ze stanem nadzwyczajnym, jakim niewątpliwie jest pandemia choroby COVID-19, należy przyjąć wyższe ryzyko wynikające z braku dostarczenia wyczerpujących danych przedklinicznych lub farmaceutycznych. W związku z tym w czasie pandemii głównym elementem proceduralnym determinującym czas, jaki musi

¹² Dz.Urz. UE L 2006 Nr 92, s. 6.

upłynąć zanim produkt leczniczy zostanie dopuszczony do obrotu będzie etap badań klinicznych. Z uwagi na to zmiany proceduralne nakierowane na możliwie szybkie dopuszczenie produktów leczniczych związanych z chorobą COVID-19 wprowadzane będą w zakresie regulacji dotyczących procedury dopuszczenia do obrotu, oraz wymaganych danych pochodzących z badań klinicznych.

Warunkowe dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu, mimo posiadania niepełnych danych, musi zostać uzasadnione wiarygodnymi wynikami badań przedklinicznych oraz musi posiadać silne uzasadnienie naukowe skuteczności. Przy czym wymagane jest, aby korzyści przewyższały potencjalne ryzyko zastosowania danego leku. Dopuszczalność niepełnych danych powinna być uzasadniona silnymi i wiarygodnymi wynikami badań oraz powinna uwzględniać dodatni stosunek korzyści do ryzyka. Brak danych może dotyczyć wyników długoterminowych dla najistotniejszego w badaniu punktu końcowego; wyników w zakresie bezpieczeństwa i skuteczności pochodzących z większej bazy danych albo z dłuższej obserwacji, z tym samym wynikiem końcowym i w tej samej populacji chorych; finalnych danych dotyczących punktów końcowych zidentyfikowanych w badaniach specyficznych problemów; finalnych danych dotyczących istotnych podgrup chorych, np. chorych wykazujących oporność na lek lub istotnych biomarkerów; finalnych danych dotyczących wpływu na inne produkty lecznicze, np. dane dotyczące skuteczności w stosowaniu z innymi produktami w terapiach skojarzonych¹³.

4.6. Szybka ścieżka EMA

Standardowa procedura dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu uregulowana została w rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 726/2004 z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiającego unijne procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i nadzoru nad nimi oraz ustanawiające Europejską Agencję Leków¹⁴ oraz w rozporządzeniu 507/2006¹⁵ w sprawie warunkowego dopuszczenia do obrotu produktów leczniczych stosowanych u ludzi. Zgodnie z art. 2 rozporządzenia 726/2004 dopuszczenie do obrotu przyznawane jest produktom leczniczym stosownym u ludzi należącym do jednej z trzech kategorii. Po pierwsze są to produkty lecznicze służące do leczenia, zapobiegania i diagnostyki medycznej chorób poważnie upośledzających lub zagrażających

¹³ R. Zyśk, M. Gałązka-Sobotka, M. Mądry, M. Piórkowska, dz. cyt., s. 17.

¹⁴ Dz.Urz. UE L 2004 Nr 136, s. 1.

¹⁵ Dz.Urz. UE L 2006 Nr 92, s. 6.

życiu. Po drugie produkty lecznicze, które mają być wykorzystywane w stanach nadzwyczajnych w reakcji na zagrożenia zdrowia publicznego stwierdzone odpowiednio bądź przez Światową Organizację Zdrowia, bądź przez Wspólnotę w ramach decyzji nr 2119/98/WE. Trzecią kategorię produktów stanowią produkty lecznicze oznaczone jako sieroce produkty lecznicze w rozumieniu art. 3 Rozporządzenia (WE) nr 141/2000 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1999 r. w sprawie sierocych produktów leczniczych¹⁶.

W maju 2021 r. Europejska Agencja Leków w celu przyspieszenia procedury wydawania decyzji w sprawie dopuszczenia produktów leczniczych do obrotu, w szczególności szczepień ochronnych oraz leków ze wskazaniem w leczeniu choroby COVID-19, wprowadziła zmiany proceduralne nazwane szybką ścieżką w zakresie wspierania i zatwierdzania prac rozwojowych nad lekami i szczepionkami w kontekście pandemii COVID-19. Celem wprowadzonych zmian jest skrócenie każdego etapu procedury dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu przy jednoczesnym zapewnieniu rzetelnych dowodów naukowych dotyczących skuteczności, bezpieczeństwa i jakości.

Odnosnie produktów będących w fazie prac rozwojowych we wczesnym etapie składania wniosku o wydanie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu lub przed złożeniem wniosku, mechanizm szybkiej ścieżki obejmuje szybkie doradztwo naukowe, szybką umowę w ramach planu badań pediatrycznych, przegląd etapowy oraz przyspieszoną ocenę.

Szybkie doradztwo naukowe ma na celu wspieranie procesu planowania badań oraz usprawnienia pozyskiwania danych naukowych dotyczących szczepionek oraz leków stosowanych w terapii COVID-19, w ramach którego podmiot opracowujący lek może otrzymać wytyczne i wskazówki dotyczące metodologii i projektowania badań, tak by wygenerować rzetelne dane na temat skuteczności działania leku bądź szczepionki, bezpieczeństwa stosowania produktu, a także procesów wytwarzania i kontroli. Działanie te obejmują również szybką umowę w ramach planu badań pediatrycznych (PIP) oraz szybką weryfikację zgodności. Całkowity czas weryfikacji planu PIP dotyczącego produktów przeciwko COVID-19 zostanie skrócony do 20 dni. Jest to proces zgodny z ogólną procedurą, która została przyspieszona w celu przeciwdziałania pandemii. Doradztwo naukowe prowadzone jest przez Komitet ds. Produktów Leczniczych Stosowanych u Ludzi przy współpracy z zespołem ekspertów (ang. *Pandemic Task Force, COVID-ETF*) i ma zastosowanie do prac naukowych związanych ze stanem pandemii COVID-19, do pozostałych wniosków stosowana będzie standardowa procedura. Pod względem przekazywanych danych szybkie doradztwo

¹⁶ Dz.Urz. UE L 2000 Nr 18, s. 1.

naukowe charakteryzuje się dużą elastycznością i jest dostosowane indywidualnie do każdego przypadku, w zależności od profilu oraz stopnia zaawansowania prac badawczych. Zgodnie z decyzją Dyrektora Europejskiej Agencji Leków nr EMA/133106/2021 szybkie doradztwo naukowe jest bezpłatne. Natomiast czas całego procesu został skrócony z 40–70 dni do 20 dni liczonych od złożenia wniosku do czasu otrzymania ostatniego pisma. Przy czym w zależności od indywidualnej sytuacji producenta farmaceutycznego czas szybkiego doradztwa naukowego może być dodatkowo skrócony¹⁷.

Szybka umowa w ramach planu badań pediatrycznych (PIP) oraz szybka weryfikacja zgodności stanowią kolejny element szybkiej ścieżki Europejskiej Agencji Leków. Pozwala ona na zatwierdzenie planu badań pediatrycznych z jednoczesnym zapewnieniem indywidualnego, szybkiego i elastycznego podejścia do każdego wniosku, z uwzględnieniem dotychczasowych wymogów prawnych. Za naukową ocenę wniosków odpowiada Komitet Pediatryczny (PDCO) przy wsparciu zespołu ekspertów COVID-ETF. Proces został również przyspieszony przez wprowadzenie podejścia priorytetowego dla wniosków dotyczących produktów leczniczych przeznaczonych do profilaktyki lub leczenia COVID-19. Dzięki wprowadzonym zmianom proces uległ skróceniu ze 120 do 20 dni. Cel ten osiągnięto poprzez przyspieszenie wszystkich etapów procesu (walidacji, raportu podsumowującego, oceny wzajemnej, dyskusji komisji, przyjęcia)¹⁸. Dodatkowo czas trwania niniejszego etapu zależy od złożoności planu badań pediatrycznych oraz gotowości sponsora do odpowiedzi na pytania zadawane w procesie oceny. Po wydaniu opinii przez Komitet Pediatryczny decyzja Europejskiej Agencji leków zostaje podjęta w ciągu 2 dni w odróżnieniu od 10 dni w przypadku standardowej procedury. Szybka kontrola zgodności przed złożeniem wniosku o pozwolenie na dopuszczenie do obrotu może zostać skrócona do 4 dni. Jednak wymaga przestrzegania wyznaczonych terminów przez sponsora, w przeciwnym razie może ulec wydłużeniu.

Przegląd etapowy stanowi procedurę stosowaną w przypadku wystąpienia zagrożenia dla zdrowia publicznego. Jest to kolejna procedura wdrożona przez Europejską Agencję Leków w ramach tzw. szybkiej ścieżki. Polega na stopniowej ocenie danych dotyczących badanego produktu leczniczego dostarczanych przez producenta farmaceutycznego prowadzącego badania kliniczne leku innowacyjnego. Dane przekazywane są w systemie ciągłym

¹⁷ *EMA initiatives for acceleration of development support and evaluation procedures for COVID-19 treatments and vaccines* [online], 16 stycznia 2021, s. 1. [dostęp: 27 marca 2021 r.] Dostępny w internecie: <https://www.ema.europa.eu/en/documents/other/ema-initiatives-acceleration-development-support-evaluation-procedures-covid-19-treatments-vaccines_en.pdf>.

¹⁸ Tamże.

w miarę ich dostępności¹⁹. Przegląd etapowy prowadzony jest do czasu uzyskania dowodów pozwalających na złożenie formalnego wniosku o dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu. W czasie trwania przeglądu etapowego Europejska Agencja Leków ocenia zgodność produktu leczniczego ze standardowymi normami skuteczności, bezpieczeństwa i jakości²⁰. Wniosek formalny powinien zostać złożony przez podmiot uprawniony z chwilą podjęcia przez Komitet ds. Produktów Leczniczych Stosowanych u Ludzi decyzji, że dostarczone dane są wystarczające. Europejska Agencja Leków prowadząc przegląd etapowy wspierana jest przez grupę ekspertów COVID-ETF. Przekazywanie danych w ramach przeglądu etapowego odbywa się w cyklach, przy czym każdy cykl obejmuje najczęściej dwutygodniowy przegląd etapowy. Dane przekazywane są do Europejskiej Agencji Leków w formacie eCTD.

Szybka ścieżka ma również zastosowanie do produktów leczniczych już dopuszczonych do obrotu, które rozwijane są w kierunku wskazania w leczeniu lub zapobieganiu chorobie COVID-19. W takim przypadku podmioty uprawnione mogą skorzystać z szybkiego doradztwa naukowego, szybkiego uzyskania zatwierdzenia planu badań pediatrycznych. Jeśli będą prowadzone badania, w wyniku których dane będą dostępne stopniowo, podmiot uprawniony może wystąpić z wnioskiem o przegląd etapowy²¹.

4.7. *Compassionate Use*

W stanie pandemii choroby COVID-19 możliwe jest również podjęcie leczenia z wykorzystaniem produktów leczniczych, w stosunku do których nie wydano jeszcze pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, warunkiem jest dokonanie zgłoszenia w przedmiocie dopuszczenia lub prowadzenie badań klinicznych nad danym lekiem. Procedura ta przewidziana jest w programie humanitarnego zastosowania leku²² *Compassionate Use*²³, zgodnie z art. 83 rozporządzenia 726/2004²⁴, który mówi, że w drodze wyjątku od art. 6 dyrektywy 2001/83/WE tj. wymogu uzyskania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu, państwa członkowskie UE mogą uczynić produkt leczniczy przeznaczony do stosowania przez

¹⁹ Tamże.

²⁰ Europejska Agencja Leków (EMA) rozpoczyna przegląd etapowy (rolling review) szczepionki CureVac przeciwko COVID-19 (CVnCoV) [online], s. 4 [dostęp: 2 marca 2021]. Dostępny w internecie: <<http://www.urpl.gov.pl/sites/default/files/CureVac%20COVID-19%20vaccine%20%28CVnCoV%29%20-%20start%20of%20rolling%20review%20PL.pdf>>.

²¹ EMA initiatives..., dz. cyt., s. 4.

²² J. Haberko, K. Miaskowska-Daszkiewicz, *Dopuszczanie do obrotu produktów leczniczych* [w:] J. Haberko (red.), *Prawo farmaceutyczne. System Prawa Medycznego*, Tom 4, Warszawa 2019, s. 534.

²³ *Compassionate use* [online], [dostęp: 3 marca 2021]. Dostępny w internecie: <<https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/compassionate-use>>.

²⁴ Dz.Urz. UE L 2004 Nr 136, s. 1.

człowieka, należący do kategorii określonych w art. 3 ust. 1 oraz 2 rozporządzenia, dostępnym do indywidualnego stosowania. Zgodnie z rozporządzeniem przez indywidualne stosowanie należy rozumieć uczynienie produktu leczniczego dostępnym z powodów okoliczności w odniesieniu do grupy pacjentów z chroniczną lub poważną wycieńczającą chorobą lub chorobą traktowaną jako zagrażającą życiu, pod warunkiem, że chory nie może być pomyślnie leczony produktem leczniczym dopuszczonym do obrotu. Gdy państwo członkowskie UE decyduje się na dopuszczenie produktu leczniczego przeznaczonego do stosowania przez człowieka do indywidualnego stosowania, powiadamia o tym Europejską Agencję Leków. Komitet ds. Produktów Leczniczych Stosowanych u Ludzi, po konsultacji z producentem lub wnioskodawcą, może przyjąć opinie w sprawie warunków stosowania, warunków dystrybucji oraz pacjentów docelowych.

Instytucja *Compassionate Use* nie została przyjęta w polskim systemie prawa. W 2016 r. Ministerstwo Zdrowia opracowało projekt zmiany prawa farmaceutycznego, jednak regulacja nie weszła w życie. Mimo tego, że rozporządzenie wywołuje bezpośredni skutek w państwach członkowskich, ustawodawca unijny pozostawił poszczególnym państwom swobodę w zakresie podejmowania decyzji o realizacji na ich terenach programów humanitarnego zastosowania produktów leczniczych²⁵.

4.8. Programy FDA

Amerykańska Agencja ds. Leków i Żywności (FDA) wdrożyła cztery programy przyspieszające procedurę uzyskania dostępu do produktów leczniczych. Należą do nich tzw. szybka ścieżka (*Fast Track*), przełomowa terapia (*Breakthrough Therapy*), przyspieszone zatwierdzenie (*Accelerated Approval*), oraz przegląd priorytetowy (*Priority Review*).

Szybka ścieżka (*Fast Track*) to program mający na celu ułatwienie rozwoju leków stosowanych w leczeniu ciężkich stanów oraz pokrywaniu niezaspokojonych potrzeb zdrowotnych społeczeństwa. O uznaniu choroby za ciężką decydują takie czynniki jak szansa na przeżycie, wpływ na codzienne funkcjonowanie oraz prawdopodobieństwo, że stan pacjenta w przypadku braku leczenia pogorszy się. Do tych chorób zalicza się, między innymi, AIDS, chorobę Alzheimera, niewydolność serca, chorobę nowotworową, jak również takie choroby jak padaczka, depresja oraz cukrzyca. Przez niezaspokojone potrzeby zdrowotne należy rozumieć schorzenia, w leczeniu których nie ma skutecznej terapii oraz

²⁵ J. Haberko, K. Miaskowska-Daszkiewicz, *Dopuszczanie do obrotu...*, dz. cyt., s. 536.

schorzenia w stosunku do których projektowana terapia będzie potencjalnie skuteczniejsza²⁶. W takiej sytuacji nowy lek musi wykazywać wyższą skuteczność oraz mniejsze ryzyko wystąpienia skutków ubocznych w stosunku do leków dostępnych na rynku. Z badań wynika, że leki włączone do programu przez FDA charakteryzują się również wyższymi korzyściami klinicznymi w stosunku do leków, które nie zostały włączone do programu²⁷. Szybka ścieżka obejmuje opracowanie planu rozwoju leku przy wsparciu FDA, przy jednoczesnym zapewnieniu gromadzenia danych niezbędnych w procesie rejestracji leku. Ponadto FDA udziela pomocy w sporządzeniu planu badań klinicznych i określeniu biomarkerów. Szybka ścieżka obejmuje również przegląd etapowy. Producent farmaceutyczny może złożyć wniosek o przegląd etapowy na dowolnym etapie prac nad produktem leczniczym. Następnie FDA w terminie sześciu dni rozpatruje wniosek, dokonując jednocześnie oceny, czy produkt leczniczy zaspokaja potrzebę zdrowotną dotyczącą poważnych chorób²⁸.

Przełomowa terapia (*Breakthrough Therapy*) stanowi program mający na celu przyspieszenie opracowywania oraz przeglądu leków, ze wskazaniem do leczenia stanów ciężkich, w stosunku do których istnieją dowody kliniczne wskazujące na to, że lek może wykazywać znaczne korzyści terapeutyczne przewyższające stosowane dotychczas metody terapeutyczne. Ocena, czy korzyści terapeutyczne są znaczne, opiera się na ewaluacji efektów leczenia, jego przebiegu oraz uzyskanych danych klinicznych²⁹. Korzyści z przyznania produktowi leczniczemu statusu terapii przełomowej obejmują korzyści wynikające z szybkiej ścieżki (*Fast Track*), oraz zapewnienie wnioskodawcy przez FDA wsparcia merytorycznego związanego z programem efektywnego rozwoju leku począwszy od I fazy badań klinicznych. Konsultacje dla kadry kierowniczej wnioskodawcy w zakresie efektywnego projektowania badań klinicznych III fazy, oraz powołanie interdyscyplinarnego zespołu ekspertów w celu przyspieszenia oceny leków³⁰.

Program przyspieszonego zatwierdzenia (*Accelerated Approval*) ma na celu przyspieszenie procesu dopuszczenia do obrotu leków stosowanych w leczeniu chorób przewlekłych w przypadku których ocena korzyści wymaga znacznie dłuższego czasu. Podczas badania leku ze wskazaniem do leczenia choroby przewlekłej niejednokrotnie może minąć

²⁶ *Fast Track* [w:] *Fast Track, Breakthrough Therapy, Accelerated Therapy, Priority Review* [online], 23 lutego 2018 [dostęp: 12 stycznia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://www.fda.gov/patients/fast-track-breakthrough-therapy-accelerated-approval-priority-review/fast-track>>.

²⁷ J. Chambers, T. Thorat, M. D. Chenoweth, P. J. Neumann, *PHP18 – Fast-Tracking Innovation: A Scorecard for The FDA's Expedited Review Process*, „Value in Health”, Vol. 18 (7), 2015, s. A517.

²⁸ *Fast Track*, dz. cyt.

²⁹ Tamże.

³⁰ R. Zyśk, M. Gałązka-Sobotka, M. Mądry, M. Piórkowska, dz. cyt., s. 12.

wiele lat, zanim zostaną pozyskane dane dotyczące rzeczywistych korzyści klinicznych. Rozwiązanie to zostało wprowadzone przez FDA w 1992 r., umożliwiając zatwierdzanie leków ze wskazaniem do leczenia stanów ciężkich obejmujących niezaspokojone potrzeby zdrowotne pacjentów, na podstawie zastępczego punktu końcowego, co znacznie skróciło czas potrzebny na wydanie pozwolenia na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu. W 2012 r. Kongres Stanów Zjednoczonych uchwalił ustawę Food and Drug Administration Safety Innovation Act (FDASIA), która zmieniła ustawę o żywności, lekach i kosmetykach (FD&C), umożliwiając FDA oparcie przyspieszonego zatwierdzania leków w oparciu o wpływ na zastępczy lub pośredni kliniczny punkt końcowy. Zastępczym punktem końcowym jest marker (np. pomiar laboratoryjny, obraz radiologiczny) wskazujący na kliniczne korzyści nie będący jednocześnie zaliczanym do tej kategorii. Z kolei kliniczny pośredni punkt końcowy jest miarą efektu terapeutycznego, który określony jest poprzez przewidywane korzyści kliniczne stosowania leku, takie jak wpływ na nieodwracalne ryzyko powikłań oraz śmiertelność. Stosowanie zastępczego lub pośredniego punktu końcowego znacznie skraca czas potrzebny na dopuszczenia leku do obrotu. Na przykład, jak podaje FDA, zamiast czekać na dowody, że dany lek przedłuża życie pacjentów z chorobą nowotworową, można zatwierdzić lek w oparciu o dowody, że lek ten prowadzi do zmniejszenia guzów nowotworowych, gdyż jest to dowód pozwalający przewidzieć rzeczywistą korzyść kliniczną³¹. Jednakże koncern farmaceutyczny będzie musiał przeprowadzić badania potwierdzające rzeczywiste przedłużenie życia pacjenta. Badania te nazywane są badaniami potwierdzającymi 4 fazy. W przypadku braku potwierdzenia spodziewanych korzyści klinicznych decyzja zatwierdzająca dany lek może zostać cofnięta.

Przegląd priorytetowy (*Priority Review*) stanowi zoptymalizowaną procedurę oceny przedstawionych przez wnioskodawcę dowodów naukowych. Ma zastosowanie do nowych cząsteczek chemicznych oraz oryginalnych leków biologicznych. W 1992 r. na mocy ustawy Prescription Drug User Fee Act (PDUFA) stworzono dwupoziomowy system przeglądu, tzw. przegląd standardowy i przegląd priorytetowy. Przegląd priorytetowy ma na celu podjęcie czynności związanych ze złożonym wnioskiem w terminie 6 miesięcy w porównaniu do 10 miesięcy w przypadku przeglądu standardowego³². Przegląd priorytetowy wdrażany jest w przypadku leków znacznie zwiększających bezpieczeństwo lub skuteczność leczenia, diagnostyki lub zapobiegania poważnym stanom chorobowym.

³¹ *Accelerated Approval [w:] Fast Track, Breakthrough...*, dz. cyt.

³² Tamże.

4.9. Podsumowanie

Z punktu widzenia europejskiego rynku produktów leczniczych, największe znaczenie w skróceniu procedury dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu ma tzw. szybka ścieżka wdrożona przez Europejską Agencję Leków. Pozwala na skrócenie wszystkich etapów postępowania w przedmiocie wniosku o wydanie pozwolenia na dopuszczenie produktu leczniczego do obrotu, przy jednoczesnym zapewnieniu rzetelnych dowodów naukowych dotyczących skuteczności, bezpieczeństwa i jakości.

Procedura dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu jest ściśle związana z badaniami klinicznymi, których celem jest potwierdzenie klinicznych, farmakologicznych lub farmakodynamicznych skutków działania produktu, zidentyfikowanie działań niepożądanych, oraz zbadanie wchłaniania, dystrybucji i metabolizmu produktu leczniczego. Szybka ścieżka nie zawężyła zakresu badań klinicznych po tym względem, ale jedynie usprawniła przebieg procesów przez wprowadzenie szybkiego doradztwa naukowego, szybkiej umowy w ramach planu badań pediatrycznych, przeglądu etapowego oraz przyspieszonej oceny.

W przypadku warunkowego dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu należy zawsze brać pod uwagę stosunek korzyści do ryzyka wynikającego z braku dostarczenia wyczerpujących danych przedklinicznych lub farmaceutycznych. Przy czym korzyści muszą zawsze przewyższyć ryzyko. W świetle pandemii choroby COVID-19 staje się możliwe wydanie warunkowego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego stosowanego w terapii lub profilaktyce COVID-19, jednakże szybka ścieżka EMA powinna być traktowana jako procedura priorytetowa z uwagi na pełną ocenę wyników badań.

Analogiczne rozwiązania prawne, takie jak szybka ścieżka (*Fast Track*) oraz przegląd priorytetowy (*Priority Review*), funkcjonują od wielu lat w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej. Pozwala to na dokonanie wstępnej oceny, że szybka ścieżka EMA również spełni stawiane przed nią zadania i doprowadzi do znacznie szybszego dopuszczenia skutecznych produktów leczniczych stosowanych w profilaktyce i leczeniu choroby COVID-19 do obrotu w Unii Europejskiej, co przełoży się na efektywne przeciwdziałanie pandemii.

mgr Marcin Waszak

Katedra Prawa Medycznego

Katedra i Zakład Prawa Medycznego i Farmaceutycznego

Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu

5. Szczególne obowiązki i uprawnienia podmiotu leczniczego jako zamawiającego w świetle ustaw szczególnych pakietu tzw. anty-COVID-19

5.1. Wprowadzenie

Transmisja wirusa SARS-CoV-2 w różnych zakątkach globu na przestrzeni pierwszego kwartału 2020. wymogła na rządzących podjęcie wielu działań, mających na celu zniwelowanie negatywnych skutków niekontrolowanych wystąpień groźnej choroby zakaźnej wśród społeczeństwa. Do czasu sporządzenia niniejszego opracowania, polski prawodawca ustanowił kilka specustaw wchodzących w skład tzw. tarcz antykryzysowych, tj. ustaw nowych, a także zmieniających szereg różnorodnych aktów prawnych, na pierwszy rzut oka niezwiązanych ze zwalczaniem epidemii koronawirusa (od Kodeksu karnego¹ po ustawę Prawo telekomunikacyjne²). Modyfikacji poddano także ustawę o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, mającą ułatwić walkę z epidemiologicznym zagrożeniem³. Najważniejsze założenia pracy ustawodawcy dotyczyły sprawnego funkcjonowania podmiotów leczniczych oraz możliwej zmiany umów o realizację zamówienia publicznego.

Istotnym przekształceniom poddano także materię m.in. zamówień publicznych, kreując instrumenty prawne, zmieniające zarówno zainicjowane postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania znajdujące się w toku realizacji. W niektórych sytuacjach prawodawca przewidział nawet możliwość odstąpienia od wszczynania procedury zamówień publicznych przez zamawiających.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U z 2021 r. poz. 1023, 2054, z późn. zm.).

² Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 576).

³ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz.U. z 2021, poz. 2069, 2120 z późn. zm., dalej: ustawa o chorobach zakaźnych).

Nadto ustawodawca zdecydował o zwiększeniu uprawnień wojewodów, mogących wydawać natychmiast wykonalne polecenia poszczególnym organom jednostek samorządu terytorialnego. Warto podkreślić, że krąg podmiotów będących adresatem powyższych poleceń czy obowiązków może obowiązywać podmioty lecznicze oraz przedsiębiorców, ingerując tym samym w wolność działalności gospodarczej.

Nie budzi wątpliwości, że omawiane w niniejszym artykule działania rządzących wpisują się w realizację zadania ochrony zdrowia opisanych w art. 38 i art. 68 ust. 4 ustawy zasadniczej⁴. Rzeczpospolita Polska zagwarantowała na mocy art. 38 Konstytucji RP każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. Drugi z przywołanych artykułów zobowiązuje rządzących do zwalczania chorób epidemicznych.

Przedmiotem rozważań będzie analiza celowości stworzonych przez prawodawcę obowiązków publicznych, nakładanych na m.in. podmioty lecznicze, i przysługujących im uprawnień o charakterze prywatnoprawnym, a także zastanowienie się, czy działania te pozostają adekwatne i proporcjonalne do podstawowego założenia, jakim pozostaje zwalczanie skutków epidemii. W ocenie autora, ustawodawca podążył we właściwym kierunku, ponieważ wymaga się od prawodawcy reagowania na każdą sytuację kryzysową, lecz podjęte działania pozostają wątpliwe na polu konstytucyjnym. Nadto zastosowana uznaniowość w działaniu organów administracji publicznej, brak klarownego opisanie, na czym w ogóle ma polegać przeciwdziałanie COVID-19 oraz brak konieczności uzasadnienia zapadłych decyzji mogą osłabiać pozycję podmiotów leczniczych, a także podważać zaufanie obywateli do państwa.

Autor przybliży rozumienie podmiotu leczniczego na gruncie aktualnych przepisów, następnie zostaną opisane publicznoprawne obowiązki zawarte w tarczach antykryzysowych w postaci poleceń kierowanych do podmiotów leczniczych, a w dalszej kolejności, formułowane zadania, po czym interpretacji zostaną poddane także uprawnienia prywatnoprawne, mające źródło w zmienionym prawie zamówień publicznych. W końcu autor zastanowi się, czy w obowiązującym porządku prawnym istnieją narzędzia, które nie stanowiłyby dostatecznych rozwiązań dla niwelowania skutków epidemii koronawirusa. Przy czym należy odnotować, że do czasu uchwalenia tarcz antykryzysowych były już obecne instytucje mające zapewnić szybkie działanie podmiotów leczniczych na wypadek epidemii w obowiązującym systemie prawnym. Wyraźnym przykładem pozostaje skierowanie (na drodze administracyjnoprawnej) do pracy przy zwalczaniu epidemii, opisane w art. 47

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi lub możliwość negocjacji umowy przewidziana art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych⁵.

5.2. Pojęcie podmiotu leczniczego na gruncie ustawy o działalności leczniczej

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań pozostaje wyjaśnienie, jaki podmiot może zostać zakwalifikowany jako podmiot leczniczy. Odpowiedzi dostarcza art. 4 ustawy o działalności leczniczej⁶, zgodnie z którym za podmioty lecznicze uznaje się:

- a) przedsiębiorców we wszelkich formach przewidzianych dla wykonywania działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy Prawo przedsiębiorców⁷,
 - b) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, jednostki budżetowe (w tym państwowe jednostki budżetowe tworzone i nadzorowane przez m.in. ministra właściwego do spraw wewnętrznych czy Ministra Obrony Narodowej, posiadające w strukturze organizacyjnej ambulatorium, ambulatorium z izbą chorych lub lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, pielęgniarkę podstawowej opieki zdrowotnej lub położną podstawowej opieki zdrowotnej),
 - c) instytuty badawcze,
 - d) fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej,
 - e) jednostki organizacyjne stowarzyszeń posiadające osobowość prawną,
 - f) osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania,
 - g) jednostki wojskowe
- w zakresie, w jakim wykonują działalność leczniczą.

Powyższe wyliczenie wskazuje na szeroko zarysowany krąg podmiotów, które mogą zostać uznane za podmioty lecznicze. Zbiór ten zawiera w sobie m.in. przedsiębiorców lub stowarzyszenia, czyli jednostki, które stosunkowo łatwo i szybko zarejestrować. Nadto, mimo wskazanych ośmiu kategorii podmiotów kwalifikowanych jako podmioty lecznicze, ostateczna liczba form prawnych, pod którą mogą działać podmioty lecznicze pozostaje

⁵ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288 i 1086).

⁶ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 711 i 1773, 2120).

⁷ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 162, 2105).

znacznie liczniejsza⁸. Wynika to z faktu, że chociażby w Kodeksie spółek handlowych przewidziano prowadzenie działalności gospodarczej w formie kilku spółek osobowych i kapitałowych. Należy również doprecyzować, że wbrew literalnemu rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 1 nie każdy przedsiębiorca w rozumieniu ustawy Prawo przedsiębiorców będzie automatycznie traktowany jako podmiot leczniczy, lecz tylko ten przedsiębiorca, który prowadzi działalność leczniczą⁹.

Poza tym do tej grupy zalicza się samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, czyli najpowszechniejsze podmioty wykonujące zadania z zakresu ochrony zdrowotnej. Jednostki te pozostają szczególnie istotne dla dalszych ustaleń, związanych z udzielaniem zamówienia publicznego. Warto odnotować, że omawiana ustawa o działalności leczniczej usunęła z obiegu prawnego istnienie samodzielnych niepublicznych zakładów zdrowotnych.

Konkludując, wykonywanie działalności leczniczej przewidziano dla bardzo licznej grupy podmiotów, którą można podzielić za Erykiem Kosińskim na przedsiębiorców oraz nieprzedsiębiorców¹⁰. Zdecydowanie większym zbiorem pozostają przedsiębiorcy (nie można zapomnieć, że działalność leczniczą w formie praktyki mogą wykonywać także lekarze czy pielęgniarki w formie indywidualnej praktyki zawodowej. W ramach niniejszego opracowania nie zostaną podjęte rozważania związane z kwalifikacją tej formy aktywności zawodowej lekarza czy pielęgniarki jako wolnego zawodu, gdyż wątek ten zasługuje na odrębną publikację¹¹). Natomiast nieprzedsiębiorcy to jedynie samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, jednostki budżetowe, a także jednostki wojskowe.

5.3. Obowiązki publicznoprawne nakładane na podmioty lecznicze, wprowadzone mocą tzw. tarcz antykryzysowych

5.3.1. Polecenia kierowane wobec podmiotów leczniczych

Po opisanu kręgu podmiotów należy wyjaśnić, jakie konkretnie obowiązki zostały wprowadzone drogą ustaw zwanych tarczami antykryzysowymi. Od marca do czerwca 2020 r. ustawodawca szereg ustaw służących zwalczaniu skutków epidemii koronawirusa

⁸ E. Kosiński, *Prawne formy podejmowania i prowadzenia działalności leczniczej jako komponent systemu opieki zdrowotnej w Polsce. Wybrane aspekty* [w:] *Praworządność, decentralizacja, przedsiębiorczość. Księga Jubileuszowa Prof. Leona Kieresa, K. Kiczka, T. Kocowski, M. Małecki (red.)*, Wrocław 2018, s. 128.

⁹ F. Grzegorzczak, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 62.

¹⁰ E. Kosiński, *Prawne formy ...*, dz. cyt., s. 129.

¹¹ Tenże, *Prawny status zawodu lekarza. Wybrane zagadnienia*, „*Studia Prawa Publicznego*” 2016, nr 3 (15), s. 27.

(najważniejsze z nich to: pierwsza tarcza¹², znowelizowana następnie ustawą¹³ o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, ustawa¹⁴ z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, natomiast kolejne dwie ustawy to ustawa¹⁵ z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19¹⁶) i ustawa z dnia 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19¹⁷.

Dla niniejszego rozdziału istotne pozostają obowiązki opisane w ustawie o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej: ustawa antycovidowa) oraz w ustawach nowelizujących, ponieważ jedynie w aktach tych opisano instytucje wydawania poleceń wiążących poszczególne jednostki samorządowe, podmioty lecznicze oraz przedsiębiorców. Pozostałe akty prawne nie mają znaczenia dla tematyki poruszanej w publikacji. W niniejszym podrozdziale bliższej analizie zostaną przedstawione art. 10, art. 10a oraz art.17 ustawy antycovidowej.

W art. 10 ust. 1 ustawy antycovidowej wskazano, że Prezes Rady Ministrów (działając na wniosek ministra właściwego do spraw zdrowia) może zobligować jednostkę samorządu terytorialnego do podjęcia konkretnego zadania związanego z przeciwdziałaniem epidemii

¹² Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2095, 2120, 2133, 2262, 2269).

¹³ Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz.U. poz. 568, 695, 1086, 1262, 1478, 1747, 2157, 2255, z 2021 r. poz. 1535).

¹⁴ Ustawa z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 737, 1192, 2106, 2141).

¹⁵ Ustawa z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, (t.j. Dz.U. poz. 875, 1086, 2255, 2320, z 2021 r. poz. 159, 981, 1192).

¹⁶ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19, (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1072, 1080, 1535).

¹⁷ Ustawa z dnia 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19, (t.j. Dz.U. poz. 2112, 2113, z 2021 r. poz. 159).

koronawirusa. Zadania wykonywane przez jednostki samorządu terytorialnego mają charakter zadań zleconych z zakresu administracji rządowej i pokrycie wydatków służących realizacji ich celów jest gwarantowane na podstawie art. 10 ust. 6 ustawy antycovidowej.

W kolejnym ustępie ustawy wskazano, że minister właściwy do spraw zdrowia może nałożyć obowiązek opisany w ust. 1 na podmiot leczniczy, który jest:

1. spółką kapitałową, w której jedynym albo większościowym udziałowcem albo akcjonariuszem jest:
 - a) Skarb Państwa lub
 - b) jednostka samorządu terytorialnego lub
 - c) uczelnia medyczna,
2. samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej lub jednostką budżetową;
3. instytutem badawczym.

Polecenia na mocy ust. 3 dzielą się na dwie grupy zadań. Pierwsza polega na skierowaniu przez ministra właściwego do spraw zdrowia żądań o charakterze organizacyjnym (nie wymagają one podjęcia aktów, w tym uchwał, przez właściwe organy administracji publicznej). Należy dodać, że na mocy art. 10b minister właściwy do spraw zdrowia może, w drodze decyzji administracyjnej, zawiesić kierownika podmiotu leczniczego prowadzącego szpital w wykonywaniu praw i obowiązków oraz wyznaczyć do ich wykonywania pełnomocnika, w razie wystąpienia szczególnie uzasadnionych przypadków związanych z koniecznością zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, a także w razie odmowy wykonania przez niego polecenia Prezesa Rady Ministrów lub wojewody bądź w przypadku nienależytego wykonania polecenia przez podmiot leczniczy prowadzący szpital. Dalszym krokiem pozostaje zawiadomienie właściwego wojewody oraz organu powołującego o zawieszeniu kierownika. Pełnomocnik ma prawo prowadzenia spraw podmiotu leczniczego i jego reprezentowania, co jest zrozumiałe, biorąc pod uwagę, że zastępuje zawieszonoego kierownika podmiotu leczniczego prowadzącego szpital, co z kolei prowadzi do podejmowania wszelkich decyzji dotyczących funkcjonowania danego szpitala przez niego właśnie, ponieważ kompetencje pozostałych organów danego podmiotu leczniczego również podlegają zawieszeniu. Każde działanie pełnomocnika powinno zostać należycie uzasadnione i prowadzić do realizacji wyznaczonych zadań, ponieważ podmiot ten jest zobowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej przez działanie niezgodne z prawem lub przez zaniechanie, które nastąpiło przy realizacji obowiązków.

Decyzja administracyjna w przedmiocie wyznaczenia pełnomocnika ma kilka specyficznych rozwiązań, które należy przybliżyć. Omawiane rozstrzygnięcie podlega natychmiastowemu wykonaniu, lecz przewidziano możliwość jego kontroli w drodze skargi do sądu administracyjnego, którą wnosi się w terminie 7 dni od otrzymania decyzji administracyjnej przez radę nadzorczą, komisję rewizyjną albo współnika mającego prawo prowadzenia spraw spółki lub jej reprezentowania. Określono również, że omawiana decyzja administracyjna wygasa najpóźniej po upływie 30 dni od dnia odwołania stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii. Warto przypomnieć, że Minister Zdrowia wydał w dniu 20 marca 2020 r. rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii¹⁸ (stan zagrożenia epidemicznego ogłoszono 13 marca 2020 r.¹⁹).

Bez wątpienia niniejsza decyzja administracyjna ma zapewnić realizację zadań i poleceń kierowanych przez najważniejsze organy państwa oraz sprawne zarządzanie podmiotem leczniczym w niepewnym okresie stanu epidemii. Analizowana instytucja wydaje się być również skutecznym narzędziem realizacji polityki epidemiologicznej państwa, na wypadek jej niewłaściwego wykonania przez podległe jednostki samorządowe. Wskazany pełnomocnik staje się niejako gwarantem wdrażania podjętej polityki epidemiologicznej rządu, a także odpowiada za należyte wykonanie zadań wskazanych przez Prezesa Rady Ministrów lub ministra właściwego do spraw zdrowia w dobie epidemii koronawirusa.

Problem praktyczny, który uwidacznia się po analizie przepisów dotyczących powołania pełnomocnika, to iluzoryczność ścieżki odwoławczej. Wydaje się mało prawdopodobne, aby skarga do sądu administracyjnego została merytorycznie rozstrzygnięta do czasu np. wygaśnięcia decyzji administracyjnej o powołaniu danego pełnomocnika, w szczególności, gdy uwzględni się czas na ewentualne postępowanie przed sądem administracyjnym II instancji, tj. Naczelnym Sądem Administracyjnym.

Oprócz wyżej opisanych zadań, warto byłoby pochylić się nad drugą grupą obowiązków, która dotyczy określonych zasobów podlegających przekazaniu z jednego do innego podmiotu leczniczego. W ustawie antycovidowej określono, co może stanowić przedmiot przekazania. Są to środki umożliwiające kontynuowanie udzielenia świadczeń zdrowotnych np. produktów leczniczych, wyrobów leczniczych czy aparatury i sprzętu medycznego.

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. poz. 491).

¹⁹ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. poz. 433).

Ustawa przewiduje pokrycie kosztów poniesionych na wykonanie przedmiotowych zadań dla obu zbiorów poleceń. Mówi także o nałożonym na ministra właściwego do spraw zdrowia obowiązku naprawienia szkody powstałej po stronie podmiotu leczniczego.

Wyżej opisane zadania nie stanowią jedynych obowiązków, które mogą być nałożone na podmioty lecznicze, bowiem ustawa antycovidowa w art. 10a zezwala ministrowi właściwemu do spraw zdrowia podejmować (enigmatyczne) działania, inne niż określone w art. 10 ustawy antycovidowej, lecz związane z przeciwdziałaniem COVID-19. Ani ustawa, ani uzasadnienie do niej nie wyjaśniają kierunku, w jakim powinien podążać minister właściwy do spraw zdrowia, podejmując poszczególne decyzje niewymienione w ustawie antycovidowej. Zresztą problem klauzuli generalnej „*przeciwdziałania COVID-19*” dotyczy nie tylko omawianego artykułu, lecz całej ustawy antycovidowej. Podobnie odpowiedzi nie dostarcza uzasadnienie projektu ustawy, ani żaden z artykułów nie stara się precyzować, jakie działania mogą zostać zakwalifikowane jako przykład przeciwdziałania. Oznacza to, że organy administracji publicznej uzyskały bardzo dużą swobodę w działaniu. Zbliżone wątpliwości dotyczące niniejszej ustawy przedstawiał Rzecznik Praw Obywatelskich, co zostanie szerzej opisane przy analizie instytucji poleceń zawartych w art. 11 ustawy antycovidowej.

Podsumowując, wydaje się, że z jednej strony prawodawca chciał pozostawić otwarty katalog czynności, mających na celu zwalczanie efektów działania koronawirusa (wszak nie sposób przewidzieć w stanie epidemicznym wszystkich możliwych scenariuszy i reperkusji), z drugiej jednakże strony niepokoi pozostawienie monokratycznemu organowi centralnemu tak szerokiego pola aktywności, bowiem działanie w omawianym zakresie nie podlega jakiegokolwiek kontroli, co może doprowadzić do wielorakich nadużyć lub niegospodarności. Jedynym ograniczeniem wskazanym pośrednio pozostaje źródło finansowania omawianych czynności, bowiem dotyczą one środków budżetowych, których dysponentem jest minister właściwy do spraw zdrowia. Przy czym nie wykluczono możliwego dofinansowania planów ministra właściwego do spraw zdrowia przez Prezesa Rady Ministrów.

Uprawnienia zbliżone do praw Ministra Zdrowia przyznano Głównemu Inspektorowi Sanitarnemu (lub działającemu z jego upoważnienia państwowemu wojewódzkiemu inspektorowi sanitarnemu) na mocy art. 17 ustawy antycovidowej, dodając do art. 8a ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej²⁰ ustępy o numerach 5–9. Zmiany

²⁰ Ustawa z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 195).

te przewidują, że Główny Inspektor Sanitarny lub państwowy wojewódzki inspektor sanitarny wydają decyzję administracyjną lub zalecenia i wytyczne wobec m.in. osób prawnych, osób fizycznych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, w szczególności podmiotom wykonującym działalność leczniczą. Decyzje administracyjne mogą dotyczyć trzech zagadnień:

- a) podjęcia określonych czynności zapobiegawczych lub kontrolnych wraz z żądaniem od wymienionych podmiotów przedstawienia informacji w tym zakresie,
- b) dystrybucji: produktów leczniczych, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych (decyzje administracyjne kierowane wobec hurtowni farmaceutycznych) oraz środków ochrony osobistej (decyzje administracyjne kierowane wobec producentów, dystrybutorów lub importerów),
- c) współdziałania z innymi organami administracji publicznej oraz organami Państwowej Inspekcji Sanitarnej (w sytuacji skierowania decyzji do podmiotów innych niż te organy).

Do każdej z powyższych decyzji administracyjnych stosuje się, co do zasady, Kodeks postępowania administracyjnego, z tym zastrzeżeniem, że akty te są natychmiast wymagalne, nie posiadają obowiązku sporządzenia uzasadnienia, mogą być ogłoszone ustnie, a następnie potwierdzane pisemnie. Procedura odwoławcza pozostaje maksymalnie skrócona, ponieważ odwołanie można wnieść w terminie dwóch dni roboczych od ich otrzymania lub ogłoszenia. Rozpatrzenie odwołania następuje w terminie 5 dni roboczych po przekazaniu organowi odwoławczemu (na co, w myśl ustawy, przewidziano jeden dzień roboczy).

Natomiast zalecenia i wytyczne (określające sposób postępowania w trakcie realizacji zadań w przypadku stanu zagrożenia epidemicznego, stanu epidemii albo w razie niebezpieczeństwa szerzenia się zakażenia lub choroby zakaźnej, które może stanowić zagrożenie dla zdrowia publicznego, w szczególności wystąpienia choroby szczególnie niebezpiecznej lub wysoce zakaźnej, o których mowa w przepisach ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi) podlegają publikacji np. przez Głównego Inspektora Sanitarnego w Biuletynie Informacji Publicznej urzędu obsługującego Głównego Inspektora Sanitarnego lub (nieodpłatnie) przez podmiot mający prawo rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych, o których mowa w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji²¹, w terminie wskazanym przez Głównego Inspektora Sanitarnego albo działającego z jego upoważnienia państwowego wojewódzkiego inspektora sanitarnego.

²¹ Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 805, z 2021 r. poz. 1676).

Opisana powyżej instytucja poleceń służy zapewnieniu szybkości, skuteczności i pewności działań, którymi organy administracji kierują się, aby przeciwdziałać skutkom epidemii koronawirusa. Państwo ma obowiązek realizować przejawy sprawowania *imperium* z całą stanowczością, zapewniając bezpieczeństwo swoim obywatelom, a w szczególności w tak newralgicznej sferze działań, jaką pozostaje walka z zagrożeniem epidemiologicznym. Opisane grupy poleceń organizacyjnych oraz przekazywanych środków własnych szpitala odwołują się do najważniejszych aspektów funkcjonowania podmiotu leczniczego.

Zdecydowanie na dalszym planie umieszczono możliwość zajęcia stanowiska przez podmioty lecznicze wobec skierowanego do nich polecenia. Priorytetem ustawodawcy pozostało podporządkowanie działań podmiotu leczniczego i pozbawienie tych placówek realnego wpływu na kształt ostatecznych poleceń. Możliwość zakwestionowania zapadłych rozstrzygnięć administracyjnych została ograniczona do powołania pełnomocnika, odpowiadającego osobiście za realizację zadań zleconych danemu szpitalowi oraz aktów Głównego Inspektora Sanitarnego adresowanych do tego podmiotu leczniczego. Jak wskazano powyżej, omawiana ścieżka odwoławcza w przypadku powołania pełnomocnika (skierowanie skargi do sądu administracyjnego) pozostaje raczej pozornym działaniem, bowiem na prawomocne rozstrzygnięcie Naczelnego Sądu Administracyjnego, jako sądu drugiej instancji, oczekuje się najczęściej kilka lat. Nadto sam spór może okazać się bezprzedmiotowy z dwóch przyczyn. Po pierwsze decyzja wygasa po upływie maksymalnie 30 dni od dnia odwołania stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, czyli rzędy pełnomocnika w danym podmiocie leczniczym prowadzącym szpital mogą zostać zakończone z powodu upływu czasu. Po drugie warunkiem powołania pełnomocnika pozostają szczególne okoliczności związane z koniecznością zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, w tym w przypadku odmowy wykonania polecenia lub jego nienależytego wykonania przez kierownika podmiotu leczniczego prowadzącego szpital. Zastosowane kryteria wydają się trudne do uchwycenia, dlatego wnosząc skargę administracyjną niełatwo jest wskazać ewentualne uchybienia w ocenie prowadzenia szpitala, których dopuścił się minister właściwy do spraw zdrowia.

Możliwość zaskarżenia aktów kierowanych wobec podmiotów leczniczych wydaje się utrudniona w odniesieniu do decyzji administracyjnych wydawanych przez Głównego Inspektora Sanitarnego. Co prawda ścieżka odwoławcza jest znacznie skrócona, jednak nie można zapomnieć, że wniesione odwołanie odnosi się do rozstrzygnięcia pozbawionego uzasadnienia. Dlatego odwołującemu się będzie zdecydowanie trudno wykazać ewentualne uchybienia po stronie Głównego Inspektora Sanitarnego.

Mimo wszystko nie oznacza to, że podmioty lecznicze pozostają bezbronne, ponieważ zarówno minister właściwy do spraw zdrowia, jak i pełnomocnik wraz ze Skarbem Państwa odpowiadają za wyrządzoną szkodę.

Za budzące największe wątpliwości należy uznać szerokie uprawnienia ministra właściwego do spraw zdrowia dotyczące zwalczania epidemii. Minister ten nie ma obowiązku kontroli ani uzasadnienia podjętych działań, co może szkodzić transparentności działań. Zaskakuje także, że umożliwienie tak szerokich działań ministrowi stanowi raptem jedno zdanie w ustawie. Z pewnością nie stanowi to przykładu właściwej legislacji, której oczekuje się od prawodawcy nawet w trudnym czasie pandemii.

5.3.2. Polecenia kierowane wobec przedsiębiorców i innych podmiotów

W art. 11 ustawy antycovidowej opisano bliźniaczą instytucję poleceń służących dość skrótowo opisanemu celowi, jakim jest przeciwdziałanie rozprzestrzenianiu się koronawirusa. Wykładnia art. 10 i 11 ustawy antycovidowej jasno wskazuje, że niniejsze polecenia nie są skierowane do podmiotów leczniczych, lecz do podmiotów z nimi związanych, jak np. jednostki samorządu terytorialnego czy przedsiębiorcy. Ich funkcjonowanie w oczywisty sposób może rzutować na funkcjonowanie podmiotów leczniczych (choćby poprzez wydawanie poleceń przedsiębiorcy trudniącemu się produkcją niezbędnych środków dezynfekujących czy odzieży ochronnej) w dobie epidemii, dlatego wydaje się uzasadnionym opisanie działania tej instytucji.

Podmiotami inicjującymi wydanie polecenia są:

- a) wojewoda, w odniesieniu do wszystkich organów administracji rządowej działającej w województwie, państwowych osób prawnych, organów samorządu terytorialnego, samorządowych osób prawnych oraz samorządowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej,
- b) minister właściwy do spraw zdrowia (z własnej inicjatywy lub na wniosek wojewody) kieruje je wobec osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej oraz przedsiębiorców,
- c) Prezes Rady Ministrów, w odniesieniu do podmiotów wymienionych w literach a) oraz b).

Polecenia wydawane są drogą decyzji administracyjnej i podobnie jak polecenia opisane w art. 10 ustawy antycovidowej podlegają natychmiastowemu wykonaniu z chwilą ich doręczenia lub ogłoszenia oraz nie wymagają uzasadnienia. Jednakże w przeciwieństwie do nich wyróżniono formę ich wydawania tj., ustną, pisemną w formie adnotacji, telefoniczną, a także za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Nie wykluczono także zastosowania innych środków łączności do przekazywania omawianych poleceń, przy czym istotne okoliczności takiego załatwienia sprawy powinny być utrwalone w formie protokołu.

Wymienione wyżej cechy decyzji administracyjnych wzbudzają wątpliwości konstytucyjne. Skompilował je Rzecznik Praw Obywatelskich²² Adam Bodnar w piśmie z dnia 22 kwietnia 2020 r. adresowanym do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji Mariusza Kamińskiego, wymieniając następujące problemy:

- a) posłużenie się przez ustawodawcę w art. 11 ust. 4 ustawy antycovidowej klauzulą generalną „*przeciwdziałania COVID-19*”, co może godzić w konstytucyjne prawo własności np. przedsiębiorców, ponieważ organy administracyjne mogą kierować się zbyt wielką uznaniowością, której nie muszą uzasadniać, wobec podmiotów prywatnych,
- b) brak obowiązku uzasadnienia decyzji administracyjnej pozostaje o tyle niebezpieczny dla jednostki, że w momencie wniesienia odwołania, organ odwoławczy, a następnie sąd administracyjny, nie ma możliwości odniesienia się do prawidłowości podjętych rozstrzygnięć, innymi słowy, nie można zbadać prawidłowości toku działań prowadzącego do wydania decyzji z uwagi na brak uzasadnienia decyzji,
- c) wydawanie decyzji administracyjnych przewidziane w art. 11 ust 10 ustawy antycovidowej w formie ustnej w sprawach o różnej wadze stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w zasadę pisemności rozstrzygnięć spraw administracyjnych,
- d) polecenia wydawane przez wojewodę, ministra właściwego do spraw zdrowia oraz Prezesa Rady Ministrów cechuje zbliżony katalog podmiotów podporządkowanych, a także przedmiot rozstrzygnięć, co niekiedy może prowadzić do krzyżowania się i wykluczania się stosowania poleceń., co może uniemożliwić zapewnienie stosowania prawa w skomplikowanym okresie epidemii koronawirusa.

²² Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 22 kwietnia 2020 r., s. 1-5 [dostęp: 31 lipca 2020]. Pismo dostępne na oficjalnej stronie internetowej Rzecznika Praw Obywatelskich: <<https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/WG%20do%20MSWiA%20ws%20tarczy%202.0%20i%20KPA%2C%2022.04.2020.pdf>>.

Dla poleceń wydawanych w oparciu o art. 11 ustawy antycovidowej nie przewiduje się ścieżki odwoławczej. Jedynie w art. 11 ust. 11 ustawy antycovidowej wskazano, że polecenia wojewody wydawane podległym mu jednostkom samorządowym mogą zostać poddane nadzorowi odpowiedniego ministra (wojewoda wydając polecenie informuje niezwłocznie właściwego ministra). Zgodnie z normą zakodowaną w przywołanym przepisie, minister ten pozostaje władny wstrzymać wykonanie polecenia (prezentując jednocześnie stanowisko w sprawie) i wystąpić z wnioskiem do Prezesa Rady Ministrów o rozstrzygnięcie powstałego sporu.

Ustawa antycovidowa normuje, że Prezes Rady Ministrów wydając polecenie przedsiębiorcy może wskazać także organ odpowiedzialny za zawarcie umowy. Oznacza to pewną dwutorowość podjętych działań. Wydaje się, że *meritum* żądania zostanie opisane w treści decyzji administracyjnej, natomiast wszelkie szczegóły dotyczące jego dostarczenia bądź wykonania staną się przedmiotem negocjacji między wskazanym już w decyzji administracyjnej Szefem Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, ministrem albo wojewodą (w przypadku decyzji wydawanych przez Prezesa Rady Ministrów) lub ministrem albo wojewodą (w sytuacji, gdy decyzja została wydana przez ministra właściwego do spraw zdrowia) a przedsiębiorcą.

Przewidziano również sytuację, gdy dialog między przedsiębiorcą a przedstawicielem rządu pozostanie bezowocny i umowa nie zostanie zawarta. Wówczas wydane polecenie w postaci decyzji administracyjnej podlega natychmiastowemu wykonaniu. Ustawa nie wskazuje, w jaki sposób następuje rozliczenie działań podjętych przez przedsiębiorcę. Nie nakreśla, na jakich zasadach miałyby dojść do rozliczeń między stronami.

Polecenia wydawane przez wojewodę jednostkom samorządu terytorialnego traktowane są jako zadania zlecone z zakresu administracji rządowej, co z oczywistych przyczyn wyklucza zawarcie umowy tego typu, jak z przedsiębiorcą.

Polecenia opisane w art. 11 ustawy antycovidowej wydają się logicznym następstwem poleceń opisanych w art. 10. Działania mają zapewnić systemowe zabezpieczenie realizacji bezpośrednich instrukcji przedstawicieli rządu wobec poszczególnych jednostek mogących wpływać na działanie podmiotów leczniczych prowadzących szpitale. Odmówienie ścieżki odwoławczej wymienionym podmiotom wpisuje się w schemat zawarty już w art. 10 ustawy antycovidowej. Prymatem ma być realizacja planów wskazanych przez np. Prezesa Rady Ministrów lub wojewodę, nie zaś zajęcie stanowiska przez przedsiębiorcę. Wykreo-

wane narzędzia mają służyć skróceniu do minimum czasu poświęconego na aspekty formalne, na rzecz faktycznego działania. Kierunek ten został zakreślony już w uzasadnieniu pierwszej ustawy wchodzącej w skład tarcz antykryzysowych, gdzie wskazano, że: „*W celu sprawnej realizacji zadań związanych z przeciwdziałaniem COVID-19 przewidziano, iż wojewoda może wydawać polecenia obowiązujące wszystkie organy administracji rządowej działające w województwie i państwowe osoby prawne, organy samorządu terytorialnego, samorządowe osoby prawne oraz samorządowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej a polecenia te podlegają natychmiastowemu wykonaniu*”²³.

Jednakże trudno przewidzieć, w jakim kierunku będzie podążać praktyka organów administracji publicznej, w szczególności w zakresie zawierania umów z przedsiębiorcami. Ustawa zdecydowanie zbyt skrótowo odnosi się do szczegółów zawierania umów, co przy braku ścieżki odwoławczej może zostać wykorzystane przeciwko podmiotom działającym na rynku prywatnym. Szczególnie widocznym może pozostać omawiany konflikt w razie wystąpienia sytuacji krytycznej, np. powszechnego braku leku umożliwiającego łagodniejsze przejście zakażenia wirusem SARS-CoV-2. Wówczas państwo, zmuszone do podjęcia radykalnych działań, realizując stworzone przez siebie narzędzia, może nadużywać pozycji negocjacyjnej wobec przedsiębiorcy, wymuszając na nim działania, które mogą okazać się dla niego skrajnie nieopłacalne. Należy mieć na uwadze, że ustawa nie przewiduje żadnych pryncypiów, którymi powinien kierować się organ wyliczający koszty działań przedsiębiorcy. Kluczem pozostaje takie wyważenie postępowania przez rządzących, aby nie doprowadzić do nader częstych działań, pozostających w sprzeczności z prymarnymi zasadami Kodeksu postępowania administracyjnego (głównie art. 8 ust. 1, zasady pogłębiania zaufania uczestników postępowania do władzy publicznej), co jest tym istotniejsze, że zasada ta pełni szczególną rolę w funkcjonowaniu aparatu państwowego. Podkreślił to Piotr Przybysz oceniając, że: „*Zasada budzenia zaufania obywatela do państwa i prawa (obecnie: zasada prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej) od dawna była traktowana przez Trybunał Konstytucyjny jako oczywista cecha demokratycznego państwa prawnego (zob. zwłaszcza orzeczenie TK z 30 listopada 1988 r., K. 1/88, OTK 1988, poz. 6). Nie ulega wątpliwości, że organy administracji powinny realizować tę zasadę we wszelkiego rodzaju kontaktach z obywatelami. Naruszenie*

²³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, 1 marca 2020, s. 2 [dostęp: 31 lipca 2020]. Uzasadnienie dostępne na oficjalnej stronie internetowej Sejmu RP: <<https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=265>>.

tej zasady może prowadzić do powstania odpowiedzialności dyscyplinarnej lub porządkowej pracowników administracji. Jest także oczywiste, że omawiany artykuł nie może być stosowany w tych sferach działania administracji, które nie są unormowane przez przepisy Kodeksu”²⁴.

5.4. Obowiązki podmiotu leczniczego na gruncie udzielania zamówień publicznych

Tematyka modyfikacji procedury zamówień publicznych w świetle ustaw wchodzących w skład tarcz antykryzysowych pozostaje ściśle powiązana z funkcjonowaniem zarówno podmiotów leczniczych, podmiotów leczniczych prowadzących szpitale, jak i przedsiębiorców w okresie rozprzestrzeniania się koronawirusa. Należy przez to rozumieć głównie pozyskanie konkretnych materiałów potrzebnych do spełnienia swoich podstawowych zadań, czyli udzielania świadczeń zdrowotnych. Zasoby mogące być przedmiotem zamówienia publicznego mogą być bezpośrednio związane z ochroną przed koronawirusem jak np. odzież ochronna dla personelu, środki dezynfekcji czy specjalistyczne urządzenia, jak respiratory lub wprost przeciwnie. Takim przykładem może być zwykłe zapotrzebowanie podmiotu leczniczego na leki albo sprzęt podstawowy, jak strzykawki. Wobec czego dla uzyskania pełnego obrazu modyfikacji pozycji podmiotu leczniczego mającego źródło w ustawach zwanych zbiorczo tarczami antykryzysowymi należy omówić także wybrane, poszczególne zagadnienia zamówień publicznych. Do takich zagadnień należy zaliczyć:

- a) odstąpienie od stosowania procedury zamówień publicznych w pewnych przypadkach,
- b) zmiany postanowień umownych w umowie o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na wpływ okoliczności mających źródło w pandemii koronawirusa,
- c) wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na danej stronie internetowej.

Warto jedynie odnotować, że do pewnych ułatwień w dziedzinie prowadzenia zamówień publicznych doszło także nie tylko mocą ustawy, a sugestii znajdującej się w wykładni przepisów Prawa zamówień publicznych, wyrażonych w treści ogólnego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych²⁵ (choć, będąc bardziej precyzyjnym, powinno być to sta-

²⁴ P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 561.

²⁵ *Otwarcie ofert w sytuacji zagrożenia epidemicznego*, 16 marca 2020, [dostęp: 1 sierpnia 2020]. Dostępny na oficjalnej stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: <<https://www.uzp.gov.pl/zamowienia-covid-19/otwarcie-ofert-w-sytuacji-zagrozenia-epidemicznego>>.

nowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych). Wskazano tam, że otwarcie ofert zamówienia publicznego może nastąpić drogą transmisji *on-line*. Propozycję elektroniczacji poszczególnych etapów procedury można odnieść do wszczętych postępowań o udzielenie przed podmioty lecznicze zamówienia publicznego, co stanowi przyjazną interpretację art. 86 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wobec zamawiających i wykonawców.

W podobnym tonie należy ocenić zalecenie²⁶ Urzędu Zamówień Publicznych adresowane do zamawiających w przedmiocie kontaktowania się z wykonawcami za pomocą środków komunikacji elektronicznej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów unijnych. Zachęcono zamawiających do rozciągnięcia zasad prowadzenia elektronicznej korespondencji docelowo na wszystkie etapy postępowania, w tym składania ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, a także dokumentów.

5.4.1. Odstąpienie od stosowania procedur wynikających z zamówień publicznych

W uzasadnieniu pierwszej ustawy antycovidowej²⁷ zawarto jedynie krótką informację mającą wyjaśnić cel podejmowanych zmian odnoszących się tylko do jednego aspektu zamówień publicznych tj. odstąpienia od stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Nadmieniono, iż: *„Kolejna istotna z uwagi na cel wprowadzenia regulacji zasada to prawo do dokonywania zamówień, których przedmiotem są towary lub usługi niezbędne do przeciwdziałania COVID-19, bez stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego”*.

Drogą drugiej ustawy wchodzącej w skład tarcz antykryzysowych nadano ostateczny kształt art. 6 ust. 1 ustawy antycovidowej²⁸. Zgodnie z treścią regulacji: *„Do zamówień na towary i usługi niezbędne do przeciwdziałania COVID-19 nie stosuje się przepisów ustawy*

²⁶ *Komunikacja elektroniczna w dobie zagrożenia epidemicznego*, 20 marca 2020 [dostęp: 1 sierpnia 2020]. Dostępny na oficjalnej stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: <<https://www.uzp.gov.pl/zamowienia-covid-19/komunikacja-elektroniczna-w-dobie-zagrozenia-epidemicznego>>.

²⁷ *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19*, s. 2.

²⁸ Warto dodać, że opisywany artykuł miał obowiązywać jedynie przez 180 dni na mocy przepisów intertemporalnych, co oznacza, że w dniu 4 września 2020 r. przepis stracił moc. Jednakże ustawodawca ponownie wprowadził omawiane rozwiązanie o tożsamym brzmieniu na mocy ostatniej ustawy wchodzącej w skład tarcz antykryzysowych.

[...] *Prawo zamówień publicznych* [...] jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego”. Oznacza to, że szereg podmiotów – w tym leczniczych – z mocy prawa pozostaje zwolnionych ze stosowania procedur zamówień publicznych w przypadku najczęstszych kategorii (typów) postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem ustawodawca kolejny już raz zaakcentował, iż skuteczność podejmowanych działań pozostaje dużo ważniejsza i bardziej pożądana od ustawowych procedur i wynikających z nich formalności. Przy czym możliwość odstąpienia od prawnego schematu działań pojawia jedynie w przypadku wystąpienia szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się COVID-19 bądź z powodu ochrony zdrowia publicznego. *Ratio legis* ustawy sugeruje, że zmiany te mają odnosić się do przyszłych postępowań, nie zaś do tych już wszczętych o udzielenie zamówienia publicznego.

O ile pierwsze kryterium pozostaje względnie zrozumiałe, drugie już zdecydowanie mniej. Pierwszy czynnik cechuje pozorna precyzyjność, bowiem przy konstruowaniu tego aktu prawnego posłużono się cechami, które trudno ocenić i to nie tylko z poziomu podmiotu decydującego o wszczęciu postępowania dot. udzielenia zamówienia publicznego (szybkie i niekontrolowane rozprzestrzenianie się koronawirusa). Ustawodawca nie wskazał, kto ma przesądzić o występowaniu wysokiego i niekontrolowanego prawdopodobieństwa roznoszenia się wirusa. Innymi słowy, rodzi się pytanie, czy ocena tego, czy dochodzi do rozprzestrzenienia się choroby, znajduje się w gestii ministra właściwego do spraw zdrowia, czy też oceny (według własnego uznania) podejmują się np. jednostki zarządzające podmiotem leczniczym prowadzącym szpital? Nadto celowość wskazanego czynnika zdaje się dyskusyjna, ponieważ epidemia jakiegokolwiek choroby zakaźnej polega na jej szybkim i niekontrolowanym rozprzestrzenieniu się.

Podobnie w odniesieniu do drugiego czynnika, można domniemywać, że pośpiech zdecydował o odstąpieniu od bardziej zrozumiałego wyjaśnienia, które należy traktować jako działania zagrażające zdrowiu społeczeństwa lub też jako systemowemu funkcjonowaniu służby zdrowia. Ponownie ustawodawca zastosował kryterium niejasne, lecz zdecydowanie pojemne, zezwalające na zakwalifikowanie wielu możliwych zamówień publicznych do omawianego zbioru. Kryteria umożliwiające odstąpienie od zamówień publicznych pozostają jasno powiązane z epidemią koronawirusa, co należy czytać jako wyjątek od na ogół stosowanych procedur.

Bez wątpienia wprowadzone zmiany pozostają bardzo korzystne dla podmiotów związanych z systemem służby zdrowia. Elastyczne, choć zbyt zagadkowe, podejście ustawodawcy (kryteria będące wypadkową rozwoju epidemii koronawirusa bądź ochrony służby zdrowia, bez konieczności uzyskania np. każdorazowego zezwolenia od wojewody czy właściwego ministra na odstępianie od procedur) wpłynie korzystnie na podejmowanie pewnych kroków i będzie w stanie zagwarantować płynność funkcjonowania także służby zdrowia w trudnym epidemicznym okresie. W praktyce omawiane zmiany w zakresie zamówień publicznych będą dotyczyć tak naprawdę wąskiego, lecz w dobie pandemii koronawirusa niesłychanie istotnego zakresu rynku.

Zamiast procedury stosowania danego trybu zamówienia publicznego, podmiot ten może nawiązać rozmowy handlowe ze znanym sobie kontrahentem będącym przedsiębiorcą, co w konsekwencji może zakończyć się znacznie szybszym zawarciem umowy niż w przypadku standardowego zainicjowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mówiąc już o trwaniu ewentualnego postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, a następnie przed właściwym Sądem Okręgowym.

5.4.2. Zmiany postanowień umownych w umowie o udzielenie zamówienia publicznego oraz kwestie powiązane

Równie istotną rolę w funkcjonowaniu podmiotów leczniczych pełni także modyfikacja treści umów zawartych w związku z udzieleniem zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział, że szereg ograniczeń wprowadzonych w okresie tzw. *lockdownu* może bardzo negatywnie odbić się na kondycji finansowej przedsiębiorców, co przy założeniu najgorszego scenariusza, mogłoby doprowadzić do fali bankructw i w konsekwencji niewykonania szeregu inwestycji celu publicznego. Przy czym, zakładając bardziej optymistyczny schemat, warto odnotować, że w marcu 2020 r. na utrudnienie obrotu gospodarczego miały wpływ: zamknięcie granic, utrudnienia w handlu międzynarodowym, różny poziom reperkusji koronawirusa na gospodarkę pozostałych państw, pozyskanie konkretnych materiałów (niekiedy niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego). Dla zamawiającego możliwe opóźnienia wynikające z powyższych powodów są jednoznaczne z nienależytym wykonaniem umowy przez przedsiębiorcę i zarazem konieczność zminimalizowania powstałych z tego tytułu strat, przez nakładanie kar umownych lub wytaczania pozwów odszkodowawczych, co dodatkowo komplikuje status przedsiębiorcy w niepewnych czasach.

Dlatego pod koniec marca 2020 r. podjęto drugą ustawę wchodzącą w skład tarcz antykrzysowych, kolejny raz dostosowującą ustawę Prawo zamówień publicznych do realiów rynku w dobie epidemii koronawirusa. Ustawodawca w następujący sposób argumentował zasadność projektowanych zmian²⁹: *„Sytuacja epidemiologiczna spowodowana COVID-19 może wywierać negatywny wpływ na prawidłowe wykonanie umów w sprawie zamówień publicznych. Występujące ograniczenia w dostępie do materiałów niezbędnych do realizacji zamówień, czy też brak wystarczającej liczby pracowników, stanowią jeden z wielu czynników związanych z występowaniem COVID-19 obniżających zdolność wykonawców do prawidłowego spełnienia świadczeń wynikających z umów w sprawie zamówień publicznych.[...] Kontynuowanie wykonania umowy o udzielenie zamówienia publicznego w okresie występowania COVID-19 może być uzależnione od odpowiedniej modyfikacji treści łączącego je stosunku prawnego. Dokonanie takiej modyfikacji, po wystąpieniu okoliczności wywołanych COVID-19, ale również zanim dojdzie do naruszenia przez którąkolwiek ze stron umowy pierwotnych warunków wykonania umowy, pozwoli uniknąć potencjalnych sporów na tle odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nie należyte wykonanie umowy”*. Ocena prawodawcy pozostaje jak najbardziej adekwatna do ówczesnie panującej sytuacji gospodarczej, dlatego też przyczyny zostały zdiagnozowane nader właściwie.

W pierwszej kolejności należy odnotować, że rozwiązania zawarte w art. 15r. ustawy antycovidowej odnoszą się tylko i wyłącznie do zmian umowy wynikającej z konsekwencji pandemii koronawirusa. Przy czym w ocenie autora opisanie poniżej regulacje mogą znaleźć zastosowanie wobec wszczętych, lecz niezakończonych, postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (złożono oferty, lecz do czasu wprowadzenia stanu epidemii nie wybrano wykonawcy, bądź nie podpisano z nim umowy, a sytuacja gospodarcza uległa zmianie) lub zakończonych postępowań (wybrano wykonawcę, lecz przedmiot umowy znajduje się w trakcie realizacji). Wątpliwym pozostaje powoływanie się przez wykonawcę na wpływ koronawirusa w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca powinien orientować się w sytuacji na rynku i sporządzić ofertę uwzględniającą wszelkie omawiane czynniki. Chyba, że dane okoliczności pojawiły się niespodziewanie i nie można było ich przewidzieć w momencie składania oferty.

²⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, 26 marca 2020, s. 23–24 [dostęp: 4 sierpnia 2020]. Uzasadnienie dostępne na stronie internetowej Sejmu RP: <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=299>>.

W dalszej kolejności należy odnotować, że większość ze wskazanych obowiązków ma zastosowanie do obu stron danego zamówienia publicznego. Bliższej analizie należy poddać wybrane zmiany, które mogą znaleźć zastosowanie wobec podmiotów leczniczych.

Punkt wyjścia stanowi art. 15r. ust. 1 ustawy antycovidowej, nakładający na strony obowiązek niezwłocznego wzajemnego poinformowania o zdarzeniach oddziałujących na wykonanie umowy łączącej strony (wraz z przedłożeniem dokumentów lub oświadczeń potwierdzającym ich zaistnienie), tj. takich, które wystąpiły lub mogą wystąpić. Źródłem omawianych okoliczności pozostają skutki wystąpienia COVID-19.

Następnie w ramach katalogu otwartego zaproponowano przykładowe zdarzenia stanowiące o konieczności informowania się stron. Szczególnie ważne wydają się następujące zdarzenia opisane przez prawodawcę, a odnoszące się do obu stron zamówienia publicznego, w tym także do podwykonawców:

- a) wydanie przez wojewodów, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów poleceń lub decyzji związanych z przeciwdziałaniem COVID-19,
- b) wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu lub trudności w realizacji usług transportowych;
- c) innych okoliczności, które uniemożliwiają bądź w istotnym stopniu ograniczają możliwość wykonania umowy.

Okoliczności wymienione przez prawodawcę wskazują, że przedmiotem korespondencji między stronami są każde czynniki rzutujące na poprawne wykonanie zamówienia publicznego w dobie epidemii koronawirusa. Zarówno zamawiający, jak i wykonawca są zobligowani do wymiany omawianych informacji, gdyż nie jest to już jedynie niepisany dobry zwyczaj między kontrahentami, a obowiązek ustawowy.

Przedkładania oświadczeń i innych dokumentów, potwierdzających wystąpienie przesłanek, mających wpływ na należyte wykonanie zamówienia publicznego, nie można utożsamiać z wyrażeniem przez ich odbiorcę akceptu wobec zawartych w nich treści. Na mocy art. 15r. ust. 2 wskazano, że każda ze stron może żądać przedstawienia dalszych dokumentów lub oświadczeń mających wpływ na wykonanie zobowiązania. Wydaje się to praktycznym rozwiązaniem, bowiem zamawiający może nie być przekonany do uznania przedstawionych faktów za wpływające na wykonanie oraz uzasadniające zmianę umowy na gruncie np. samego oświadczenia wykonawcy (np. wykonawca zobligowany do cyklicznego dostarczenia leków jedynie jednozdaniowym mailem poinformuje podmiot leczniczy prowadzący szpital, że nie ma możliwości dostarczenia przedmiotu zamówienia, z uwagi na

braki w hurtowniach. Dla zamawiającego może być to niewystarczające i dlatego, szukając podstawy do zmiany umowy, może on zasugerować wykonawcy załączenie oświadczeń hurtowników o brakach danego leku). W ten sposób stworzono legalną podstawę do kierowania dalszych pism w przedmiocie wykazania omawianych okoliczności między stronami zamówienia publicznego.

Nietrudno odnieść wrażenie, że w przytłaczającej liczbie sytuacji, instytucja ta będzie tyczyć się relacji, w której wykonawca informuje zamawiającego o możliwych lub istniejących problemach z wykonaniem zamówienia publicznego.

Kolejnym obowiązkiem umieszczonym w art. 15r. ust. 3 ustawy antycovidowej pozostaje obowiązek odniesienia się strony do składanych dokumentów lub oświadczeń (dotyczących wpływu koronawirusa na wykonanie zamówienia publicznego) w terminie 14 dni od ich otrzymania. Przesądzenie na poziomie ustawy, o terminie zapoznania się z dokumentacją, należy traktować raczej jako gwarancję dla wykonawcy, ponieważ nie musi się on obawiać obstrukcji ze strony zamawiającego i udzielenia przez niego wymijającej odpowiedzi po upływie np. 30 lub więcej dni od ich odebrania. Warto zwrócić uwagę, że nie wykluczono dosłania dalszych dokumentów i oświadczeń przez stronę z własnej inicjatywy, czyli bez przedstawienia żądania drugiego podmiotu.

Po zakończeniu wymiany dokumentów i oświadczeń, zamawiający ocenia przedłożone dokumenty, decydując o ewentualnej zmianie umowy na mocy art. 15r. ust. 4 ustawy antycovidowej. W przypadku uznania okoliczności zasygnalizowanych przez wykonawcę, jako wpływających, bądź mogących wpływać na prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego, strony dokonują zmiany umowy wykorzystując do tego negocjacje. Podobnie jak w zakresie obowiązku informowania się o okolicznościach rzutujących na realizację umowy o wykonanie zamówienia publicznego, prawodawca zdecydował o stworzeniu otwartego katalogu przyczyn przedmiotu zmiany umów. Wskazano, przykładowo, trzy zagadnienia, będące najczęstszym przedmiotem omawianych zmian:

- a) aspekt zmiany terminu wykonania umowy lub jej części bądź jej czasowe zawieszenie,
- b) aspekt modyfikacji sposobu realizacji dostaw, usług czy robót budowlanych,
- c) aspekt zmiany zakresu świadczenia wykonawcy i wynikających z tego modyfikacji wysokości wynagrodzenia lub sposobu jego rozliczenia.

Można domniemywać, że ustawodawca zaznaczył najbardziej prawdopodobne zakresy zmian, które będą się przejawiać w toku współpracy zamawiającego z wykonawcą. Jednakże modyfikacja umów o wykonanie zamówienia publicznego nie staje się dowolna,

gdyż prawodawca zastrzegł, iż wzrost wynagrodzenia, spowodowany każdą kolejną zmianą, nie może przekroczyć 50% wartości pierwotnej umowy. Zatem przewidziano, że zmiana umowy nie musi stanowić jednorazowego aktu, lecz może odnosić się do kilku oświadczeń woli. Nieco dalej, bo w ust. 6 omawianego artykułu ustawy antycovidowej, wskazano również, iż obowiązkiem zamawiającego pozostaje poinformowanie wykonawcy nie tylko o (co oczywiste) przedstawieniu wpływu okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte jej wykonanie, lecz również wpływ tychże okoliczności na zasadność (innymi słowy, istnienie podstaw do) ustalenia i dochodzenia kar bądź odszkodowań lub też ich wysokości.

Na marginesie należy wskazać, że zawieranie umów o wykonanie zamówienia publicznego, a także ich modyfikacja, w sposób opisany w niniejszym fragmencie, w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, następuje pod rygorem nieważności w formie pisemnej, albo za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, co znajduje uzasadnienie w ust. 10 komentowanego przepisu.

Warto odnotować, że w omawianym zakresie artykuł 15r. ustawy antycovidowej stanowi bliźniaczą regulację w stosunku do treści art. 144 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Nie stworzono zupełnie nowej instytucji, lecz dostosowano już istniejącą, występującą w odrębnym akcie prawnym.

W sytuacji uprzedniego zawarcia w umowie postanowień korzystniej kształtujących sytuację wykonawcy, niż w sposób ustawowych zmian opisanych powyżej, na mocy art. 15r. ust. 5 ustawy antycovidowej, stosuje się korzystniejsze postanowienia (znajdujące się już w umowie). Przy czym w tym wypadku okoliczności mające źródło w wystąpieniu koronawirusa, wpływające na należyte wykonanie umowy w przedmiocie zamówienia publicznego, nie mogą stanowić jedynej podstawy do realizacji prawa odstąpienia od umowy.

Należy zasygnalizować, że omawiany przepis nie został zbudowany przejrzysto, co w oczywisty sposób rzutuje na jego czytelność. Autor opowiada się za wykładnią wskazującą, że powołanie się na korzystniejsze postanowienia umowne niesie ze sobą skutek niemożności finalizacji prawa do odstąpienia przez wykonawcę od umowy, tylko z powodu powołania się na przyczyny związane wystąpieniem COVID-19. Uznanie przeciwnie podważałoby zasadę racjonalnego prawodawcy, bowiem każdorazowe odmówienie wykonawcy możliwości odstąpienia od umowy, z powodów mających źródło w epidemii koronawirusa, umiejscowione w niezbyt czytelnie skonstruowanym przepisie stałoby wbrew

funkcjonalności tego przepisu. Tak doniosłe rozstrzygnięcie powinno być określone w sposób niebudzący wątpliwości w odrębnym ustępie, zlokalizowanym raczej na początku przepisu. Nadto, regulacja o tak praktycznym znaczeniu powinna zostać ujęta w odrębnym artykule (zakładając zupełny brak możliwości potraktowania przyczyn związanych z wystąpieniem COVID-19, jako samodzielnych przesłanek zezwalających na wykonanie odstąpienia od umowy). Niestety, w uzasadnieniu projektu ustawy nie wyjaśniono zamysłu ustawodawcy. Podobnie na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych brakuje jakichkolwiek wskazówek interpretacyjnych.

Prawodawca, poprzez odmówienie wykonawcy możliwości odstąpienia od umowy, opowiedział się za równością stron i poszanowaniem sygnowanego już zobowiązania. Innymi słowy, w tym szczególnym przypadku zrezygnowano z faworyzowania pozycji wykonawcy. Nadto w uzasadnieniu drugiej ustawy z zakresu tarcz antykryzysowych³⁰ podniesiono również, iż: „*Celem ustawy nie jest bowiem ograniczanie uprawnień stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego*”. Zaakcentowano poszanowanie woli stron.

Przywołane przepisy należy czytać łącznie z innymi obowiązkami wpływającymi na pozycję zamawiającego. W art. 15r.¹ ust. 1 ustawy antycovidowej uregulowano zakaz potrącania kary umownej, zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (z przyczyn mających źródło w wystąpieniu pandemii koronawirusa opisanych powyżej) z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności. Nadto zakaz ten rozszerzono na brak możliwości dochodzenia zaspokojenia roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, w związku z którym zastrzeżono tę karę, jeżeli zdarzenie je inicjujące nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

W odniesieniu do kar umownych, prawodawca, drogą art. 15s. ustawy antycovidowej, zdecydował o zwolnieniu zamawiającego z odpowiedzialności za nieegzekwowanie kar umownych w przypadku:

- a) wystąpienia przyczyn mających źródło w pandemii koronawirusa w odniesieniu do należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- b) zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy wynika ona z rozprzestrzeniania się koronawirusa.

³⁰ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, s. 27.

Innymi słowy, brak odpowiedniej reakcji strony umowy nie stanowi już naruszenia zasady dyscypliny finansów publicznych (w odniesieniu do konkretnych sytuacji wynikających z rozprzestrzeniania się COVID-19), określonej w art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych³¹. Co więcej, nie popełnia czynu zabronionego stypizowanego w art. 296 § 1–4 Kodeksu karnego ten, kto nie ustala lub nie dochodzi od strony umowy należności powstałych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, na skutek okoliczności związanych z wystąpieniem koronawirusa (opisanych w art. 15r. ust. 1 ustawy antycovidowej), bądź zmienia umowę w sprawie zamówienia publicznego również z powodu wystąpienia pandemii COVID-19 (na zasadach opisanych w art. 15r. ust. 4 komentowanej ustawy).

5.5. Tarcze antykryzysowe a istniejące rozwiązania prawne

W końcu warto zastanowić się, czy istniejące w systemie prawnym instytucje nie mogą zostać potraktowane jako dostatecznie zapewniające dbałość o interesy państwa lub stron zamówienia publicznego, a rozwiązania wdrożone za pomocą tarcz antykryzysowych nie stają się ich powtórzeniem?

Z pewnością polecenia kierowane przez wojewodę, ministra właściwego do spraw zdrowia lub Prezesa Rady Ministrów w kształcie sformułowanym przez tarcze antykryzysowe nie znajdują odbicia w istniejących przepisach. Pewną zbieżność można zaobserwować w regulacjach zawartych w ustawie o stanie klęski żywiołowej³², gdzie np. starosta prowadzący działania na obszarze powiatu, w celu zapobieżenia skutkom klęski żywiołowej, wydaje, na mocy art. 10 ust. 1 tejże ustawy, np. wójtowi czy kierownikom jednostek organizacyjnych utworzonych przez powiat, określone polecenie. Jednakże opisane polecenia mogą dotyczyć szpitali powiatowych, a nie odnoszą się w ogóle do przedstawicieli rynku prywatnego.

Podobnie wygląda procedura skierowania do pracy przy zwalczaniu epidemii opisana art. 47 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych u ludzi. Żadne ze sformułowań: „*przeciwdziałanie COVID-19*” ani „*zwalczanie epidemii*” nie zostało wyjaśnione. Prawodawca nie wskazał sposobu rozumienia zwalczania epidemii. *Ratio legis* sugeruje,

³¹ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.).

³² Ustawa z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (tj. Dz.U. 2017 poz. 1897).

że katalog działań ma być bardzo szeroki (być może celowo odstąpiono od zarysowania kierunku przyszłych działań, nie rezygnując tym samym z poszczególnych możliwości). Zresztą nie sposób przewidzieć wszystkich metod walki z epidemią.

Powołanie pracowników podmiotów leczniczych, osób wykonujących zawody medyczne, osób z którymi podpisano umowy na wykonywanie świadczeń zdrowotnych oraz innych osób, na podstawie skierowania z powodu uzasadnionego zapotrzebowania podmiotu kierującego zwalczaniem epidemii (czyli każdy, kto nie znajduje się w zamkniętym zbiorze podmiotów, których nie wolno powołać do zwalczania epidemii³³), następuje drogą decyzji administracyjnej sporządzonej przez wojewodę (gdy kierowanie następuje na terenie województwa, będącego miejscem pobytu lub miejscem zatrudnienia osoby powołanej) lub ministra właściwego do spraw zdrowia (w razie skierowania do pracy na obszarze innego województwa), co wynika z ust. 2 i 4 opisywanego artykułu ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych u ludzi.

Sama decyzja administracyjna nie wymaga formy pisemnej dla swej skuteczności. W ustępie 6a art. 47 ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych u ludzi (także rozszerzonym na mocy przywołanej już pierwszej ustawy wchodzącej w skład tarcz anty-kryzysowych) wskazano, że dla zapewnienia przekazania decyzji jej dostarczenie może nastąpić w każdy możliwy sposób, nawet w formie ustnej. Przy czym doprecyzowano w punkcie 3 ustępu 6a komentowanej ustawy, że przekazanie decyzji w każdy inny sposób niż pisemny, wymaga doręczenia pisemnego po ustaniu przyczyn uniemożliwiających doręczenie. Nadto decyzja nie wymaga sporządzenia uzasadnienia przez organ, co wynika z ust. 6a pkt 2 komentowanej ustawy.

Prawodawca zawarł także opis ścieżki odwoławczej od decyzji, bowiem wskazano w ust. 5, że od decyzji wojewody przysługuje odwołanie do ministra właściwego do spraw zdrowia (ustawa nie wyjaśnia wprost, że od odwołania od decyzji ministra właściwego do spraw zdrowia należy wnieść wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, co wynika wprost z art. 127 § 3 Kodeksu postępowania administracyjnego. W tym szczególnym wypadku

³³ Do tej grupy zaliczają się: osoby, które nie ukończyły 18 lat bądź ukończyły 60 lat, kobiety w ciąży, osoby samotnie wychowujące dziecko w wieku do 18 lat, osoby wychowujące dziecko w wieku do 14 lat, lecz w przypadku, gdy dziecko w wieku powyżej 14 lat jest wychowywane przez dwoje osób, którym przysługuje władza rodzicielska, do pracy przy zwalczaniu epidemii może zostać skierowana wyłącznie jedna z nich, osoby wychowujące dziecko z orzeczeniem o niepełnosprawności lub orzeczeniem o potrzebie kształcenia specjalnego, osób, u których orzeczono częściową lub całkowitą niezdolność do pracy, inwalidów i osób z orzeczonymi chorobami przewlekłymi, osoby, o których mowa w art. 2 ustawy z dnia 31 lipca 1981 r. o wynagrodzeniu osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe oraz posłowie i senatorowie Rzeczypospolitej Polskiej.

zmianie może ulec ścieżka odwoławcza, ponieważ podmiot skierowany do pracy przy zwalczaniu epidemii nie musi składać przedmiotowego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, lecz na mocy art. 52 § 3 Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi³⁴ podmiot ten może sporządzić skargę na decyzję kierującą go do pracy przy zwalczaniu epidemii bezpośrednio do sądu administracyjnego), lecz co najważniejsze, wniesienie przedmiotowego środka odwoławczego nie wstrzymuje wykonania decyzji. Zatem mechanizm ścieżki odwoławczej pozostaje zbliżony do poleceń kierowanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia oraz Głównego Inspektora Sanitarnego.

Reasumując, w obrocie prawnym od ponad dekady funkcjonują instytucje zbliżone do poleceń stworzonych w ustawie antycovidowej. Regulacje te cechują podobne problemy natury konstytucyjnej. Podobieństwa między instytucjami sugerują, że prawodawca inspirował się nimi tworząc polecenia zawarte w ustawie antycovidowej. Cechy wspólne są bardzo widoczne, lecz polecenia starosty wydawane na mocy ustawy o stanie klęski żywiołowej, jak i skierowanie do pracy przy zwalczaniu epidemii, nie dotyczą tak newralgicznych aspektów działania podmiotów leczniczych prowadzących szpitale czy przedsiębiorców. Zbieżności dotyczą nie tylko sytuacji trudnych i niespodziewanych, jak stan klęski żywiołowej czy zwalczanie choroby zakaźnej, ale również organów administracji (sporządzanie skierowań przez wojewodę czy ministra właściwego do spraw zdrowia) oraz budowy decyzji administracyjnej nieposiadającej uzasadnienia.

W odniesieniu do odstąpienia od stosowania procedury udzielania zamówień publicznych należy stwierdzić, że ustawodawca dotychczas preferował (nawet w sytuacjach kryzysowych) stosowanie przyspieszonego trybu zamówień publicznych, nie zaś całkowite odstąpienie od niego. Przykładem pozostaje chociażby art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczający zamówienia publiczne z wolnej ręki np. w przypadku wystąpienia wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, a wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Innymi słowy, zagrożenie rozprzestrzeniania się COVID-19 zostało potraktowane znacznie poważniej od np. niwelowania skutków klęski żywiołowej, jaką może być powódź³⁵, do której zastosowanie ma również cytowany przepis. Warto dodać, że na mocy

³⁴ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2325, z 2020 r. poz. 2299, 2320, z 2021 r. poz. 54, 159, 1598).

³⁵ Uchwała KIO z dnia 8 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO/KD 70/14, s. 10 [dostęp: 10 sierpnia 2020]. Dostępna na oficjalnej stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: <https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/29972/KIO-KD-70-14.pdf>.

ostatniej z ustaw wchodzących w skład tarcz antykryzysowych, dodano nowe narzędzie prawne zezwalające na odstąpienie od procedury udzielania zamówień publicznych. Znowelizowano jeden z przepisów ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, a dokładnie art. 46c, który w swej treści przewiduje odstąpienie od procedury zamówień publicznych nawet w przypadku zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane. Stanowi to interesujący przykład, bowiem w tym wypadku nowe ustawy rzutują na już istniejące rozwiązania prawne.

Odmienne wygląda sytuacja w odniesieniu do zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Prawodawca dostosował istniejący już przepis art. 144 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych do realiów społeczno-gospodarczych mających miejsce po wprowadzeniu stanu epidemii w związku z pandemią koronawirusa. Prawodawca wykorzystał hipotezę znajdującą się w art. 144 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych dodając tylko element konieczny w postaci dokonywania zmiany umowy o realizację zamówienia publicznego wynikającej z rozprzestrzeniania się COVID-19.

Pobrzmiwa pytanie, dlaczego prawodawca zdecydował się na taki krok? Wszak zdecydowanie efektywniejszym rozwiązaniem pozostawało stworzenie odesłania do omawianego przepisu zamówień publicznych. Uzasadnienie projektu ustawy nie dostarcza odpowiedzi na tak sformułowane pytanie. Można jedynie domniemywać, że ustawodawca chciał mieć pewność, iż nie dojdzie do sytuacji, w których zamawiający poprzez zajęcie rygorystycznego stanowiska (np. zamawiający nie uznałby, że wpływ pandemii koronawirusa pozostaje dostatecznym argumentem) odmówi wykonawcy możliwości modyfikacji umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Nie można wykluczyć także względów wizerunkowych, ukazanie rządzących jako dbających o wszystkich w niepewnych czasach, w tym o przedsiębiorcach, tworząc specjalne przepisy.

Przy czym należy podkreślić, że dotychczasowa treść i prawidłowo przeprowadzona wykładnia art. 144 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych zezwalałyby na zakwalifikowanie pandemii koronawirusa jako przyczyny zmiany umowy. Skrótowy opis instytucji przedstawił Józef Edmund Nowicki³⁶ oceniając, że: *„[o]koliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, to zdarzenie, które w normalnym przebiegu wydarzeń było mało prawdopodobne do przewidzenia. Nieprzewidywalność ta powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniałe okoliczności nie mogą wynikać m.in. z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, a tym samym nie mogą być*

³⁶ M. Kolečki, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 1172.

spowodowane niedbalstwem, brakiem staranności lub opieszałością w udzieleniu zamówienia. Nieprzewidywalne będą zatem zdarzenia, które nie mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego lub z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, których wystąpienie powinien on przewidzieć. Do takich sytuacji należy zaliczyć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, tj. zdarzenia o charakterze przyszłym, nieprzewidywanym, nagłym i niezależnym od woli zamawiającego (klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki), a także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego”. Niewątpliwie niekontrolowane rozprzestrzenianie się koronawirusa na całym świecie może zostać potraktowane jako klęska żywiołowa.

Nadto ustawa antycovidowa stworzyła także inne instrumenty (zakaz potrącenia kar umownych z wynagrodzenia przysługującego wykonawcy czy niestosowanie wobec zamawiającego art. 296 Kodeksu karnego za nieegzekwowanie obowiązku naliczania kar umownych) poprawiające pozycję wykonawcy w dobie epidemii choroby zakaźnej.

Reasumując, stworzono szereg rozwiązań korzystnych i elastycznych dla stron zamówienia publicznego, a szczególnie dla wykonawcy, których zakres zastosowania znacznie wykracza ponad dotychczasowe brzmienie artykułu 144 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Stworzenie precedensu w postaci odesłania do omawianego artykułu Prawa zamówień publicznych, przy zachowaniu pozostałych narzędzi dla stron zamówienia publicznego, pochodzących z ustawy antycovidowej, należałoby potraktować jako przejaw niekonsekwencji legislacyjnej.

5.6. Wnioski końcowe

Pandemia koronawirusa wymagała dostosowania istniejących już przepisów oraz stworzenia zupełnie nowych, by zniwelować niewątpliwie negatywny wpływ choroby zakaźnej na wiele aspektów funkcjonowania państwa oraz jego obywateli. W odniesieniu do podmiotów leczniczych przewidziano szereg regulacji zezwalających organom administracji na ich łatwiejsze sterowanie w stanie epidemii. Podobnie w odniesieniu do poleceń kierowanych wobec przedsiębiorców, prawodawca dążył do zapewnienia możliwie szybkiego działania, gwarantującego płynne funkcjonowanie np. szpitali, poprzez pozyskanie środków dezynfekujących czy maseczek ochronnych dla personelu w czasie epidemii. W ocenie autora przepisy zawarte w ustawie antycovidowej spełniają pokładane w nich nadzieje,

lecz ich stosowanie budzi poważne wątpliwości natury konstytucyjnej. Uprawnienia organów administracji wobec podmiotów leczniczych powodują znaczące osłabienie pozycji podmiotów leczniczych (w zakresie ich samorządności), gdyż te stają się jedynie wykonawcami skierowanych do nich poleceń. Podobnie na gruncie zamówień publicznych, gdzie zmiany sprowadzają się do korzystniejszego traktowania wykonawców. O ile kierunek zmian wydaje się słuszny, w niepewnych czasach, jakimi pozostaje wystąpienie epidemii, o tyle czynnik ten ani nie zwalnia ustawodawcy z posługiwania się maksymalnie precyzyjnym językiem, ani nie zezwala na nadużywanie możliwości wydawania indywidualnych rozstrzygnięć w sprawach administracyjnych bez stosownego uzasadnienia.

Przeciwdziałanie COVID-19 przytoczone w omawianej ustawie nie zostało wyjaśnione, tym samym rządzący zdecydowali się na pozostawienie dużej uznaniowości w praktyce funkcjonowania organów administracji różnych szczebli. Wygodne narzędzie dla reprezentantów państwa może być wysoce niebezpieczne dla jednostek. Tym bardziej, że ogólne założenie zwalczania koronawirusa dotyczy zarówno poleceń opisanych w art. 10, jak i art. 11 ustawy antycovidowej.

Instytucja poleceń i zadań opisana w art. 10 ustawy antycovidowej faktycznie umożliwia organom administracji kierowanie podmiotami leczniczymi, w tym podmiotami leczniczymi prowadzącymi szpitale, (przedmiotem poleceń mogą być zmiany organizacyjne, przekazywanie leków czy specjalistycznych urządzeń między szpitalami, a w szczególnych przypadkach ustawodawca zezwolił na zawieszenie podmiotu zarządzającego szpitalem, zastępując go wyznaczonym pełnomocnikiem). Treść artykułów poruszanych w niniejszym opracowaniu ustawy antycovidowej sprawia wrażenie, jakby prawodawca, chcąc osiągnąć efektywność i szybkość w swoich działaniach, nie liczył się z możliwymi następstwami wynikającymi z jej błędnego zastosowania.

Należy przypomnieć, że brak wyjaśnienia, na czym ma polegać przeciwdziałanie COVID-19, nie jest jedynym możliwym zagrożeniem, gdyż decyzje administracyjne, którymi kieruje się np. minister właściwy do spraw zdrowia wydając polecenia, nie wymagają sporządzenia uzasadnienia. Przedstawiciele doktryny jednomyślnie opowiadają się za odstąpieniem od sformułowania uzasadnienia rozstrzygnięcia w sprawie administracyjnej tylko w przypadkach *numerus clausus*. Nadto podnosi się, że jedynie w szczególnie uzasadnionych wypadkach bądź zgodnie z unormowaniem zawartym w Kodeksie postępowania administracyjnego, tj. w art. 107 § 4, od uzasadnienia decyzji administracyjnej można odstąpić jedynie w sytuacji, gdy akt ten uwzględnia w całości żądanie strony.

Wobec czego nie można odmówić trafności wątpliwości opisanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich, który sygnalizował już w kwietniu 2020 r. możliwe negatywne następstwa, wynikające z posługiwania się przez urzędników wobec jednostek poszczególnymi narzędziami projektowanej ustawy. Wszak organy administracji mogą ingerować wobec przedsiębiorców w aspekty dotyczące chociażby prawa własności czy wolności działalności gospodarczej, co dodatkowo uzasadnia rozważne kierowanie się stworzonymi narzędziami.

Wyżej wspomniane wątpliwości natury konstytucyjnej skupiają się z całą mocą w art. 10a komentowanej ustawy, w którym przewidziano możliwość podjęcia innych działań, mających na celu zwalczanie koronawirusa, przez ministra właściwego do spraw zdrowia. Pozostawienie tak szerokich uprawnień monokratycznemu organowi centralnemu powinno również zostać bardziej doprecyzowane.

W odniesieniu do omawianych instytucji poleceń, należałoby wyjaśnić możliwe kierunki działań organów administracyjnych w formie wykładni autentycznej, tj. stanowiska lub komunikatu Prezesa Rady Ministrów, które zawierałby wytyczne np. jakie działania mogą lub nie mogą zostać zakwalifikowane jako zwalczanie koronawirusa. Nadto warto rozważyć zmianę ustawy poprzez obligatoryjne sporządzenie uzasadnienia rozstrzygnięcia oraz stworzenia ścieżki odwoławczej w przypadku poleceń kierowanych wobec np. przedsiębiorców.

W świetle ocenionej problematyki, należy zauważyć, że normy zakodowane w art. 10 i 11 ustawy antycovidowej pozostają niekorzystne wobec autonomii podmiotów leczniczych, gdyż przepisy omawianego aktu prawnego w ostatecznym kształcie nie liczą się ze stanowiskiem tych jednostek, a ścieżka odwoławcza od zapadłych rozstrzygnięć pozostaje iluzoryczna. Jedynym wyjątkiem pozostaje odwołanie od decyzji Głównego Inspektora Sanitarnego, które zostało dokładnie opisane. Nawet umieszczenie przepisów normujących odpowiedzialność za szkody wywołane poleceniami ministra właściwego do spraw zdrowia może okazać się równoznaczne z wytoczeniem powództwa odszkodowawczego i oczekiwaniem kilka lat na zapadnięcie prawomocnego wyroku.

Przechodząc do zmian w zamówieniach publicznych należy odnotować, iż również tutaj mamy do czynienia z problemem niedoprecyzowania lakonicznego sformułowania przeciwdziałania COVID-19. Dotyczy to głównie odstąpienia od stosowania procedur zamówień publicznych. Przy tak nieostrym kryterium, zamawiający nie może mieć pewności, że w danym przypadku może skorzystać z ustawowego zwolnienia ze stosowania omawianych procedur. Kolejny raz nie świadczy to pozytywnie o jakości legislacji w dobie kryzysu

epidemicznego. Brakuje zajęcia stanowiska przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, klarującego poruszane zagadnienie.

Jednakże w sytuacjach niepozostawiających wątpliwości korzystanie z nowych rozwiązań należy ocenić pozytywnie z kilku powodów. Pierwszym z nich pozostaje szybkość działań. Podmiot leczniczy może jedynie w oparciu o zasady wolnorynkowe dokonywać zakupów pożądanых towarów lub usług. Nadto, podmiot leczniczy może wybrać kontrahenta nie według sztywnych schematów i czynników, a według obranych wyłącznie przez siebie powodów (może być nim np. dotychczasowa ocena współpracy z danym kontrahentem i pewność jego działań). Po drugie, podmiot leczniczy działa znacznie szybciej, niż w przypadku inicjacji jednej z procedur zamówień publicznych (nie biorę tu po uwagę możliwie czasochłonnej ścieżki odwoławczej).

Mniejszymi mankamentami prawnymi cechują się przepisy ustawy antycovidowej dotyczące zmian postanowień umownych o wykonanie zamówienia publicznego w dobie rozprzestrzeniania się koronawirusa. Prawodawca stworzył szereg uzupełniających się przepisów, które tak naprawdę faworyzują głównie wykonawcę, a w zdecydowanie mniejszej liczbie przypadków – podmiot leczniczy. Wobec czego podmiot ten pozostaje skrzepowany decyzjami prawodawcy, co prowadzi do dalszego osłabienia jego pozycji. Z drugiej strony legislator skonstruował omawiane regulacje celem kontynuacji realizacji zamówienia publicznego w trudnym dla gospodarki okresie, zatem również celem zaspokojenia interesu zamawiającego, zainteresowanego dostarczeniem przedmiotu zamówienia publicznego.

Finalnie należy odnotować, że istniejące w obrocie prawnym przepisy w większości nie pokrywają się z normami zakodowanymi w ustawie antycovidowej. Unormowania sprzed wejścia w życie tarcz antykryzysowych dotyczą zbliżonych, lecz znacznie węższych ram obowiązywania. Skierowanie do pracy przy zwalczaniu epidemii lub polecenia np. starosty kierowane do wójta w razie wystąpienia sytuacji kryzysowej nie są w stanie zapewnić tak szerokiego działania wobec walki z epidemią groźnej choroby zakaźnej. Wyjątkiem pozostaje instytucja zmiany postanowień umownych, które zostały przeniesione z Prawa zamówień publicznych na grunt ustawy antycovidowej. Efekty działań ustawodawcy ingerują w równowagę stron umowy o realizację zamówienia publicznego, co pozostaje korzystne dla rynku prywatnego.

6. Wpływ pandemii na kształcenie lekarzy w Polsce

6.1. Geneza zmian

System szkolenia lekarzy i lekarzy dentystów w Polsce od wielu lat zarówno na poziomie uniwersyteckim, jak i po uzyskaniu dyplomu lekarza (tj. w ramach kształcenia specjalistycznego) jest postrzegany jako system nieefektywny, który nie odpowiada ani potrzebom zdrowotnym społeczeństwa, ani samym lekarzom. Szkolenie lekarzy trwa długo, jest przeładowane informacjami teoretycznymi i nie przygotowuje absolwenta do samodzielnej pracy zawodowej. Już na gruncie obowiązującej od 1996 r. ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty², ustawodawca wprowadzał liczne zmiany w szkoleniu stażystów oraz w szkoleniu specjalizacyjnym, choć nie wszystkie z nich weszły w życie. Pierwszym krokiem była likwidacja systemu specjalizacji pierwszego i drugiego stopnia³. Następnie wprowadzono końcowe egzaminy lekarskie najpierw LEP/LEDP, a później LEK/LEDK. Podmiotem organizującym te egzaminy od 2002 r. zostało Centrum Egzaminów Medycznych (CEM)⁴, wcześniej egzamin ten organizował i przeprowadzał Minister Zdrowia⁵. Wśród propozycji zmian, które nie weszły w życie, była likwidacja stażu podyplomowego. Zdaniem zwolenników tej zmiany miała ona spowodować szybsze wejście lekarzy i lekarzy dentystów do systemu opieki zdrowotnej a pacjentom zapewnić szerszy dostęp do

¹ Dr n. pr., lek.

² Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 790), dalej zwana u.z.l.

³ Szkolenie specjalizacyjne w tzw. starym, dwustopniowym systemie specjalizacji lekarskich było prowadzone na podstawie Zarządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 1 lutego 1983 r. w sprawie specjalizacji lekarzy, lekarzy dentystów, magistrów farmacji oraz innych pracowników z wyższym wykształceniem zatrudnionych w służbie zdrowia i opiece społecznej (Dz.Urz.MZ Nr 3, poz. 19, z późn. zm.).

⁴ CEM został utworzony zarządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 31 lipca 2001 r. (Dz.Urz.MZ Nr 8, poz. 51).

⁵ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o zmianie ustawy o zawodzie lekarza oraz o zmianie innych ustaw (Dz.U. Nr 126, poz. 1383, z późn. zm.). Przepisy te weszły w życie 1 lutego 2002 r.

świadczeń zdrowotnych⁶. Natomiast w szkoleniu specjalizacyjnym istotną zmianą, która została przyjęta było wprowadzenie modułu podstawowego i modułów specjalistycznych oraz modułu jednolitego dla danej specjalności⁷.

Od lat problemy dotyczące kształcenia zauważali sami lekarze. Jednak dopiero ogólnopolski protest lekarzy rezydentów, który rozpoczął się 2 października 2017 r. zaowocował istotnymi zmianami w kształceniu lekarzy i lekarzy dentyistów. Protest był zorganizowany przez Porozumienie Rezydentów OZZL, przy poparciu ze strony Porozumienia Zawodów Medycznych, które zrzesza 12 ogólnopolskich związków zawodowych i inne podobne organizacje. Rozmowy podjęte z protestującymi lekarzami doprowadziły do wypracowania w dniu 8 lutego 2018 r. porozumienia zwanego potocznie „Pakiem Szumowskiego”.

W ramach osiągniętego kompromisu zaplanowano wprowadzenie istotnych zmian w wielu obszarach polityki zdrowotnej. Po pierwsze, uzgodniono, że nastąpi zwiększenie nakładów na ochronę zdrowia i wzrost tych nakładów osiągnie poziom 6% PKB przed planowanym 2024 rokiem; po wtóre, ustalono, że zmieni się wysokość płacy dla lekarzy specjalistów a także zwiększy się wynagrodzenie dla lekarzy rezydentów (choć w zamian za zobowiązanie się do pracy w Polsce po zakończeniu specjalizacji). Dodatkowo zakładano również likwidację klauzuli opt-out od 2028 roku. Ponadto planowano zmiany organizacyjne w ochronie zdrowia, mające na celu wsparcie lekarzy, polegające na przejęciu czynności biurokratycznych przez inne osoby (np. asystentów medycznych, sekretarki medyczne) oraz przyspieszenie informatyzacji ochrony zdrowia. Co więcej, zaproponowano zmiany w kształceniu lekarzy (tj. zwiększenie liczby miejsc na studiach medycznych, centralny nabór na specjalizacje lekarskie, możliwość zmiany specjalizacji, ujednolicenie prawne i finansowe dyżurów medycznych, przyznanie urlopu na samokształcenie)⁸.

W celu realizacji postulatów związanych z kształceniem powołano przy Ministrze Zdrowia zespół do spraw opracowania propozycji nowelizacji ustawy o zawodach lekarza

⁶ Zgodnie z planowanymi wówczas zmianami w przepisach absolwenci uczelni medycznych, którzy rozpoczęli kształcenie przed rokiem akademickim 2012/2013, a nie rozpoczęli stażu podyplomowego do dnia 1 października 2017 r. (lekarze) lub do dnia 1 października 2016 r. (lekarze dentyści), mieli zostać zwolnieni z obowiązku odbycia stażu podyplomowego oraz mogli ubiegać się o uzyskanie prawa wykonywania zawodu bez konieczności przedstawienia zaświadczenia o jego odbyciu okręgowej radzie lekarskiej.

⁷ Wraz z wejściem w życie kolejnego rozporządzenia regulującego sprawę specjalizacji lekarskich, tj. rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy stomatologów (Dz.U. Nr 31, poz. 302 z późn. zm.), zaczął obowiązywać jednostopniowy system specjalizacji.

⁸ B. Węgrzynowski, *Pakiet Szumowskiego, czyli pierwszy krok ku normalizacji pracy lekarzy rezydentów*, Okręgowa Izba Lekarska w Gdańsku, 26 luty 2018 r. [dostęp 1 sierpnia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://oilgdansk.pl/aktualnosci/pakiet-szumowskiego-czyli-pierwszy-krok-ku-normalizacji-pracy-lekarzy-rezydentow/>>.

i lekarza dentysty, który w styczniu 2019 r., opracował i przekazał do dalszych prac dokument dotyczący proponowanych zmian. Termin miał znaczenie, gdyż na 2020 r. zaplanowano wejście w życie nowelizacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁹. Na początku roku tryb prac legislacyjnych nie przebiegał sprawnie¹⁰. Minister Zdrowia skierował do konsultacji publicznych istotnie zmodyfikowany projekt – a była to już jego trzecia wersja, nieuwzględniająca większości uwag m.in. samorządu lekarskiego, przekazana do dalszego procedowania w parlamencie¹¹. Liczący ponad 130 stron projekt zespołu zakładał zmiany odnoszące się do programu stażu podyplomowego, trybu naboru na specjalizacje lekarskie, warunków odbywania specjalizacji lekarskich, warunków zdawania egzaminów: LEK, LDEK oraz PES. Ponadto zaplanowano wprowadzenie nowego egzaminu PEM (Państwowy Egzamin Modułowy), systemu monitorowania kształcenia (SMK), certyfikatów potwierdzających nabycie umiejętności zawodowych, a także zmiany w trybie przyznawania akredytacji do prowadzenia szkolenia specjalizacyjnego. Określono warunki nostryfikacji dyplomów przez lekarzy wykształconych poza granicami Unii Europejskiej¹². Rozpoczęto prace nad założeniami tego dokumentu i dyskusje nad proponowanymi wersjami projektu ustawy. Nowe rozwiązania miały sprawić, by szkolenie stażystów i rezydentów było bardziej praktyczne, a zmiany w programach specjalizacji miały urealnić wymagania stawiane młodym lekarzom podczas szkolenia (np. doprecyzowanie liczby i stopnia skomplikowania procedur koniecznych do wykonania podczas szkolenia specjalizacyjnego). Prace przerwała epidemia COVID-19 oraz wywołane nią zakłócenia w funkcjonowaniu

⁹ W dniu 10 stycznia 2020 r. Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej (NRL) wystosowało apel do Sejmowej Komisji Zdrowia o powołanie Podkomisji specjalnej do rozpatrzenia projektu nowelizacji ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Jest on dostępny na stronie: <<https://nil.org.pl/dla-lekarzy/prawo/legislacja/4294-apel-pnrl-do-sejmowej-komisji-zdrowia>>, [dostęp: 1 sierpnia 2021].

¹⁰ W dniu 10 stycznia 2020 r. Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej (NRL) podjęło stanowisko w sprawie trybu prac legislacyjnych nad projektem ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw. Prezydium NRL wyraziło stanowczy protest przeciwko trybowi prac legislacyjnych nad ww. projektem. Opublikowany w dniu 9 stycznia 2020 r. na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji projekt ww. ustawy zasadniczo różni się od tego przedstawionego do konsultacji publicznych w czerwcu 2019 r. Nie uwzględniła zdecydowanej większości merytorycznych uwag zgłoszonych przez samorząd lekarski. Za: *Tryb prac legislacyjnych – Stanowisko PNRL*, 10 stycznia 2020, [online] [dostęp: 1 sierpnia 2021]. Dostępny na oficjalnej stronie Naczelnej Izby Lekarskiej: <<https://nil.org.pl/dla-lekarzy/prawo/legislacja/4291-tryb-prac-legislacyjnych-stanowisko-pnrl>>.

¹¹ T. Imiela, *Nowelizacja ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty wreszcie w Sejmie*, „Puls” [online], 30 stycznia 2020 [dostęp: 1 sierpnia 2021]. Dostęp na stronie Okręgowej Izby Lekarskiej w Warszawie: <<https://izba-lekarska.pl/numer/numer-2-2020/novelizacja-ustawy-o-zawodach-lekarza-i-lekarza-dentysty-wreszcie-w-sejmie/>>.

¹² Naczelna Rada Lekarska poparła dorobek zespołu powołanego w ramach porozumienia zawartego pomiędzy Ministrem Zdrowia a przedstawicielami lekarzy rezydentów (z dnia 8 lutego 2018 r.), który pod kierownictwem dr n. med. Jarosława Bilińskiego pracował nad projektem zmian w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw, zawierającego plan reformy szkolenia podyplomowego i prawa pracy. Dostępny w internecie: <<https://nil.org.pl/biuro-prasowe/informacje-prasowe/4441-nrl-przyjelo-stanowisko-popierajace-projekt-zmian-w-ustawie-o-zawodach-lekarza-i-lekarza-dentysty-oraz-niektorych-innych-ustaw>> [dostęp: 1 sierpnia 2021].

podmiotów leczniczych. Zmiany związane z epidemią wprowadzane były na bieżąco. Część lekarzy stażystów i rezydentów została oddelegowana do pracy przy zwalczaniu epidemii, co miało wpływ na ich szkolenie.

6.2. Uczelnie medyczne

W Polsce lekarze i lekarze dentyści kształcą się na medycznych uczelniach publicznych i niepublicznych. Obecnie studia na kierunku lekarskim i lekarsko-dentystycznym prowadzi 20 uczelni wyższych, z czego 12 jest nadzorowanych przez Ministra Zdrowia. Są to uczelnie publiczne, które otrzymują dotację dydaktyczną z budżetu państwa, przekazywaną przez Ministra Zdrowia (dotacja z przeznaczeniem na prowadzenie studiów w trybie stacjonarnym w języku polskim)¹³; uczelnie publiczne, które otrzymują z budżetu państwa środki na kształcenie lekarzy, przekazywane przez Ministra Obrony Narodowej¹⁴; oraz uczelnie publiczne, które otrzymują dotację dydaktyczną z budżetu państwa przekazywaną przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego¹⁵. W zasadzie na uczelniach publicznych (oprócz Wydziału Wojskowego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi) finansowanie kształcenia lekarzy uzależnione jest od dwóch resortów. Ponadto są jeszcze uczelnie niepubliczne, które prowadzą studia odpłatne¹⁶. Mamy teraz zupełnie nową sytuację w zakresie organizacji kształcenia lekarzy i lekarzy dentyistów. Do tej pory wszystkie uczelnie, które się tym zajmowały, podlegały Ministrowi Zdrowia, a obecnie prawie ponad połowa z nich podlega Ministrowi Nauki i Szkolnictwa Wyższego (są to: uniwersytety ogólne i uczelnie niepubliczne).

Ministerstwo Zdrowia we współpracy z Ministerstwem Nauki i Szkolnictwa Wyższego koordynuje limity przyjęć na kierunki medyczne na uczelniach medycznych poprzez zapewnienie odpowiednich środków finansowych¹⁷.

¹³ Uniwersytet Medyczny w Białymstoku, Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy, Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Gdański Uniwersytet Medyczny, Śląski Uniwersytet Medyczny, Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum, Uniwersytet Medyczny w Lublinie, Uniwersytet Medyczny w Łodzi (wydział cywilny), Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, Pomorski Uniwersytet Medyczny w Szczecinie, Warszawski Uniwersytet Medyczny, Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie – Wydział Lekarski.

¹⁴ Uniwersytet Medyczny w Łodzi – Wydział Wojskowo-Lekarski.

¹⁵ Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach, Uniwersytet Rzeszowski, Uniwersytet Zielonogórski, Uniwersytet Opolski oraz Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu.

¹⁶ Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Uczelnia Łazarskiego oraz Wyższa Szkoła Techniczna w Katowicach.

¹⁷ Na podstawie art. 444 ust. 2 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 478).

Koordinacja ta polega na tym, że każda z tych uczelni samodzielnie określa możliwości dydaktyczne, jakimi dysponuje w danym roku akademickim i zgłasza to Ministerstwu Zdrowia. Ponadto, w związku z istnieniem służb medycznych podległych Ministerstwu Obrony Narodowej jak i Ministerstwu Spraw Wewnętrznych i Administracji, także ci ministrowie mogą nadzorować proces rekrutacji, jak również określać liczbę miejsc szkoleniowych dla lekarzy odpowiednich specjalizacji koniecznych do realizowania działań odpowiednich służb.

W ten sposób każdego roku Minister Zdrowia w drodze rozporządzenia określa limit przyjęć nowych studentów na kierunek lekarski i lekarsko-dentystyczny dla wszystkich uczelni w Polsce i dla każdej indywidualnie, uwzględniając zgłoszone wcześniej możliwości dydaktyczne uczelni oraz zapotrzebowanie na absolwentów tych kierunków studiów¹⁸. W roku akademickim 2020/2021 limit miejsc na kierunku lekarskim wynosił 8309 a na kierunku lekarsko-dentystycznym – 1408¹⁹. Natomiast w kolejnym roku 2021/2022 w stosunku do roku 2020/2021 limity na kierunku lekarskim i lekarsko-dentystycznym zostały zwiększone łącznie o 664 miejsca²⁰. Niektóre z uczelni medycznych prowadzą studia lekarskie i lekarsko-dentystyczne w języku angielskim (np. Warszawski Uniwersytet Medyczny) również 4-letnie dla osób, które wcześniej uzyskały dyplom licencjata za granicą (ale dyplom uzyskany na studiach 4-letnich nie uprawnia do wykonywania zawodu lekarza w Polsce²¹).

Odczuwany obecnie brak lekarzy w Polsce to efekt luki pokoleniowej, która zaczęła się tworzyć w latach 90. w tej grupie zawodowej²². Wówczas liczbę miejsc na studia medyczne prowadzone w języku polskim zmniejszono stopniowo z ponad 6000 w roku 1987 do ok. 3300 w 1990 r., a w 2003 r. do zaledwie 2090 miejsc na studiach dziennych na kierunku

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 lipca 2020 r. w sprawie limitu przyjęć na studia na kierunkach lekarskim i lekarsko-dentystycznym (Dz.U. poz. 1272). Zgodnie z nim limit miejsc na kierunku lekarskim wynosi 8309 (na studiach stacjonarnych – 5103 osób, a na studiach niestacjonarnych – 1239, natomiast na studiach prowadzonych w języku obcym – 1967). Na kierunku lekarsko-dentystycznym limit miejsc wynosi 1408 (na studiach stacjonarnych – 833, na niestacjonarnych – 261 i na studiach prowadzonych w języku obcym – 314). Uczelnią, która przyjęła najwięcej studentów na kierunek lekarski w języku polskim (670 osób) był Uniwersytet Medyczny w Łodzi, zaś na kierunek lekarsko-dentystyczny – Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach – 125 osób.

¹⁹ Oba limity (na kierunek lekarski i lekarsko-dentystyczny) dotyczą również cudzoziemców podejmujących i odbywających studia na podstawie art. 323 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2020 r., poz. 85).

²⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 lipca 2021 r. w sprawie limitu przyjęć na studia na kierunkach lekarskim i lekarsko-dentystycznym (Dz.U. poz. 1359).

²¹ T. Gardocka, P. Kowalski, R. Krajewski, *Kształcenie podyplomowe w zawodach medycznych* [w:] *System Prawa Medycznego*, t.3, D. Bach-Golecka (red.), s. 847.

²² P. Wróbel, *Limity przyjęć na medycynę wyraźnie rosną. Czy odbudujemy lekarskie kadry?*, „Rynek zdrowia” [online] 16 września 2019 [dostęp: 2 grudnia 2020]. Dostępny na stronie: <<https://www.rynekzdrowia.pl/Nauka/Limity-przyjec-na-medycyne-wyraznie-rosna-Czy-odbudujemy-lekarskie-kadry,198210,9.html>>.

lekarskim. Istotna zmiana w limitach przyjęć na kierunek lekarski dokonała się w roku akademickim 2015/2016, kiedy zwiększono limity na kierunku lekarskim o 394 miejsca na jednolitych studiach magisterskich prowadzonych w formie stacjonarnej w języku polskim oraz o 183 miejsca na studiach niestacjonarnych. Od tej pory limity przyjęć na kierunek lekarski systematycznie rosną²³. Stopniowe zwiększanie limitów miejsc na kierunku lekarskim i lekarsko-dentystycznym pozwala przypuszczać, że wkrótce osiągniemy na uczelniach medycznych poziom kształcenia z końca lat 80.²⁴ Jednak optymalna sytuacja zaistnieje dopiero w momencie, kiedy limit miejsc na studia dzienne na kierunku lekarskim będzie równy liczbie miejsc specjalizacyjnych²⁵. Dodatkowo równowaga ta została zakłócona ze względu na pandemię COVID-19. Wiosną 2020 r. wielu młodych lekarzy nie rozpoczęło specjalizacji, gdyż w tym czasie byli kierowani do pracy z chorymi na koronawirusa. Ze społecznego punktu widzenia był to jak najbardziej właściwy krok, co jednak nie zmienia faktu, że proces szkolenia został zaburzony.

6.3. Egzamin końcowy

Po studiach lub w trakcie stażu lekarze zdają egzaminy końcowe. Po raz pierwszy (Lekarski Egzamin Końcowy) (LEK) i Lekarsko-Dentystyczny Egzamin Końcowy (LDEK) zostały przeprowadzone w 2013 r.²⁶ Wynik z LEK i LDEK ma wpływ na dalszą edukację. Po pierwsze, uzyskanie pozytywnego wyniku z egzaminu i odbycie stażu umożliwiają lekarzowi wykonywanie zawodu (wcześniej, po ukończeniu studiów lekarskich i odebraniu dyplomu, miał on jedynie ograniczone prawo do wykonywania zawodu). Po drugie, wynik LEK i LDEK ma istotne znaczenie w przypadku ubiegania się o miejsce na wybranej przez lekarza specjalizacji²⁷. Lekarz, który zamierza przystąpić do egzaminu końcowego, składa wniosek za pomocą Systemu Monitorowania Kształcenia (SMK) w terminie kwalifikacji. Egzaminy wyznaczane są w sesji wiosennej i jesiennej.

²³ A. Domagała, *Zasoby pracy dla ochrony zdrowia – deficyty kadrowe i metody ich przezwyciężania* [w:] *Co dalej z ochroną zdrowia w Polsce? Diagnozowanie problemu, rządzenie w ochronie zdrowia i reformowanie system*, S. Golinowska, Ch. Sowada, M. Tambor, A. Domagała, K. Kuszewski, Zeszyty mBank – CASE Nr 156/2018, s. 38.

²⁴ P. Wróbel, *Limity przyjęć na medycynę...*, *passim*.

²⁵ R. Flisiak, Konferencja „Prawo a pandemia” organizowana przez Zakład Prawa Medycznego i Deontologii Lekarskiej Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku przy współpracy z Wydziałem Prawa Uniwersytetu w Białymstoku – dyskusja, 9 grudnia 2020 r.

²⁶ Ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. Nr 113, poz. 658), która weszła w życie 1 lipca 2011 r.

²⁷ Wcześniej od 2004 r. również istniały egzaminy końcowe: LEP i LDEP, które zastąpił inny egzamin kwalifikacyjny TEM, umożliwiający ubieganie się o miejsce na specjalizacji. W zasadzie TEM oraz LEP i LDEP pełniły taką samą funkcję, jak obecnie obowiązujące egzaminy końcowe, gdyż ich wynik decydował o wyborze miejsca specjalizacji.

LEK i LDEK polega na samodzielnym rozwiązaniu testu składającego się z 200 pytań zawierających 5 odpowiedzi, z których tylko jedna jest prawidłowa. Pytania opracowywane są odrębnie dla lekarzy i lekarzy dentyistów na każdy termin egzaminu i układane są przez grupę ekspertów a korygowane przez odpowiednie sekcje CEM²⁸. Zakres zagadnień objętych LEK i LDEK dotyczy wiedzy ujętej w programach studiów medycznych w dziedzinach określonych programem stażu podyplomowego lekarza i stażu podyplomowego lekarza dentyisty, ze szczególnym uwzględnieniem procedur diagnostycznych i leczniczych. Jednak obecnie egzaminy powinny dotyczyć treści objętych programem studiów – włącznie do 6. roku na kierunku lekarskim w przypadku LEK oraz włącznie do 5. roku na kierunku lekarsko-dentyistycznym. Wiąże się to z faktem, że od 1 grudnia 2020 r. przepisy ustawy pozwalają na przystąpienie do LEK lekarzowi albo osobie, która ukończyła 10 semestrów z sześcioletnich jednolitych studiów magisterskich na kierunku lekarskim, a do LDEK – lekarzowi dentyście albo osobie, która ukończyła 8 semestrów z pięcioletnich jednolitych studiów magisterskich na kierunku lekarsko-dentyistycznym prowadzonym przez uczelnię mającą siedzibę w Polsce²⁹.

Dodatkowo zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego pytania i odpowiedzi na egzaminach końcowych LEK i LDEK należy traktować jak dokumenty objęte zakresem prawa do informacji publicznej (art. 61 ust. 2 Konstytucji RP)³⁰. Z tego względu od dnia 1 stycznia 2021 r. jest publikowana tzw. jawna baza pytań dla lekarzy ubiegających się o prawo wykonywania zawodu. Zgodnie z nowymi regulacjami Dyrektor CEM, na co najmniej 4 miesiące przed LEK i LDEK, zamieszcza na stronie internetowej CEM wykaz źródeł bibliograficznych w języku polskim wskazanych przez ekspertów w zakresie zagadnień objętych LEK i LDEK, na podstawie których jest weryfikowana poprawność pytań testowych ze wskazaniem określonych rozdziałów oraz wytycznych właściwych towarzystw

²⁸ W samej strukturze CEM wyodrębniono natomiast dwie komórki związane z opracowaniem testów: Sekcję Konstrukcji Testów oraz Samodzielne Stanowisko Pracy Głównego Konstruktor Testów (zob. § 4 Statutu Centrum Egzaminów Medycznych – załącznik nr 1 do zarządzenia w sprawie Centrum Egzaminów Medycznych). Z kolei postanowienia § 8 i 10 Regulaminu Organizacyjnego Centrum Egzaminów Medycznych (załącznik nr 2 do zarządzenia w sprawie Centrum Egzaminów Medycznych) stanowią, że merytoryczne opracowanie testów i ich korekta są zadaniami Sekcji Konstrukcji Testów, przy czym realizowane są one w porozumieniu z konsultantami krajowymi – zgodnie z Zarządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 22 czerwca 2010 r. w sprawie Centrum Egzaminów Medycznych (Dz.Urz.MZ Nr 9, poz. 55, z późn. zm.).

²⁹ Art. 14a ust. 3 i ust. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentyisty (Dz.U. z 2021 r. poz. 790).

³⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 czerwca 2016, sygn. akt K 8/15 (OTK-A 2016/27). Wyrok odnosił się nie tylko do LEK i LDEK, ale również do egzaminu kończącego specjalizację lekarską – Państwowego Egzaminu Specjalizacyjnego (PES). Zdaniem TK testy PES, LEK i LDEK, jako informacja wytworzona przez organ publiczny, są objęte zakresem prawa do informacji publicznej, dlatego należy je traktować jako dokumenty, o których mowa w art. 61 ust. 2 Konstytucji. Trybunał stwierdził, że ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentyisty nie może zawęzić zakresu prawa określonego w Konstytucji bez stosownego upoważnienia.

naukowych, z których są przygotowywane pytania testowe. Testy na każdy nowy termin składają się z 30 proc. nowych pytań i 70 proc. pytań wybranych z jawnej bazy pytań LEK i LDEK. Po każdym egzaminie pytania testowe wraz z poprawnymi odpowiedziami są publikowane na stronach CEM.

6.4. Staż podyplomowy

Staż podyplomowy jest jednym z najważniejszych okresów w praktyce zawodowej każdego lekarza. Realizacja programu nauczania powinna opierać się na ćwiczeniach w problemach zdrowotnych najczęściej występujących ze względu na określoną zachorowalność i chorobowość. Równolegle niezbędne jest wzbogacenie nauczania z zakresu postępów danej gałęzi medycyny. Staż w zawodzie lekarza i lekarza dentysty jest okresem nabywania umiejętności praktycznych, kiedy wiedza teoretyczna nabyta podczas studiów ulega weryfikacji. Absolwenci doskonałą umiejętności praktyczne w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych w tym zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych oraz promocji zdrowia, zarówno w warunkach opieki stacjonarnej jak i ambulatoryjnej. Z tego względu lekarz stażysta ma przyznane prawo wykonywania zawodu (art. 5 ust. 7 u.z.l.) na okres odbywania stażu. Okres stażu podyplomowego nie może być krótszy niż 12 miesięcy (art. 15 ust. 7 u.z.l.).

Konieczność zapewnienia absolwentom kierunków lekarskich i dentystycznych praktyki zawodowej istniała już prawie 100 lat temu. W przypadku lekarzy ustawa z dnia 2 grudnia 1921 r. w przedmiocie wykonywania praktyki lekarskiej w Państwie Polskim³¹ w art. 2 lit. c stanowiła, iż prawo stałego wykonywania praktyki lekarskiej mają osoby, które m.in. odbyły jednoroczną praktykę szpitalną w okresie studiów uniwersyteckich bądź po ich ukończeniu. Praktyka szpitalna obejmowała „systematyczną praktykę przy chorych na wszystkich oddziałach szpitalnych pod kierunkiem właściwych ordynatorów”. Co istotne, w przypadku odbywania przez lekarza praktyki szpitalnej na oddziałach specjalnych i w klinikach uniwersyteckich czas praktyki na oddziałach chorób wewnętrznych, chirurgii oraz położnictwie nie może trwać mniej niż trzy miesiące na każdym z nich (art. §2 i §3 rozporządzenia o obowiązku odbycia jednorocznej praktyki szpitalnej przez lekarzy³²). Warto w tym miejscu zauważyć, że planowane od 1 stycznia 2022 r. regulacje

³¹ Ustawa z dnia 2 grudnia 1921 r. w przedmiocie wykonywania praktyki lekarskiej w Państwie Polskim (Dz.U. Nr 105, poz. 762) – nieobowiązująca.

³² Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 27 lipca 1929 r. o obowiązku odbycia jednorocznej praktyki szpitalnej przez lekarzy (Dz.U. Nr 62, poz. 484) – nieobowiązujące.

dotyczące stażu przewidują (zgodnie z art. 15 ust. 3 pkt 1 u.z.l.), że stałą częścią stażu podyplomowego lekarzy będzie doskonalenie umiejętności praktycznych oraz pogłębienie wiedzy teoretycznej w następujących dziedzinach: chorób wewnętrznych, chirurgii ogólnej, pediatrii, medycyny rodzinnej, intensywnej terapii oraz medycyny ratunkowej. Powyższe regulacja, tak jak te z 1929 r., akcentują konieczność posiadania umiejętności praktycznych w zakresie podstawowych specjalności, tak, aby lekarz mógł zapoznać się z najczęściej występującymi jednostkami chorobowymi w społeczeństwie.

6.5. Szkolenie specjalizacyjne

Warunkami uzyskania przez lekarza tytułu specjalisty w określonej dziedzinie medycyny są: odbycie szkolenia specjalizacyjnego i złożenie Państwowego Egzaminu Specjalizacyjnego (PES) albo uznanie za równoważny tytułu specjalisty uzyskanego za granicą (art. 16 ust. 1 u.z.l.).

Szkolenie specjalizacyjne przeszło najwięcej zmian. Jeden z postulatów zawarty w Porozumieniu Rezydentów z 2018 r. dotyczył tego, aby szkolenie specjalizacyjne odbywało się wyłącznie w zakresie ustalonym w programie dla danej dziedziny medycyny, z uwzględnieniem odpowiedniego modułu, bez delegowania lekarzy odbywających specjalizację do innych zadań lub braku przestrzegania programu danej specjalizacji. Znane były w przeszłości sytuacje, gdy lekarze rezydenci uzupełniali braki kadrowe na SOR-ach a jednocześnie dyżurowali jeszcze innych oddziałach³³. Obecnie szkolenie specjalizacyjne składa się z modułu podstawowego, odpowiadającego podstawowemu zakresowi wiedzy teoretycznej i umiejętności praktycznych z danej dziedziny medycyny, oraz modułu specjalistycznego (po ukończeniu określonego modułu podstawowego) albo modułu jednolitego właściwego dla danej specjalizacji z uwzględnieniem nowoczesnych metod dydaktycznych, w tym z możliwością ich realizacji w symulowanych warunkach klinicznych (zmiana od 8 lipca 2020 r.). Dodatkowo w ustawie zapewniono możliwość zmiany dziedziny medycyny, w której lekarz odbywa szkolenie specjalizacyjne. W praktyce ma to znaczenie, gdyż do tej pory taka zmiana, (z pewnymi wyjątkami jak np. uzyskanie przez lekarza odbywającego specjalizację orzeczenia o istnieniu przeciwwskazań), wiązała się z koniecznością przystąpienia do ponownego postępowania kwalifikacyjnego. Obecne rozwiązania pozwalają

³³ *Rezydenci latają dziury na SOR-ach, bo brakuje chętnych do pracy*, „Medonet” [online], 25 lipca 2019 r. [dostęp: 1 sierpnia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://www.medonet.pl/zdrowie,rezydenci-lataja-dziury-na-sor-ach-bo-brakuje-chetnych-do-pracy,artykul,1732604.html>>.

na to, aby lekarz odbywający szkolenie specjalizacyjne po zaliczeniu modułu podstawowego mógł jeden raz, nie później niż w okresie pierwszych 12 miesięcy od dnia rozpoczęcia odbywanego szkolenia specjalizacyjnego, zmienić dziedzinę medycyny, w której chce kontynuować naukę. Wydaje się, że umożliwienie takiej zmiany na wczesnym etapie szkolenia specjalizacyjnego jest zarówno bez straty dla lekarza, jak i budżetu państwa. Ponadto rozwiązanie to ma na celu zapewnienie udzielania wysokiej jakości świadczeń opieki zdrowotnej poprzez wykonywanie ich w dziedzinie, w której lekarz lub lekarz dentysta najlepiej się realizuje i w pełni wykorzystuje swoje predyspozycje³⁴.

Ustawa w inny sposób uregulowała także pełnienie dyżuru medycznego. Istotną zmianą są dyżury medyczne towarzyszące, które odbywają się pod bezpośrednim nadzorem lekarza posiadającego II stopień specjalizacji lub tytuł specjalisty lub innego lekarza uprawnionego do samodzielnego pełnienia dyżurów medycznych. Lekarz rezydent może również samodzielnie pełnić dyżury medyczne. Warunkiem jest uzyskanie zgody kierownika specjalizacji, a od 2022 r., pozytywny wynik Państwowego Egzaminu Modułowego (PEM). Do PEM może przystąpić lekarz, który zakwalifikował się na szkolenie specjalizacyjne w wyniku postępowania rozpoczętego w dniu 1 marca 2023 r. Egzamin PEM jest dobrowolny i odbywa się w formie testu komputerowego. Jest to 100 pytań (70% z baz pytań i 30% nowych) zawierających 5 odpowiedzi (1 właściwa), egzamin zalicza 60% maksymalnej liczby punktów. Pozytywny wynik PEM uprawnia lekarza do (oprócz wspomnianego już) samodzielnego pełnienia dyżuru medycznego również do: samodzielnego udzielania świadczeń medycznych objętych programem szkolenia oraz pełnienia funkcji opiekuna stażu podyplomowego. Można przyjąć, że PEM jest pewnym nawiązaniem do dwustopniowego systemu specjalizacji z możliwością zdobywania „jedynek” i „dwójek”. Dodatkowo nowe przepisy przewidują także wcześniejsze przystąpienia do Państwowego Egzaminu Specjalizacyjnego (PES), jeśli lekarz ma ukończony przedostatni rok szkolenia specjalizacyjnego, a potwierdzi to kierownik specjalizacji i wyda za pomocą SMK zgodę na przystąpienie do PES (art. 16rb ust. 1a u.z.l.).

³⁴ Uzasadnienie projektu nowelizacji ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 174, [dostęp: 1 sierpnia 2021]. Dostępny w internecie: <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/D7FDC1A357FE57C4C12584F6003ABEF4/%24File/172.pdf>>.

6.5. Zmiany w czasie epidemii

Wypełniając obowiązek z art. 68 ust. 4 Konstytucji RP, w którym wskazano, że władze publiczne są zobowiązane do zwalczania m.in. chorób epidemicznych, ustawodawca dokonał istotnych zmian legislacyjnych podyktowanych zwiększonym zapotrzebowaniem na personel medyczny. W momencie ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego a potem stanu epidemii zmieniła się sytuacja prawna lekarzy stażystów oraz lekarzy odbywających szkolenie specjalizacyjne. Ustawodawca sukcesywnie wprowadzał zmiany również w ustawie o zawodzie lekarza i lekarza dentysty dotyczące m.in. egzaminów, kierowania na specjalizację i kursów specjalizacyjnych.

Egzaminy LEK i LDEK oraz egzamin PES to egzaminy wyznaczane dwa razy do roku w sesji wiosennej i jesiennej. Na podstawie nowych przepisów Minister Zdrowia jest uprawniony do zmiany tych terminów. Dodatkowo, zgodnie z art. 14a ust. 5a i 16c ust. 1c u.z.l.³⁵, jeżeli okoliczności związane z epidemią uzasadniają zmianę, to łączny okres przesunięcia tego terminu nie może być dłuższy niż 5 miesięcy w stosunku do terminów ogólnie przyjętych. Zgodnie z tą zmianą w 2020 r. lekarze, którzy zdali testową część egzaminu specjalizacyjnego i nie mogli ze względu na sytuację epidemiologiczną przystąpić do części ustnej uzyskiwali tytuł lekarza specjalisty w danej dziedzinie medycyny³⁶.

Ponadto, w związku z epidemią i zaburzeniami w pracy podmiotów leczniczych, zmieniono termin rozpoczęcia szkolenia specjalizacyjnego, jeżeli jednostka akredytowana, do której lekarz ma być skierowany, poinformowała wojewodę, że ze względu na sytuację wywołaną stanem zagrożenia epidemicznego lub stanem epidemii nie może aktualnie przyjmować danego lekarza w celu odbywania szkolenia specjalizacyjnego. Podobnie, jeśli, ze względu na stan epidemii, lekarz zakwalifikowany do odbywania szkolenia specjalizacyjnego nie uzyskał prawa wykonywania zawodu w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania kwalifikacyjnego, bo nie mógł w terminie ukończyć stażu podyplomowego. W tej ostatniej sytuacji to lekarz jest obowiązany poinformować wojewodę o braku możliwości rozpoczęcia szkolenia specjalizacyjnego.

³⁵ Przepisy art. 14a ust. 5a oraz art. 16c ust. 1c dodane do ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty – na podstawie ustawy z dnia 3 marca 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (Dz.U. poz. 567).

³⁶ Chodziło o lekarzy, którzy spełnili następujące warunki: wystąpili do dyrektora CEM z wnioskiem o przystąpienie do PES w wiosennej sesji egzaminacyjnej w 2020 r. i złożyli z wynikiem pozytywnym część testową PES w określonej dziedzinie medycyny, natomiast część ustna PES w tej dziedzinie medycyny nie odbyła się do 31 maja 2020 r.

Lekarz odbywający szkolenie specjalistyczne jest zobowiązany do realizacji całego kształcenia zgodnie z obowiązującym programem specjalizacji, który oprócz wiedzy teoretycznej obejmuje także umiejętności praktyczne. W wielu specjalnościach zabiegowych m.in. chirurgii, anestezjologii czy w ratownictwie medycznym nauka polega na ćwiczeniu określonych umiejętności praktycznych w ramach kursów specjalizacyjnych. W przypadku niezrealizowania przez lekarza części programu specjalizacji z powodu pracy przy zwalczaniu epidemii lub też odwołania kursu specjalizacyjnego, na wniosek lekarza odbywającego szkolenie dyrektor CMKP może uznać, w drodze decyzji, że okres ten jest równoważny z realizowaniem tego programu specjalizacji (art. 16m ust. 17 u.z.l.). Jednak lekarz, któremu odwołano kurs specjalizacyjny, jest zwolniony z obowiązku jego realizacji, jeżeli zostaną spełnione następujące warunki: realizacja tego kursu wymaga przedłużenia szkolenia specjalizacyjnego o okres dłuższy niż 3 miesiące oraz że zrealizował on wszystkie inne kursy objęte programem specjalizacji. Tym samym muszą zaistnieć obydwie przesłanki, aby lekarz w trakcie specjalizacji był zwolniony z realizacji odwołanego kursu.

6.6. Skierowanie do pracy przy epidemii

Prawodawca, zapewniając bezpieczeństwo obywatelom, stworzył narzędzia, które pozwalają na powołanie pewnych grup personelu medycznego do pracy przy zwalczaniu epidemii. Wśród nich są lekarze stażyści oraz lekarze odbywający szkolenie specjalizacyjne, którzy mogą zostać skierowani do pracy przy zwalczaniu epidemii (m.in. na oddziałach covidowych) lub do innych zadań niż te wynikające z programu szkolenia czy do innych placówek medycznych gdzie brakuje personelu medycznego. Warunkiem jest, aby zadania, które otrzymują lekarze stażyści i lekarze w trakcie szkolenia specjalizacyjnego były adekwatne do ich wiedzy i umiejętności.

W stanie epidemii sytuacja lekarza stażysty może być następująca. Po pierwsze, nie ulega zmianie i lekarz bez przeszkód realizuje program stażu. Po drugie, lekarz stażysta nie może kontynuować szkolenia, gdyż jednostka, z którą ma podpisaną umowę o pracę w celu przygotowania zawodowego, uległa przekształceniu. Wiąże się to z tym, że placówka ta zawiesza działalność w pewnych dziedzinach (np. stomatologia) lub w związku z brakiem personelu medycznego zostały w niej wprowadzone zmiany organizacyjne (np. odwołanie staży częściowych lub rezygnacja z dyżurów towarzyszących objętych programem stażu) bądź cała jednostka ulega przekształceniu (np. w szpital covidowy). W tym ostatnim przypadku, gdy lekarz nie jest w stanie realizować programu stażu oraz nie został skierowany do innych zadań, staż podyplomowy ulega zawieszeniu do czasu trwania przesłanek zmian

organizacyjnych podmiotu leczniczego, a lekarz stażysta otrzyma wynagrodzenie. Po trzecim, art. 15o ust. 1 u.z.l. umożliwia kierowanie lekarza stażysty w czasie stanu zagrożenia epidemicznego oraz stanu epidemii do pracy przy zwalczaniu epidemii w trybie art. 47 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi³⁷ przez: wojewodę – do podmiotu, w którym odbywa staż podyplomowy lub innego podmiotu lub też przez pracodawcę – do wykonywania innych zadań niż te, które wynikają z zawartej umowy o pracę, jeśli nie zostanie wydana decyzja wojewody. Co istotne, zadania związane z walką przy epidemii powierzone lekarzowi stażyście mają być dostosowane do poziomu wiedzy i umiejętności stażysty, a także podlegać nadzorowi i kierownictwu wyznaczonego w tym celu lekarza specjalisty. Należy zatem pamiętać, że zadania lekarza stażysty określa w art. 15b ust. 3 u.z.l., a są to w szczególności: prawo badania pacjenta i udzielania porad lekarskich po konsultacji z opiekunem stażu; prawo wydawania zleceń lekarskich po konsultacji z opiekunem; prawo wydawania skierowań na zwykłe badania laboratoryjne oraz na inne badania diagnostyczne, a na badania wymagające metod diagnostycznych i leczniczych stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta tylko po uzgodnieniu z lekarzem, który ma prawo wykonywania zawodu na czas nieokreślony; prawo samodzielnego stosowania metod diagnostycznych, zleconych przez lekarza mającego prawo wykonywania zawodu na czas nieokreślony, jeżeli opiekun stwierdzi, że stażysta ma taką praktyczną umiejętność; prawo wykonywania, wspólnie z lekarzem mającym prawo wykonywania zawodu na czas nieokreślony, metod diagnostycznych i leczniczych stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta oraz wykonywania wspólnie z nim zabiegów operacyjnych objętych programem stażu; prawo prowadzenia, wspólnie z opiekunem, historii choroby i innej dokumentacji medycznej; prawo udzielania informacji o stanie zdrowia pacjenta; prawo zlecania czynności pielęgnacyjnych; prawo podania lub zlecenia podania pacjentowi leków w stanach nagłych, a jeżeli są to leki silnie lub bardzo silnie działające, lekarz stażysta powinien w miarę możliwości zasięgnąć opinii innego lekarza; prawo stwierdzania zgonu; prawo wystawiania recept (z wyłączeniem recept *pro auctore* i *pro familiae*) oraz wydawania opinii i orzeczeń lekarskich, po uzgodnieniu z opiekunem treści zawartych w nich informacji. Jeżeli jednostka, w której lekarz stażysta odbywa aktualnie staż cząstkowy, prowadzi, w związku z epidemią, działalność w formie teleporad, może on ich udzielać, jeżeli porady te mają charakter promocji i profilaktyki zdrowia zgodnej z aktualną wiedzą medyczną.

³⁷ Ustawa z 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2069).

Jednocześnie dalsze przepisy – art. 15o ust. 5 i 6 u.z.l – zmieniające ustawę z dniem 29 listopada 2020 r., przewidują, że do zwalczania epidemii będą również mogli zostać skierowani lekarze i lekarze dentyści, którzy ukończyli staż podyplomowy i nie uzyskali prawa wykonywania zawodu lekarza z powodu niezłożenia z wynikiem pozytywnym LEK albo LDEK. W związku z tym lekarze ci będą kierowani do pracy przy zwalczaniu epidemii na zasadach, na których mogą zostać skierowani lekarze i lekarze dentyści w trakcie stażu podyplomowego i tak samo wykonują zawód na podstawie prawa wykonywania zawodu przyznanego na czas stażu.

Lekarz stażysta, który został skierowany do walki z epidemią, może wystąpić do okręgowej rady lekarskiej z wnioskiem o przedłużenie stażu podyplomowego na dotychczasowych zasadach finansowych lub z wnioskiem o uznanie tego okresu pracy za realizację części stażu podyplomowego. Decyzja o sposobie postępowania należy do lekarza stażysty.

Ponadto, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19³⁸, staż podyplomowy został wydłużony m.in., kiedy lekarza stażysta został objęty kwarantanną lub w przypadku sprawowania dodatkowej opieki nad dzieckiem. Wydaje się również, że w takich sytuacjach istotna jest rola koordynatora stażu, który powinien dostosować indywidualny harmonogram do bieżącej pracy danego podmiotu leczniczego lub praktyki lekarskiej przeorganizowanej na potrzeby epidemiczne, tak, by program był w możliwie jak największym stopniu realizowany przez lekarza stażystę.

W przypadku szkolenia specjalizacyjnego, analogicznie do regulacji dotyczącej lekarzy stażystów, został dodany przepis art. 16m ust. 15 u.z.l., który umożliwia kierowanie lekarza odbywającego szkolenie specjalizacyjne w czasie stanu zagrożenia epidemicznego oraz stanu epidemii przez: wojewodę – do pracy przy zwalczaniu epidemii w trybie art. 47 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi do podmiotu, w którym odbywa szkolenie specjalizacyjne lub innego podmiotu lub pracodawcę – do wykonywania innych zadań niż te, które wynikają z zawartej umowy o pracę, jeśli nie ma decyzji wojewody. W rezultacie, lekarz rozpoczynający specjalizację może zostać skierowany do pracy w czasie epidemii na odbywanie szkolenia w miejscu, gdzie brakuje personelu. Decyzję podejmuje wojewoda, a pod uwagę nie bierze już wyników postępowania kwalifikacyjnego. Podobnie pracodawca, w tych szczególnych warunkach może wyznaczyć

³⁸ Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2021 r., poz. 2095).

lekarzowi odbywającemu szkolenie specjalizacyjne zadania, które nie są zgodne z jego programem specjalizacji. Istotne jednak, że w tym czasie lekarz odbywający szkolenie specjalizacyjne, wykonuje pracę pod nadzorem lekarza specjalisty wyznaczonego przez kierownika jednostki, do której został skierowany. Natomiast lekarz specjalista nadzorujący pracę lekarza w trakcie szkolenia specjalizacyjnego nabywa uprawnienia kierownika specjalizacji.

Z dniem 1 września 2020 r. dodany został przepis dotyczący liczby procedur medycznych, które lekarz ma wykonać w trakcie szkolenia. Art. 16m ust. 18a u.z.l. stanowi, że lekarz odbywający szkolenie specjalizacyjne, który w związku ze stanem epidemii nie może realizować szkolenia specjalizacyjnego w sposób zgodny z programem szkolenia, jest zwolniony z obowiązku wykonania i udokumentowania wszystkich procedur medycznych objętych danym programem szkolenia specjalizacyjnego. Zwolnienie dotyczy sytuacji, gdy: do wykonania danej procedury w liczbie przewidzianej w programie specjalizacji konieczne jest przedłużenie szkolenia specjalizacyjnego oraz kierownik specjalizacji potwierdzi w elektronicznej karcie stażu (EKS), że lekarz posiada umiejętność wykonywania danej procedury, oraz wykonał daną procedurę, co najmniej w liczbie stanowiącej połowę liczby, w jakiej procedura ta powinna być wykonana zgodnie z programem szkolenia specjalizacyjnego. Jednocześnie, w takich przypadkach lekarz, który w ramach specjalizacji odbywa staż podstawowy w oddziale czasowo przekształconym w oddział zakaźny, kontynuuje to szkolenie bez konieczności jego zawieszenia. Wśród takich lekarzy są m.in. kardiolodzy inwazyjni, gastroenterolodzy czy chirurdzy, którzy byli i są zaangażowani w działania covidowe bez możliwości wykonywania procedur w zakresie swoich specjalności.

Jeśli jednak pomimo wspomnianych zmian dotyczących liczby procedur wykonanych przez lekarza szkolącego się nie będzie on miał możliwości zrealizowania wymaganych programem szkolenia procedur, szkolenie specjalizacyjne zostanie przedłużone.

Natomiast w przypadku odbywania przez lekarza stażu kierunkowego w oddziale, który został czasowo przekształcony w oddział zakaźny z powodu epidemii, może on powrócić do jednostki macierzystej i tam kontynuować szkolenie lub może zostać skierowany na inny staż kierunkowy, zgodny z programem specjalizacji. W przypadku, gdy na oddziale, w którym pracuje lekarz, zostały wprowadzone tak daleko idące zmiany organizacyjne, które miały wpływ na stopień realizacji programu szkolenia specjalizacyjnego, szkolenie specjalizacyjne również ulegnie przedłużeniu. Przykładem może być pulmonologia, gdzie lekarz zajmuje się też chorymi na COVID-19, a jest to przecież tylko część umiejętności wymaganych w ramach tej specjalizacji.

6.7. Podsumowanie

Diagnostyka i leczenie w czasie epidemii, jak i samo łagodzenie jej skutków, wiąże się z edukacją społeczeństwa co do stosowania się do rygorów profilaktyki i zwalczania epidemii (izolacja, szczepienia, odkażanie, osobiste zabezpieczenie). Wymaga to ogromnych nakładów finansowych oraz zaangażowania dużej liczby wykwalifikowanych kadr medycznych. Tymczasem epidemia wirusa SARS-CoV-2 pokazała, że prowadzone od kilku lat analizy i dyskusje związane brakiem kadr medycznych w Polsce, w tym lekarzy, stały się rzeczywistością³⁹. Jak wskazuje raport NIK, na niedostateczną liczbę pracowników ochrony zdrowia nakłada się również ich nierównomierne rozmieszczenie terytorialne, ponieważ większość pracowników medycznych wybiera praktykowanie w dużych aglomeracjach nie na obszarach wiejskich⁴⁰.

Wydaje się, że tych problemów nie rozwiążą przedstawione powyżej zmiany wprowadzone w 2020 r. w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Z jednej strony, stanowią one krok w dobrą stronę, choć wymagają dalszych zmian i korekt, m.in. w zakresie podnoszenia jakości szkoleń, rozszerzenia możliwości uzyskiwania specjalizacji podstawowych czy powrotu do relacji mistrz-uczeń. Z drugiej strony, w 2020 i 2021 roku w związku z epidemią prawodawca wprowadził ograniczenia w kształceniu lekarzy. Nie ulega wątpliwości, że przedstawione zmiany, które zaszły w czasie epidemii, mają bezpośredni wpływ na proces kształcenia młodych lekarzy, a w przyszłości mogą mieć wpływ na bezpieczeństwo pacjentów. Warto pamiętać, że edukacja lekarzy i lekarzy dentystów jest procesem długotrwałym, a okres od podjęcia studiów do ukończenia specjalizacji trwa na ogół kilkanaście lat. Decyzje w tym zakresie powinny więc być prowadzone w sposób przemyślany, w oparciu o rzetelne analizy i prognozy, z uwzględnieniem zarówno wyrażonych, jak i niewyrażonych potrzeb zdrowotnych⁴¹, jak też wniosków z obecnej epidemii.

³⁹ Według danych OECD liczba lekarzy w Polsce w przeliczeniu na 1000 mieszkańców wynosi 2,4 i odbiega od średniej krajach OECD, która wynosi 3,8 – zob. OECD, *Health at a Glance* 2020.

⁴⁰ Raport NIK z 2016 r. pt. *Kształcenie i przygotowanie zawodowe kadr medycznych* [dostęp: 1 sierpnia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://www.nik.gov.pl/plik/id,10242,vp,12565.pdf>>.

⁴¹ Potrzeby zdrowotne służą ocenie stanu zdrowia i są określane zgodnie z teorią tzw. góry lodowej. To, co ujawnia się doraźnie w postaci konkretnej jednostki chorobowej jest tylko wierzchołkiem góry lodowej, a najbardziej istotna część, określająca potrzeby rzeczywiste, pozostaje często niezidentyfikowana. Potrzeby niezidentyfikowane również wymagają działań. W ich skład wchodzi przede wszystkim szeroko pojęta profilaktyka, programy zdrowotne oraz wczesna diagnostyka. Przyjmuje się, że potrzeby wyrażone stanowią 20 proc. potrzeb rzeczywistych a 80 proc. potrzeb jest niezidentyfikowanych. – za: M. Kamiński, *Uprzedzić chorobę*, „Menedżer Zdrowia” 2003, nr 6.

7. Wpływ uregulowań zawartych w tzw. tarczy na bieg terminu przedawnienia w postępowaniach dyscyplinarnych prowadzonych na podstawie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce

7.1. Wprowadzenie

Sytuacja związana z epidemią COVID-19 pociągnęła za sobą liczne skutki na gruncie szeroko rozumianej odpowiedzialności represyjnej. Niektóre z nich mają charakter trwały¹, inne zaś ukształtowały rzeczywistość prawną jedynie na ustalony czas. Do tej drugiej grupy należy zakwalifikować czasowe zawieszenie biegów terminów przedawnienia karalności czynów zabronionych oraz zawieszenie terminów procesowych z tego zakresu. Przedmiotem refleksji na gruncie tego opracowania będzie kwestia wpływu wyżej wskazanych rozwiązań na przebieg postępowania dyscyplinarnego w ramach funkcjonowania uczelni.²

¹ Np. wprowadzenie do Kodeksu wykroczeń nowego typu czynu zabronionego polegającego na zakłócaniu przebiegu zdalnej komunikacji – art. 107a k.w., wprowadzony ustawą z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. poz. 1086).

² Postępowania dyscyplinarne w zakresie działalności uczelni są toczone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 85 – zwana dalej p.s.w.n.) oraz wydane na jego mocy rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 28 września 2018 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego w sprawach studentów, a także sposobu wykonywania kar dyscyplinarnych i ich zatarcia (Dz.U. poz. 1882 – zwane dalej rozporządzeniem z 2018 r.).

7.2. Charakter odpowiedzialności dyscyplinarnej

Uwagi szczegółowe z tego zakresu warto jednak poprzedzić refleksją nad samą istotą odpowiedzialności dyscyplinarnej i jej usytuowaniem w kręgu szeroko rozumianej odpowiedzialności prawnej.³ Spośród różnych form odpowiedzialności występujących w polskim systemie prawnym, jako niezwykle interesująca jawi się relacja, jaka zachodzi między odpowiedzialnością dyscyplinarną a odpowiedzialnością karną.⁴ Niewątpliwie ich punktem stycznym jest oparcie się na popełnionym przez sprawcę czynie, wypełniającym znamiona czynu zabronionego.⁵ Ponadto można, jak się zdaje przyjąć, że obie formy odpowiedzialności zasadzają się także na społecznej szkodliwości zachowania, będącego przedmiotem danego postępowania, która uzasadnia pociągnięcie sprawcy do danego rodzaju odpowiedzialności.⁶ Wskazane rodzaje odpowiedzialności wiążą się także z konkretnymi i zindywidualizowanymi skutkami wobec osoby skazanej/ukaranej, choć oczywiście stopień dolegliwości ma charakter zróżnicowany, z zasady w przypadku odpowiedzialności dyscyplinarnej łagodniejszy⁷, przynajmniej w ocenie czysto obiektywnej.⁸ Jednak utoż-

³ Odpowiedzialność prawna rozumiana jest jako ponoszenie przez podmiot przewidzianych prawem ujemnych konsekwencji za zdarzenia lub stany rzeczy podlegające ujemnej kwalifikacji normatywnej i przypisywalne prawnie określönemu podmiotowi w danym porządku prawnym; W. Lang, *Struktura odpowiedzialności prawnej (Studium analityczne z dziedziny teorii prawa)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1968, nr 31, s. 12.

⁴ Omówienie relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną, a pozostałymi rodzajami odpowiedzialności prawnej w zdecydowany sposób wykraczałoby poza zakres niniejszego opracowania. Na temat tych relacji szerzej patrz w; R. Giełkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Gdańsk 2013, s. 79–81.

⁵ W przypadku odpowiedzialności karnej przestępstwa, przestępstwa skarbowego, wykroczenia, wykroczenia powszechnego, zaś w przypadku odpowiedzialności dyscyplinarnej – deliktu dyscyplinarnego.

⁶ W kontekście deliktów *stricto* dyscyplinarnych (niewypełniających znamion żadnego przestępstwa lub wykroczenia) może bardziej adekwatne byłoby przyjęcie, że nie tyle idzie o społeczną szkodliwość, ale o szkodliwość branżową, tj. odnoszącą się do zakresu funkcjonowania kategorii podmiotu, którego pod-sądny jest przedstawicielem (nauczyciel akademicki, student, policjant, radca prawny itp.).

⁷ Od tej zasady mogą być dość liczne wyjątki, choćby w przypadku, gdy dany czyn stanowi wykroczenie, a jest zarówno deliktem dyscyplinarnym. Może zdarzyć się, że na obu płaszczyznach zostanie wymierzona kara o jednakowym stopniu represji (nagana, która jest przewidziana zarówno w prawie wykroczeń, jak i w postępowaniach dyscyplinarnych – np. wobec studentów), może zdarzyć się też tak, że konsekwencje w sferze wykroczeniowej będą łagodniejsze wobec tych wyciąganych na płaszczyźnie dyscyplinarnej – np. w sytuacji, gdy za wykroczenie zostanie zastosowany środek oddziaływania wychowawczego (np. pouczenie), a za ten sam czyn, będący jednocześnie deliktem dyscyplinarnym, sprawca zostanie ukarany naganą z obniżeniem wynagrodzenia zasadniczego o 10%–25% na okres od miesiąca do 2 lat (jedna z kar dyscyplinarnych przewidzianych wobec nauczycieli akademickich – art. 276 ust. 1 pkt 3 p.s.w.n.). Jeszcze bardziej klarownym wyjątkiem od zasady łagodniejszych form represji na gruncie dyscyplinarnym w relacji do odpowiedzialności karnej jest choćby kara dyscyplinarna w postaci pozbawienia prawa do wykonywania zawodu nauczyciela akademickiego na okres 10 lat (art. 276 ust. 1 pkt 8 p.s.w.n.).

⁸ Może być też tak, że za czyn będący zarówno wykroczeniem, jak i przewinieniem dyscyplinarnym zostanie zastosowana obiektywnie wysoka grzywna na płaszczyźnie wykroczeniowej, zaś w sferze dyscyplinarnej jedynie nagana, która jednak może być indywidualnie znacznie bardziej dolegliwa dla ukaranego, np. ze względu na specyfikę wykonywanego zawodu (np. któryś z zawodów prawniczych). Niekiedy też może być tak, że nawet najbardziej łagodna kara dyscyplinarna będzie indywidualnie bardziej dotkliwa dla danej osoby niż obiektywnie bardziej surowa kara kryminalna (np. grzywna). Dajmy na to ukaranie karą upomnienia wobec nauczyciela akademickiego wyłącza możliwość jego partycypacji np. w radzie uczelni (art. 20 ust. 1 pkt 4 p.s.w.n.), co może być dla niego dużo bardziej dotkliwie niż jednocześnie ukaranie grzywną za dany czyn: por. interesujące uwagi na temat tej kary; K. Banasik, Kara upomnienia za przewinienia dyscyplinarne nauczycieli akademickich, „Przegląd Prawa Publicznego”, 2020, nr 7–8, s. 123–132.

samianie odpowiedzialności dyscyplinarnej z odpowiedzialnością karną byłoby zbyt dużym uproszczeniem, a być może nawet podważałoby konstytucyjność niektórych rozwiązań prawnych z tego zakresu. W doktrynie zasadnie wskazuje się bowiem, że na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej nie obowiązuje zasada ścisłego określenia rodzajów zachowań poddawanych karom dyscyplinarnym.⁹ To zaś, na co zwraca się uwagę w literaturze, przemawia za brakiem możliwości uznawania prawa dyscyplinarnego za wchodzące w zakres pojęcia prawa karnego.¹⁰ Jest to argument, obok którego nie sposób przejść obojętnie. Faktem jest, że delikty dyscyplinarne, choć są ustawowo przewidziane, to jednak przepisy je wprowadzające mają zazwyczaj charakter blankietowy, bądź stanowią swoiste klauzule generalne¹¹, co zważywszy na zasadę wyrażoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji podważałoby ich legalność w przypadku uznania odpowiedzialności dyscyplinarnej za rodzaj odpowiedzialności karnej. Taki stan rzeczy jest zdeterminowany naturą deliktów dyscyplinarnych, które cechują się daleko idącym zróżnicowaniem pod względem rodzajów zachowań godzących w dobro danej grupy/korporacji. Zasadnie zauważa T. Sroka, że ewentualne działania ustawodawcy polegające na kodyfikacji norm etycznych lub definiowaniu godności (powagi) zawodu z natury rzeczy skazane są na niepowodzenie.¹² Pojawia się w związku z tym pytanie o elementy różnicujące wskazane formy odpowiedzialności prawnej. W pierwszej kolejności należałoby zwrócić uwagę na zakres podmiotowy obu sfer. W przypadku prawa karnego mamy do czynienia z jego powszechnością, tj. objęciem jego zakresem z zasady wszystkich osób przebywających na terytorium RP, podczas gdy odpowiedzialność dyscyplinarna dotyczy wyłącznie osób związanych z danym, konkretnym środowiskiem (korporacją), a tym samym nie odnosi się ona do całego społeczeństwa, nie ma charakteru powszechnego.¹³ Z tym zaś wiąże się fakt, iż odpowiedzialność dyscyplinarna wchodzi w grę w zasadzie wyłącznie w momencie, gdy podmiot spełnia warunek przynależności do danej grupy objętej danym rodzajem odpowiedzialności dyscyplinarnej, tj. np. ma status studenta, nauczyciela akademickiego, czy też doktoranta itp.¹⁴ Kolejną różnicą, na jaką wskazuje się w literaturze, jest szerszy zakres przedmiotowy odpowiedzialności dyscyplinarnej

⁹ R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, dz. cyt., s. 34–35.

¹⁰ P. Skuczyński, *Granice odpowiedzialności dyscyplinarnej* [w:] *Odpowiedzialność dyscyplinarna. Podstawy, procedura i orzecznictwo w sprawach studentów Uniwersytetu Warszawskiego 2000–2005*, P. Skuczyński, P. Zawadzki (red.), Warszawa 2008, s. 23.

¹¹ Przykładem może być art. 307 ust. 1 p.s.w.n., który stanowi, że student podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenie przepisów obowiązujących w uczelni (charakter blankietowy) oraz za czyn uchybiający godności studenta (klauzula generalna).

¹² T. Sroka, *Realizacja zasady określoności czynu zabronionego z art. 42 ust. 1 Konstytucji na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 6, s. 15.

¹³ R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, dz. cyt., s. 90–92.

¹⁴ Szerzej na temat tego zagadnienia i wyjątków o tej zasady patrz w: R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, dz. cyt., s. 250–255.

w relacji do odpowiedzialności karnej. Generalizując, można stwierdzić, że przejawia się to tym, że odpowiedzialność dyscyplinarna może wchodzić w grę także w tych przypadkach, gdy dane zachowanie nie jest spenalizowane na gruncie prawa karnego, a stanowi jedynie delikt dyscyplinarny.¹⁵ Poza tym wskazuje się jeszcze na takie okoliczności jak odmienny charakter kar dyscyplinarnych, odrębne organy orzekające, czy też oparcie odpowiedzialności dyscyplinarnej na stosunku ustrojowym między podmiotem wykonującym zadania publiczne, a osobą działającą w danej strukturze organizacyjnej.¹⁶

Powyższe, syntetycznie ujęte, spostrzeżenia zmuszają do refleksji na temat charakteru odpowiedzialności dyscyplinarnej, a tym samym miejsca prawa dyscyplinarnego w polskim systemie prawnym. W literaturze można spotkać zróżnicowane poglądy na ten temat. T. Bojarski podnosi, że prawo dyscyplinarne nie jest częścią prawa karnego, a bliżej mu raczej do prawa administracyjnego. Autor wskazuje na brak powszechności przewinień dyscyplinarnych oraz zaznacza, że nie mają one cechy społecznej szkodliwości.¹⁷ Słusznie z tym ostatnim twierdzeniem polemizuje A. Bojańczyk zaznaczając, że odbieranie społecznej szkodliwości takim zachowaniom podważałoby sens ich penalizacji.¹⁸ Inni Autorzy natomiast traktują prawo dyscyplinarne jako część prawa karnego. Takie stanowisko zajmował choćby J. Makarewicz, twierdząc, że prawo karne dyscyplinarne jest zbliżone do prawa karnego wojskowego.¹⁹ Także W. Świda zaliczał prawo dyscyplinarne do szeroko rozumianego prawa karnego, argumentując to tym, że ma ono, podobnie jak prawo karne sensu stricto, na celu zwalczanie za pomocą kar czynów, które ustawodawca uznaje za niepożądane dla danego układu stosunków.²⁰ Również K. Buchała traktował prawo dyscyplinarne jako wchodzące w zakres prawa karnego w znaczeniu szerokim.²¹

Wydaje się jednak, że należy w tej mierze zająć stanowisko w pewien sposób kompromisowe. Słusznie zaznacza K. Dudka, że odpowiedzialność dyscyplinarna oraz karna wywodzą się ze wspólnego źródła, jakim jest odpowiedzialność represyjna.²² Przyjmując

¹⁵ P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, s. 102.

¹⁶ Szerzej na temat tych zagadnień patrz w: R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, dz. cyt., s. 92–110.

¹⁷ T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólne*, Warszawa 2008, s. 34–35.

¹⁸ A. Bojańczyk, *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną (na przykładzie odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych)*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 9, 2004, s. 20–21.

¹⁹ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów-Warszawa 1924, s. 3–4.

²⁰ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 14.

²¹ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 30.

²² K. Dudka, *Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz zakres stosowania przepisów k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym wobec nauczycieli akademickich*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2007, t. 9, s. 9.

racjonalną koncepcję L. Gardockiego traktującego odpowiedzialność represyjną jako opartą na winie i posługującą się środkami o cechach dolegliwości dla sprawcy²³, nie sposób nie dostrzec tych właściwości na płaszczyźnie odpowiedzialności dyscyplinarnej. Można byłoby więc przyjąć, że odpowiedzialności dyscyplinarnej bliżej jest raczej do odpowiedzialności karnej, choć utożsamianie obu pojęć, choćby ze względu na powoływane wcześniej argumenty (szczególnie w zakresie art. 42 ust. 1 Konstytucji) nie byłoby właściwe. Ponadto zrównywanie tych pojęć jest też wykluczone w oparciu o konkretne rozwiązania ustawowe.²⁴ Prawodawca zdaje się jednoznacznie rozdzielać obie formy odpowiedzialności. Nie oznacza to jednak, że prawo dyscyplinarne nie jest silnie spokrewnione z prawem karnym. O bliskości prawa dyscyplinarnego oraz karnego świadczą nie tylko wskazywane już wcześniej przesłanki, ale także fakt, że niekiedy odpowiedzialność dyscyplinarna w wyniku decyzji ustawodawcy niejako zastępuje odpowiedzialność karną, prowadząc do jej wyłączenia. Przykładem tego jest przepis art. 138 § 1 p.p., który stanowi o tym, że prokuratorzy za wykroczenia odpowiadają wyłącznie dyscyplinarnie (z wyjątkami dotyczącymi wykroczeń drogowych, w przypadku których to sam obwiniony decydować może o rodzaju odpowiedzialności, do której zostanie pociągnięty).

Jest rzeczą oczywistą, że powyższe kwestie mają charakter maksymalnie zsyntetyzowany, dostosowany do potrzeb tego artykułu. Odpowiedzialność dyscyplinarna, w tym jej istota, przesłanki, zakres, czy też samo jej zróżnicowanie wciąż wywołują liczne dyskusje w literaturze przedmiotu. Każda z tych kwestii wymagałaby odrębnych, pogłębionych analiz. Skomplikowanie tej materii przekładać się może zaś na skuteczność prawa dyscyplinarnego. Jak słusznie zauważa A. Korzeniewska-Lasota, tak daleko posunięty partykularyzm w tym zakresie w sposób negatywny wpływa na odbiór społeczny postępowań dyscyplinarnych.²⁵ Niemniej jednak, autorzy w dalszej części traktować będą odpowiedzialność dyscyplinarną, a także samo prawo dyscyplinarne, jako odpowiedzialność o charakterze represyjnym, powiązaną ściśle z prawem karnym.

²³ L. Gardocki, *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej* [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, J. Giezek (red.), Kraków 2006, s. 191.

²⁴ Przykładowo art. 138 § 5 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 740 – zwana dalej p.p.) wyraźnie stanowi, że wyrażenie przez prokuratora zgody na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej w trybie określonym w § 4 wyłącza odpowiedzialność dyscyplinarną, co świadczy o odrębności obu płaszczyzn odpowiedzialności.

²⁵ A. Korzeniewska-Lasota, *Zróżnicowanie postępowań dyscyplinarnych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2014, nr 7–8, s. 225.

7.3. Rodzaje przedawnienia na gruncie p.s.w.n.

Ustawa z 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce zna przedawnienie w odniesieniu do wszystkich trzech postaci odpowiedzialności. W gruncie rzeczy zresztą są to dwa rodzaje odpowiedzialności, gdyż na mocy art. 322 ust. 1 p.s.w.n. do odpowiedzialności dyscyplinarnej doktorantów stosuje się odpowiednio przepisy o odpowiedzialności studentów. Te reżimy odpowiedzialności ukształtowane są w sposób wyraźnie odmienny. Odpowiedzialność dyscyplinarna nauczycieli akademickich ma cechy mocno upodabniające ją do odpowiedzialności karnej. Z kolei o odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów i doktorantów można stwierdzić, że jest ona znacznie uproszczona.

Na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej pracowników istnieje przedawnienie wszczęcia postępowania dyscyplinarnego. Zgodnie z art. 288 ust. 1 p.s.w.n. postępowania wyjaśniającego nie wszczyna się po upływie 5 lat od popełnienia czynu art. 288 ust. 2 p.s.w.n. stanowi, że jeżeli czyn zawiera znamiona przestępstwa, postępowanie wyjaśniające może być wszczęte do upływu okresu przedawnienia karalności tego przestępstwa, a z kolei art. 298 stanowi, że przedawnienie karalności następuje po upływie 5 lat od wszczęcia postępowania dyscyplinarnego. Jeżeli czyn zawiera znamiona przestępstwa, przedawnienie karalności następuje w terminach określonych w przepisach odrębnych. Przepis ten zna z kolei konstrukcję przedawnienia karalności. Warto zauważyć, że operowanie dwoma różnymi konstrukcjami na gruncie jednej postaci odpowiedzialności budzi wątpliwości. Jednocześnie należy dodać, że karalność szeregu czynów przewidzianych w art. 287 ust. 2 pkt 1 – 5 p.s.w.n. nie podlega przedawnieniu (art. 298 ust. 3 p.s.w.n.).

Jeszcze inaczej przedawnienie ukształtowano na gruncie odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów i doktorantów. Art. 314 ust. 3 p.s.w.n. zna przedawnienie ścigania – zgodnie z tym przepisem nie można wszcząć postępowania dyscyplinarnego po upływie 6 miesięcy od dnia uzyskania przez rektora informacji o popełnieniu czynu uzasadniającego nałożenie kary lub po upływie 3 lat od dnia jego popełnienia. Także i w odniesieniu do tej regulacji można mieć wątpliwości. W prawie karnym powszechnym, prawie karnym skarbowym i prawie wykroczeń przyjęto konstrukcję przedawnienia karalności, a więc rozwiązanie materialnoprawne. Zwraca też uwagę bardzo dziwne rozwiązanie zawarte w art. 314 ust. 4 p.s.w.n., który stanowi, że jeżeli czyn zawiera znamiona przestępstwa, postępowanie może być wszczęte do upływu okresu przedawnienia karalności tego przestępstwa. Termin przedawnienia wszczęcia postępowania, unormowanego generalnie na sposób procesowy,

jest w tym wypadku powiązany z terminem przedawnienia karalności przestępstwa, unormowanego na sposób materialnoprawny. Niekonsekwencja ta występuje na gruncie dyscyplinarnej odpowiedzialności studentów i doktorantów. Jeszcze mniej konsekwentnie skonstruowano przedawnienie na gruncie odpowiedzialności pracowników, systemowo łącząc przedawnienie wszczęcia postępowania (a więc odpowiednik przedawnienia karalności) z przedawnieniem karalności.

Nie miejsce tu na szczegółową analizę zalet i wad przedawnienia na gruncie ustawy. Jasne jest, że rozwiązanie to jest obarczone wadami, o których mowa jest gdzie indziej.²⁶

Art. 15zrz ust. 6 tzw. tarczy i jego znaczenie na bieg terminów przedawnienia w postępowaniu dyscyplinarnym prowadzonym w oparciu o p.s.w.n.

Głównym celem niniejszego opracowania jest ustalenie, czy regulacje dotyczące zawieszenia biegu terminów przedawnienia, które pojawiły się w ostatnich miesiącach odnoszą się także do postępowań dyscyplinarnych prowadzonych w oparciu o ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Art. 15zrz ust. 6 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych²⁷ stanowił, że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 nie biegnie przedawnienie karalności czynu oraz przedawnienie wykonania kary w sprawach o przestępstwa, przestępstwa i wykroczenia skarbowe oraz w sprawach o wykroczenia.²⁸ Uregulowanie to powoduje cały szereg wątpliwości natury dogmatycznej. W literaturze wyrażono zresztą wątpliwość, czy w związku z lakonicznością regulacji nie należy uważać, że art. 4 § 1 k.k. wyłącza stosowanie art. 15zrz ust. 6 tarczy.²⁹ W tym miejscu interesuje nas jednak, czy – gdyby założyć, że przepis ten znajduje zastosowanie na gruncie prawa karnego i prawa wykroczeń – to czy będzie miał zastosowanie do deliktów dyscyplinarnych określonych w p.s.w.n.

²⁶ M. Kulik, *Przedawnienie wszczęcia postępowania w sprawie o studencki delikt dyscyplinarny*, „Studia Iuridica” 2020, nr 84, s. 100 i n.

²⁷ T.j. Dz.U. poz. 1842 (zwana dalej tarczą); przepis ten został dodany na mocy ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 568).

²⁸ Art. 15 zrz ust. 6 tarczy został uchylony z dniem 16 maja 2020 r. na mocy art. 46 pkt 20 ustawy z dnia 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. poz. 875).

²⁹ Zob. J. Kluza, *Zawieszenie terminów przedawnienia karalności czynów zabronionych w czasie pandemii koronawirusa*, „e-Palestra” 2020, nr 7, *passim* [dostęp: 20 października 2020]. Dostępny w internecie: <<https://palestra.pl/pl/e-palestra/7/2020/zawieszenie-terminow-przedawnienia-karalnosci-czynow-zabronionych-w-czasie-pandemii-koronawirusa>>.

Skoro prawo dyscyplinarne jest postacią prawa represyjnego, można byłoby stać na stanowisku, że tak właśnie jest. Gdyby traktować prawo dyscyplinarne jako postać prawa karnego, to przepisy części ogólnej k.k. miałyby zastosowanie do wszystkich ustaw przewidujących odpowiedzialność dyscyplinarną na mocy art. 116 k.k.³⁰ Gdyby tak stawiać sprawę, należałoby w kwestiach nieuregulowanych w p.s.w.n. stosować przepisy kodeksu karnego w zakresie przedawnienia, co otwierałoby pytanie, czy regulacja art. 15zrz ust. 6 tarczy mogłaby być potraktowana jako uzupełnienie regulacji kodeksowej, co z kolei oznaczałoby zawieszenie biegu terminów przedawnienia.

Jak wyżej stwierdzono, odpowiedzialność dyscyplinarna nie może być postrzegana jako postać stricte odpowiedzialności karnej, co oznacza, że bezpośrednie stosowanie części ogólnej k.k. do odpowiedzialności dyscyplinarnej nie jest uprawnione.

Nawet gdyby jednak stać na stanowisku, że jest to postać odpowiedzialności karnej, nie przesądzałyby to, że zawieszenie (spoczywanie) biegu dotyczy też przedawnienia karalności deliktu dyscyplinarnego. Nawet bowiem, jeśli twierdzić, że odpowiedzialność karna jest postacią odpowiedzialności karnej, regulacja, o której mowa wyraźnie odnosi się do postępstw, przestępstw i wykroczeń skarbowych oraz wykroczeń. Nie ma tu znaczenia, że art. 305 p.s.w.n. stanowi, że w zakresie nieuregulowanym w ustawie, stosuje się odpowiednio przepisy k.p.k. To, że w danym postępowaniu dyscyplinarnym są stosowane przepisy postępowania karnego nie oznacza ani, że zastosowanie znajdują w nim przepisy części ogólnej k.k., ani że delikty dyscyplinarne stanowią przestępstwa w rozumieniu k.k. Dlatego nawet, gdyby uznać, że odpowiedzialność dyscyplinarna jest postacią odpowiedzialności karnej należałoby wymagać, by ustawa wprost wprowadzała spoczywanie biegu terminu przedawnienia w odniesieniu do deliktów dyscyplinarnych, czego nie czyni.

Dodatkowo warto zauważyć, że w przepisie art. 15zrz ust. 6 tarczy mowa była o przedawnieniu karalności i przedawnieniu wykonania kary. Tymczasem na gruncie p.s.w.n. funkcjonują różne postaci przedawnienia, z których tylko w odniesieniu do dyscyplinarnego deliktu pracowniczego można mówić o przedawnieniu karalności. W wypadku studenckiego (i doktoranckiego) deliktu dyscyplinarnego art. 314 ust. 3 p.s.w.n. zna przedawnienie ścigania, a dokładniej nawet przedawnienie wszczęcia postępowania, a nie przedawnienie karalności. Przepis stanowi, że nie można wszcząć postępowania dyscyplinarnego po upływie 6 miesięcy od dnia uzyskania przez rektora informacji o popełnieniu czynu

³⁰ A. Wąsek, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, O. Gómiok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek (red.), Gdańsk 2005, t. I, s. 877.

uzasadniającego nałożenie kary lub po upływie 3 lat od dnia jego popełnienia. Regulacja ta ma charakter procesowy, jest w pewnym zakresie podobna do regulacji art. 86 k.k. z 1932 r.³¹ Jest to przypadek, w którym wyłączenie możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności następuje na poziomie rozstrzygnięcia czysto procesowego. Przedawnienie karalności jest zaś regulacją *par excellence* materialną.³² Nawet, gdyby dało się uznać, że regulacja tarczy odnosi się do przedawnienia karalności deliktów dyscyplinarnych, co wyżej ustalono, że nie jest uzasadnione, nie dałoby się uznać, że karalność studenckiego deliktu dyscyplinarnego ulega przedawnieniu, gdyż podlega mu ściganie, a konkretnie wszczęcie postępowania.³³ Jeszcze inaczej byłoby na gruncie postępowania dyscyplinarnego w sprawach pracowników. Art. 288 i 298 p.s.w.n. tworzą rozwiązanie hybrydalne. Pierwszy z nich zna przedawnienie wszczęcia postępowania wyjaśniającego – nie można go wszcząć po upływie 5 lat od popełnienia czynu, drugi przedawnienie karalności po upływie 5 lat od wszczęcia postępowania dyscyplinarnego. Gdyby przyjąć zatem rozważaną tu możliwość, należałoby uznać, że bieg pierwszego terminu nie spoczywa, a drugiego tak. Byłoby to rozwiązanie dość osobliwe. Raz jeszcze jednak należy podkreślić, że rozwiązanie to ze wskazanych wyżej względów nie jest dopuszczalne.

Zagadnienie spoczywania biegu terminu przedawnienia ścigania lub karalności deliktu dyscyplinarnego nie wyczerpuje się jednak w tym zagadnieniu. Art. 288 ust. 2 p.s.w.n. wprowadza bowiem wydłużenie terminu wszczęcia postępowania wyjaśniającego w sytuacji, w której czyn zawiera znamiona przestępstwa. Zgodnie z tym przepisem postępowanie wyjaśniające może być wszczęte do upływu terminu przedawnienia karalności tego przestępstwa. Podobną regulację zawiera art. 298 ust. 2 p.s.w.n., zgodnie z którym w wypadku, gdy czyn zawiera znamiona przestępstwa przedawnienie karalności następuje w terminach określonych w przepisach odrębnych. Należy to – skądinąd mało szczęśliwe – ujęcie rozumieć w ten sposób, że przedawnienie karalności pracowniczego deliktu dyscyplinarnego zawierającego znamiona przestępstwa następuje wraz z przedawnieniem karalności owego przestępstwa.

³¹ Zob. M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 20.

³² K. Marszał, *Przedawnienie w prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 83; K. Marszał, *Charakter prawny przedawnienia w prawie karnym*, Nowe Prawo 1965, nr 11, s. 1288; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 482; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 477; M. Kulik, *Przedawnienie karalności...*, dz. cyt., s. 31.

³³ O różnicy między przedawnieniem karalności a przedawnieniem ścigania K. Marszał: *Przedawnienie...*, dz. cyt., s. 13.

W odniesieniu do studentów i doktorantów art. 314 ust. 4 p.s.w.n. stanowi, że jeżeli czyn zawiera znamiona przestępstwa, postępowanie może być wszczęte do upływu okresu przedawnienia karalności tego przestępstwa. Nie ma tam odpowiednika art. 298 ust. 2 p.s.w.n., a to z tego powodu, że ustawa nie zna przedawnienia karalności studenckiego deliktu dyscyplinarnego. W razie nieukończenia postępowania dyscyplinarnego do czasu ukończenia przez studenta lub doktoranta studiów, przestaje on podlegać orzecznictwu komisji dyscyplinarnej. W związku z ograniczonym czasem studiów mamy tu do czynienia ze swego rodzaju zastępczym terminem przedawnienia karalności, który można określić jako bezwzględny.³⁴ Kwestia, o której mowa, stanowi odrębne zagadnienie, wcale zresztą niełatwe. Tu interesuje nas problem odmienny. Chodzi o to, czy wydłużenie terminu przedawnienia karalności przestępstwa przewidziane w tarczy, wpływa na wydłużenie terminu przedawnienia wszczęcia postępowania dyscyplinarnego lub karalności deliktu dyscyplinarnego. Skoro bowiem przepisy tarczy skutkują spoczywaniem biegu terminu przedawnienia karalności przestępstwa, zaś przepisy p.s.w.n. wydłużają termin przedawnienia w odniesieniu do deliktów dyscyplinarnych, można uważać, że wydłużenie, o którym mowa dotyczy tych właśnie terminów.

Spoczywanie, o którym mowa w tarczy, dotyczy przedawnienia karalności przestępstw, przestępstw i wykroczeń skarbowych, a także wykroczeń. Z kolei w odnośnych przepisach p.s.w.n. mowa jest o przedawnieniu karalności przestępstwa. Nie ma wątpliwości, że nie dochodzi do wydłużenia przedawnienia wszczęcia postępowania i przedawnienia karalności deliktów dyscyplinarnych niestanowiących wykroczeń ani przestępstw. Należy też uznać, że nie dochodzi do wydłużenia terminu przedawnienia w odniesieniu do deliktów stanowiących wykroczenia, czy to powszechne, czy skarbowe. Co prawda przepisy tarczy wprowadziły spoczywanie biegu tych terminów, jednak przepisy p.s.w.n. nie stanowią o wydłużeniu biegu terminu przedawnienia w odniesieniu do deliktu dyscyplinarnego aż do momentu przedawnienia karalności wykroczenia.

Inaczej jest w odniesieniu do przestępstw. Tu mamy do czynienia z sytuacją, w której z jednej strony przepisy p.s.w.n. stanowią, że przedawnienie na gruncie tej ustawy nie może nastąpić przed upływem przedawnienia karalności przestępstwa, a z drugiej strony art.

³⁴ Na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (t.j. Dz.U. 2017 poz. 2183 ze zm.) słusznie zwrócono uwagę, że przewidziany w jej art. 217 ust. 5 roczny termin przedawnienia po opuszczeniu przez studenta uczelni stanowi nie tyle „przedawnienie”, co wydłużenie czasu jurysdykcyjnej podległości obwinionego orzecznictwu komisji dyscyplinarnej. B. Janusz-Pohl, *W kwestii przedawnienia karalności deliktu dyscyplinarnego popełnionego przez studenta*, „Ius Novum” 2013, nr 4, s. 33. Na gruncie obecnych przepisów brak podobnej regulacji, co w praktyce oznacza, że w aktualnym stanie prawnym nie mamy do czynienia ze wspomnianym wydłużeniem jurysdykcji.

15zrr ust. 6 tarczy stanowił o spoczywaniu terminu przedawnienia karalności przestępstwa. Literalnie czytając przepis można zatem uważać, że termin przedawnienia wszczęcia postępowania dyscyplinarnego oraz termin przedawnienia karalności deliktu dyscyplinarnego, jeżeli stanowią one przestępstwo, ulega wydłużeniu z uwagi na spoczywanie terminu przedawnienia karalności przestępstwa.

Przejmując roboczo, że wydłużenie takie następuje, należy zważyć jeszcze jedną istotną okoliczność. W art. 15zrr ust. 6 tarczy mowa była o spoczywaniu terminu przedawnienia karalności przestępstw i przestępstw skarbowych. Z kolei w p.s.w.n. stanowi się o przestępstwach. Nie ma tam mowy o przestępstwach skarbowych. Stajemy zatem przed klasycznym problemem wzajemnego stosunku tych pojęć. Jego rozstrzygnięcie jest o tyle istotne, że gdyby uznać, że użyte w p.s.w.n. pojęcie „przestępstwo” obejmuje zarówno przestępstwo powszechne, jak i skarbowe,³⁵ to wydłużenie terminu przedawnienia określonego w p.s.w.n. dotyczyłoby jednych i drugich. Gdyby zaś uznać, że pojęcia te są *de lege lata* rozłączne,³⁶ wydłużenie terminu przedawnienia karalności dotyczyłoby tylko przestępstw powszechnych, a nie skarbowych. Nie wchodząc szczegółowo w to zagadnienie należy opowiedzieć się za rozdzielaniem tych określeń. To zaś oznacza, że wydłużenie terminu przedawnienia przewidziane w p.s.w.n. nie dotyczy deliktów dyscyplinarnych stanowiących przestępstwa skarbowe.

Czy powyższe oznacza, że art. 15zrr ust. 6 tarczy wydłużył bieg terminów przedawnienia w odniesieniu do deliktów dyscyplinarnych określonych w p.s.w.n., jeżeli stanowiły one przestępstwa powszechne? Byłoby tak, gdyby uznać, że przepis ten rzeczywiście wprowadził spoczywanie terminu przedawnienia karalności przestępstw. Jest to jednak kwestia wcale nie oczywista.

W piśmiennictwie wyrażono stanowisko, że wydłużenie terminu przedawnienia, które ma tu miejsce, nie może być oceniane na podstawie art. 4 § 1 k.k., gdyż nie mamy tu do czynienia ze zmianą terminów w rozumieniu art. 101 k.k.³⁷ Wydaje się jednak, że jest inaczej. Mamy tu do czynienia z wydłużeniem terminu przedawnienia karalności, uczynionym

³⁵ Tak T. Bojarski, *Kodeks karny skarbowy a kodeks karny. Kilka uwag porównawczych* [w:] P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszala*. Katowice 2003, s. 39.

³⁶ Uchwała SN z 4.04.2005 r. I KZP 7/05, OSNKW 2005, z. 5, poz. 44; T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 719.

³⁷ J. Kluza, *Zawieszenie terminów...*, dz. cyt., passim.

nietypową techniką – przez zmodyfikowanie procesowego elementu w postaci spoczywania elementu – jednak mającym efekt materialnoprawny.³⁸ Dlatego należy uznać, że do omawianej zmiany znajduje zastosowanie art. 4 § 1 k.k.

W doktrynie istnieje stanowisko, że dopuszczalne jest wydłużenie terminu przedawnienia karalności o ile termin ten jeszcze nie upłynął, a ustawa zawiera klauzulę wyłączającą zastosowanie art. 4 k.k.³⁹ Jeden ze współautorów niniejszego opracowania zajmuje odmienne (i mniejszościowe) stanowisko, że klauzule takie są zasadniczo niedopuszczalne, a możliwe, jednak na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a zatem tylko wyjątkowo, gdy jest to konieczne dla zrealizowania innych zasad konstytucyjnych, z zachowaniem proporcjonalności.⁴⁰ Nie ma to jednak większego znaczenia z uwagi na okoliczność, że tzw. tarcza nie zawiera żadnej takiej klauzuli. Można mieć zatem bardzo poważne wątpliwości, czy rzeczywiście da się uznać, że tarcza w sposób zgodny z Konstytucją RP wprowadziła spoczywanie biegu terminów przedawnienia karalności w całej ciągłości. Wydaje się, że spoczywanie, o którym mowa ma miejsce wyłącznie w odniesieniu do czynów popełnionych po jej wejściu w życie. Tylko w odniesieniu do nich następuje spoczywanie terminu, o którym mowa.

7.4. Podsumowanie

Reasumując rozważania, należy stwierdzić, że spoczywanie terminu przedawnienia wynikające z art. 15zzr ust. 6 tarczy nie dotyczy wszystkich deliktów dyscyplinarnych przewidzianych w p.s.w.n., a jedynie takich, które są jednocześnie przestępstwami powszechnymi, przy czym dotyczy to wyłącznie deliktów popełnionych po wejściu w życie tarczy. Zapewne w wypadku postępowań dyscyplinarnych prowadzonych na uczelni spoczywanie, które nastąpiło na podstawie art. 15zzr ust. 6 tarczy w gruncie rzeczy niewiele

³⁸ M. Kulik, *Przedawnienie karalności...*, dz. cyt., s. 121 i n.

³⁹ A. Marek, *Kilka uwag o zasadzie praworządności w prawie karnym* [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja Szwarca*, Ł. Pohl (red.), Poznań 2009, s. 365; H. L. Schreiber, *Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangenen Delikte*, „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft” 1968, nr 80, s. 349; W. Wróbel, *Z zagadnień retroaktywności prawa karnego*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 4, s. 15 i n.; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w polskim prawie karnym*, Kraków 2003, s. 532; R. Koper, K. Sychta, J. Zagrodnik, *Karnomaterialne aspekty instytucji przedawnienia (zagadnienia wybrane)* [w:] *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, Z. Cwiakalski, G. Artymiak (red.), Warszawa 2009, s. 215.

⁴⁰ M. Kulik, *Przedawnienie karalności...*, dz. cyt., s. 122 i n.; Za całkiem niedopuszczalne poza zakresem zastosowania art. 44 i 45 Konstytucji uważa je A. Wąsek, zob. A. Wąsek, *W gąszczu problematyki przedawnienia w prawie karnym* [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszala*, P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), Katowice 2003, s. 469.

zmienia – wydłużyło i tak najdłuższe terminy przewidziane w p.s.w.n. Tymczasem w sensie praktycznym najbardziej uzasadnione byłoby wydłużenie terminów najkrótszych, w szczególności terminu przedawnienia wszczęcia postępowania dyscyplinarnego w sprawach studentów i doktorantów. Przypomnijmy – zgodnie z art. 314 ust. 3 p.s.w.n. jest to 6 miesięcy od dnia uzyskania przez rektora informacji o popełnieniu czynu uzasadniającego nałożenie kary lub po upływie 3 lat od dnia jego popełnienia. Termin sześciomiesięczny jest niezwykle krótki, i łatwo o jego niedochowanie, zwłaszcza w sytuacji wyjątkowo trudnej w zakresie kompletowania składów orzekających. Przypomnieć warto, że przepisy tarczy nie wprowadziły żadnych możliwości w zakresie orzekania zdalnego komisji dyscyplinarnej, a zgodnie z przepisami p.s.w.n. konieczne jest dwukrotne zebranie się komisji – raz na posiedzeniu niejawnym, drugi raz na rozprawie. Było to w okresie ostrego lockdownu bardzo trudne technicznie, a wręcz niebezpieczne. Podobnie zresztą będzie w czasie drugiej fali COVID-19. Tym bardziej należałoby postulować: 1) wprowadzenie możliwości prowadzenia zdalnie choćby posiedzenia niejawnego, 2) wprowadzenie spoczywania biegu terminu przedawnienia w odniesieniu do postępowań dyscyplinarnych. Dodać trzeba, że w odniesieniu do przedawnienia wszczęcia można byłoby bronić poglądu, że jest to termin procesowy, co powoduje, że przepis „chwyciłby w locie” i dotyczyłby także przedawnienia wszczęcia postępowania w sprawach o delikty, w odniesieniu do których termin jeszcze nie upłynął – także popełnione przed wejściem w życie odnośnego przepisu. Nawet jednak gdyby uznać – co zapewne byłoby najlepsze – że w grę wchodzi spoczywanie terminu tylko w odniesieniu do czynów popełnionych po wejściu w życie stosownej ustawy, byłoby to rozwiązanie korzystne i potrzebne.

8. Wzajemna relacja przepisów dotyczących nakazu opuszczenia przez sprawcę przemocy lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 41 a k.k. i przepisy wprowadzone w tzw. tarczy antycovidowej)

8.1. Wprowadzenie

Ochrona rodziny przed przemocą ze strony jednego z jej członków od lat jest przedmiotem badań, analiz oraz działań ustawodawczych, mających na celu zapobieganie i przeciwdziałanie jej. Przepisy regulujące te kwestie znajdują się w różnych aktach prawnych, co sprawia, że niekiedy zakresy ich regulacji zachodzą na siebie, rodząc wątpliwości wykładnicze. Niewątpliwie najbardziej kompleksowym aktem prawnym w tej mierze jest ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie.¹ Nie zawiera ona jednak przepisów o charakterze karnym, które znajdują się w kodeksie karnym (art. 207 k.k., art. 41 a k.k. i in.), a także w kodeksie postępowania karnego, kodeksie wykroczeń, ustawie o Policji i in.

Jednym z podstawowych problemów, związanych ze stosowaniem przemocy przez członka rodziny wobec pozostałych, jest izolacja sprawcy od pokrzywdzonych. Oczywiście najskuteczniejszą formą izolacji jest pozbawienie wolności w wyniku skazania za przestępstwo z art. 207 k.k. Jednak konieczna jest również ochrona pokrzywdzonych zanim do takiego skazania dojdzie, a także wówczas, gdy zostaje orzeczona kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

¹ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r., t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 218 z późn. zm.

Pierwszą próbą zapewnienia bezpieczeństwa pokrzywdzonemu przemocą domową było wprowadzenie do art. 72 § 1 k.k. punktu 7b.² Przepis ten pozwala sądowi w ramach obowiązków probacyjnych nałożyć na sprawcę obowiązek opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym.

Nakaz ten pojawił się pierwotnie w art. 14 u.p.p.r., który normował tzw. warunkowy dozór policji. Przepis ów stanowił, że jeżeli zachodziły przesłanki do zastosowania tymczasowego aresztowania wobec oskarżonego o przestępstwo, o którym mowa w art. 13 ustawy (przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej wobec członka rodziny), sąd mógł zamiast tymczasowego aresztowania zastosować dozór policji, pod warunkiem, że oskarżony opuścił lokal zajmowany wspólnie z pokrzywdzonym w wyznaczonym przez sąd terminie i określił miejsce pobytu. Paragraf drugi tego przepisu mówił, że w razie opuszczenia lokalu, ograniczenie przewidziane w art. 275 § 2 k.p.k. mogło także polegać na powstrzymywaniu się od kontaktu z pokrzywdzonym w określony sposób. Przesłanki stosowania nowej instytucji budziły wiele wątpliwości.³ Umieszczenie przepisu (poza kodeksem karnym czy kodeksem postępowania karnego) sprawiło, że sądy rzadko po tę możliwość sięgały.⁴

Reakcją ustawodawcy na taki stan rzeczy było dodanie do art. 275 k.p.k. nowego § 3 w identycznym brzmieniu, co art. 14 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, który został uchylony.⁵ Przepis ten nadal obowiązuje.

Jeszcze w okresie obowiązywania art. 14 u.p.p.r. trudno było określić, jaki charakter miał omawiany nakaz i w jakim trybie miał być wykonywany. Nieuregulowane pozostały m.in. następujące kwestie: czy w celu egzekwowania nakazu należało stosować przepisy dotyczące eksmisji, czy należało sprawcy zapewnić lokal zastępczy, czy obowiązek ten mógł być nałożony także wówczas, gdy to sprawcy przysługiwało prawo do zajmowanego lokalu. Nadal nie ma na nie odpowiedzi wynikającej wprost z treści przepisów. Ustawa

² Przepis dodany przez art. 15 pkt 3c ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, Dz.U. Nr 180, poz. 1493; obowiązuje od 21 listopada 2005 r.

³ Por. M. Budyn-Kulik, *Przemoc w rodzinie – analiza wiktymologiczna oraz prawne środki przeciwdziałania (część I)*, Warszawa 2009, s. 3–42 [dostęp: 22 września 2020]. Dostępny na stronie: <<https://iws.gov.pl/analizy-i-raporty/raporty/#prawokarne2009>>.

⁴ Jedynie w 13 sprawach z badanych 291 podstawą zastosowania dozoru był art. 14 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Stanowiło to 27% zastosowanych dozorów; 15,3% wszystkich zastosowanych środków zapobiegawczych i tylko 4,5% wszystkich spraw. M. Budyn-Kulik, *Przemoc w rodzinie...*, dz. cyt., s. 47.

⁵ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 206, poz. 1589.

o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie w ogóle pomijała kwestię własności. Co do zasady środek ten nie narusza Konstytucji RP, która przewiduje możliwość ograniczenia właściciela w korzystaniu z jego prawa. Jednak należałoby oczekiwać szczegółowej ustawowej regulacji w tej mierze. Przepis ten mógł (i nadal może) mieć zastosowanie także wtedy, gdy sprawca przemocy jest współwłaścicielem lokalu zajmowanego wspólnie z osobą pokrzywdzoną.⁶ Przy czym trzeba pamiętać, że przepis mówi o „lokalu”, chodzi tu zatem o każde wyodrębnione pomieszczenie wykorzystywane do celów mieszkalnych, także o charakterze tymczasowym, jeżeli przebywanie w nim wskazanych osób ma charakter długotrwały, np. barak czy barka.⁷

W międzyczasie ustawodawca postanowił wzmocnić ochronę pokrzywdzonego, dodając do kodeksu karnego art. 41a.⁸ Przewiduje on środki karne w postaci orzeczenia określonych zakazów wobec sprawcy, który popełnił przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletniego. Przepis ten był parokrotnie zmieniany. Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw⁹ dodała zakaz zbliżania się do określonych osób i nakaz opuszczenia lokalu. Następnie przepis został zmieniony przez ustawę z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw.¹⁰

W związku z ograniczeniami związanymi z epidemią koronawirusa (COVID-19), przede wszystkim dotyczącymi swobody przemieszczania, wymuszającymi pozostawanie w miejscu zamieszkania, wzrosło zagrożenie przemocą w rodzinie. Ustawodawca wprowadził zatem dalsze środki ochrony pokrzywdzonego, tym razem włączając nowe przepisy przede wszystkim do kodeksu postępowania cywilnego i ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, a także do innych ustaw np. ustawy o policji, aby stworzyć podstawy kompetencyjne dla odpowiednich organów.¹¹ Wejdą one w życie po 6 miesiącach od dnia ogłoszenia, czyli zacząć obowiązywać 30 listopada 2020 r.

⁶ D. Szeleszczuk [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 396–397; A. Sakowicz [w:] *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie. System Prawa Karnego*, t. 6, M. Melezini (red.), wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 567–572; M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 171.

⁷ Tak: M. Budyn-Kulik (w:) *Kodeks...*, dz. cyt., s. 171; odmiennie D. Szeleszczuk (w:) *Kodeks...*, dz. cyt., s. 397.

⁸ Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. Nr 163, poz. 1363.

⁹ Dz.U. Nr 125, poz. 842.

¹⁰ Dz.U. poz. 396.

¹¹ Ustawa z dnia 30 kwietnia 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 95 – zwany dalej jako tarcza.

Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie w art. 11a przewiduje zatem możliwość zobowiązania (przez sąd cywilny w postępowaniu nieprocesowym) członka rodziny wspólnie zajmującego mieszkanie, który swoim zachowaniem, polegającym na stosowaniu przemocy w rodzinie, czyni szczególnie uciążliwym wspólne zamieszkiwanie, do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazania zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia. Osoba dotknięta tą przemocą musi złożyć w tej sprawie wniosek. Na pierwszy rzut oka przepis ten reguluje zbliżoną kwestię, co art. 41a § 1 k.k. (oraz z art. 72 § 1 pkt 7b k.k.). Powstaje pytanie, na ile ich zakresy się krzyżują, czy można te środki zastosować niezależnie od siebie, a w końcu, czy szczegółowe przepisy dotyczące wykonywania środka z art. 11 a u.p.p.r. mają odpowiednie zastosowanie do wykonywania środka karnego i obowiązku probacyjnego, do których nadal nie ma szczegółowych przepisów wykonawczych (art. 181a k.k.w.).

8.2. Nakaz opuszczenia przez sprawcę przemocy lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym w kodeksie karnym

Środek karny i obowiązek probacyjny stosowany jest w przypadku skazania sprawcy przemocy domowej za przestępstwo. W przypadku obowiązku z art. 72 § 1 pkt 7b k.k. skazanie polega na orzeczeniu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Sąd, nakładając na sprawcę przestępstwa popełnionego z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej obowiązek wymieniony w § 1 pkt 7b, określa sposób kontaktu skazanego z pokrzywdzonym.

Orzeczenie nakazu z art. 41a k.k. może być fakultatywne (w § 1 i 3) i obligatoryjne (w § 2). Przesłanką jego orzeczenia jest popełnienie przestępstwa z użyciem przemocy, w tym zwłaszcza przemocy wobec osoby najbliższej. Ta przesłanka została wprowadzona przez art. 15 u.p.p.r. Nie ma miejsca w niniejszym opracowaniu na szczegółową analizę środka z art. 41a k.k., odniosę się zatem jedynie do niektórych kwestii związanych ściśle z nakazem opuszczenia lokalu.

Określenie „z użyciem przemocy”, zastosowane przez ustawodawcę, jest nieprecyzyjne, a jego wykładnia budzi pewne wątpliwości. W literaturze przyjmuje się, że chodzi o czyn popełniony faktycznie z użyciem przemocy, a niekoniecznie tylko taki, do ustawowych zna-

mion którego należy jej użycie.¹² Muszą to być przestępstwa umyślne. Przy szerokiej wykładni określenia „z użyciem przemocy” wprowadzenie tego wymogu pozwala zawęzić zakres stosowania środka z art. 41a k.k.¹³ Ustawodawca, niepotrzebnie, doprecyzował, że przemoc ta może być skierowana także przeciwko osobie najbliższej,¹⁴ ponieważ stosunek łączący pokrzywdzonego i sprawcę na gruncie polskiego kodeksu karnego w żadnym wypadku nie wyłącza możliwości postawienia sprawcy zarzutu i pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej, o ile nie zachodzą jakieś okoliczności wyłączające przestępność czynu na zasadach ogólnych (kontratyp, okoliczność wyłączająca winę). Relacja sprawca-pokrzywdzony może, co najwyżej, wpływać na tryb ścigania.¹⁵ Wyrażono w literaturze pogląd, który wydaje się trafny, że wprowadzenie tego określenia do treści przepisu ma stanowić pewną sugestię dla sądów, co do konieczności orzekania tego środka w przypadku popełnienia przestępstwa wobec członka rodziny.¹⁶

Przemoc, o której mowa w art. 41a § 1 k.k. to wyłącznie przemoc fizyczna.¹⁷ W przypadku przemocy w rodzinie, która „przekłada się” najczęściej na przestępstwo znęcania się z art. 207 k.k., przybiera ona najczęściej taką właśnie postać; zazwyczaj zresztą przemoc psychiczna i fizyczna współwystępują. W takiej sytuacji nie ma przeszkód, aby zastosować art. 41a k.k. Przemoc fizyczna jest niezbędną przesłanką orzeczenia tego środka, ale nie musi występować samodzielnie.

Nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym można orzec niezależnie od tego, czy postępowanie wobec sprawcy warunkowo umorzono lub orzeczono karę inną niż pozbawienie wolności, bez warunkowego zawieszenia wykonania. Obowiązek orzeczenia tego nakazu spoczywa na sędzie tylko w jednym wypadku, gdy sprawca, który popełnił przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę ma-

¹² Tak: M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks ...*, dz. cyt., s. 168; M. Kulik [w:] *Środki karne, przepadek i środki kompensacyjne w znowelizowanym kodeksie karnym*, P. Daniluk (red.), C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 114–119; A. Sakowicz [w:] *Kary ...*, dz. cyt., s. 554–554; chyba również J. Kośla [w:] *Środki karne po nowelizacji w 2015 r.*, R. A. Stefański (red.), Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 153; A. Ziółkowska [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, V. Konarska-Wrzošek (red.), wyd. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 278–279; R. A. Stefański [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, R. A. Stefański (red.), wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 381–383. Odmienne A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna t. I, cz. 1*, W. Wróbel (red.), A. Zoll, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 799; W. Zalewski [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 116, a także D. Szeleszczuk [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 395.

¹³ M. Kulik [w:] *Środki ...*, dz. cyt., s. 122–123; M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks ...*, dz. cyt., s. 168.

¹⁴ M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks ...*, dz. cyt., s. 168; M. Kulik [w:] *Środki ...*, dz. cyt., s. 119–122; odmienne A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 139–140.

¹⁵ M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks ...*, dz. cyt., s. 168.

¹⁶ A. Zoll [w:] *Kodeks ...*, dz. cyt., s. 800.

¹⁷ M. Kulik [w:] *Środki ...*, dz. cyt., s. 114.

łoletniego, został skazany na bezwzględną karę pozbawienia wolności. Nie można wykluczyć, że sprawca dopuścił się takiego czynu „w ramach” znęcania się, np. zgwałcenia małoletniego będącego zstępny, czyli zrealizuje znamiona czynu z art. 207 § 1 k.k. w zb. z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k.

Nakaz opuszczenia lokalu może zostać orzeczony jedynie terminowo, na okres od roku do 10 lat.

Pewne doprecyzowanie stosowania środka z art. 41a k.k. nastąpiło po nowelizacji z 20 lutego 2015 r. Ustawa ta dodała do tego przepisu jedynie § 5, który stanowi o konieczności określenia terminu wykonania nakazu. Poza nim trudno znaleźć w jakimkolwiek akcie prawnym, czy to kodeksie karnym wykonawczym, czy to w ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, dokładniejsze wskazania w tym zakresie, np. niezwłocznie, przed uprawnieniem się orzeczenia, pomimo wniesienia środka zaskarżenia lub ograniczenia np. ze względu na stan zdrowia sprawcy.

Nakaz dotyczy okresowego opuszczenia lokalu. Nie jest jasne, jak należy to rozumieć. Wydaje się, że środek z art. 41a k.k. składa się z dwóch składowych, które muszą zostać zrealizowane łącznie: opuszczenia przez sprawcę lokalu i pozostawiania przez pewien czas poza nim.¹⁸ Być może ustawodawcy chodziło o zaakcentowanie terminowości tego środka, chociaż uczynił to i tak, wyraźnie wykluczając w § 3 możliwość orzeczenia tego nakazu dożywotnio oraz określając w art. 43 § 1 k.k. okres, na który można go orzec (1 rok do 10 lat). Określenie „okresowo” mogłoby stwarzać wrażenie, że nakaz opuszczenia lokalu może być wykonywany okresowo („w odcinkach”). Taki wniosek jest jednak błędny i sprzeczny z jego *ratio legis*.

Ochrona pokrzywdzonego została dodatkowo wzmocniona przez wprowadzenie ustawą z 20 lutego 2015 r., obok nakazu opuszczenia lokalu, obowiązku orzeczenia przez sąd zakazu zbliżania się (§ 3a).¹⁹

¹⁸ Wyrok SN z dnia 6 grudnia 2012 r., V K.K. 306/12, LEX nr 1231655; także A. Zoll [w:] *Kodeks...*, dz. cyt., s. 801.

¹⁹ Orzeczenie tego środka zostało jednak ograniczone wyłącznie do tych sytuacji, gdy sprawca popełnił przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz rodzinie i opiece. Jeżeli sprawca popełnił inne przestępstwo umyślne z użyciem przemocy wobec osoby, z którą wspólnie zamieszkuje, sąd nie ma takiego obowiązku. Interesująca jest również kwestia okresu, na jaki sąd ma orzec zakaz zbliżania się. W podstawowej postaci może być on orzekany na okres od roku do lat 15. W przypadku orzeczenia nakazu opuszczenia lokalu, zakaz zbliżania się ma zostać orzeczony na ten sam okres. Powstaje pytanie, czy sąd może orzec zakaz zbliżania się wyłącznie do lat 10 (maksymalny okres orzeczenia nakazu opuszczenia lokalu), czy też może wówczas dodatkowo orzec zakaz zbliżania się na 15 lat, jeżeli zachodziłaby taka konieczność. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby ten zakaz wymierzyć na okres dłuższy; traktując treść § 3a jako wskazanie okresu minimalnego. M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks...*, dz. cyt., s. 172.

Obok nakazu z art. 41a k.k. sąd może orzec kumulatywnie któryś z zakazów wymienionych w tym przepisie. Sprawca może również zostać poddany *quasi*-dozorowi w postaci obowiązku regularnego (w określonych przez sąd odstępach czasu) zgłaszania się na Policję lub do innego organu (np. kuratora). Istnieje również możliwość dodatkowej kontroli realizacji zakazu zbliżania się do określonych osób w systemie dozoru elektronicznego. Sąd zawiadamia odpowiednie organy (Policję, organy samorządowe lub administracji rządowej) o orzeczeniu nakazu. Nadzór nad przestrzeganiem zakazów przez skazanego sprawuje kurator sądowy. W przypadku uchyłania się od stosowania się do orzeczonych zakazów lub nakazu wchodzi w grę odpowiedzialność karna z art. 244 k.k. Czyn ten jest zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3.²⁰

8.3. Obowiązek opuszczenia przez sprawcę przemocy lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie

Zasadnicza treść środka przewidzianego w art. 11a u.p.p.r. nie zmieniła się znacząco w stosunku do nadal jeszcze obowiązującego w momencie pisania niniejszego opracowania art. 11a w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 30 kwietnia 2020 r. Zmieniły się natomiast regulacje procesowe, które dotychczas w bardzo lapidarnej postaci zawarte były w art. 11a ust. 2 u.p.p.r. sprzed nowelizacji. Egzekucja tego środka odbywa się teraz na zasadach określonych w księdze drugiej, dziale Ia kodeksu postępowania cywilnego. Przepisy te są mocno rozbudowane.

Niejasny jest charakter środka z art. 11a u.p.p.r. Niewątpliwie wiąże się on z pewną dolegliwością dla sprawcy przemocy i stanowi rodzaj represji, stanowiącej reakcję na jego zachowanie. W nowym kształcie został powiązany, podobnie jak środek z art. 41a k.k., ze zobowiązaniem sprawcy przemocy do opuszczenia również bezpośredniego otoczenia mieszkania. Alternatywnym sposobem ochrony pokrzywdzonego przewidzianym w art. 11a u.p.p.r. jest orzeczenie zakazu zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia. Wyrażnie zaznaczają się tu więc elementy karne. Środek ten nie jest jednak z pewnością karą ani środkiem karnym w rozumieniu prawa karnego, nie orzeka się go jako sankcji, ani jako środka zapobiegawczego. Pełni niewątpliwie funkcję ochronną, w pewnym sensie prewencyjną – ma zapobiegać dalszym aktom przemocy wobec pokrzywdzonego ze strony konkretnego sprawcy.

²⁰ M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks...*, dz. cyt., s. 172.

Możliwość zastosowania środka z art. 11a u.p.p.r. nie jest w żaden sposób powiązana z postępowaniem karnym, ani toczącym się w momencie wnioskowania o jego zastosowanie, ani zakończonym wcześniej. Nie jest również uzależniona od udokumentowanej w jakikolwiek sposób historii przemocy (np. założenie Niebieskiej Karty, uprzednie interwencje policji). Wystarczającą przesłanką orzeczenia obowiązku opuszczenia lokalu jest uczynienie szczególnie uciążliwym wspólnego zamieszkiwania przez sprawcę przemocy. Przesłanka ta występowała również w art. 11a ust. 1 u.p.p.r. sprzed nowelizacji. Jest ona niedookreślona i to niejako na dwóch poziomach. Samo pojęcie „uciążliwy” jest dość płynne zakresowo. Słownik języka polskiego definiuje je jako „wymagający fizycznego wysiłku, trudny do zniesienia lub przykry”, a także „męczący i dokuczliwy”.²¹ Nie jest to zatem określenie ostre. Wydaje się również, że zawarta jest w nim pewna względność. Zachowanie odbierane jako dokuczliwe i męczące przez jedną osobę, może nie być postrzegane w ten sposób przez inną. Nie wystarczy jednak, aby zachowanie sprawcy przemocy było uciążliwe, ono musi być uciążliwe szczególnie. Definicja słownikowa pojęcie „szczególnie” wyjaśnia jako to, „co (...) w większym stopniu dotyczy tego obiektu lub stanu rzeczy niż innych”, a także jako „niezwykły, wyjątkowy”.²² Należy zatem rozumieć, że chodzi o zachowanie sprawcy przemocy odbiegające od typowego dla niego poziomu dokuczliwości. Trudno określić, kiedy doznawana przez pokrzywdzonego uciążliwość jest „zwykła”, a kiedy – szczególna. Powstaje także pytanie, czy ową szczególność uciążliwości należy oceniać z punktu widzenia obiektywnego obserwatora lub modelowego obywatela, czy też z perspektywy subiektywnej – osoby, która doznała pokrzywdzenia.

Jest to bardzo nietypowa sytuacja, ponieważ szeroko rozumiane prawo cywilne posługuje się mechanizmami charakterystycznymi dla prawa karnego – nakazem i zakazem.

Podobnie jak w przypadku środka karnego z art. 41a k.k., pojęcie „mieszkania”, na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, obejmuje każdy lokal służący zaspakajaniu bieżących potrzeb mieszkaniowych (art. 11a ust. 4 u.p.p.r.). Można mieć wątpliwości, czy w pojęciu „lokalu” mieści się np. łódź mieszkalna lub przyczepa kempingowa. *Ratio legis* przepisu pozwala chyba uznać, że tak, chociaż wykładnia językowa zdaje się być niejednoznaczna.

²¹ *Słownik języka polskiego PWN* [online] [dostęp: 29 września 2020]. Dostęp na stronie: <<https://sjp.pwn.pl/szukaj/uci%C4%85%C5%BCliwy.html>>.

²² Tamże, [dostęp: 29 września 2020]. Dostępny na stronie: <<https://sjp.pwn.pl/szukaj/szczeg%C3%B3lnie.html>>.

Na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie sprawca przemocy może zostać zobowiązany do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania niezależnie od tego, czy w danym momencie pokrzywdzony i sprawca przemocy faktycznie razem zamieszkują (art. 11a ust. 2 u.p.p.r.).

Przepisy procesowe umożliwiające stosowanie tego rozwiązania zostały wprowadzone do kodeksu postępowania cywilnego. Szczegółowe ich omówienie przekraczałoby ramy tego opracowania. Należy jedynie wskazać pewne kwestie.

Postępowanie ma w założeniu trwać krótko. Sąd I instancji powinien wydać orzeczenie w ciągu jednego miesiąca, terminy związane z wniesieniem apelacji (odpowieź) są krótsze, sąd II instancji również powinien orzec w terminie jednego miesiąca od przedstawienia akt sprawy przez sąd pierwszej instancji wraz z apelacją (art. 560¹² k.p.c.). Sąd korzysta z pomocy Policji i Żandarmerii Wojskowej. O ile w „zwykłym postępowaniu” cywilnym sąd korzysta również z pomocy Policji, o tyle Żandarmeria Wojskowa do tej pory wykorzystywana była pomocniczo w postępowaniu cywilnym jedynie wówczas, gdy konieczne było przymusowe doprowadzenie żołnierza w czynnej służbie wojskowej (art. 163 § 3 k.p.c.). Jest to zatem kolejne rozwiązanie nietypowe dla szeroko rozumianego prawa cywilnego, przemawiające raczej za stosowaniem procedury karnej.

Zastanawiające jest to, że przepisy tarczy przewidują obowiązek sądu, polegający na wskazaniu obszaru lub odległości od wspólnie zajmowanego mieszkania, którą osoba stosująca przemoc w rodzinie jest obowiązana zachować, ale nie ma w nich mowy o obowiązku określenia okresu, na jaki ów nakaz obowiązuje. Ani przepisy przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, ani przepisy tarczy nie określają, na jaki okres można zobowiązać sprawcę przemocy do opuszczenia mieszkania. Z art. 560⁷ § 2 *in fine* k.p.c. wynika, że obowiązek ten nakładany jest bezterminowo, z możliwością zmiany lub uchylenia postanowienia w tej mierze w razie zmiany okoliczności, nawet gdy jest ono prawomocne. Na marginesie należy jednak zauważyć, że nie zostały wskazane żadne przesłanki umożliwiające zniesienie tego obowiązku, minimalny termin jego egzekwowania, ani szczególne regulacje dotyczące postępowania w tym zakresie (kto może złożyć wniosek, etc.). *De facto* może zatem okazać się, że będzie stosowany wobec sprawcy dożywotnio, co czyni go bardziej dolegliwym niż środek karny, który orzekany jest wobec sprawcy przestępstwa.

Na gruncie prawa karnego środek z art. 41a k.k. połączony jest z zakazem zbliżania się do pokrzywdzonego. W unormowaniach tarczy nie ma takiego wskazania. Zakaz zbliżania przewidziany w jej przepisach nie dotyczy pokrzywdzonego, a mieszkania. Sąd karny ma

określić termin wykonania orzeczonego środka, w przypadku rozstrzygnięcia powziętego na gruncie k.p.c., ustawodawca przewidział automatyczne wejście w życie orzeczenia – z chwilą jego ogłoszenia.

W przypadku nałożenia na sprawcę przemocy obowiązku z art. 11a u.p.p.r. powstaje obowiązek sądu wynikający z art. 12 u.p.p.r. Po wpłynięciu wniosku, sąd cywilny powinien złożyć zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa znęcania się lub innego przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, znamiona którego wypełnia zachowanie sprawcy przemocy. Sąd cywilny występuje tu zatem niejako w roli sądu karnego, będąc zmuszonym stwierdzić popełnienie przez sprawcę czynu niebędącego deliktem cywilnym, a czynem zabronionym.

Powstaje tu szereg problemów. Pierwszym z nich jest to, czy zachowanie sprawcy przemocy uzasadniające nałożenie obowiązku opuszczenia lokalu na podstawie art. 11 u.p.p.r. zawsze będzie odpowiadać typowi czynu zabronionego. Nie można wykluczyć sytuacji, gdy nie wypełni on znamion czynu zabronionego. Trudno jednak sobie wyobrazić zachowanie, które polega na używaniu przemocy wobec członka rodziny, będącego jednocześnie szczególnie dolegliwym i nierealizującym znamion czynu zabronionego – przestępstwa (przede wszystkim z art. 207 k.k., art. 190a § 1 k.k.) lub wykroczenia (art. 107 k.w.). Odrębną kwestią pozostają oczywiście trudności dowodowe.

Wszczęcie postępowania karnego może zakończyć się w dwojaki sposób – skazaniem sprawcy lub nie (umorzenie postępowania, uniewinnienie). W obu sytuacjach powstają pewne wątpliwości. Na pewno nałożenie na sprawcę obowiązku z art. 11a u.p.p.r. nie może przesądzać o rozstrzygnięciu sprawy karnej. Innymi słowy, ani przychylenie się do wniosku o zobowiązanie do opuszczenia mieszkania nie obliguje sądu karnego do skazania sprawcy i orzeczenia środka z art. 41a k.k., ani jego odrzucenie nie uniemożliwia skazania sprawcy.

Jeżeli zachowanie sprawcy przemocy wypełnia znamiona czynu zabronionego i zostanie on uznany w procesie karnym za winnego przestępstwa, powstaje pytanie, co z orzeczeniem środka karnego z art. 41a k.k. – czy w takiej sytuacji sąd karny może go orzec, musi go orzec, czy też być może nie powinien po niego sięgać. Ponieważ sąd karny nie jest związany rozstrzygnięciem sądu cywilnego, wydaje się, że w przypadku skazania sprawcy za przestępstwo umyślne z użyciem przemocy (art. 41a § 1 k.k.) może wobec

niego taki środek karny zastosować.²³ Okoliczność nałożenia obowiązku opuszczenia mieszkania na podstawie art. 11a u.p.p.r. powinna stanowić dodatkowy argument za jego orzeczeniem. Na pierwszy rzut oka mogłoby się to wydawać zbyt duże, skoro i tak sprawca został już faktycznie odseparowany od pokrzywdzonego. Jednak wydaje się, że istnieją argumenty przemawiające za takim rozwiązaniem.

Orzeczenie środka karnego w postaci nakazu opuszczenia lokalu jest obligatoryjnie połączone z zakazem zbliżania się na taki okres, na jaki orzeczono nakaz. Niezastosowanie się do tego nakazu stanowi przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat (art. 244 k.k.). Niewykonanie obowiązku z art. 11a u.p.p.r. skutkuje jedynie odpowiedzialnością za wykroczenie zagrożone karą aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny (art. 66 b k.w.). Jeżeli sprawca przemocy został w procesie karnym skazany na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, ponowne popełnienie przestępstwa stanowi podstawę fakultatywnego zarządzenia wykonania kary wskazaną w art. 75 § 2 k.k. Popełnienie wykroczenia może zostać przez sąd uznane za rażące naruszenie porządku prawnego, a tym samym również stanowić fakultatywną podstawę zarządzenia wykonania kary z art. 75 § 2 k.k., ale nie jest to takie oczywiste.

Inne podmioty wykonują obowiązek opuszczenia mieszkania na gruncie kodeksu postępowania cywilnego i nakazu z kodeksu karnego. Sąd cywilny z urzędu doręcza odpis postanowienia uczestnikom postępowania, prokuratorowi, Policji lub Żandarmerii Wojskowej oraz zawiadamia właściwy miejscowo zespół interdyscyplinarny, o którym mowa w przepisach ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, a gdy w mieszkaniu zamieszkują osoby małoletnie – także właściwy miejscowo sąd opiekuńczy (art. 560⁹ § 1 k.p.c.). Ponieważ nowo dodane przepisy nie zawierają szczególnych regulacji w tej mierze, należy uznać, że do egzekucji obowiązku opuszczenia mieszkania mają zastosowanie ogólne przepisy k.p.c. o egzekucji świadczeń niepieniężnych. Sprawy egzekucyjne należą do właściwości sądów rejonowych i działających przy tych sądach komorników (art. 758 k.p.c.). Przepisy tarczy nie zawierają unormowań dotyczących kontroli przebiegu wykonywania obowiązku przez sprawcę przemocy. Jest ona przewidziana w przypadku przedłużenia nakazu lub zakazu stanowiącego formę zabezpieczenia (art. 755² § 2 k.p.c.).

W przypadku środka karnego, sąd karny przesyła odpis wyroku jednostce Policji, a także odpowiedniemu organowi administracji rządowej lub samorządu terytorialnego

²³ Wydaje się, że w takiej sytuacji raczej rzadko pojawi się konieczność orzeczenia tego środka przewidziana w art. 41a § 2 k.k.

właściwemu dla miejsca pobytu skazanego (art. 181a § 1 k.p.k.). Nie ma tu zatem obowiązku zawiadomienia właściwego miejscowo zespołu interdyscyplinarnego, o którym mowa w ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, ani – gdy w mieszkaniu zamieszkują osoby małoletnie – właściwego miejscowo sądu opiekuńczego. Nadzór nad wykonaniem środka powierza się kuratorowi zawodowemu, czego nie przewidują przepisy k.p.c.

Ponadto pamiętać należy, że nałożenie obowiązku z art. 11a u.p.p.r. wiąże się jedynie z zakazem zbliżania się do mieszkania, a nie pokrzywdzonego (poszkodowanego). Natomiast orzeczenie środka karnego – z zakazem zbliżania się do pokrzywdzonego właśnie.

Wszczęcie postępowania karnego może zakończyć się jednak brakiem skazania, przybierając procesową postać umorzenia postępowania, warunkowego umorzenia postępowania lub uniewinnienia. Niektóre przeszkody procesowe wskazane w art. 17 k.p.k. mają charakter formalny i/lub karno-procesowy (przedawnienie, brak realizacji znamion czynu zabronionego). Stwierdzenie którejś z nich przez sąd karny nie pozostaje w bezpośrednim związku z podstawami decyzji sądu cywilnego. Jednak zaistnienie innych może poddać w wątpliwość trafność rozstrzygnięcia powziętego przez ten sąd. Jeżeli sąd karny stwierdzi, że czynu nie popełniono lub nie znajdzie on danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia, może powstać pytanie o prawidłowość ustaleń poczynionych przez sąd cywilny. Oczywiście można założyć, że to sąd karny się pomylił, chociaż zważywszy na większe możliwości dowodowe sądu karnego (postępowanie przygotowawcze: zbieranie dowodów przez Policję i/lub prokuraturę, dowody przeprowadzane przede wszystkim z urzędu, w mniejszym stopniu z inicjatywy stron), wydaje się, że to sąd karny ma większe możliwości ustalenia całościowego obrazu sytuacji, bliższego rzeczywistości.

Rozstrzygnięcie sądu karnego nie wiąże wstecznie sądu cywilnego (nie zachodzi tu sytuacja z art. 11 k.p.c. ze względu na kolejność zapadania orzeczeń²⁴), ale wydaje się, że w pewnych sytuacjach ustalenia sądu karnego mogłyby stanowić przesłankę do wzruszenia orzeczenia sądu cywilnego. Przepisy kodeksu postępowania cywilnego nie dają jednak takiej możliwości. Wnikliwa analiza przepisów k.p.c. dotyczących wniesienia skargi kasacyjnej prowadzi do wniosku, że jeżeli przesłanki do jej wniesienia miałyby wynikać z prawomocnego wyroku sądu karnego, z reguły trudno byłoby zachować termin (2 miesiące od doręczenia orzeczenia). Poza tym nie zawsze byłyby spełnione w takim wypadku wymogi

²⁴ Postępowanie cywilne z dużym stopniem prawdopodobieństwa skończy się wcześniej – ze względu na określone przez ustawodawcę terminy.

przewidziane w art. 398³ k.p.c., czyli naruszenie prawa materialnego lub przepisów postępowania. Jeżeli sąd karny stwierdziłby brak popełnienia zarzucanego czynu przez sprawcę lub niedostateczne udowodnienie jego popełnienia, stanowiłoby to raczej zarzut kasacyjny dotyczący ustalenia faktów lub oceny dowodów, a ten nie może być podstawą skargi kasacyjnej. Niezwykle rzadko ustalenia sądu karnego mogłyby sugerować naruszenie prawa materialnego przez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. W praktyce może zatem dość do paradoksalnej sytuacji, że ta sama okoliczność zostanie przez jeden sąd – cywilny – uznana za istniejącą, a przez sąd karny – za nieistniejącą i nie ma żadnego mechanizmu prawnego umożliwiającego uzgodnienie stanu rzeczy. Podobnie problematyczne jest skorzystanie ze wznowienia postępowania cywilnego, zarówno ze względu na termin (3 miesiące), w jakim można tego dokonać, jak i podstawy. Jediną możliwością wchodzącą w grę wydaje się być wykrycie takich faktów lub środków dowodowych, które mogłyby mieć wpływ na wynik sprawy, a z których strona nie mogła skorzystać w poprzednim postępowaniu (art. 403 § 2 k.p.c.). W literaturze postępowania cywilnego wyraźnie podkreśla się jednak brak możliwości wzruszenia orzeczenia sądu cywilnego w takiej sytuacji.²⁵

Jeszcze trudniejszy do rozwiązania wydaje się problem, który powstaje, gdy zachowanie sprawcy przemocy spowodowane jest występującymi u niego zaburzeniami (psychicznymi, osobowości), wymagającymi oddziaływań terapeutycznych i/lub farmakologicznych, ale nie zachodzi sytuacja pozwalająca na przymusową hospitalizację sprawcy. Nie można także wykluczyć sytuacji, gdy sprawca przemocy ma deficyt intelektualny (odpowiadający któremuś ze stopni upośledzenia umysłowego). Ustawodawca karny przewiduje możliwość orzeczenia tytułem środka zabezpieczającego wobec niepoczytalnego sprawcy m.in. nakazu opuszczenia mieszkania oraz zakazu zbliżania się.²⁶ Orzekane są one wówczas bezterminowo, do momentu, gdy ustaną przyczyny ich orzeczenia (art. 99 k.k.). Nie ma tu miejsca na szczegółową analizę tej regulacji. Budzi ona pewne zastrzeżenia ze względu na to, że skoro sprawca został uznany za niepoczytalnego, to znaczy, że nie jest w stanie rozpoznać znaczenia własnego czynu lub pokierować własnym postępowaniem (a w każdym razie w takim stanie był w czasie popełnienia czynu). Oznacza to, że w wielu przypadkach, gdy przyczyną stwierdzenia niepoczytalności był pewien stan o charakterze nieprzemijającym, na sprawcę nakłada się obowiązek pewnego zachowania, którego ten nie rozumie

²⁵ J. Jodłowski [w:] J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1997, s. 95.

²⁶ Zakazy lub nakaz z art. 39 pkt 2–3 k.k.

i niekiedy nie jest w stanie spełnić. Ponadto nałożenie na takiego sprawcę nakazu opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania z pewnością nie jest całkiem humanitarne. Podobne wątpliwości powstają zarówno na gruncie k.k., jak i k.p.c. oraz ustawy o Policji w odniesieniu do sprawcy chorego na przewlekłą chorobę somatyczną.

Warto także zastanowić się nad tym, czy uchylenie obowiązku opuszczenia mieszkania, nałożonego w postępowaniu w cywilnym, przesądza o zmianie środka karnego lub odwrotnie, czy uznanie środka karnego za wykonany na podstawie art. 84 § 1 k.k. oznacza zakończenie stosowania środka nałożonego w postępowaniu cywilnym. Obowiązek wydany na podstawie art. 11a u.p.p.r. może być uchylony w każdym momencie, nie został określony minimalny czas jego wykonywania, ani jakiegokolwiek przesłanki. Natomiast art. 84 § 1 k.k. przewiduje możliwość uznania przez sąd za wykonane środki karne wymienione w art. 39 pkt 1–3 k.k. po upływie połowy okresu, na który je orzeczono, jeżeli skazany przestrzegał porządku prawnego, a środek karny był w stosunku do niego wykonywany przynajmniej przez rok. Środek karny jest niejako „mocniejszy” niż obowiązek z art. 11 u.p.p.r. Można zaryzykować tezę, że w przypadku, gdy orzeczono jednocześnie nakaz i obowiązek, a następnie obowiązek został uchylony, nie stanowi to automatycznie przesłanki uznania środka karnego za wykonany. Jeżeli przesłanki, na podstawie których zniesiony został obowiązek, realizują jednocześnie przesłankę przestrzegania porządku prawnego, sąd karny może rozważyć możliwość uznania środka za wykonany. Bezwzględным warunkiem formalnym jest co najmniej roczny okres wykonywania tego środka. Ponieważ przesłanki uchylenia obowiązku w kodeksie postępowania cywilnego nie zostały określone, podstawą podjęcia takiej decyzji może być okoliczność innego rodzaju, np. fakt, że to sprawca przemocy jako jedyny uzyskiwał dochód (pokrzywdzony pozostający w mieszkaniu ma obowiązek ponoszenia wszelkich opłat związanych z jego eksploatacją) i bez jego wsparcia finansowego pokrzywdzony sobie nie radzi (z jakiegoś powodu nie spełnia warunków uzyskania pomocy socjalnej). Z punktu widzenia art. 84 § 1 k.k. taka okoliczność nie realizowałaby przesłanki w nim wskazanej. Może to prowadzić do nieco jednak dziwnej sytuacji, gdy sprawca zostaje jednocześnie uznany za niestwarzającego zagrożenia przemocą (k.p.c.) i stwarzającego takiego zagrożenie (k.k.).

Wydaje się, że uznanie środka karnego za wykonany jest z punktu widzenia sprawcy stanem trudniejszym do osiągnięcia niż uchylenie obowiązku z ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Dlatego, chociaż oczywiście także w tym przypadku nie ma mowy

o automatyzmie, jednak trzeba uznać, że zważywszy na brak minimalnego okresu stosowania i przesłanek uchylenia obowiązku, uznanie środka karnego za wykonany może stanowić ważki argument za podjęciem takiej decyzji przez sąd cywilny.

8.4. Nakaz opuszczenia przez sprawcę przemocy mieszkania zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym w ustawie o Policji

I tak dość skomplikowany stan prawny w omawianym zakresie komplikują dodatkowo zmiany w wprowadzone do ustawy o policji.²⁷ Nakaz natychmiastowego opuszczenia mieszkania (wspólnie zajmowanego z pokrzywdzonym) i jego bezpośredniego otoczenia wobec osoby stosującej przemoc w rodzinie w rozumieniu przepisów ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, stwarzającej zagrożenie dla życia lub zdrowia osoby dotkniętej tą przemocą, lub zakaz zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia, ma również prawo wydać policjant (art. 15aa u.p.). Nie ma tutaj mowy o czynieniu uciążliwym wspólnego mieszkania czy bezpośrednio o stosowaniu przemocy jako przesłance orzeczenia nakazu. Można sobie wyobrazić sytuację, kiedy sprawca przemocy (stosowanej wcześniej) nadużywa alkoholu i w stanie upojenia alkoholowego często zasypia z zapalonym papierosem. Stwarza niewątpliwie zagrożenie dla życia i/lub zdrowia osób mieszkających z nim razem, chociaż trudno to konkretne zachowanie uznać za stosowanie przemocy. Wykładnia art. 15aa ust. 1 u.p. zdaje się pozwalać na nałożenie omawianego nakazu w takiej sytuacji.

Odmienne niż w przypadku sądowego orzeczenia obowiązku opuszczenia mieszkania, który połączony jest obligatoryjnie z zakazem zbliżania się do pokrzywdzonego, w tym przypadku nakaz i zakaz mogą, ale nie muszą, być stosowane łącznie. Widać tutaj podwójną niespójność legislacyjną: ustawodawca używa różnej terminologii, na gruncie kodeksu postępowania cywilnego posługuje się pojęciem „zobowiązanie”, a na gruncie kodeksu karnego i ustawy o policji używa terminu „nakaz”. Rozróżnienie terminologiczne miałoby jakiś sens, gdyby ustawodawca konsekwentnie rozgraniczył cywilny obowiązek od karnego nakazu. Tak się jednak nie dzieje, ponieważ w regulacji wprowadzonej do kodeksu postępowania cywilnego można wskazać rozwiązania charakterystyczne dla prawa karnego, w ustawie o policji zaś jest wprost mowa o odpowiednim stosowaniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego (np. do przesłuchania świadka).

²⁷ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r., t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 360 z późn. zm.; dalej jako u.p.

Nie do końca jasne są podstawy formalne wydania nakazu przez policję. W art. 15ab u.p. zostały wskazane sytuacje, w jakich może to nastąpić – podczas interwencji oraz w związku z powzięciem informacji o stosowaniu przemocy w rodzinie m.in. przez kuratora sądowego w związku z wykonywaniem ustawowych obowiązków. Powstaje interesujący problem, czy policja może wydać taki nakaz w sytuacji, gdy sąd karny już orzekł analogiczny środek karny, do którego sprawca się nie stosuje.

Policja ma obowiązek niezwłocznego doręczenia prokuratorowi odpisu nakazu lub zakazu oraz zawiadomienia właściwego miejscowo zespołu interdyscyplinarnego, o którym mowa w ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, a gdy w mieszkaniu zamieszkują osoby małoletnie – także właściwego miejscowo sądu opiekuńczego (art. 15ac ust. 4 u.p.). Przepisy ustawy o policji w najbardziej szczegółowy sposób określają m.in. obowiązki opuszczającego mieszkanie (pozostawienie kluczy, wskazanie odpowiedniej jednostce policji adresu miejsca pobytu, numeru telefonu, etc.).

Nakaz stosowany przez policję ma szansę być efektywnym sposobem oddziaływania na sprawcę przemocy, a to ze względu na przewidziany w art. 15ai ust. 1 obowiązek policji przynajmniej trzykrotnego sprawdzenia, czy nakaz lub zakaz nie są naruszane, i podjęcia niezbędnych czynności. Pierwsze sprawdzenie odbywa się następnego dnia po wydaniu nakazu lub zakazu.

Nakaz stosowany przez policję ma charakter tymczasowy i przypomina swego rodzaju środek zapobiegawczy, który zresztą w tej postaci – nakazu opuszczenia wspólnie zajmowanego lokalu na okres maksymalnie 3 miesięcy – przewidziany jest w art. 275a k.p.k. Dochodzi tu do powstania dość interesującej sytuacji. Nakaz policji wydany na podstawie art. 15aa u.p. musi zostać niejako zatwierdzony przez sąd, inaczej traci moc po upływie 14 dni. Czyni to sąd udzielając zabezpieczenia (art. 15ak ust 1 u.p.) chodzi tu chyba zatem o sąd cywilny. Jednocześnie jednak, skoro zachodzi zagrożenie dla życia lub zdrowia człowieka, musi dojść do zrealizowania jakiegoś typu czynu zabronionego. Powinno zatem zostać wszczęte postępowanie karne, a przy zaistnieniu takich okoliczności, które umożliwiają wydanie nakazu przez policję, możliwe jest zastosowanie przez sąd karny środka zapobiegawczego z art. 275a § 1 k.p.k. na wniosek policji. Aby uniknąć sytuacji, w której jednocześnie sąd cywilny orzeka o zabezpieczeniu, przedłużając nakaz wydany przez policję, a sąd karny stosuje środek zapobiegawczy, ustawodawca przewidział rozwiązanie w postaci utraty mocy przez nakaz nałożony przez policję. Nie jest jednak jasne, czy okres, kiedy nakaz obowiązywał, jest zaliczany następnie na poczet środka zapobiegawczego lub

środka karnego. Kwestia ta pozostaje również otwarta w przypadku nałożenia przez sąd cywilny obowiązku lub zabezpieczenia, czy w ogóle zalicza się je na poczet środka karnego lub zapobiegawczego, a jeśli tak, to w jaki sposób się to robi.

8.5. Podsumowanie

Pozytywnie, co do zasady, należy ocenić starania ustawodawcy o zapewnienie jak najskuteczniejszej ochrony pokrzywdzonego przemocą domową. Jednak, analizując szczegółowe rozwiązania, można dojść do wniosku, że nie zawsze są one tak efektywne, jak być powinny. Rozwiązania wprowadzone przepisami tarczy na płaszczyźnie teoretycznej są bardzo dobre i potrzebne, jednak sposób praktycznej realizacji założeń pozostawia trochę do życzenia.

Multiplikowanie tego samego w zasadzie instrumentu w różnych ustawach i nadawanie mu w każdej z nich nieco innego charakteru, komplikuje stosowanie ich przepisów w praktyce. Pojawiają się nieuchronne niespójności i problemy interpretacyjne, co nie służy budowaniu koherentnego systemu przeciwdziałania przemocy w rodzinie. Wprowadzone regulacje zaburzają również relacje między poszczególnymi gałęziami prawa. Przepisy procesowe dodane w kodeksie postępowania cywilnego są bardzo szczegółowe, ale przyjęte rozwiązania są bliższe postępowaniu karnemu. Wydaje się, że lepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie odpowiednich przepisów procesowych do procedury karnej. Być może jednak w ten sposób ustawodawca chciał podkreślić nie karne charakter tego rozwiązania (podobny zabieg został zastosowany np. na gruncie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich²⁸), chociaż to działanie należy ocenić jako kontrproduktywne, ponieważ zwiększa poziom komplikacji struktury systemu prawa i powiązań między poszczególnymi przepisami.

²⁸ Ustawa z dnia 26 października 1982 r., t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 969.

dr Marek Bielski

Katedra Prawa Karnego

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Jagielloński

9. Odpowiedzialność karna za narażenie na zarażenie lub za zarażenie chorobą zakaźną. Kilka uwag o przestępstwach z art. 161 k.k. oraz art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. na tle ogólnych zasad odpowiedzialności za przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu

9.1. Zakres prawnokarnej ochrony przed zachowaniami mogącymi prowadzić lub prowadzącymi do zarażenia chorobą zakaźną

Pandemia koronawirusa SARS-CoV-2, wywołującego ostrą chorobę układu oddechowego COVID-19, daje asumpt do pogłębionej analizy znanych kodeksowi karnemu regulacji, które stanowić mogą potencjalną podstawę prawnokarnej reakcji na zachowania związane z występowaniem zagrożenia epidemicznego zarówno w skali mikro, związanej z zarażaniem się koronawirusem jednych osób od drugich, jak i w skali makro, związanej z podejmowaniem działań prowadzących do rozprzestrzeniania się epidemii, jak i zaniechaniem adekwatnych działań prowadzących do minimalizowania zagrożenia epidemicznego przez osoby odpowiedzialne za ich podjęcie. W związku ze stanem epidemii koronawirusa SARS-CoV-2 wprowadzono szereg regulacji prawnych przewidujących określone ograniczenia, zakazy lub nakazy, których celem było zapobieganie rozprzestrzenianiu się tego chorobotwórczego patogenu w społeczeństwie¹. Przepisy te immanentnie łączą się w większym lub mniejszym stopniu z ograniczaniem sfery konstytucyjnie chronionych

¹ Zob. ograniczenia, zakazy i nakazy w związku z wystąpieniem stanu epidemii zawarte w kolejnych rozporządzeniach Ministra Zdrowia wydawanych w oparciu o przepisy art. 46, 46a i art. 46b i n. ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz.U. 2021, poz. 2069).

praw i wolności jednostki. Ze względu na ich podstawę prawną, zakres ograniczeń oraz skutki prawne wzbudzają poważne wątpliwości z punktu widzenia dopuszczalności sankcjonowania łamania tych przepisów zarówno przez system kar administracyjnych, jak i przez pociąganie sprawców naruszeń do szeroko rozumianej odpowiedzialności karnej, w szczególności wykroczeniowej². Nakładanie na jednostki prawnego obowiązku stosowania się do tych ograniczeń, zakazów lub nakazów służy przede wszystkim celom prewencyjnym, sprowadzającym się do minimalizowania zagrożenia epidemicznego poprzez ograniczanie ryzyka transmisji koronawirusa. Skuteczne sankcjonowanie przestrzegania tych norm postępowania wymaga obowiązywania regulacji represyjnych, w ramach których przypisanie odpowiedzialności będzie oparte już na samym stwierdzeniu naruszenia zakazów lub nakazów postępowania, niezależnie od tego, czy w konkretnym przypadku takie naruszenie prowadzić będzie do stworzenia chociażby potencjalnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia człowieka w związku zagrożeniami wynikającymi z ewentualnej możliwości zarażenia się koronawirusem. W pewnych jednak wypadkach, przy spełnieniu określonych warunków i przesłanek, naruszenie tych zakazów lub nakazów postępowania, a właściwie szerzej, niestosowanie się do obowiązujących w danych okolicznościach reguł postępowania, mających na celu eliminowanie lub minimalizowanie ryzyka zarażenia chorobą zakaźną i związanego z tym potencjalnego niebezpieczeństwa wystąpienia negatywnych następstw zdrowotnych, może stanowić podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu.

W tym kontekście doniosłego znaczenia nabierają obowiązujące na gruncie kodeksu karnego regulacje, które potencjalnie mogą stanowić podstawę do kryminalizowania zachowań mogących prowadzić do narażenia na zarażenie innej osoby lub osób chorobą zakaźną, jak również zachowań skutkujących zarażeniem taką chorobą. Pierwsza kategoria charakteryzuje się tym, że na skutek podjętego przez sprawcę bezprawnego zachowania może dojść do zarażenia się przez inną osobę lub osoby chorobą zakaźną. Wystąpienie ryzyka zarażenia chorobą zakaźną łączy się z potencjalną możliwością wystąpienia u osoby

² Zob. m.in. B. Błaszczyk, P. Raś, *Kontrowersyjne karanie za naruszenie zakazów w związku z epidemią*, tekst opublikowany w Prawo.pl w dniu 23 kwietnia 2020 r.; Ł. Duško, M. Szurman, M. Bielski, *Uchylenie nakazów i zakazów a sprawy o wykroczenia czyli (czy) czeka nas fala uniewinnień*, „Dziennik Gazeta Prawna” z dnia 18 maja 2020 r., nr 95, rok 26, s. B8.; M. Garwol, E. Grzęda, *Orzekanie o administracyjnych karach pieniężnych w związku z naruszeniem tzw. ustaw i rozporządzeń covidowych a odpowiedzialność za wykroczenie (w perspektywie zasady ne bis in idem)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2020, nr 2, s. 49 i n.; T. Iwanek, *Uchylenie zakazu przemieszczania się osób w związku ze stanem epidemii COVID-19 a odpowiedzialność karna za wykroczenie*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2020, nr 2, s. 69 i n.; J. Wilk, *Prawo do przemieszczania się w stanie epidemii – brak podstaw prawnych dla wprowadzania zakazu przemieszczania się*; LEX/el 2020; wyrok SN z dnia 26 sierpnia 2021 r. III KK 264/21 LEX nr 3248233; wyrok SN z dnia 27 października 2021 r. III KK 344/21 LEX nr 3258748.

zarażonej taką chorobą negatywnych następstw dla jej życia lub zdrowia. Druga kategoria zachowań dotyczy sytuacji, w których na skutek bezprawnego zachowania sprawczego dojdzie do zarażenia chorobą zakaźną, co w zależności od charakterystyki danej choroby zakaźnej łączy się albo z potencjalnym albo konkretnym niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia osoby zarażonej.

Na gruncie polskiego systemu prawa karnego granice ochrony życia lub zdrowia przed zachowaniami narażającymi na zarażenie chorobą zakaźną lub prowadzącymi do zarażenia taką chorobą zostały w szczególności sposób poszerzone w porównaniu do typów z rozdz. XIX k.k., przewidujących odpowiedzialność karną za naruszenie albo narażenie na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia³. Zasadą jest bowiem, że podstawę odpowiedzialności karnej za zachowania godzące w życie lub zdrowie człowieka stanowią wyłącznie takie bezprawne działania lub zaniechania sprawcze, które w perspektywie wiedzy kausalnej o otaczającej nas rzeczywistości mogą w konkretnych okolicznościach faktycznych zostać uznane z perspektywy *ex ante* za zdadne do spowodowania skutku przestępnego w postaci śmierci człowieka⁴, uszczerbku na jego zdrowiu (ciężkiego, średniego lub lekkiego)⁵, bądź stworzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu⁶, a w perspektywie *ex post* w następstwie podjęcia takiego

³ Odnosnie do przesłanek przypisania odpowiedzialności za przestępstwa z naruszenia lub konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia zob. w szczególności T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013.

⁴ Jeśli zachowania prowadzące do zarażenia chorobą zakaźną skutkują następstwami dla życia człowieka mogą być potencjalnie podstawą odpowiedzialności karnej za przestępstwo zabójstwa (art. 148 § 1 k.k.) a w szczególności nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka (art. 155 k.k.).

⁵ W tej perspektywie zachowania skutkujące zarażeniem chorobą zakaźną w związku z następstwami zdrowotnymi takiego zarażenia mogą być potencjalnie rozpatrywane pod kątem realizacji znamion typów czynów zabronionych z: art. 156 § 1 pkt 2 k.k. (typu umyślnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci choroby realnie zagrażającej życiu), art. 156 § 2 k.k. w zw. art. 156 § 1 pkt 2 k.k. (typu nieumyślnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci choroby realnie zagrażającej życiu), art. 156 § 3 k.k. w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. (typu umyślnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci choroby realnie zagrażającej życiu skutkującego nieumyślnym następstwem w postaci śmierci), art. 157 § 1 k.k. (typu umyślnego spowodowania średniego uszczerbku na zdrowiu), art. 157 § 3 k.k. w zw. z art. 157 § 1 k.k. (typu nieumyślnego spowodowania średniego uszczerbku na zdrowiu), art. 157 § 2 k.k. (typu umyślnego spowodowania lekkiego uszczerbku na zdrowiu) oraz z art. 157 § 3 k.k. w zw. z art. 157 § 2 k.k. (typu nieumyślnego spowodowania lekkiego uszczerbku na zdrowiu).

⁶ W razie ograniczenia następstw zachowania skutkującego zarażeniem chorobą zakaźną do spowodowania stanu bezpośredniego narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w grę może wchodzić kwalifikacja takiego zachowania jako realizującego znamiona umyślnego typu czynu zabronionego z art. 160 § 1 albo § 2 k.k. bądź realizującego znamiona ich nieumyślnego odpowiedzialnika z art. 160 § 3 k.k. Warto podkreślić, że zakres kryminalizacji typów z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo z art. 160 k.k. jest ograniczony w kontekście zamachów na zdrowie jedynie do stworzenia stanów bezpośredniego niebezpieczeństwa spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w rozumieniu art. 156 k.k. W perspektywie zachowań sprawczych, polegających na zarażeniu chorobą zakaźną, taki skutek w praktyce może polegać na spowodowaniu stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa wystąpienia ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci choroby realnie zagrażającej życiu w związku z przebiegiem choroby zakaźnej. Nie stanowi podstawy do odpowiedzialności karnej spowodowanie stanu bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo w postaci średniego lub lekkiego uszczerbku na zdrowiu, to jest wywołania zachowaniem sprawczym stanu zagrożenia realizującego znamiona typów z art. 157 k.k.

bezpawnego zachowania sprawczego dochodzi do spowodowania określonego skutku przestępnego. Tym samym odpowiedzialność za przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu opiera się co do zasady na kryminalizowaniu zachowań, które charakteryzują się zdolnością do spowodowania wyżej wskazanych negatywnie wartościowanych skutków przestępnych.

Na tle granic odpowiedzialności karnej za zamachy na życie lub zdrowie szczególną rolę pełni art. 161 k.k.⁷, przewidujący kryminalizację zachowań skutkujących stworzeniem stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia innej osoby lub osób różnymi postaciami chorób zakaźnych⁸. Na gruncie opisu znamion przedmiotowych typów z art. 161 k.k. wystarczającym warunkiem przypisania odpowiedzialności karnej jest już samo wywołanie przez sprawcę zarażonego chorobą zakaźną stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia innej osoby lub osób taką chorobą w związku z podjęciem zachowania sprawczego bezpośrednio narażającego na takie zarażenie. Dla odpowiedzialności karnej irrelewantne jest natomiast to, czy na skutek bezprawnego zachowania sprawczego dojdzie do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną, a tym bardziej, czy w wyniku rozwoju choroby zakaźnej u osoby zarażonej wystąpią dalej idące następstwa dla jej życia lub zdrowia. Rozciągnięcie kryminalizacji czynów stwarzających zagrożenie dla życia lub zdrowia człowieka na zachowania mogące prowadzić do narażenia innej osoby lub osób na zarażenie chorobą zakaźną stanowi w pełni świadomy zabieg legislacyjny, który – jak zostanie dalej wyjaśnione – znajduje swoją racjonalizację i uzasadnienie w specyfice zagrożeń dla dóbr prawnych, jakie wiążą się z rozprzestrzenianiem chorób zakaźnych, jak również w trudnościach dowodowych dających podstawę do uznania art. 161 k.k. za przejaw tzw. kryminalizacji zastępczej.

⁷ Na podstawie art. 161 § 1 k.k. odpowiedzialność karą ponosi ten, kto wiedząc, że jest zarażony wirusem HIV, naraża bezpośrednio inną osobę na takie zarażenie. Z kolei na podstawie § 2 odpowiedzialność karą ponosi ten, kto, wiedząc, że jest dotknięty chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu, naraża bezpośrednio inną osobę na zarażenie taką chorobą. Od dnia 31 marca 2020 r. obowiązuje § 3 tego przepisu, przewidujący odpowiedzialność sprawcy czynu określonego w § 2 za narażenie na zarażenie wielu osób. Ten typ kwalifikowany został wprowadzony na podstawie art. 13 ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 568).

⁸ Antycypując tezy uzasadnione w dalszej części tego opracowania dla uproszczenia wyводу już w tym miejscu należy przyjąć, że pomimo tego, iż w art. 161 k.k. wskazano kilka relewantnych na gruncie tego typu rodzajów chorób, tj. HIV, chorobę weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu, to w istocie uprawnione wydaje się stwierdzenie, że opis znamion przedmiotowych tych typów obejmuje spowodowanie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia różnego rodzaju postaciami chorób zakaźnych. Chorobą zakaźną jest niewątpliwie wskazany w § 1 k.k. wirus HIV. Za choroby zakaźne przenoszone drogą płciową uznawane są choroby weneryczne. Ponadto w doktrynie wyprowadza się logiczny wniosek, że „ciężka choroba nieuleczalna lub realnie zagrażająca życiu musi być jednocześnie chorobą zakaźną, gdyż w przeciwnym razie nie mógłby powstać stan narażenia na zarażenie taką chorobą” (tak J. Giezek [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Wolters Kluwer 2014, s. 250).

Za szczególną formę dopełnienia zakresu prawnokarnej ochrony życia i zdrowia w aspekcie podlegającym analizie w tym opracowaniu należy uznać uregulowane na gruncie rozdziału XX k.k. typy czynów zabronionych z art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k., które kryminalizują zachowania polegające na spowodowaniu niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób przez spowodowanie zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenie się choroby zakaźnej⁹. Wskazane typy przewidują odpowiedzialność karłą za szczególną kategorię zachowań sprawczych, które ze względu na sposób działania sprawcy i skalę oddziaływania tego zachowania na otaczającą go rzeczywistość, charakteryzują się potencją do spowodowania niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób. Typy z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k. potencjalnie stwarzają podstawy do karalności pewnej grupy zachowań, mogących prowadzić do narażenia na zarażenie wielu osób chorobą zakaźną w razie spełnienia kwalifikowanych warunków przypisania, związanych z podjęciem przez sprawcę zachowania charakteryzującego się powodowaniem zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej, którego konsekwencją jest spowodowanie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób.

W przedmiotowym opracowaniu zostanie podjęta próba porównania wskazanych regulacji kodeksowych pod kątem wynikających z nich podstaw, zakresu i granic kryminalizacji. Pozwoli to określić zarówno pewne wspólne cechy charakteryzujące typy czynów zabronionych, które mogą zostać wykorzystane jako podstawa odpowiedzialności karnej za zachowania mogące prowadzić do zarażenia lub skutkujące zarażeniem chorobą zakaźną, jak i pozwoli wskazać na istotnie różnice świadczące o odmiennym zakresie kryminalizacji na gruncie poszczególnych typów. W związku z tym w dalszej części opracowania dojdzie do porównania tych typów na kilku płaszczyznach: zakresu ochrony dobra prawnego, znamion przedmiotowych charakteryzujących podmiot czynu zabronionego, relewantne zachowanie sprawcze oraz skutek przestępny, a także na płaszczyźnie znamion strony podmiotowej.

⁹ W tym zakresie potencjalnie jest możliwe przypisanie odpowiedzialności karnej za umyślną realizację znamion typu z art. 165 § 1 pkt 1 k.k., za nieumyślną realizację znamion typu z art. 165 § 2 k.k. w zw. z art. 165 § 1 pkt 1 k.k., a w razie, gdyby zachowanie sprawcze skutkowało następstwami w postaci śmierci człowieka lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w grę wchodzić może odpowiedzialność za typy kwalifikowane przez następstwo z art. 165 § 3 k.k. (typ umyślno-nieumyślny) lub z art. 165 § 4 k.k. (typ nieumyślno-nieumyślny).

9.2. Stopień naruszenia dobra prawnego w postaci życia lub zdrowia jako kryterium różnicujące odpowiedzialność za zachowania mogące prowadzić lub prowadzące do zarażenia chorobą zakaźną

Zagadnienie odpowiedzialności karnej za zachowania mogące prowadzić lub prowadzące do zarażenia chorobą zakaźną w pierwszej kolejności warto przeanalizować z perspektywy problematyki dóbr prawnych chronionych przez analizowane typy czynów zabronionych. Interesujące, na gruncie tego opracowania, regulacje kodeksowe dają podstawę do wniosku, że ustawodawca posługuje się dwoma kryteriami porządkującymi zakres i granice odpowiedzialności karnej za zamachy nakierowane na dobra prawne w postaci życia lub zdrowia człowieka w związku z podejmowaniem zachowań mogących prowadzić do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną. Z jednej strony, intensywność ochrony jest uzależniona od stopnia zagrożenia dla dobra prawnego¹⁰, którego wystąpienie, na gruncie danego typu czynu zabronionego, stanowi podstawę do kryminalizacji określonej grupy zachowań. Z drugiej strony, istotne znaczenie dla oceny prawnokarnej ma to, czy relewantne, na gruncie danego typu, zachowanie sprawcze stwarza indywidualne czy powszechne zagrożenie dla chronionych dóbr prawnych.

Z perspektywy przedmiotu ochrony pierwszym wykorzystywanym przez ustawodawcę narzędziem porządkującym sferę odpowiedzialności karnej za zachowania stanowiące zamach na życie lub zdrowie człowieka jest kryterium stopnia naruszenia lub zagrożenia dla chronionych dóbr prawnych¹¹. Kryterium to sprowadza się do ustalenia relacji zachodzącej pomiędzy relewantnym na gruncie typu zachowaniem sprawczym a rodzajem i charakterystyką dobra prawnego, stanowiącego jego przedmiot ochrony. W oparciu o to kryterium możliwe jest określenie zakresu i granic odpowiedzialności karnej na płaszczyźnie przedmiotowej przez zaliczenie danego typu do przestępstw z naruszenia dóbr prawnych, przestępstw konkretnego narażenia chronionych dóbr prawnych na niebezpieczeństwo, czy w końcu przestępstw abstrakcyjnego narażenia tych dóbr na niebezpieczeństwo¹².

¹⁰ Odnośnie do pojęcia dobra prawnego zob. D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 56 i n.; Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016.

¹¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 191; W. Wróbel, *Przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo – perspektywa konstytucyjna i kryminalnopolityczna* [w:] *Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, J. Majewski (red.), Warszawa 2015, s. 41 i n.

¹² W doktrynie prawa karnego trafnie zwraca się uwagę, że kryteria podziałów przestępstw na przestępstwa z naruszenia i narażenia na (konkretne lub abstrakcyjne) niebezpieczeństwo dobra prawnego oraz na przestępstwa materialne i formalne nie dają podstawy do wyprowadzania kategorycznego wniosku, że przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo są jednocześnie każdorazowo przestępstwami formalnymi. Zob. E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dóbr prawnych*, Warszawa 2012, s. 35 i n.; Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 534 i n.; Sz. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, s. 74 i n.

Podstawowy zakres prawnokarnej ochrony życia lub zdrowia wyznaczają typy z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo tych dóbr prawnych. Regulacje kodeksu karnego nakierowane są przede wszystkim na ochronę życia lub zdrowia przed zamachami skutkującymi ich naruszeniem, kryminalizując skutki w postaci śmierci człowieka albo uszczerbku na zdrowiu. Co do zasady wskazane dobra prawne chronione są także na przedpolu ich naruszenia w zakresie w jakim art. 160 k.k. statuuje typy z narażenia na konkretne niebezpieczeństwo przyjmując, że podstawą odpowiedzialności karnej jest spowodowanie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu¹³. Szerokie określenie charakterystyki, relewantnego na gruncie tych typów, bezprawnego zachowania sprawczego prowadzi do tego, że te dwie kategorie przestępstw co do zasady są uznawane przez ustawodawcę za wyznaczające adekwatny i dostateczny do potrzeb kryminalizacyjnych zakres ochrony przed zamachami na życie lub zdrowie człowieka.

Ustawodawca istotnie poszerzył zakres ochrony dóbr prawnych w postaci życia lub zdrowia człowieka w odniesieniu do szczególnej kategorii przestępstw z art. 161 k.k., polegających na podjęciu przez osobę zarażoną chorobą zakaźną zachowań narażających inną osobę lub osoby na zarażenie taką chorobą. Z punktu widzenia kryterium stopnia zagrożenia dóbr prawnych art. 161 k.k. należy zaliczyć do przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo¹⁴, gdyż za dostateczną przesłankę dla kryminalizacji zachowań, polegających na narażeniu na zarażenie innej osoby lub osób chorobą zakaźną, ustawodawca uznał łączące się z tą kategorią zachowań potencjalne zagrożenie dla życia lub zdrowia. Dla przypisania odpowiedzialności karnej na podstawie tego typu wystarczające jest spowodowanie potencjalnego zagrożenia dla życia lub zdrowia człowieka związanego z zaistnieniem stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną na skutek bezprawnego zachowania sprawczego. Charakterystyka znamion przedmiotowych typu z art. 161 k.k. świadczy o tym, że ochrona życia lub zdrowia została w tym przypadku przesunięta na jeszcze głębsze przedpole naruszenia dobra prawnego niż ma to miejsce w odniesieniu do typów z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo z art.

¹³ Warto podkreślić, że na gruncie art. 160 k.k. zakres odpowiedzialności karnej jest ograniczony tylko do stworzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Poza zakresem kryminalizacji pozostaje narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo uszczerbku na zdrowiu z art. 157 k.k.

¹⁴ W tym zakresie w doktrynie prezentuje się nietrafny pogląd, że typy z art. 161 k.k. należy zaliczyć do przestępstw konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, co zdaje się wynikać z przyjmowania błędnego założenia, że skoro typ ten jest typem skutkowym, to jednocześnie musi się łączyć co najmniej ze stworzeniem bezpośredniego niebezpieczeństwa dla chronionego dobra prawnego. Zob. m.in. J. Giezek [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 250; M. Królikowski [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117–221*, Warszawa 2017, s. 351; A. Zoll [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, s. 421.

160 k.k. W przypadku szczególnej kategorii zamachów na życie lub zdrowie z art. 161 k.k. ustawodawca zdecydował się odnieść bezprawne zachowanie sprawcze, polegające na narażeniu na zarażenie innej osoby lub osób chorobą zakaźną, do skutku przestępnego w postaci stworzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa takiego zarażenia, a nie jak to uczynił w art. 160 k.k. do skutku w postaci bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Brak podstaw do przyjęcia, że samo wystąpienie relewantnego na gruncie art. 161 k.k. stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażeniem chorobą zakaźną może zostać utożsamiane co najmniej ze stworzeniem stanu bezpośredniego narażenia życia lub zdrowia na niebezpieczeństwo. Przyczyny takiego ukształtowania znamion przedmiotowych typów z art. 161 k.k. stają się zupełnie oczywiste, jeśli uświadomić sobie, że w zależności od charakterystyki danego rodzaju choroby zakaźnej odmiennie może kształtować się zarówno prawdopodobieństwo zarażenia konkretną chorobą zakaźną, jak i prawdopodobieństwo wystąpienia u osoby zarażonej taką chorobą negatywnych następstw dla jej życia lub zdrowia. Oszacowanie niebezpieczeństwa łączącego się z konkretną chorobą zakaźną wiąże się z dokonaniem oceny zaraźliwości¹⁵, zjadliwości (wirulencji)¹⁶ oraz śmiertelności¹⁷ tej choroby¹⁸ na podstawie dostępnej wiedzy medycznej. Nie budzi wątpliwości, że w kontekście wskazanych kryteriów samo zarażenie się danego rodzaju chorobą zakaźną może łączyć się z możliwością dokonania różnej oceny stopnia niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia człowieka. Wśród chorób zakaźnych, których zarażenie innej osoby będzie stanowiło podstawę przypisania odpowiedzialności karnej z art. 161 k.k. jest oczywiście wiele takich jednostek chorobowych w wypadku których – z uwagi na wyżej wskazane kryteria – możliwe będzie dokonanie prawnokarnej oceny

¹⁵ W sensie medycznym zaraźliwość to zdolność czynnika zakaźnego do wywołania choroby mierzona proporcją osób, które zachorowały, w stosunku do tych, które były narażone na czynnik zakaźny. Zob. *Słownik terminów epidemiologicznych* w opracowaniu A. Zielińskiego dostępny na stronie internetowej „Przeglądu Epidemiologicznego”: <www.przegl Epidemiol.pzh.gov.pl>. Por. prawną definicję zaraźliwości z art. 2 pkt 34 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2021 r., poz. 2069).

¹⁶ Zjadliwość to zdolność czynnika zakaźnego wywołania ciężkiej choroby, mierzona odsetkiem osób zakażonych, u których choroba ma przebieg ciężki lub prowadzi do śmierci. Zob. *Słownik terminów epidemiologicznych* w opracowaniu A. Zielińskiego dostępny na stronie internetowej „Przeglądu Epidemiologicznego”: <www.przegl Epidemiol.pzh.gov.pl>.

¹⁷ Śmiertelność to proporcja osób w określonym stanie zdrowia lub ekspozowanych na określony czynnik lub zdarzenie, która umiera z powodu tego stanu. Zob. *Słownik terminów epidemiologicznych* w opracowaniu A. Zielińskiego dostępny na stronie internetowej „Przeglądu Epidemiologicznego”: <www.przegl Epidemiol.pzh.gov.pl>.

¹⁸ Do wskazanych kryteriów nawiązuje zdefiniowany w art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2021 r., poz. 2069) termin choroby szczególnie niebezpiecznej i wysocy zakaźnej przez którą, na gruncie tej ustawy, rozumie się chorobę zakaźną łatwo rozprzestrzeniającą się, o wysokiej śmiertelności, powodującą szczególne zagrożenie dla zdrowia publicznego i wymagającą specjalnych metod zwalczania, w tym cholerę, dżumę, ospę prawdziwą, wirusowe gorączki krwotoczne.

wskazującej na to, że samo zarażenie chorobotwórczym patogenem generuje statystycznie bardzo wysokie prawdopodobieństwo spowodowania określonego uszczerbku na zdrowiu, a nawet śmierci osoby nią zarażonej w wyniku przebiegu tej choroby. W przypadku takich chorób zakaźnych, które charakteryzują się wysokim współczynnikiem zjadliwości i śmiertelności, możliwe jest więc dokonanie prawnokarnego wartościowania wskazującego na istnienie dostatecznie wysokiego niebezpieczeństwa spowodowania skutku w postaci śmierci lub uszczerbku na zdrowiu osoby zakażonej w wyniku zarażenia taką chorobą zakaźną. Zachowanie sprawcze prowadzące do zarażenia taką chorobą może zostać uznane za samodzielną podstawę do odpowiedzialności za przestępstwa z naruszenia lub z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia człowieka. Nie sposób jednak nie zauważyć, że istotnie niższy jest stopień zagrożenia dla chronionych dóbr prawnych w kontekście niebezpieczeństwa ciężkiego przebiegu choroby zakaźnej lub spowodowanego w jej wyniku zgonu w przypadku takich chorób, które co prawda są chorobami charakteryzującymi się wysokim współczynnikiem zaraźliwości, ale jednocześnie nie łączą się z wysoką wirulencją i śmiertelnością¹⁹. Dlatego w przypadku wielu rodzajów chorób zakaźnych nie sposób uznać, że samo zarażenie taką chorobą generuje nieakceptowalny społecznie stopień niebezpieczeństwa wywołania przebiegu przyczynowego prowadzącego do negatywnie wartościowanych następstw w postaci uszczerbku na zdrowiu lub śmierci człowieka²⁰. Zachowania, polegające na narażeniu na zarażenie tego rodzaju chorobami zakaź-

¹⁹ Najlepszym przykładem takiej choroby zakaźnej jest grypa, która jest wymieniona wykazie zakażeń i chorób zakaźnych stanowiącym załącznik do ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi i podlega pod regulacje tej ustawy. Grypa charakteryzuje się wysoką zaraźliwością, ale niskim poziomem wirulencji i śmiertelności. Jak się wydaje do tej grupy chorób zakaźnych należy zaliczyć koronawirusa SARS-CoV-2. Co prawda podawane w tym zakresie dane, mają charakter szacunkowy i obciążone są dużym stopniem niepewności, to niemniej jednak wskazuje się, że zasadnicza większość osób zarażonych SARS-CoV-2 przechodzi go bezobjawowo, a ciężki przebieg choroby COVID-19 występuje u kilkunastu procent przypadków objawowych zachorowań. Nawet jeśli śmiertelność odnosić do liczby potwierdzonych testami zachorowań, to szacowana jest ona na poziomie około 2–3% (zob. dane statystyczne dostępne na stronie internetowej <Coronavirus Pandemic (COVID-19) - Statistics and Research - Our World in Data>). Przy czym, jeśli śmiertelność odnieść do szacowanej liczby rzeczywistych zachorowań (uwzględniających również zachorowania niepotwierdzone), to współczynnik ten będzie szacunkowo istotnie niższy, bo na poziomie około 0,6%.

²⁰ Jeśli natomiast szukać racjonalizacji dla kryminalizacji zachowań polegających na bezpośrednim narażeniu innej osoby lub osób na zarażenie chorobami zakaźnymi, których charakterystyka nie pozwala zaliczyć do chorób o wysokim współczynniku wirulencji lub śmiertelności, to wydaje się, że takiego uzasadnienia można szukać w tym, że są to choroby zakaźne charakteryzujące się wysokim współczynnikiem zaraźliwości. Pomimo tego, że takie choroby zakaźne nie generują statystycznie dostatecznie wysokiego prawdopodobieństwa, że w wyniku zarażenia nimi dojdzie do śmierci lub uszczerbku na zdrowiu konkretnego zarażonego taką chorobą człowieka, to jednak, jeśli uwzględnić istotne niebezpieczeństwo zarażenia dużej ilości osób w populacji, rozprzestrzenianie się takiej choroby zakaźnej może prowadzić do znaczącej ilości zgonów lub przypadków ciężkiego przebiegu choroby. Dlatego objęcie kryminalizacją z art. 161 k.k. również tej kategorii chorób zakaźnych można uzasadniać – co nieco paradoksalne – koniecznością ochrony zdrowia publicznego, tj. potrzebą unikania konsekwencji zdrowotnych rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej w skali całego społeczeństwa.

nymi, które nie generują wysokiego prawdopodobieństwa negatywnych następstw dla życia lub zdrowia, nie mogą stanowić podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa z naruszenia lub z konkretnego narażenia tych dóbr na niebezpieczeństwo. Umysłowanie sobie, że w opisie znamion przedmiotowych typów z art. 161 k.k. mieszczą się sytuacje zarażenia chorobami zakaźnymi generującymi bardzo różny stopień zagrożenia dla życia lub zdrowia osoby zakażonej daje asumpt do twierdzenia, że ustawodawca uznaje za kryminalnopolitycznie uzasadnione koniecznością ochrony tych dóbr prawnych na przedpolu ich naruszenia pociąganie do odpowiedzialności karnej już tylko za zachowania prowadzące do stworzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną. Skoro czyni tak, pomimo tego, że w przypadku wielu rodzajów chorób zakaźnych sam fakt zarażenia nie generuje prawnokarnie istotnego prawdopodobieństwa wystąpienia przebiegu przyczynowego, prowadzącego do skutku przestępnego w postaci śmierci, uszczerbku na zdrowiu lub stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, to nie sposób takiej decyzji kryminalizacyjnej uzasadnić inaczej niż w ten sposób, że ustawodawca wychodzi z założenia, iż już samo zachowanie stwarzające bezpośrednie niebezpieczeństwo zarażenia taką chorobą generuje potencjalne zagrożenie dla życia lub zdrowia człowieka. Tym samym o ile stan konkretnego narażenia życia lub zdrowia na niebezpieczeństwo można, przy pewnych założeniach, łączyć z samym faktem zarażenia innej osoby chorobą zakaźną o wysokiej wirulencji lub śmiertelności, o tyle nie sposób przyjąć takiego stanu w wypadku, gdy skutek relewantny dla przypisania odpowiedzialności karnej z art. 161 k.k. leży na przedpolu zarażenia i polega na spowodowaniu stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia taką chorobą²¹. Zastosowanie kryterium stopnia naruszenia lub zagrożenia dla dóbr prawnych prowadzi do wniosku, że kryminalizacja zachowania sprawczego relewantnego na gruncie typów z art. 161 k.k. opiera się na kryminalnopolitycznym założeniu, że tego typu zachowania wywołują abstrakcyjne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia człowieka związane z zaistnieniem skutku w postaci stworzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia cho-

²¹ Trudno w tym kontekście nie zauważyć, że gdyby ustawodawca uznawał, że z perspektywy potrzeby ochrony dóbr prawnych na kryminalizację zasługują wyłącznie zachowania prowadzące do zarażenia takimi rodzajami chorób zakaźnych, które generują dostatecznie wysokie prawdopodobieństwo śmierci lub uszczerbku na zdrowiu w wyniku rozwoju i przebiegu choroby u osoby zarażonej, to wprowadzanie do systemu prawa karnego art. 161 k.k. byłoby co do zasady pozbawione sensu, bo w wypadku tego typu zachowań istnieją podstawy do uznania ich za zachowania sprawcze na gruncie przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu z naruszenia lub konkretnego narażenia tych dóbr prawnych na niebezpieczeństwo. Jeśli ustawodawca zamierzałby ograniczyć karalność tylko do zachowań skutkujących wywołaniem stanu bezpośredniego narażenia życia lub zdrowia na niebezpieczeństwo, to za wystarczającą należałoby uznać kryminalizację wynikającą z art. 160 k.k.

robą zakaźną. Zaliczenie typów czynów zabronionych z art. 161 k.k. do kategorii przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo ma swoje istotne implikacje związane z tym, że realizacja znamion przedmiotowych tego typu jest całkowicie oderwana i uniezależniona od wykazania, że relewantne zachowanie sprawcze stworzyło konkretne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia człowieka. Skoro stworzenie konkretnego niebezpieczeństwa dla życia dla zdrowia nie należy do znamion typów z art. 161 k.k. to oczywistym jest, że nie wymaga dowodowego wykazania w procesie przypisania odpowiedzialności. Dla realizacji znamion przedmiotowych tego typu wystarczające jest spowodowanie skutku przestępnego w postaci stworzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną, z którego wystąpieniem ustawodawca łączy domniemanie, że w tych okolicznościach istnieje potencjalne zagrożenie dla życia lub zdrowia człowieka. Stan bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia chorobą zakaźną, jako znamień skutku przestępnego z art. 161 k.k., nie może bowiem być utożsamiany z dalej idącym stanem zarażenia chorobą zakaźną. Tym samym typy z art. 161 k.k. należą do kategorii przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, jak i równocześnie należy je zaliczyć do przestępstw materialnych (skutkowych).

Drugim kryterium, którym posługuje się ustawodawca, określając zakres i granice karalności w perspektywie charakterystyki dobra prawnego, jest kryterium indywidualnego lub powszechnego charakteru niebezpieczeństwa dla chronionych dóbr prawnych. Nie budzi wątpliwości, że przepisy rozdziału XIX k.k. mają na celu ochronę indywidualnych dóbr prawnych w postaci życia lub zdrowia człowieka. Równolegle w systemie prawa karnego przewidziano w art. 165 k.k. typy czynów zabronionych mające na celu ochronę przed zachowaniami prowadzącymi w swoich konsekwencjach do wystąpienia stanu powszechnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób wynikającego ze spowodowania zagrożenia epidemiologicznego lub doprowadzenia do szerzenia się choroby zakaźnej przez sprawcę. W kontekście typów zaliczanych do przestępstw powszechnego narażenia na niebezpieczeństwo, w doktrynie prawa karnego panuje istotna rozbieżność stanowisk, jak należy identyfikować dobro prawne stanowiące przedmiot ochrony²². W świetle jednego z prezentowanych poglądów, za główny przedmiot ochrony takich typów należy

²² Kontrowersje w tym zakresie wynikają z wątpliwości teoretycznych i dogmatycznych związanych z zagadnieniem możliwości i potrzeby wyróżniania jako przedmiotu ochrony określonych kategorii typów czynów zabronionych dóbr o charakterze kolektywnym. Zob. D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 245 i n.; Sz. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 100 i n.

uznać dobra o charakterze kolektywnym (ponadindywidualnym), przy jednoczesnej możliwości wskazania dóbr o charakterze indywidualnym (takich jak życie, zdrowie czy mienie) jako pobocznego przedmiotu ochrony²³. W kontekście odpowiedzialności za typy z art. 165 k.k. zwolennicy pierwszego ujęcia wyróżniają jako przedmiot ochrony dobro w postaci bezpieczeństwa powszechnego, przez które rozumieją pewien dodatnio wartościowany stan rzeczy, sprowadzający się do braku występowania określonych źródeł zagrożeń stwarzających niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób lub też mienia w wielkich rozmiarach w przestrzeni społecznej²⁴. Drugi z poglądów neguje sens i poprawność posługiwania się kategorią dóbr prawnych o charakterze kolektywnym, jako odrębnej kategorii pojęciowej, obejmującej pewne abstrakcyjnie rozumiane wartości cenne w perspektywie funkcjonowania całego społeczeństwa. W tym ujęciu takie typy, jak art. 165 k.k., w istocie rzeczy chronią pewien konglomerat dóbr indywidualnych do jakich, w zależności od charakterystyki powszechnego niebezpieczeństwa, zaliczyć należy takie wartości jak życie, zdrowie i mienie²⁵. W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że przedmiotem ochrony art. 165 k.k. (niezależnie czy uznać te dobra za główny czy poboczny przedmiot ochrony) jest dobro prawne w postaci życia lub zdrowia, a nie życie lub zdrowie wielu osób. W tej perspektywie istota tych typów sprowadza się nie tyle i nie tylko do ochrony przed zagrożeniem epidemicznym lub rozprzestrzenianiem się choroby zakaźnej w oparciu o kryterium ilościowe związane z ustaleniem, że zachowanie sprawcze stanowi zamach na życie lub zdrowie wielu osób. Trafnie zwraca się uwagę, że aspekt ilościowy ma nie tyle znaczenie dla określenia charakterystyki dobra prawnego, ale dla charakterystyki sposobu zamachu na to dobro prawne, który musi polegać na podjęciu zachowań sprawczych skutkujących niebezpieczeństwem powszechnym dla wartości chronionej na gruncie danego typu²⁶. Innymi słowy, zachowanie sprawcze relewantne na gruncie art. 165 k.k. musi charakteryzować się potencją sprawczą (zdatnością) do sprowadzenia stanu powszechnego niebezpieczeństwa. Zasadnicza różnica, jaka zachodzi pomiędzy zachowaniami stanowiącymi zamach na życie lub zdrowie człowieka w aspekcie sprowadzenia powszechnego niebezpieczeństwa od zachowań stanowiących zamach na te dobra w aspekcie indywidualnym sprowadza się nie tyle do aspektu ilościowego związanego z rozmiarem

²³ R. A. Stefański [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, s. 168–169 i 203; P. Petasz [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117–221*, Warszawa 2017, s. 366 i 385.

²⁴ Tamże.

²⁵ G. Bogdan [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117211a*, Warszawa 2017, wyd. 5, s. 433 i 446; D. Gruszecka [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 264–265 i 281.

²⁶ D. Gruszecka [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 265.

wyrządzonych skutków, co do aspektu jakościowego wynikającego z charakterystyki zdalnych do realizacji znamion tych typów zachowań sprawczych, które w wypadku przestępstw z powszechnego niebezpieczeństwa muszą charakteryzować się zdatnością do stworzenia tym samym (jednym) czynem zagrożenia dla życia lub zdrowia wielu osób.

Nie ignorując zastrzeżeń teoretycznych i dogmatycznych podnoszonych przeciwko opieraniu przedmiotu ochrony określonych kategorii typów czynów zabronionych o dobra prawne o charakterze kolektywnym wydaje się, że w pewnych wypadkach dopiero odwołanie się do ochrony wartości o charakterze ponadindywidualnym pozwala właściwie scharakteryzować przedmiot ochrony danego typu. Dobrym przykładem są w tym zakresie przestępstwa uregulowane w rozdziale XX k.k., w tym art. 165 k.k. Obrazując to na interesującym z punktu widzenia przedmiotowego opracowania przykładnie, można wskazać, że dopiero wyróżnienie dobra prawnego w postaci bezpieczeństwa powszechnego pozwala twierdzić, iż przedmiotem ochrony art. 165 k.k. są wszelkie negatywne konsekwencje społeczne wynikające z wystąpienia stanu epidemicznego oraz rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej. Tak wyodrębniony ponadindywidualny przedmiot ochrony pozwala oddać, że istotą wskazanych typów z art. 165 k.k. jest: po pierwsze, minimalizowanie zagrożeń dla życia lub zdrowia wielu osób, po wtóre, ochrona przed wszelkimi, wiążącymi się z sytuacją epidemiczną, negatywnymi konsekwencjami dla zdrowia publicznego, właściwego funkcjonowania służby zdrowia oraz, po trzecie, zapobieganie wszelkich innych negatywnych skutków wynikających z takiej sytuacji dla życia społecznego i gospodarczego. Ujęcie przedmiotu ochrony typów czynów zabronionych z art. 165 k.k., opierające się na uwzględnieniu kryterium jakościowego, znajduje swój wyraz w opisie, relewantnych dla nich, postaci zachowań sprawczych, polegających na powodowaniu zagrożenia epidemiologicznego lub doprowadzeniu do szerzenia się choroby zakaźnej. Tak opisane zachowania sprawcze pozwalają oddać różnicę jakościową związaną z zakładaną przez ustawodawcę szczególną charakterystyką sposobu zamachu na to dobro prawne, polegającą na powodowaniu tym samym (jednym) czynem niebezpieczeństwa o charakterze powszechnym.

Jeśli przyjąć optykę zakładającą możliwość oraz potrzebę wyróżnienia takich dóbr kolektywnych jak bezpieczeństwo powszechne, prawnokarna ochrona w tym zakresie powinna być postrzegana w dwóch ściśle ze sobą powiązanych, ale nieco odmiennych aspektach. O ile typy z rozdz. XIX k.k. nakierowane są na ochronę życia lub zdrowia zindywidualizowanej osoby lub osób z uwzględnieniem różnego stopnia natężenia niebezpieczeństwa wystąpienia negatywnych skutków na tych dobrach prawnych, o tyle w kontekście dobra prawnego, jakim jest bezpieczeństwo powszechne, regulacje rozdz. XX k.k. chronią

przed szeroko rozumianymi negatywnymi konsekwencjami wystąpienia zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa (nie ograniczając ich tylko do następstw związanych z potencjalną możliwością zarażenia większej liczby osób), ale uwzględniają również wszelkie społeczne konsekwencje takich stanów rzeczy (w szczególności wartości, jakimi są zarówno ochrona zdrowia publicznego, jak i ochrona przed konsekwencjami społecznymi i gospodarczymi tego typu zdarzeń). W konkluzji można stwierdzić, że o ile uregulowane w rozdz. XIX k.k. przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu chronią wyłącznie przed niebezpieczeństwem wynikającym z konsekwencji zdrowotnych zarażenia chorobą zakaźną indywidualnych osób, o tyle typy z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k. chronią nie tylko przed takimi potencjalnymi negatywnymi skutkami zdrowotnymi dla wielu osób, ale przede wszystkim chronią przed szeroko rozumianymi konsekwencjami społecznymi wynikającymi z zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej.

Przedmiotowe wywody należy uzupełnić konstatacją, że w zależności od tego, jak będzie się definiować dobro prawne leżące u podstaw art. 165 k.k., inaczej należy spojrzeć na zagadnienie stopnia narażenia tego dobra na niebezpieczeństwo. Jeśli uznać, że przedmiotem ochrony typów z art. 165 k.k. jest dobro prawne o charakterze ponadindywidualnym w postaci bezpieczeństwa powszechnego, to należy je zaliczyć do kategorii przestępstw z naruszenia dobra prawnego, gdyż skutek w postaci stworzenia niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób lub dla mienia w wielkich rozmiarach traktować należy jako przejaw naruszenia tego dobra. Zupełnie inaczej należy spojrzeć na art. 165 k.k. przyjmując pogląd, że przedmiotem ochrony tych typów jest konglomerat dóbr prawnych o charakterze indywidualnym, jakimi są życie lub zdrowie oraz mienie. Odnosząc się do tak określonego (pobocznego) przedmiotu ochrony, typy z art. 165 k.k., w podziale ze względu na kryterium stopnia naruszenia dobra prawnego, należy zaliczyć do przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo²⁷. W świetle opisu znamion strony przedmiotowej tych typów, zachowania sprawcze, polegające na powodowaniu zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej, mają stwarzać stan niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób. Kluczowe znaczenie ma konstatacja, że z opisu znamion przed-

²⁷ W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że w typach z art. 165 k.k. niebezpieczeństwo nie musi być bezpośrednie, ale musi być realne i konkretne. Zob. R. A. Stefański [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2016, t. 3 do art. 165; M. Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, t. 1 do art. 165; wyrok SN z dnia 12 czerwca 1987 r., III KR 205/87, OSNPG 1988, Nr 8, poz. 79, postanowienie SA w Krakowie z dnia 17 października 2013 r., II AKa 138/13, LEX nr 1396859.

miotowych typów z art. 165 k.k. nie wynika bynajmniej, żeby ustawodawca uzależniał dokonanie czynu zabronionego od spowodowania bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób, co stanowiłoby asumpt do zaliczenia tego typu do grupy przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo²⁸. Utożsamienie skutku przestępnego relewanego na gruncie art. 165 k.k. ze spowodowaniem niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób wskazuje, że dostateczną przesłanką kryminalizacji zachowań, polegających na spowodowaniu zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej, jest łączące się z tymi zachowaniami sprawczymi potencjalne niebezpieczeństwo naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia. W świetle kryterium stopnia narażenia dóbr prawnych, jakimi są życie lub zdrowie, pozwala to zaliczyć te typy do przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Ma to swoje istotne implikacje na gruncie typów z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k., dla których przypisania wystarczające jest wykazanie, że spowodowanie zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej skutkowało spowodowaniem obiektywnie istniejącego i realnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia człowieka bez konieczności dowodowego wykazywania, że w związku zaistnieniem takiego stanu potencjalnego niebezpieczeństwa doszło do takich przebiegów przyczynowych, które prowadziłyby do naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo dóbr prawnych w postaci życia lub zdrowia. Innymi słowy, wykazanie istnienia konkretnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób nie należy do znamion tego typu. W interesującym w tym opracowaniu kontekście, dla przypisania znamion przedmiotowych typów z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k. wystarczające jest wykazanie, że zachowanie sprawcze, polegające na spowodowaniu zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej, wiązało się z potencjalną możliwością zarażenia się przez wiele osób chorobą zakaźną z uwagi na możliwość zainfekowania się chorobotwórczym patogenem obiektywnie zaistniałą w danych okolicznościach faktycznych.

Tytułem podsumowania dotychczasowych wywodów należy skonstatować, że zachowania, mogące prowadzić do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną: po pierwsze, w pewnych wypadkach mogą stanowić podstawę odpowiedzialności karnej za przestępstwa z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia; po drugie, w pewnych wypadkach mogą stanowić podstawę do odpowiedzialności karnej z art. 161 k.k. za przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia życia lub zdrowia na niebezpie-

²⁸ W opisie znamion art. 165 k.k. użyto bowiem zwrotu „niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia albo mienia albo mienia w wielkich rozmiarach” bez wskazania, że takie niebezpieczeństwo musi być „bezpośrednie”.

czeństwo; po trzecie, w pewnych wypadkach mogą stanowić podstawę do odpowiedzialności karnej z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k. za przestępstwa z naruszenia dobra prawnego w postaci bezpieczeństwa powszechnego, przy czym w relacji do dóbr prawnych, jakimi są życie lub zdrowie, realizacja znamion tych typów stanowić będzie narażenie tych dóbr prawnych na abstrakcyjne niebezpieczeństwo.

9.3. Przedmiotowy zakres odpowiedzialności za typy kryminalizujące zachowania mogące prowadzić lub prowadzące do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną

Analiza znamion przedmiotowych typów, stanowiących potencjalną podstawę odpowiedzialności karnej za zachowania mogące prowadzić do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną, daje podstawę do sformułowania kilku wniosków, pozwalających na określenie i porównanie zakresu oraz granic tej odpowiedzialności. Z jednej strony pomiędzy tymi typami zachodzą podobieństwa, wynikające z przyjętego przez ustawodawcę modelu typizacji, związane z ujęciem ich jako przestępstw materialnych, a z drugiej strony zachodzą istotne różnice, pozwalające na dostosowanie zakresu i granic odpowiedzialności karnej do zakładanych celów kryminalizacyjnych, co przejawia się w zróżnicowaniu podstaw przypisania, w związku z odmiennym ukształtowaniem znamion charakteryzujących podmiot czynu zabronionego, zachowanie sprawcze i skutek przestępny.

Wspólną cechą wszystkich typów czynów zabronionych, które potencjalnie stanowią podstawę odpowiedzialności karnej za zachowania mogące prowadzić do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną, jest ujęcie ich jako przestępstw materialnych (skutkowych)²⁹. W związku z tym realizacja znamion przedmiotowych każdego z tych typów wymaga spełnienia przesłanek obiektywnego przypisania skutku przestępnego³⁰. Do przypisania skutku na płaszczyźnie przesłanek normatywnych w pierwszej kolejności konieczne

²⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 195 i n.

³⁰ W przedmiocie założeń koncepcji obiektywnego przypisania skutku zob. m.in. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994; J. Giezek, *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania* [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, s. 419 i n.; J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu (zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997; M. Bielski, *Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Warszawa 2012, s. 503 i n.; Sz. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, a także teksty zamieszczone w pracy zbiorowej pod. red. J. Giezka i P. Kardasa, *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016. W kontekście odpowiedzialności za przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu zob. T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013.

jest przesądzenie, że sprawca dopuścił się zachowania bezprawnego (naruszającego normę sankcjonowaną leżącą u podstaw danego typu), co wymaga dokonania oceny, że z perspektywy *ex ante* jego zachowanie naruszyło wymagane w danych okolicznościach reguły postępowania z dobrem prawnym, tworząc w ten sposób społecznie nieakceptowalne niebezpieczeństwo spowodowania skutku przestępnego³¹. Nie budzi najmniejszych wątpliwości stwierdzenie, że podstawą przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo materialne może zostać uznane nie każde zachowanie prowadzące do spowodowania skutku w sensie czystko kauzalnym, ale wyłącznie zachowanie, które, z punktu widzenia kryteriów normatywnych, będzie w danych okolicznościach zachowaniem bezprawnym. W związku z tym konieczne jest przeprowadzenie zabiegów wykładniczych zmierzających do ustalenia, czy konkretne, podjęte przez potencjalnego sprawcę zachowanie może zostać uznane za zachowanie bezprawne w świetle normatywnych kryteriów oceny. Wymaga to zdekodowania treści normy sankcjonowanej, leżącej u podstawy danego typu skutkowego, przez odwołanie się do wykorzystywanych w prawie karnym narzędzi uadekwatniających treść tej normy, jakimi są kryteria naruszenia wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym i/lub stworzenia społecznie nieakceptowanego niebezpieczeństwa spowodowania skutku przestępnego³². Przy wykorzystaniu wskazanych narzędzi uadekwatniających dochodzi do zrekonstruowania treści zakazu lub nakazu postępowania, którego naruszenie stanowi wstępną przesłankę do przypisania sprawcy odpowiedzialności za skutek przestępny. W drugiej kolejności na płaszczyźnie przesłanek normatywnych obiektywnego przypisania skutku konieczne jest przesądzenie istnienia relacji sprawczej (związku normatywnego) pomiędzy bezprawnym zachowaniem sprawczym a zaistniałym skutkiem przestępnym³³. Wykazanie relacji sprawczej sprowadza się do dokonania z perspektywy *ex post* oceny, czy przy zgodnym z prawem zachowaniu alternatywnym³⁴ skutek przestępny tak czy inaczej by wystąpił w tym przebiegu przyczynowym, który miał miejsce w następstwie niezachowania naruszonych przez sprawcę reguł postępowania z dobrem prawnym, bądź też czy skutku udałooby się uniknąć przy zachowaniu przez sprawcę wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym. Istota relacji sprawczej sprowadza się do wykazania, że obiektywnie rozpoznawane

³¹ M. Bielski, *Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Warszawa 2012, s. 503 i n.

³² Tamże.

³³ Tamże.

³⁴ J. Giezek, *Przyczynowość hipotetyczna a prawnokarne przypisanie skutku*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 7.

ex ante niebezpieczeństwo wystąpienia określonego przebiegu przyczynowego, wynikające z naruszenia obowiązujących w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym, następnie urzeczywistniło się *ex post* w przebiegu przyczynowym, prowadzącym do skutku przestępnego. Dla przypisania skutku przestępnego nie jest wystarczające ustalenie, że zachowanie sprawcze, naruszające w danych okolicznościach reguły postępowania z dobrem prawnym, generowało z perspektywy *ex ante* społecznie nieakceptowalne niebezpieczeństwo spowodowania określonego skutku, ale również konieczne jest wykazanie, że w związku z naruszeniem przez sprawcę konkretnej reguły postępowania, która miała chronić przed wystąpieniem negatywnych następstw, doszło do skutku przestępnego w takim przebiegu przyczynowym, przed którego wystąpieniem miało chronić zachowanie zgodne z regułami postępowania z dobrem prawnym³⁵.

W świetle przedstawionych w zarysie teoretycznych założeń teorii obiektywnego przypisania skutku przestępnego tylko zachowania sprzeczne z obowiązującymi w danych okolicznościach regułami postępowania z dobrem prawnym mogą zostać uznane za relewantną podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za analizowane na gruncie tego opracowania przestępstwa materialne chroniące życie lub zdrowie. Reguły te mają na celu eliminowanie lub minimalizowanie zagrożeń dla życia lub zdrowia, wynikające z ryzyka zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną, a w razie zarażenia taką chorobą, dalej idącego ryzyka wystąpienia negatywnych następstw zdrowotnych. Potencjalną podstawą przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe przeciwko życiu lub zdrowiu mogą stanowić więc tylko takie bezprawne zachowania, które będą naruszać wymagane w danych okolicznościach reguły postępowania nakierowane na eliminowanie lub minimalizowanie ryzyka zarażenia chorobą zakaźną, tworząc tym samym społecznie nieakceptowalne niebezpieczeństwo zarażenia innej osoby lub osób taką chorobą, a w pewnych wypadkach również społecznie nieakceptowalne niebezpieczeństwo spowodowania przebiegu przyczynowego prowadzącego do zarażenia chorobą zakaźną, a dalej do śmierci lub uszczerbku na zdrowiu osoby zarażonej taką chorobą.

W tym kontekście fundamentalne znaczenie ma prawidłowe zrekonstruowanie treści reguł postępowania z dobrem prawnym, chroniących przed niebezpieczeństwem wystąpienia określonego skutku przestępnego. W pierwszej kolejności dla określenia treści tych reguł znaczenie będzie miała charakterystyka i właściwości adresata normy sankcjonowanej. Dla ustalenia adekwatnego sposobu postępowania istotne znaczenie ma to, w jakiej

³⁵ M. Bielski, *Kryteria...*, dz. cyt., s. 503 i n.

roli społecznej występuje w danym kontekście sytuacyjnym adresat normy oraz jakie w związku z tym ciąży na nim standardy w zakresie zachowania reguł postępowania, których przestrzeganie ma eliminować lub minimalizować zagrożenie spowodowania skutku przestępnego. Kluczowe znaczenie dla odtworzenia wymaganych reguł postępowania mają wszelkie obiektywnie rozpoznawalne okoliczności wpływające na ocenę poziomu ryzyka spowodowania skutku przestępnego, w szczególności związane z charakterystyką źródła zagrożenia, charakterystyką przedmiotu czynności wykonawczej, na który nakierowane jest zachowanie sprawcy oraz okolicznościami, w jakich to zachowanie miało zostać podjęte. Wypadkowa wskazanych zmiennych pozwala określić treść wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania do jakich zachowania zobowiązany jest adresat normy, aby wyeliminować lub zminimalizować niebezpieczeństwo spowodowania skutku przestępnego do społecznie akceptowanego poziomu ryzyka. W tym kontekście warunkiem przypisania przestępstwa materialnego popełnionego przez działanie jest naruszenie przez sprawcę zakazu podejmowania zachowań sprzecznych z wymaganymi w danych okolicznościach regułami postępowania z dobrem prawnym, jako zachowań generujących społecznie nieakceptowalne niebezpieczeństwo spowodowania skutku przestępnego. Natomiast warunkiem realizacji znamion przestępstwa materialnego popełnionego przez zaniechanie jest naruszenie adresowanego do sprawcy, będącego gwarantem nienastąpienia skutku przestępnego³⁶, nakazu podejmowania zachowań zgodnych z wymaganymi w danych okolicznościach regułami postępowania z dobrem prawnym, których podjęcie wykluczałoby lub minimalizowałoby niebezpieczeństwo wystąpienia przebiegu przyczynowego prowadzącego do skutku przestępnego.

Odnosząc wskazane kryteria do reguł postępowania ustanowionych w celu eliminowania lub minimalizowania zagrożenia związanego z narażeniem innej osoby lub osób na zarażenie chorobą zakaźną, określenie treści wymaganego w danych okolicznościach standardu postępowania powinno uwzględniać przede wszystkim takie zmienne jak: zakres ciążących

³⁶ O ile w przypadku przestępstw materialnych popełnionych przez działanie, zasadą jest nieograniczona podmiotowo odpowiedzialność za bezprawne zachowania, powodujące skutki przestępne, o tyle w przypadku przestępstw materialnych popełnionych przez zaniechanie odpowiedzialność ta jest na mocy art. 2 k.k. ograniczona do szczególnej kategorii sprawców, będących gwarantami nienastąpienia skutku przestępnego, to jest do osób, na których ciąży szczególny prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi przestępnemu. Odnośnie do pojęcia gwaranta nienastąpienia skutku przestępnego na gruncie art. 2 k.k. zob. m.in. J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu (zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997, s. 98 i n.; J. Majewski, *O pożytkach i szkodach dotychczasowych dociekań nad problematyką źródeł obowiązku gwaranta*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4, s. 116 i n.; M. Bielski, *Normatywne podstawy dekodowania znamion przedmiotowych przestępstw materialnych z zaniechania jako przestępstw indywidualnych właściwych – przyczynek do wykładni art. 2 k.k.* [w:] J. Giezek, J. Brzezińska (red.), *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, Warszawa 2017, s. 179 i n. i cyt. tam literatura.

na sprawcy obowiązków związanych z rolą społeczną w jakiej *in concreto* występował³⁷; charakterystykę danego rodzaju choroby zakaźnej pod kątem jej zaraźliwości, zjadliwości (wirulencji) oraz śmiertelności³⁸; kondycję zdrowotną osoby lub osób narażonych na zarażenie chorobą zakaźną³⁹; jak również wszelkie uwarunkowania sytuacyjne, mające znaczenie dla oceny stopnia ryzyka zarażenia chorobą zakaźną w danych okolicznościach faktycznych. W tym ostatnim kontekście szczególnie należy podkreślić, że bezwzględny warunkiem, umożliwiającym wartościowanie konkretnego zachowania jako stanowiącego potencjalną podstawę przypisania któregoś z relewantnych, na gruncie analizowanych typów, skutków przestępnych, jest zaistnienie obiektywnego i realnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia, związanego z możliwością zarażenia się chorobą zakaźną w danych okolicznościach faktycznych. Potencjalne zagrożenie dla życia lub zdrowia osoby lub osób narażonych na zarażenie należy utożsamiać z możliwością zetknięcia się przez te osoby z patogenem chorobotwórczym. Nie sposób rozważać przypisania odpowiedzialności za przestępstwa skutkowe przeciwko życiu lub zdrowiu w sytuacji, w której sprawca nie będzie obiektywnie stwarzał swoim bezprawnym zachowaniem niebezpieczeństwa zarażenia innej osoby chorobotwórczym patogenem. Obiektywna możliwość zarażenia chorobą zakaźną stanowi warunek *sine qua non* stworzenia stanu bezpośredniego narażenia na zarażenie taką chorobą, a tym bardziej jest bezwzględnym warunkiem wystąpienia u osoby zarażonej dalej idących negatywnych następstw dla jej życia lub zdrowia. Istnienie obiektywnego zagrożenia zarażeniem chorobą zakaźną ma szczególnie istotne znaczenie dla oceny, czy zachowanie, które narusza ogólne nakazy lub zakazy postępowania ustanowione w celu eliminowania lub minimalizowania zagrożenia epidemicznego, może jednocześnie zostać uznane za bezprawne zachowanie naruszające wymagane w danych okolicznościach reguły postępowania z dobrem prawnym, których celem jest ochrona przed zarażeniem się chorobą zakaźną. Naruszenie ogólnych zakazów lub nakazów postępowania

³⁷ Przykładowo, z uwagi na rolę społeczną i sytuację, w jakiej ktoś występuje, inaczej będą się kształtowały standardy postępowania, mające na celu minimalizowanie niebezpieczeństwa zarażenia chorobą zakaźną, jakie będą wymagane od lekarza dyżurującego w szpitalu zakaźnym w porównaniu do standardów lekarza pracującego na oddziale niebędącym oddziałem zakaźnym, a jeszcze zupełnie inaczej w przypadku przeciętnego obywatela podejmującego zachowania w zwykłych sytuacjach życia codziennego.

³⁸ Jak już wskazywano, zasadniczo inaczej należy ocenić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia w perspektywie takich chorób zakaźnych, które charakteryzują się wysoką zjadliwością i śmiertelnością od tych, które są przede wszystkim chorobami wysoce zaraźliwymi. Przykładowo, zarażenie takimi chorobami zakaźnymi jak grypa czy koronawirus SARS-CoV-2 mimo wszystko nie łączy się ze statystycznie wysokim prawdopodobieństwem śmierci lub ciężkiego przebiegu choroby.

³⁹ Przykładowo, stopień niebezpieczeństwa konkretnego zachowania narażającego na zarażenie koronawirusem może zostać oceniony zdecydowanie wyżej, jeśli takie zachowanie będzie stwarzało zagrożenie dla osoby lub osób zaliczających się do grup ryzyka, to jest kategorii osób o znacząco podwyższonym prawdopodobieństwie przechodzenia zakażenia w sposób zagrażający życiu lub zdrowiu.

będzie jednocześnie mogło zostać uznane za naruszenie wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym, gdy na skutek takiego zachowania dojdzie do narażenia na zarażenie chorobą zakaźną w związku z realnym niebezpieczeństwem transmisji chorobotwórczego patogenu z osoby na osobę. W konkluzji należy stwierdzić, że w przypadku wszystkich omawianych typów skutkowych bezwzględny warunkiem uznania, że sprawca dopuszcza się w danych okolicznościach faktycznych bezprawnego zachowania, mogącego co najmniej narazić na zarażenie innej osoby lub osób chorobą zakaźną, jest to, aby takie zachowanie stwarzało w tej sytuacji zagrożenie przenoszenia się choroby zakaźnej z osoby na osobę. Nie może natomiast stanowić podstawy odpowiedzialności karnej za jeden z analizowanych typów skutkowych zachowanie, które co prawda narusza zakazy lub nakazy postępowania ustanowione w celu minimalizowania niebezpieczeństwa rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej, ale *in concreto* nie łączy się z konkretnym zagrożeniem przenoszenia się choroby zakaźnej⁴⁰.

W kontekście analizowanych typów przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu, dla przypisania skutku przestępnego nie jest wystarczające wykazanie podjęcia się przez sprawcę zachowania sprzecznego z wymaganymi regułami postępowania, których przestrzeganie ma eliminować lub minimalizować niebezpieczeństwo zarżenia się chorobą zakaźną. Nadto konieczne jest wykazanie z perspektyw *ex post*, że dopuszczenie się przez sprawcę takiego bezprawnego zachowania doprowadziło do urzeczywistnienia się w konkretnym przebiegu przyczynowym stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia się przez inną osobę lub osoby chorobą zakaźną, a w pewnych wypadkach dalej idących następstw, polegających na naruszeniu lub narażeniu na konkretne niebezpieczeństwo dóbr prawnych w postaci życia lub zdrowia osoby zarażonej. Innymi słowy, naruszenie obowiązujących w danych okolicznościach reguł postępowania, stanowiące podstawę do uznania takiego zachowania z perspektywy *ex ante* za bezprawne, nie zawsze będzie mogło zostać

⁴⁰ Tym samym osoba, która nie jest zarażona chorobą zakaźną, a w związku z tym nie może z uwagi na swój stan zdrowia narazić inną osobę na zarażenie taką chorobą, nie przestrzega zakazów, nakazów, ograniczeń lub obowiązków określonych w przepisach o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi może, na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego, zostać pociągnięta do odpowiedzialności wykroczeniowej z art. 116 § 1a k.w., ale nie ma podstaw do rozważania jej odpowiedzialności za analizowane typy skutkowe, gdyż warunkiem *sine qua non* takiej odpowiedzialności jest to, żeby naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym w danych okolicznościach generowało niebezpieczeństwo wystąpienia przebiegu przyczynowego prowadzącego do skutku przestępnego. Tym samym osoba niezarażona koronawirusem SARS-COV-2, która nie przestrzega obowiązku noszenia maseczki, w czasie, w którym taki nakaz prawnie obowiązuje, może ponosić odpowiedzialność wykroczeniową. Nie może natomiast zostać pociągnięta do odpowiedzialności karnej za analizowane typy skutkowe, w szczególności art. 161 § 2 k.k., gdyż obiektywnie jej zachowanie nie stwarzało zagrożenia zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną z uwagi na to, że nie była zarażona koronawirusem.

uznane z perspektywy *ex post* za zdadne do wywołania relewantnego na gruncie danego przestępstwa materialnego skutku przestępnego⁴¹.

Zakres i granice odpowiedzialności karnej za zachowania mogące prowadzić do narażenia na zarażenie chorobą zakaźną wymagają pogłębionej analizy przesłanek obiektywnego przypisania skutku przestępnego w kontekście znamion poszczególnych analizowanych typów. Jest to determinowane tym, że w opisie tych typów zostały odmiennie ujęte znamiona określające podmiot czynu zabronionego, zachowanie sprawcze oraz skutek przestępny.

Podstawą odpowiedzialności karnej za zachowania prowadzące do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną mogą stanowić uregulowane w rozdz. XIX k.k. przestępstwa z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia. Opis znamion przedmiotowych tych typów sprowadza się do wskazania, że podstawę przypisania odpowiedzialności karnej mogą stanowić wszelkie bezprawne zachowania sprawcze⁴², które są zdadne do spowodowania skutku przestępnego w postaci śmierci człowieka lub poszczególnych postaci uszczerbku na zdrowiu (ciężkiego, średniego lub lekkiego). Podobnie, za podstawę przypisania odpowiedzialności karnej za zamachy na życie lub zdrowie w przypadku uregulowanych w art. 160 k.k. typów z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo mogą zostać uznane takie bezprawne zachowania, które charakteryzują się

⁴¹ Przykładowo, niezachowanie przez osobę zarażoną koronawirusem reguł postępowania związanych z nakazem izolacji nie zawsze może stanowić podstawę przypisania jej odpowiedzialności karnej z art. 161 § 2 k.k. Pomimo uznania takiego zachowania za bezprawne, nie będzie ono stanowić podstawy przypisania skutku przestępnego, jeśli potencjalny sprawca, dopuszczając się takiego bezprawnego zachowania, nie doprowadził do stanu narażenia na zakażenie innej osoby lub osób chorobą zakaźną. Sytuacja taka będzie miała miejsce wówczas, gdy osoba zarażona naruszyła obowiązek izolacji, ale w tym czasie nie miała kontaktu z innymi osobami, które mogłyby się od niej zarazić koronawirusem.

⁴² W opisie znamion przedmiotowych przestępstw z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia ustawodawca posługuje się zazwyczaj wykorzystywanym w wypadku przestępstw materialnych modelem typizacji, sprowadzającym się do czynnościowo-skutkowego określenia zachowania sprawczego każdorazowo odniesionego do relewantnego na gruncie danego typu skutku przestępnego. Wskazana metoda typizacji charakteryzuje się tym, że za relewantne na gruncie danego typu zachowanie sprawcze uznawane jest każde zachowanie prowadzące do opisanego w znamionach typu skutku przestępnego, o ile tylko takie zachowanie, jako naruszające wymagane w danych okolicznościach reguły postępowania z dobrem prawnym i stwarzające *in concreto* społecznie nieakceptowalne niebezpieczeństwo wystąpienia skutku przestępnego, będzie mogło zostać uznane za bezprawne. Model typizacji przestępstw materialnych, oparty na czynnościowo-skutkowym określeniu zachowania sprawczego, wykorzystywany jest przez ustawodawcę wówczas, gdy założeniem jest kryminalizowanie wszystkich bezprawnych zachowań prowadzących do spowodowania skutku przestępnego danego rodzaju. Wówczas ustawodawca nie zawiera bliższej charakterystyki zachowania sprawczego w ustawowym opisie znamion, ograniczając się do ogólnego wskazania, że podstawę przypisania może stanowić każde bezprawne zachowanie prowadzące do tego skutku przestępnego. Taki model typizacji zapewnia daleko idącą elastyczność ochrony dobra prawnego, pozwalając uznać za podstawę przypisania sprawstwa każde bezprawne zachowanie powodujące negatywnie wartościowane na gruncie danego typu następstwo, które łączy się z naruszeniem lub narażeniem na niebezpieczeństwo dobra prawnego. Jednocześnie jednak taki model typizacji wymaga podejmowania często skomplikowanych zabiegów wykładniczych oraz subsumcyjnych, zmierzających do ustalenia, czy dane zachowanie sprawcze w realiach konkretnego stanu faktycznego może zostać uznane za bezprawne powodowanie relewantnego na gruncie danego typu skutku przestępnego.

zdatnością do doprowadzenia do skutku przestępnego w postaci stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Ponieważ przestępstwa z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia są przestępstwami powszechnymi z działania, a przestępstwami indywidualnymi właściwymi z zaniechania, to w przypadku działań narażających na zarażenie innej osoby lub osób chorobą zakaźną odpowiedzialność karna jest co do zasady nieograniczona podmiotowo, zaś w przypadku, gdy narażenie na zarażenie chorobą zakaźną przybiera postać zaniechania realizacji ciążyących obowiązków, podmiotem tych czynów zabronionych może być wyłącznie gwarant nienastąpienia skutku przestępnego. Z perspektywy charakterystyki zachowania sprawczego, bezwzględnym warunkiem przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu z naruszenia dobra prawnego lub narażenia go na konkretne niebezpieczeństwo jest stworzenie obiektywnej i realnej możliwości doprowadzenia innej osoby lub osób do zakażenia się chorobotwórczym patogenem. Stanowi to warunek *sine qua non* wystąpienia przebiegu przyczynowego prowadzącego do skutków w postaci śmierci osoby zarażonej, wystąpienia u niej uszczerbku na zdrowiu albo stanu bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. W tym aspekcie opis znamion przedmiotowych tych typów pozwala na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za skutki na życiu lub zdrowiu, stanowiące następstwo wszelkich bezprawnych zachowań sprawczych prowadzących do zarażenia chorobą zakaźną, jako etapu warunkującego rozwój przebiegu przyczynowego prowadzącego do śmierci, uszczerbku na zdrowiu albo stanu zagrożenia takimi uszczerbkami dla dóbr prawnych, niezależnie od tego, czy źródłem zakażenia będzie sam zarażony chorobą zakaźną sprawca, czy też doprowadzi on do zarażenia chorobotwórczym patogenem w innym przebiegu przyczynowym. Na gruncie przestępstw materialnych z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia nie ma przeszkód, żeby przypisać skutek za zachowania sprawcze polegające na wszelkich formach doprowadzenia do zarażenia chorobą zakaźną przez osoby, które same nie są nosicielami danej choroby zakaźnej. Nawiązując w tym kontekście do wcześniej poczynionych uwag, dotyczących charakterystyki poszczególnych chorób zakaźnych z punktu widzenia kryteriów determinujących ocenę prawdopodobieństwa wystąpienia przebiegu przyczynowego, prowadzącego do naruszenia lub konkretnego narażenia życia lub zdrowia na niebezpieczeństwo, należy stwierdzić, że w świetle kryteriów obiektywnego przypisania skutku na płaszczyźnie bezprawności, za zachowania zdadne do spowodowania skutku śmiertelnego lub uszczerbku na zdrowiu mogą zostać uznane tylko i wyłącznie takie choroby zakaźne, które generują prawnokarnie relewantne, a więc dostatecznie wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia przebiegu

przyczynowego prowadzącego do śmierci, uszczerbku na zdrowiu lub stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Trudno uznać za spełniające to kryterium zachowania narażające na zarażenie takim rodzajem choroby zakaźnej, która w świetle zobiektywizowanej wiedzy naukowej o jej zjadliwości (wirulencji) i śmiertelności, nie daje podstaw do poczynienia ustalenia, że samo zarażenie taką chorobą z wysokim stopniem prawdopodobieństwa skutkować będzie negatywnymi konsekwencjami zdrowotnymi. Za stanowiące podstawę przypisania przestępstw z naruszenia lub konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo można uznać tylko takie, sprzeczne z wymaganymi w danych okolicznościach regułami postępowania z dobrem prawnym, zachowania, mogące prowadzić do zarażenia chorobą zakaźną, które z uwagi na charakterystykę danej choroby, zindywidualizowane właściwości osób narażonych na zarażenie oraz konkretne okoliczności, w jakich doszło do zarażenia, z perspektywy *ex ante*, tworzą dostatecznie wysokie, a jednocześnie społecznie nieakceptowalne niebezpieczeństwo spowodowania relewantnych na gruncie tych typów skutków przestępnych.

Do przypisania odpowiedzialności za przestępstwa z naruszenia lub konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia konieczne jest również wykazanie relacji sprawczej, zachodzącej pomiędzy bezprawnym zachowaniem sprawczym, a skutkiem przestępnym. W związku z tym oczywiste jest stwierdzenie, że takie bezprawne zachowania mogą stanowić podstawę przypisania skutku przestępnego tylko wówczas, gdy następstwem takiego zachowania będzie nie tylko zarażenie innej osoby chorobą zakaźną, ale jeśli w wyniku rozwoju tej choroby zakaźnej w organizmie człowieka dojdzie do dalej idących negatywnych następstw związanych ze śmiercią osoby zarażonej, wystąpienia u niej określonych uszczerbków na zdrowiu bądź stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Tym samym, w wypadku typów z naruszenia i narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia, podstawę przypisania mogą stanowić tylko takie bezprawne zachowania, mogące z perspektyw *ex ante* generować niebezpieczeństwo zarażenia się innej osoby lub osób chorobą zakaźną, które z perspektywy *ex post* nie tylko doprowadziły do takiego zarażenia, ale również wywołały określone negatywnie wartościowane następstwa zdrowotne na skutek rozwoju choroby zakaźnej. Z perspektywy kryteriów odpowiedzialności karnej za dokonane przestępstwa z naruszenia lub konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia, nie będzie podstaw do ich przypisania, gdy bezprawne zachowanie, mogące narażać na zarażenie chorobą zakaźną, nie będzie prowadziło, w konkretnym przebiegu przyczynowym po stronie osoby zarażo-

nej, do śmierci, uszczerbku na zdrowiu albo stanu konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Co oczywiste, nie zaistnieją przesłanki do przypisania takich skutków w układach sytuacyjnych, w których w ogóle nie będzie możliwe zarażenie innej osoby lub osób chorobą zakaźną, albo pomimo zarażenia taką chorobą u osoby zakażonej nie wystąpią następstwa na życiu lub zdrowiu.

Podsumowując, poza zakresem znamion przedmiotowych typów z naruszenia i konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia pozostaje podejmowanie takich zachowań, które same w sobie nie generują społecznie nieakceptowalnego niebezpieczeństwa wystąpienia wskazanych następstw, jak również takich zachowań, które, co prawda, takie niebezpieczeństwo *in concreto* generują, ale które to zagrożenie nie urzeczywistnia się następnie w konkretnym przebiegu przyczynowym ostatecznie nie prowadząc do śmierci człowieka, wystąpienia u niego uszczerbku na zdrowiu albo stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

W praktyce istotne przeszkody w ewentualnym przypisywaniu odpowiedzialności karnej za przestępstwa z naruszenia lub konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia mogą wynikać z ogólnych deficytów w wiedzy poznawczej, dotyczących charakterystyki danej choroby zakaźnej, jak również braku możliwości dowodowego wykazania, że w konkretnym przebiegu przyczynowym śmierć lub uszczerbek na zdrowiu albo stan bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu osoby zarażonej był następstwem bezprawnego zachowania sprawcy⁴³. Jak się wydaje, sygnalizowane problemy natury dowodowej utrudniające, a w pewnych wypadkach wręcz uniemożliwiające, pociągnięcie do odpowiedzialności za skutki na życiu lub zdrowiu stanowią jeden z powodów uzasadniających stworzenie przez ustawodawcę niezależnej płaszczyzny karalności na głębokim przedpolu naruszenia dóbr prawnych jakim jest art. 161 k.k. W tej perspektywie typy z art. 161 k.k. stanowią szczególną formę kryminalizacji zastępczej, uzasadnioną koniecznością stworzenia podstawy do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej w wypadkach, gdy, z uwagi na deficyty lub trudności w sferze dowodowej, nie jest możliwe wykazanie przesłanek pozwalających na obiektywne przypisanie skutku przestępnego w postaci śmierci albo uszczerbku na zdrowiu. W praktyce przypisanie skutku często łączy się z istotnymi problemami dowodowymi związanymi z koniecznością wykazania przesłanek obiektywnego przypisania skutku przestępnego. Trudności w tym zakresie wiążą się przede wszystkim z koniecznością dowodowego wykazania

⁴³ J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 193–194.

drogi przenoszenia się patogenu chorobotwórczego z osoby na osobę. Powoduje to, że nie-
możliwe, albo bardzo utrudnione może okazać się udowodnienie, że zarażony chorobą
sprawca zainfekował nią inną osobę albo też, że ta osoba została zarażona w inny sposób
przez sprawcę. Przeprowadzenie dowodu na taką okoliczność może okazać się szczególnie
skomplikowane w razie zaistnienia stanu epidemii, w którym pokrzywdzony jest potencjal-
nie narażony na możliwość zainfekowania patogenem chorobotwórczym z różnych źródeł,
co rodzić może uzasadnione wątpliwości dowodowe, na jakiej drodze doszło do jego zaka-
żenia. Podobnie problemy dowodowe mogą wiązać się z wykazaniem związku pomiędzy
zarażeniem chorobą zakaźną a następstwem w postaci śmierci albo uszczerbku na zdrowiu
osoby zarażonej, zwłaszcza w przypadkach, w których choroba zakaźna sama nie jest bez-
pośrednią przyczyną śmierci lub uszczerbku na zdrowiu, ale prowadzi do pogorszenia stanu
zdrowia, pośrednio narażając na takie skutki w związku z tym, że zarażony jednocześnie
cierpi na choroby współistniejące. W związku z tym, że realizacja znamion przedmioto-
wych typów z art. 161 k.k. jest uzależniona wyłącznie od spowodowania następstwa
w postaci stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażeniem chorobą zakaźną, do przy-
pisania odpowiedzialności za te typy nie jest w ogóle konieczne wykazanie, że pokrzyw-
dzony został taką chorobą zarażony przez sprawcę, a wystarczające jest przesądzenie, że
na skutek bezprawnego zachowania zaistniało bezpośrednie niebezpieczeństwo takiego za-
rażenia. Prowadzi to do konstatacji, że przypisanie skutku z art. 161 k.k. jest istotnie
uproszczone dowodowo w porównaniu do typów wymagających przypisania dalej idącego
skutku w postaci śmierci, uszczerbku na zdrowiu albo zaistnienia stanu bezpośredniego
niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Art. 161 k.k. uznać
należy również za szczególną formę kryminalizacji zastępczej w tych wszystkich wypad-
kach, w których, ze względu na powolny rozwój danego rodzaju choroby zakaźnej, następ-
stwa dla życia lub zdrowia występują po długim czasie od momentu zainfekowania. W ta-
kich wypadkach szeroko zakreślony zakres odpowiedzialności z art. 161 k.k. pozwala po-
ciągnąć sprawcę zakażonego chorobą zakaźną do odpowiedzialności za zarażenie innej
osoby niezależnie od tego, że negatywne następstwa dla życia lub zdrowia pokrzywdzo-
nego wystąpią dopiero po długim okresie czasu od momentu zarażenia⁴⁴.

⁴⁴ W literaturze przedmiotu wskazuje się, że typ z art. 161 § 1 k.k. stanowi formę kryminalizacji zastępczej. Szczególne potraktowanie na tle innych chorób zakaźnych zachowania sprawczego polegającego na bez-
pośrednim narażeniu innej osoby na zarażenie HIV uzasadnia się między innymi tym, że specyfika zara-
żenia HIV polega na tym, że nosiciel może dopiero po wielu latach od zarażenia zapaść na AIDS, będącym
najbardziej zaawansowanym stadium choroby, w którym układ immunologiczny osoby chorej jest niemal
całkowicie wyniszczony. Zob. K. Banasik. *Przestępstwo narażenia na zarażenie wirusem HIV (art. 161
§ 1 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 6, s. 55 i n.; M. Królikowski [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki
(red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117–221*, Warszawa 2017, s. 350.

Typami czynów zabronionych, które powinny *prima facie* stanowić podstawę karalności za zachowania mogące prowadzić do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną, są typy uregulowane w art. 161 k.k. Jednak w rzeczywistości chronią one dobra prawne w postaci życia lub zdrowia stosunkowo wąsko na głębokim przedpolu ich naruszenia⁴⁵. Na gruncie wykładni znamion przedmiotowych typów z art. 161 k.k. istnieją wątpliwości interpretacyjne związane z niefortunnym (z punktu widzenia wiedzy medycznej, konsekwencji terminologicznej i poprawności techniki legislacyjnej) użyciem w tym przepisie określonych zwrotów językowych. Po pierwsze, pomimo wątpliwości terminologicznych⁴⁶ za synonimiczne należy uznać terminy zarażenie i zakażenie⁴⁷. Po drugie, nie znajduje uzasadnienia kryminalnopolitycznego doszukiwanie się różnicy merytorycznej pomiędzy zwrotami zarażony chorobą zakaźną i dotknięty chorobą zakaźną⁴⁸. Również te zwroty należy na gruncie art. 161 k.k. traktować synonimicznie. Po trzecie, istnieją podstawy do faktycznego zredukowania znamion przedmiotowych art. 161 k.k. przez przyjęcie założenia, że w istocie rzeczy wszystkie typy z tego przepisu kryminalizują zachowania narażające na zarażenie różnymi rodzajami chorób zakaźnych, wśród których wyróżnić można m.in. wirus HIV (§ 1) i choroby weneryczne (§ 2). Wyniki wykładni prowadzą również do stwierdzenia, że skoro wymienione w § 2 ciężka choroba nieuleczalna lub realnie zagrażająca życiu mają być chorobami zdatnymi do zarażenia innej osoby lub osób, to w konse-

⁴⁵ Na marginesie warto zauważyć, że przestępstwa z art. 161 § 1 i § 2 są ścigane na wniosek pokrzywdzonego, co istotnie ogranicza praktyczny zakres ich stosowania.

⁴⁶ Zwrócić należy uwagę, że w medycynie „zarażenie” definiuje się jako inwazję tkanek organizmu przez pasożyta nienależnie od tego, czy wywołuje chorobę, a przez „zakażenie” rozumie się inwazję tkanek organizmu przez czynnik zakaźny niezależnie od tego, czy wywołuje chorobę. W przyjętej w Polsce terminologii zakażenie dotyczy bakterii, wirusów i grzybów, natomiast w przypadku pasożytów używane jest określenie zarażenie. Zob. *Słownik terminów epidemiologicznych* w opracowaniu A. Zielińskiego dostępny na stronie internetowej „Przeglądu Epidemiologicznego”: <www.przegl Epidemiol.pzh.gov.pl>. W ustawie z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi ustawodawca konsekwentnie posługuje się w kontekście chorób zakaźnych terminem „zakażenie”.

⁴⁷ B. Michalski [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Tom X. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 326, nb 644; R. Kokot [w:] R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2020, wyd. 5, nb 18 do art. 161.

⁴⁸ W świetle wykładni językowej, za osobę dotkniętą chorobą zakaźną należałoby uznać osobę chorą na taką chorobę. Przynajmniej w przypadku części chorób zakaźnych samo zarażenie (zakażenie) chorobotwórczym patogenem może, ale nie musi, wywoływać dalej idące następstwa dla życia i zdrowia. Wydaje się jednak, że takie rozróżnienie terminologiczne prowadziłoby na gruncie art. 161 § 1 i § 2 do wykładni *ad absurdum*, gdyż oznaczałoby, że podmiotem czynu zabronionego z § 2 może być wyłącznie osoba, która już zachorowała na chorobę zakaźną. To prowadziłoby to do trudnych do kryminalnopolitycznego racjonalizowania wniosków, że nie ponosiłaby odpowiedzialności karnej osoba zarażona chorobotwórczym patogenem (nosiciel w rozumieniu art. 2 pkt 17 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi), która, wiedząc o tym fakcie, narażałaby inną osobę lub osoby na zarażenie chorobą zakaźną. W konsekwencji uzasadnione jest użycie terminów „zarażony chorobą zakaźną” oraz „dotknięty chorobą zakaźną”. Tak również z podobną argumentacją B. Michalski [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Tom X. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 326, nb 643.

kwencji prowadzi to do wniosku, że także te choroby muszą zostać uznane choroby zakaźne⁴⁹. Tym samym, jeśli uwzględnić składnię zdania z § 2⁵⁰, należy uznać, że pojęcie choroby zakaźnej jest zakresowo szersze, gdyż obejmuje jednocześnie kategorie szczególnie groźnych dla życia lub zdrowia człowieka chorób zakaźnych, będących jednocześnie ciężkimi chorobami nieuleczalnymi lub realnie zagrażającymi życiu. Taka konstatacja prowadzi do kolejnej kontrowersji dotyczącej zakresu znaczeniowego terminu „choroba zakaźna”. W doktrynie dość powszechnie postuluje się przyjęcie zawężającej wykładni przyjmującej, że na gruncie art. 161 § 2 k.k. kryminalizowane są wyłącznie zachowania narażające na zarażenie tylko takimi rodzajami chorób zakaźnych, którymi zakażenie łączy się z istotnym niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia człowieka, wynikającym z tego, że te choroby zakaźne można uznać jednocześnie za ciężkie choroby nieuleczalne lub realnie zagrażające życiu⁵¹. W razie przyjęcia tego poglądu, poza zakresem odpowiedzialności karnej pozostawałyby zachowania narażające na zarażenie chorobami zakaźnymi, charakteryzującymi się niskim poziomem zjadliwości (wirulencji) i śmiertelności, gdyż samo zarażenie taką chorobą nie generowałoby istotnego niebezpieczeństwa utraty życia lub uszczerbku na zdrowiu. Pogląd ten uzasadnia się potrzebą ograniczenia kryminalizacji tylko do zachowań narażających na zarażenie takimi chorobami zakaźnymi, które generują istotne zagrożenie dla życia lub zdrowia człowieka. Nie lekceważąc tych argumentów, trudno nie zauważyć, że taka zawężająca interpretacja nie znajduje dostatecznej podstawy na płaszczyźnie wykładni językowej i jednocześnie ignoruje decyzję kryminalizacyjną ustawodawcy, który ujął art. 161 k.k. jako przestępstwo z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, zakładając, że dostatecznym powodem do wprowadzenia odpowiedzialności karnej za zachowania narażające na zarażenie chorobą zakaźną są ewentualne skutki zdrowotne, wynikające z możliwości zakażenia się chorobami uznanymi za potencjalnie niebezpieczne dla życia lub zdrowia. W związku z tym należy postulować wykładnię użytego w art. 161 § 2 k.k. terminu choroba zakaźna, który zakłada zarówno systemowe odwołanie do definicji choroby zakaźnej, jak i do katalogu chorób zakaźnych zawartych

⁴⁹ J. Giezek [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Wolters Kluwer 2014, s. 250; B. Michalski [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Tom X. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 323 i 325, nb 636 i 641.

⁵⁰ Chodzi o rozdzielenie przecinkiem zwrotów „choroba weneryczna lub zakaźna” od „ciężka choroba nieuleczalna lub realnie zagrażająca życiu”.

⁵¹ A. Zoll [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, wyd. 5, s. 421; B. Michalski [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Tom X. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 321 i n., nb 633 i n.; R. Kokot [w:] R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2020, wyd. 5, nb 15 do art. 161; R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za narażenie na zakażenie wirusem SARS-COV-2*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 11–121.

w ustawie z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁵². Taka propozycja interpretacyjna znajduje uzasadnienie w tym, że wyodrębniony na podstawie ustawy katalog zakażeń i chorób zakaźnych został wyszczególniony w oparciu o kryterium szczególnego niebezpieczeństwa tych chorób dla życia lub zdrowia człowieka oraz łączącego się z nimi niebezpieczeństwa epidemicznego. Powiązanie wykładni terminu choroba zakaźna ze wskazaną regulacją ustawową wydaje się w pełni skorelowane z potrzebami kryminalnopolitycznymi. Takie rozwiązanie pozwala pozostawić poza sferą prawnokarnego zainteresowania te wszystkie choroby zakaźne, które z jednej strony, nie generują *in concreto* wysokiego prawdopodobieństwa wywołania u osoby zarażonej ciężkiej choroby nieuleczalnej lub realnie zagrażającej życiu, a z drugiej strony, nie zostały przez ustawodawcę zaliczone do kategorii chorób zakaźnych szczególnie niebezpiecznych dla życia lub zdrowia oraz łączących się z niebezpieczeństwem epidemicznym w oparciu o regulację ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁵³.

Znamiona przedmiotowe typu z art. 161 k.k. zostały przez ustawodawcę ujęte stosunkowo wąsko, co wynika ze sposobu określenia podmiotu czynu zabronionego oraz zakresu karalnego zachowania sprawczego. Typy z art. 161 k.k. zaliczają się do przestępstw indywidualnych właściwych, gdyż za sprawcę przestępstwa może zostać uznana wyłącznie osoba zarażoną wirusem HIV albo dotknięta chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu⁵⁴. Trafnie wskazuje się, że skoro przesłanką odpowiedzialności karnej jest ustalenie, iż sprawca wiedział, że jest zarażony (dotknięty) chorobą zakaźną, to daje to podstawę do wyprowadzenia wniosku, że podmiotem czynu

⁵² Art. 3 ust 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi odwołuje się do stanowiącego załącznik do ustawy wykazu zakażeń i chorób zakaźnych, do których znajdują zastosowanie regulacje tego aktu prawnego. Na podstawie art. 3 ust. 2 i 3 ustawy możliwe jest również wydanie stosownego rozporządzenia obejmującego regulacjami ustawy zakażeń i chorób zakaźnych innych niż wymienione w tym wykazie. W perspektywie proponowanej wykładni terminu choroba zakaźna, dla ewentualnej odpowiedzi na pytanie, czy art. 161 § 2 k.k. może stanowić podstawę odpowiedzialności za narażenie na zakażenie koronawirusem SARS-CoV-2, istotne znaczenie ma stwierdzenie, że ten rodzaj wirusa został objęty szczególnym rygiem epidemicznym na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 27 lutego 2020 r. w sprawie zakażenia koronawirusem SARS-CoV-2 (Dz.U. poz. 325).

⁵³ Mając świadomość, że przyjęte w tym opracowania rozumienie terminu choroba zakaźna pozwala uznać, że dochodzi do realizacji znamion art. 161 k.k. w przypadku zarażenia takimi częstymi w populacji chorobami zakaźnymi jak grypa (wymieniona w pkt 18 ww. wykazu zakażeń i chorób zakaźnych), czy obecnie koronawirus SARS-CoV-2, zasadne wydaje się zwrócenie uwagi na potrzebę każdorazowego rozważenia możliwości zastosowania w konkretnej sprawie klauzuli znikomego stopnia społecznej szkodliwości z art. 1 § 2 k.k. wówczas, gdy zachowanie sprawcze ograniczało się do stworzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia takimi chorobami, ale ostatecznie nie doszło do zarażenia innej osoby lub osób taką chorobą.

⁵⁴ A. Zoll [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, wyd. 5, s. 420; R. Kokot [w:] R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2020, wyd. 5, nb 30–32 do art. 161.

zabronionego z art. 161 k.k. może być wyłącznie osoba zarażona danym rodzajem choroby zakaźnej. Co więcej, takie określenie podmiotu czynu zabronionego stanowi asumpt do zawężającej wykładni zachowania sprawczego relewantnego na gruncie typów z art. 161 k.k. Skoro sprawcą czynu zabronionego może być tylko osoba zarażoną chorobą zakaźną, to nie ma wątpliwości, że intencją ustawodawcy było zapewnienie osobom trzecim ochrony przed potencjalnym źródłem niebezpieczeństwa dla ich życia lub zdrowia, wynikającym z możliwości narażenia ich na zarażenie taką chorobą przez transmisję chorobotwórczego patogenu ze sprawcy na osobę trzecią⁵⁵. W związku z powyższym, za prawnokarnie relewantne na gruncie typów za art. 161 k.k. można uznać tylko takie bezprawne zachowanie zarażonego chorobą zakaźną sprawcy, które narusza obowiązujące w danych okolicznościach reguły postępowania z dobrem prawnym w zakresie, w jakim miały one eliminować lub minimalizować niebezpieczeństwo zarażenia się chorobą zakaźną od osoby sprawcy. Poza zakresem odpowiedzialności karnej z art. 161 k.k. pozostaje podejmowanie przez zarażonego sprawcę zachowań narażających na zarażenie innej osoby lub osób chorobą zakaźną, jeśli niebezpieczeństwo zakażenia wynikałoby z innego źródła niż możliwość zakażenia się taką chorobą od sprawcy. Z tych przyczyn nie są karalne, na gruncie wskazanych typów, zachowania skutkujące stworzeniem bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia, podjęte przez osobę, która sama nie jest zarażoną chorobą zakaźną. Relewantne na gruncie art. 161 k.k. zachowanie sprawcze może polegać na działaniu w przypadkach naruszenia zakazu podejmowania określonych zachowań lub na zaniechaniu podjęcia nakazanych przez prawo zachowań. W przypadku popełnienia przestępstwa przez zaniechanie, nie nastręcza problemów uznanie osoby zarażonej chorobą zakaźną za gwaranta nienastąpienia skutku przestępnego w związku z powszechnie przyjmowanym w doktrynie poglądem, że na osobie, której zachowanie stwarza niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, ciąży szczególnie i prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi przestępnemu wynikającemu z takiego źródła⁵⁶.

Elementem opisu znamion przedmiotowych typów z art. 161 k.k., który przesądza o możliwości zakwalifikowania ich do kategorii przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, pomimo tego, że jednocześnie są to typy materialne, jest szczególnie

⁵⁵ B. Michalski [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Tom X. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 325, nb 641; R. Kokot [w:] R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2020, wyd. 5, nb 20–21 do art. 161.

⁵⁶ M. Bielski, *Normatywne podstawy dekodowania znamion przedmiotowych przestępstw materialnych z zaniechania jako przestępstw indywidualnych właściwych – przyczynek do wykładni art. 2 k.k.* [w:] J. Giezek (red.), J. Brzezińska, *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, Warszawa 2017, s. 179 i n.

ujęte znamię skutku przestępnego, jakim jest wywołanie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażeniem chorobą zakaźną. W przypadku typów z art. 161 k.k., za podstawę przypisania może zostać uznane wyłącznie bezprawne zachowanie osoby zarażonej chorobą zakaźną, polegające na podjęciu sprzecznego z wymaganymi w danych okolicznościach regułami postępowania z dobrem prawnym zachowania, narażającego inną osobę lub osoby na zarażenie chorobą zakaźną, którego następstwem jest wystąpienie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia taką chorobą⁵⁷. W związku z takim opisem skutku przestępnego dochodzi do przesunięcia ochrony życia lub zdrowia nie tylko na przedpole jego naruszenia, ale także na przedpole jego narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo. Istotą tak konwencjonalnie określonego skutku przestępnego jest doprowadzenie do sytuacji, w której istnieje możliwość transmisji patogenu chorobotwórczego ze sprawcy na inną osobę lub osoby, nawet, jeśli ostatecznie w związku z wystąpieniem takiego stanu zagrożenia do zarażenia chorobą zakaźną nie dojdzie. Spowodowanie tak określonego skutku przestępnego jest całkowicie uniezależnione od okoliczności, czy dojdzie do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną, jak również od tego, czy wystąpią dalej idące następstwa na życiu lub zdrowiu, w razie, gdyby do takiego zarażenia faktycznie doszło. Tak scharakteryzowany stan bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażeniem chorobą zakaźną, jako znamię typów z art. 161 k.k., w żaden sposób nie może być identyfikowany ze stworzeniem stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, który charakteryzuje typy z art. 160 k.k. Warunkiem *sine qua non* wystąpienia tego ostatniego skutku jest zarażenie chorobą zakaźną, gdyż bez zakażenia chorobotwórczym patogenem trudno w ogóle mówić o konkretnym niebezpieczeństwie dla życia lub zdrowia człowieka⁵⁸. Natomiast dla przypisania odpowiedzialności karnej z art. 161 k.k. wystarczające jest spowodowanie skutku w postaci bezpośredniego niebezpie-

⁵⁷ Opis znamion przedmiotowych typów z art. 161 k.k. wskazuje na to, że stanowiące ich znamię negatywnie wartościowane następstwo w postaci wywołania stanu bezpośredniego narażenia na zarażenie chorobą zakaźną zostało opisane przy użyciu techniki legislacyjnej polegającej na tzw. czynnościowym określeniu skutku, którego istota sprowadza się do tego, że z wprost opisanej charakterystyki zachowania sprawcy (w § 1 „naraża bezpośrednio inną osobę na zarażenie HIV”; w § 2 „naraża bezpośrednio inną osobę na zarażenie chorobą zakaźną”, w § 3 „naraża bezpośrednio wiele osób na zarażenie chorobą zakaźną”) pośrednio wynika, że jego następstwem jest skutek przestępny w postaci wywołanego tym zachowaniem stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażeniem HIV (§ 1) lub chorobą zakaźną (§ 2 i § 3). Model typizacji przestępstw materialnych, polegający na czynnościowym określeniu skutku przestępnego, wykorzystywany jest przez ustawodawcę wówczas, gdy w zamierzeniu, kryminalizacja ma zostać ograniczona do powodowania określonego skutku przestępnego przez ściśle określone (w związku z tym wprost opisane w znamionach typu) zachowanie sprawcy.

⁵⁸ Co więcej, w zależności od charakterystyki choroby zakaźnej przez pryzmat kryterium zjadliwości i śmiertelności, w pewnych wypadkach już samo zarażenie chorobotwórczym patogenem będzie mogło być identyfikowane jako spowodowanie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub zdrowia, zaś w przypadku chorób zakaźnych, które nie charakteryzują się wysokim współczynnikiem zjadliwości i wirulencji, do spowodowania takiego stanu niezbędne będzie rozwiniecie się choroby zakaźnej.

czeństwa zarażenia chorobą zakaźną. Wystąpienie dalej idących następstw może być ewentualną podstawą do przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwa z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia, jeśli zostaną spełnione przesłanki obiektywnego przypisania skutku przestępnego⁵⁹.

Szczególną podstawę odpowiedzialności karnej za zachowania mogące prowadzić do zarażenia chorobą zakaźną stwarzają typy czynów zabronionych z art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. w zakresie, w jakim kryminalizują zachowania sprawcze sprowadzające się do powodowania zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej, których następstwem jest sprowadzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób lub mienia w wielkich rozmiarach. Przyjęty w tym wypadku przez ustawodawcę model typizacji pozwala wyodrębnić na gruncie opisu znamion przedmiotowych dookreślone w swojej formie zachowanie sprawcze (powodowanie zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej) oraz stanowiący następstwo takiego bezprawnego zachowania skutek przestępny (sprowadzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób lub mienia w wielkich rozmiarach). Kluczowe znaczenie dla właściwego scharakteryzowania zakresu i granic odpowiedzialności karnej na gruncie art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. ma wykładnia znamion opisujących zachowanie sprawcze. Tak ujęte znamiona czynnościowe świadczą o tym, że art. 165 k.k. służy kryminalizacji zachowań, stanowiących szczególną formę zamachu na chronione dobro prawne, które charakteryzują się tym, że ze względu na wiążący się z nimi potencjał oddziaływania są one zdadne do wywołania stanu powszechnego niebezpieczeństwa⁶⁰. Zachowania powodujące zagrożenie epidemiologiczne lub szerzenie się choroby zakaźnej⁶¹ z jednej strony muszą charakteryzować się potencją sprawczą do wywołania efektu ilościowego, polegającego na sprowadzeniu niebezpieczeństwa dla wielu osób, ale równocześnie muszą być zdadne do wywołania efektu jakościowego związanego z zakresem oddziaływania zachowania sprawczego, które stanowi źródło realnego zagrożenia niekontrolowanego rozprzestrzenienia się choroby zakaźnej wśród wielu osób. Zestawiając ze sobą opisane w art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. zachowania sprawcze, sprowadzające się do powodowania zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej,

⁵⁹ W takich sytuacjach nie jest wykluczony kumulatywny bieg przepisów w przypadku, gdy realizacja znamion art. 161 k.k. będzie łączyła się z dokonaniem nieumyślnych odpowiedników przestępstw z naruszenia lub konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia. W przypadku biegu z przestępstwami umyślnymi bieg należy uznać za pomijalny.

⁶⁰ R. A. Stefański [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, s. 203–205.

⁶¹ Wskazuje się, że pojęcie zagrożenia epidemiologicznego jest pojęciem szerszym niż szerzenie się chorób zakaźnych. Zob. R. A. Stefański [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, s. 205–207.

z relewantnym na gruncie art. 161 k.k. zachowaniem, polegającym na narażeniu na zarażenie chorobą zakaźną, trudno nie dostrzec jakościowej różnicy związanej z większą skalą oddziaływania, jakie musi się łączyć z zachowaniami skutkującymi spowodowaniem powszechnego niebezpieczeństwa. Zachowanie sprawcze relewantne na gruncie znamion przedmiotowych typów z art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. musi polegać na naruszeniu takich wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym, które generuje społecznie nieakceptowane ryzyko spowodowania zagrożenia epidemicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej, co skutkuje spowodowaniem niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób. Kryminalizacji podlegają zarówno zachowania, polegające na podjęciu działań prowadzących do zagrożenia epidemicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej, jak i zaniechanie ciążących na gwarancie nienastąpienia skutku przestępnego obowiązków w zakresie zapobiegania zagrożeniu epidemicznemu lub szerzeniu się choroby zakaźnej. W kontekście stanowiącego główny przedmiot ochrony typów z art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. dobra prawnego, jakim jest bezpieczeństwo powszechne, szczególnie istotne wydaje się podkreślenie, że wskazana regulacja może stanowić podstawę do przypisania odpowiedzialności karnej za zaniechania osób odpowiedzialnych na różnych poziomach organizacji społecznej za podejmowanie działań zapobiegających rozprzestrzenianiu się choroby zakaźnej. Potencjalny zakres odpowiedzialności jest oczywiście determinowany pełnioną rolą społeczną oraz wynikającemu z niej zakresowi obowiązków zapobiegania lub przeciwdziałania niebezpieczeństwu⁶².

⁶² Potencjalne przypisanie odpowiedzialności karnej za zaniechania osób odpowiedzialnych za podejmowanie działań zapobiegających zagrożeniu epidemiologicznemu lub szerzeniu się choroby zakaźnej będzie w praktyce tym trudniejsze, im wyższy jest poziom organizacji społecznej oraz szerszy zakres odpowiedzialności za podejmowanie decyzji istotnych z punktu widzenia eliminowania i minimalizowania niebezpieczeństwa epidemicznego. Przykładowo, analizowanie potencjalnej odpowiedzialności karnej najwyższych państwowych kręgów decyzyjnych za zaniechanie działań (skutecznie) zapobiegających lub przeciwdziałających zagrożeniu epidemicznemu jest niezwykle trudne z perspektywy ustalania treści reguł postępowania, które w danych okolicznościach są wymagane dla wywiązania się z ciążącego obowiązku gwarancyjnego. Podejmowanie decyzji dotyczących tego, jakie działania faktyczne i prawne będą skutecznym środkiem zapobiegania lub przeciwdziałania epidemii (np. decyzji, kiedy wprowadzać ograniczenia epidemiczne, jaki powinny mieć zakres i treść) jest bardzo trudne do zweryfikowania z punktu widzenia ich bezprawności w sytuacjach trudności z ustaleniem, jakie racjonalne zachowania mogą być skutecznym środkiem minimalizowania zagrożenia związanych z tak niekontrolowalnym zjawiskiem, jak rozprzestrzenienie się w populacji wirusa o wysokim współczynniku zaraźliwości. Ocena działań lub zaniechań w tym zakresie jest tym trudniejsza, że podejmowanie decyzji antyepidemicznych musi uwzględniać nie tylko ich zasadność i skuteczność, jako środka do zwalczania epidemii, ale także inne szeroko rozumiane konsekwencje społeczne ich podjęcia, co zmusza do wartościowania zgodności lub niezgodności tych zachowań z prawem w kontekście kolidujących ze sobą dóbr, jakimi z jednej strony są życie i zdrowie obywateli oraz zdrowie publiczne, a z drugiej stron, konglomerat różnego rodzaju chronionych konstytucyjnie wartości (wolność jednostki, wolność prowadzenia działalności gospodarczej itp.), w zakresie których ograniczenia skutkują istotnymi następstwami społeczno-gospodarczymi zarówno w skali funkcjonowania jednostek, jak i całego społeczeństwa. Co więcej, problem odpowiedzialności osób „zarządzających zagrożeniem epidemicznym” na poziomie najwyższych gremiów państwowych jest bardzo skomplikowany nie tylko na poziomie przesądzenia o bezprawności ich zachowania, ale także na płaszczyźnie winy związanej z trudnościami z przesądzeniem zarzucalności podjęcia zachowania sprzecznego z normą sankcjonowaną, w sytuacji istnienia usprawiedliwionych i uzasadnionych wątpliwości dotyczących możliwości rozpoznania jego bezprawności.

Typy z art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. należy zaliczyć do przestępstw materialnych, wymagających przypisania sprawcy skutku przestępnego w postaci spowodowania stanu niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób. W analizowanym kontekście tak konwencjonalnie określony skutek przestępny należy identyfikować z sytuacją, w której wystąpi bezpośrednio niebezpieczeństwo zarażenia chorobą zakaźną wielu osób w związku z obiektywnie istniejącą w danych okolicznościach faktycznych możliwością transmisji chorobotwórczego patogenu w takiej skali, że będzie można mówić o zagrożeniu epidemiologicznym lub szerzeniu się choroby zakaźnej⁶³. Przypisanie skutku z art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. nie wymaga wykazania, że na skutek zachowania sprawczego wiele osób uległo zarażeniu chorobą zakaźną, a tym bardziej, że w wyniku takiego zarażenia wystąpił stan bezpośredniego niebezpieczeństwa dla ich życia lub zdrowia. W kontekście zachowań sprawczych, polegających na spowodowaniu zagrożenia epidemicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej, stworzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób należy rozumieć jako stworzenie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa narażenia na zarażenie wielu osób, jako sytuacji łączącej się jedynie z abstrakcyjnym (potencjalnym) niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia. Opisując w art. 165 § 1 pkt 1 k.k. skutek przestępny, ustawodawca nie postawił wymogu, aby „niebezpieczeństwo” dla życia lub zdrowia wielu osób było niebezpieczeństwem „bezpośrednim”. Realizacja znamion przedmiotowych tych typów nie jest w związku z tym uzależniona od wykazania, że zachowanie sprawcze skutkowało wystąpieniem stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób, a tym bardziej, że spowodowała śmierć lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób. W razie wykazania, że zachowanie realizujące znamiona typów z art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. doprowadziło do dalej idących skutków przestępnych na życiu lub zdrowiu w grę

⁶³ Za uzasadnione należy przyjąć założenie, że relewantne na gruncie art. 165 k.k. znamię skutku w postaci spowodowania niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób pełni w strukturze znamion przedmiotowych tego typu analogiczną funkcję ograniczającą odpowiedzialność karną, jak występujące w art. 161 k.k. znamię skutku w postaci stworzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia chorobą zakaźną. Każdy z tych typów, jako przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, nie jest uzależniony od wykazania, że na skutek zachowania sprawczego zaistniało co najmniej bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu człowieka, ale jednocześnie uregulowanie tych typów, jako typów skutkowych, wymaga wykazania, że w danym układzie okoliczności faktycznych obiektywnie i realnie wystąpił taki stan niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia, z którym łączy się potencjalnie ryzyko zarażenia wielu osób chorobą zakaźną oraz dalej idące ryzyko wystąpienia negatywnych następstw dla życia lub zdrowia. Przyjęcie domniemania, że zachowanie sprawcze z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k. wiąże się potencjalnym niebezpieczeństwem wystąpienia negatywnych następstw na życiu lub zdrowiu jest dopuszczalne wyłącznie wówczas, gdy na przedpolu naruszenia chronionych dóbr prawnych dowodowo zostanie wykazane zaistnienie bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia chorobą zakaźną, przejawiające się w realnym i obiektywnym ryzyku rozprzestrzeniania się chorobotwórczego patogenu w okolicznościach umożliwiających zakażenie wielu osób. Nie sposób więc pociągnąć do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k., jeśli nie ustali się, że istniało konkretne źródło chorobotwórczego patogenu, które w wyniku zachowania sprawczego generowało potencjalne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób.

wchodzi przypisanie odpowiedzialności karnej za skutki z art. 165 § 3 albo § 4 k.k.⁶⁴ Nie ma znaczenia, jakie będzie źródło zakażenia chorobą zakaźną. W szczególności nie ma znaczenia, czy źródłem zarażenia będzie zakażony chorobą zakaźną sprawca, czy też potencjalna możliwość zakażenia będzie wynikała z innego źródła niebezpieczeństwa, za które odpowiedzialny jest sprawca⁶⁵.

Na zakończenie analizy poświęconej przedmiotowemu zakresowi odpowiedzialności karnej trudno nie odnieść się do nowo wprowadzonego typu zasadniczego z art. 161 § 3 k.k. i jego relacji do art. 165 § 1 pkt 1 k.k.⁶⁶ Odwołanie się w art. 161 § 3 k.k. do § 2 tego przepisu daje podstawę do wniosku, że sprawcą czynu zabronionego może być wyłącznie osoba zarażona chorobą zakaźną, która podejmuje bezprawne zachowanie charakteryzujące się zdolnością do stworzenia tym samym (jednym) czynem sytuacji, w której możliwa będzie transmisja chorobotwórczego patogenu ze sprawcy na wiele osób. Zachowanie sprawcy relewantne na gruncie tego typu musi być zdolne do stworzenia zagrożenia zarażenia się od sprawcy chorobą zakaźną przez wiele osób. Art. 160 § 3 k.k. może budzić wątpliwości kryminalnopolityczne ze względu na relację do art. 165 § 1 pkt 1 k.k. *Prima facie* może się bowiem wydawać, że zakres karalności tych typów pokrywa się. Mają one w zbliżony sposób ujęte znamię skutku przestępnego w aspekcie ilościowym, ale pomiędzy ich zakresem karalności zachodzą istotne różnice na płaszczyźnie opisu podmiotu czynu zabronionego oraz charakterystyki zachowania sprawczego. Porównując ustawową charakterystykę znamienia skutku przestępnego należy uznać, że szczególną egzemplifikacją stanu niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób jest stan bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia wielu osób chorobą zakaźną. Takie określenie skutków przestępnych w art. 161 § 3 k.k. i art. 165 § 1 pkt 1 k.k. pozwala uznać te typy za przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo w odniesieniu do dóbr prawnych, jakimi są życie lub zdrowie człowieka. Odmienne na gruncie obu typów zostało ujęte znamię podmiotu czynu zabronionego. O ile art. 161 § 3 k.k. jest przestępstwem indywidualnym,

⁶⁴ Typy te statuują odpowiedzialność za przestępstwa z naruszenia życia lub zdrowia, dlatego dla ich przypisania konieczne jest spełnienie restryktywnych przesłanek obiektywnego przypisania skutku, charakterystycznych dla tej grupy przestępstw.

⁶⁵ Przy czym trudno nie zauważyć, że w sytuacji, gdy źródłem niebezpieczeństwa miałby być sam zarażony chorobą zakaźną sprawca, to zachowanie sprawcy, generujące ryzyko zakażenia przez niego innych osób chorobotwórczym patogenem, musiałoby być zdolne do osiągnięcia skali koniecznej do uznania go za powodujące zagrożenie epidemiologiczne lub szeregienie się choroby zakaźnej. Dlatego w takich wypadkach realizacja znamion typu z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k. może dotyczyć raczej wyjątkowych okoliczności, w których, z uwagi na uwarunkowania sytuacyjne, osoba zarażona chorobą zakaźną będzie tym samym (jednym) czynem generowała bezpośrednie niebezpieczeństwo zarażenia wielu osób.

⁶⁶ R. Kokot [w:] R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2020, wyd. 5, nb 10 do art. 161. Por. R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za narażenie na zakażenie wirusem SARS-COV-2*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 127–131.

to realizacja znamion typów z art. 165 § 1 pkt 1 k.k. nie została ograniczona do osoby zarażonej chorobą zakaźną. W końcu – co najistotniejsze – oba typy różnią się na płaszczyźnie opisu relewantnego zachowania sprawczego. Zachowanie sprawcze z art. 161 § 3 k.k. zostało opisane stosunkowo wąsko, gdyż ogranicza się wyłącznie do podjęcia bezprawnego zachowania narażającego wiele osób na zarażenie się chorobą zakaźną w związku możliwością wystąpienia transmisji chorobotwórczego patogenu ze sprawcy na potencjalne ofiary. Relevantne formy zachowania sprawczego na gruncie art. 165 § 1 pkt 1 k.k. są z jednej strony ujęte znacznie szerszej, gdyż nie ograniczają przedmiotowego zakresu ochrony wyłącznie do jednego źródła niebezpieczeństwa, jakim jest w art. 161 § 3 k.k. sprawca zdalny do zarażenia wielu osób chorobą zakaźną, a z drugiej strony, zachowanie sprawcze musi charakteryzować się pewną szczególną potencją sprawczą, związaną ze zdolnością do powodowaniu zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej. Z uwagi na wzajemną skomplikowaną relację pomiędzy zakresem karalności tych typów nie da się wykluczyć, że w pewnych szczególnych sytuacjach będą one mogły pozostawać w rzeczywistym zbiegu przepisów, który w zależności od okoliczności powinien być rozstrzygany *in concreto* jako właściwy (kumulatywny) lub niewłaściwy (pomijalny).

9.4. Podmiotowy zakres odpowiedzialności za typy kryminalizujące zachowania mogące prowadzić lub prowadzące do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną

Zakres i granice prawnokarnej ochrony przed zachowaniami mogącymi prowadzić lub prowadzącymi do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną jest istotnie determinowany na płaszczyźnie znamion strony podmiotowej. Tytułem ogólnego porównania interesujących na gruncie tego opracowania typów czynów zabronionych można wskazać, że na płaszczyźnie strony podmiotowej szeroko kształtują się podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia z rozdz. XIX k.k. oraz przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k., a odpowiedzialność z art. 161 k.k. została ujęta wąsko.

Standardem w zakresie ochrony życia lub zdrowia człowieka przed zachowaniami skutkującymi naruszeniem lub narażeniem na konkretne niebezpieczeństwo tych dóbr prawnych jest odpowiedzialność karna zarówno za umyślną, jak i nieumyślną realizację znamion przedmiotowych. Tym samym we wszystkich tych wypadkach, gdy sprawca – swoim bezprawnym zachowaniem prowadzącym do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną – wywoła, w związku z zarażeniem tą chorobą i jej rozwojem, w organizmie ofiary skutek

przestępny w postaci śmierci, określonej formy uszczerbku na zdrowiu (ciężkiego, średniego lub lekkiego) bądź bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, to może potencjalnie zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za umyślne albo nieumyślne przestępstwa z naruszenia lub konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia.

Podobnie szeroko, od strony podmiotowej, została ujęta odpowiedzialność karna za przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k., które mają swój umyślny i nieumyślny odpowiednik. Tak szeroko zakreślona odpowiedzialność na płaszczyźnie podmiotowej, pozwalająca na jej przypisanie również za spowodowanie nieumyślnego następstwa w postaci stanu niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób, utożsamianego w interesujących na gruncie tego opracowania wypadkach ze stanem bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażeniem chorobą zakaźną wielu osób, może zostać uzasadniona wyłącznie powszechnym charakterem powodowanego przez sprawcę niebezpieczeństwa. W razie spowodowania zachowaniem sprawczym skutków, idących dalej niż stworzenie stanu niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób, możliwe jest pociągnięcie do odpowiedzialności za typy kwalifikowane przez nieumyślne następstwo z art. 165 § 3 (typ umyślno-nieumyślny) lub art. 165 § 4 k.k. (typ nieumyślno-nieumyślny). W wypadkach, gdy następstwo będzie objęte przez sprawcę umyślnością, w grę będzie wchodzić kumulatywna kwalifikacja z umyślnymi przestępstwami z naruszenia życia lub zdrowia.

Ustawodawca wąsko określił podmiotowe podstawy odpowiedzialności karnej za typy z art. 161 k.k. Po pierwsze, przepis ten statuuje odpowiedzialność za przestępstwa umyślne, które – co warto podkreślić – mogą zostać zrealizowane zarówno w formie zamiaru bezpośredniego, jak i wynikowego. Typy te nie posiadają swoich nieumyślnych odpowiedników. Po drugie, zakres subiektywnego przypisania odpowiedzialności za te typy został w szczególnie sposób ograniczony na płaszczyźnie opisu znamion strony podmiotowej przez wskazanie, że sprawca musi mieć wiedzę, że jest zarażony chorobą zakaźną. Ten element opisu nie tylko pozwala wnioskować, że na płaszczyźnie przedmiotowej sprawcą przestępstwa może być wyłącznie osoba zarażona chorobą zakaźną, a zachowanie sprawcy ogranicza się do stworzenia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażeniem taką chorobą, związanego z ryzykiem transmisji chorobotwórczego patogenu ze sprawcy na inną osobę lub osoby, ale przede wszystkim wprost na płaszczyźnie znamion strony podmiotowej wprowadza dodatkowe ograniczenie, sprowadzające się w istocie rzeczy do wykluczenia możliwości przypisania odpowiedzialności sprawcy, działającego z tzw. świadomo-

mością niepełną, w zakresie kluczowej okoliczności faktycznej przesądzającej na płaszczyźnie intelektualnej o tym, że może on zostać uznany za sprawcę przestępstwa indywidualnego, jak również tego, że może zrealizować relewantne zachowanie sprawcze w związku z tym, że jako nosiciel chorobotwórczego patogenu jest zdalny do zarażania innej osoby lub osób. Wyartykułowany w opisie znamion art. 161 k.k. wymóg posiadania przez sprawcę wiedzy o tym, że jest zarażony chorobą zakaźną wyklucza więc przypisanie odpowiedzialności za narażenie na zarażenie taką chorobą w sytuacjach, w których na podstawie pośrednich okoliczności faktycznych, w pełni uświadamianych sobie przez sprawcę, mógł on z wysokim stopniem prawdopodobieństwa zakładać, że jest zarażony chorobą zakaźną, ale nie miał pewności tej okoliczności. W takich wypadkach ograniczenie strony podmiotowej w art. 161 k.k. wyklucza przypisanie odpowiedzialności sprawcy działającemu ze świadomością niepełną w zakresie tego, że jest zdalny do popełnienia przestępstwa indywidualnego, tworząc źródło zagrożenia związane z możliwością zarażenia się od niego innej osoby lub osób. Natomiast za zbyt daleko idący należy uznać wniosek, że z tak ujętego ograniczenia strony podmiotowej wynika konieczność przyjęcia pełnej świadomości sprawcy w zakresie potencjalnych dróg zarażenia chorobą zakaźną. Okoliczność ta może zostać objęta tzw. świadomością niepełną. Warto doprecyzować, że szczególne ograniczenie w stronie podmiotowej typów z art. 161 k.k. nie przekłada się na płaszczyznę woluntarywną zamiaru. Sprawca może realizować znamiona typu zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. W tej drugiej postaci zamiaru w szczególności wówczas, gdy tylko godzi się na stworzenie swoim bezprawnym zachowaniem skutku w postaci bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną.

W kontekście analizowanych typów warto na końcu podkreślić, że przypisanie odpowiedzialności karnej za przestępstwa materialne w formie umyślnej jest uzależnione od wykazania, że sprawca obejmował świadomością i wolą realizację wszystkich znamion przedmiotowych typu. Szczęólnego podkreślenia wymaga fakt, że o umyślnej realizacji znamion typu skutkowego można mówić tylko w przypadkach, w których sprawca na płaszczyźnie woluntatywnej obejmował zamiarem nie tylko istotne z punktu widzenia charakterystyki zachowania sprawczego okoliczności związane z naruszeniem wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym, ale również obejmował swoją świadomością i wolą skutek przestępny, mając świadomość możliwości wystąpienia negatywnie wartościowanych następstw zachowania sprawczego oraz, co najmniej godząc się na ich wystąpienie. Nie ma zatem podstaw do przypisania odpowiedzialności karnej za

umyślne przestępstwo skutkowe w stanach faktycznych, w których sprawca będzie umyślnie naruszał wymagane w danych okolicznościach reguły postępowania z dobrem prawnym, ale nie będzie obejmował swoim zamiarem spowodowania skutku przestępnego, nie chcąc ani nie godząc się na jego wystąpienie. Ta ogólna konstatacja, dotycząca zasad subiektywnej przypisywalności sprawstwa przestępstw materialnych, jest o tyle ważna, że w praktyce pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za następstwa zachowań sprawczych relewantnych na gruncie analizowanych typów będzie istotnie uzależniona od możliwości wykazania sprawcy, że obejmował on swoim zamiarem prawnokarnie relewantne negatywnie wartościowane następstwo. Warto też zaznaczyć, że z uwagi na stopniowalność, w kontekście stopnia zagrożenia dla dóbr prawnych, charakter istotnych na gruncie tych typów skutków przestępnych z reguły łatwiejsze będzie przypisanie sprawcy zamiaru spowodowania bliżej idących skutków w postaci wywołania bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia chorobą zakaźną innej osoby lub osób (art. 161 k.k.) czy niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób (art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k.); natomiast będzie to trudniejsze w przypadku przypisania odpowiedzialności za umyślne następstwa w postaci spowodowania stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, uszczerbku na zdrowiu lub śmierci (w przypadku przestępstw z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo życia lub zdrowia z rozdz. XIX k.k.). Zasadnicze znaczenie będą miały tu kryteria pozwalające oddzielić od siebie realizację znamion podmiotowych typów skutkowych w formie zamiaru wynikowego od ich realizacji w formie świadomej nieumyślności, które opierają się przede wszystkim na kryterium subiektywnej rozpoznawalności przez sprawcę występującego *in concreto* prawdopodobieństwa spowodowania skutku przestępnego w związku z podjętym zachowaniem sprawczym.

9.5. Podsumowanie

Przeprowadzona analiza zakresu i granic odpowiedzialności za typy czynów zabronionych, stanowiących potencjalną podstawę odpowiedzialności za zachowania mogące prowadzić lub prowadzące do zarażenia innej osoby lub osób chorobą zakaźną, wskazuje dość jednoznacznie na to, że pomimo tego, iż ustawodawca co do tej kategorii zachowań rozszerzył zakres karalności na głębokie przedpole naruszenia dóbr prawnych w postaci życia lub zdrowia, wprowadzając w art. 161 k.k. szczególny typ z abstrakcyjnego narażenia tych dóbr prawnych na niebezpieczeństwo, to jednak zakres tego wyjątku od zasady, że w polskim systemie prawa karnego odpowiedzialność za zamachy na życie lub zdrowie nabudowana jest na przestępstwach z naruszenia lub narażenia na konkretne niebezpieczeństwo

jest stosunkowo wąski. Dotyczy on bowiem jedynie kategorii stanów faktycznych, w których posiadający wiedzę o zarażeniu chorobą zakaźną sprawca naraża na zarażenie taką chorobą przez stworzenie, jako nosiciel, ryzyka transmisji chorobotwórczego patogenu na inną osobę lub osoby, powodując w ten sposób skutek przestępny sprowadzający się do spowodowania bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia taką chorobą, z którym łączy się abstrakcyjne (potencjalne) zagrożenia dla życia lub zdrowia człowieka. Tym samym wynikające z art. 161 k.k. rozszerzenie ochrony dóbr prawnych w aspekcie indywidualnej ochrony życia lub zdrowia jest ograniczone do wąskiej kategorii stanów faktycznych. Podobnie za szczególną podstawę do wzmożonej ochrony dóbr prawnych w postaci życia lub zdrowia w aspekcie ochrony ponadindywidualnej należy uznać typy z art. 165 § 1 pkt 1 i § 2 k.k. Konstrukcyjnie typy te również zostały ukształtowane jako przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia, a jednocześnie na płaszczyźnie podmiotowej przewidują karalność zarówno za umyślną jak i nieumyślną realizację znamion. Jednak należy pamiętać, że przypisanie odpowiedzialności z art. 165 § 1 pkt 1 lub § 2 k.k. jest możliwe tylko w odniesieniu do szczególnej kategorii zachowań sprawczych, związanych z powodowaniem stanu zagrożenia epidemicznego lub szerzenia się choroby zakaźnej.

10. Wyłączenie odpowiedzialności karnej w okolicznościach nadzwyczajnych wywołanych stanem pandemii COVID-19

10.1. Wprowadzenie

Pandemia COVID-19 wywołuje zjawiska społeczne, które jeszcze w nieodległej czasowo rzeczywistości, należałoby określić jako nadzwyczajne, niestandardowe, niespotykane. Siła, z jaką pandemia zmieniła niemal wszystkie aspekty funkcjonowania człowieka, spowodowała konieczność nagłego odejścia od utrwalonych i społecznie akceptowanych reguł postępowania z dobrami prawnie chronionymi i dostosowania się do nowych realiów, przy jednoczesnym braku zastanych reguł adekwatnych do stanu powszechnego i długotrwałego zagrożenia pandemicznego. Nieaktualne w pandemicznej rzeczywistości stały się zarówno standardy, które uległy normatywizacji, jak i te, które wynikały z wiedzy i doświadczenia życiowego płynącego z kontaktów z danym dobrem. Nadto w związku z gwałtowną zmianą rytmu epidemii w IV kwartale 2020 r.¹ w praktyce medycznej ujawniła się konieczność odchodzenia od „nadzwyczajnych standardów postępowania”, wykształconych już na potrzeby pandemii, jednak w jej początkowej i mniej dynamicznej w polskich warunkach fazie. Logarytmiczny wzrost liczby zakażeń jesienią 2020 r. a następnie wiosną 2021 r. spowodował, że „nadzwyczajne standardy” wypracowane w początkowych etapach epidemii, okazały się być niemożliwe do utrzymania, chociażby z uwagi na deficyt medyków, należycie wyposażonych miejsc w szpitalach, liczbę wykonywanych testów przesiewowych. W praktyce medycznej ujawniły się przypadki polegające nie tylko na przełamaniu zwyczajnych standardów w nadzwyczajnych okolicznościach, ale także polegające na przełamaniu standardów nadzwyczajnych lub podejmowania zachowań, które, co do

¹ Dostępny w internecie: <<https://www.worldometers.info/coronavirus/country/poland/>>, [dostęp: 22 grudnia 2021].

zasady, należałoby uznać za realizujące znamiona najpoważniejszych przestępstw, w tym skierowanych przeciwko życiu, jednak w warunkach tzw. kolizji obowiązków, stanu wyższej konieczności, innych okoliczności wyłączających przestępność czynu².

Bezpośrednio po oficjalnym ujawnieniu się niesławnego wirusa na terytorium Polski, doktryna prawa karnego za pilną potrzebę uznała przedstawienie rozwiązań pozwalających wyłączyć odpowiedzialność karną medyków, którzy – jak wynikało z doświadczeń państw, w których wirus zaczął szerzyć się wcześniej niż w Europie Środkowo-Wschodniej – mogli już wiosną 2020 r. stanąć przed dylematami dotychczas znanymi współczesnym adeptom prawa oraz medycyny jedynie z podręczników, jako akademickie przykłady prezentowane celem zobrazowania instytucji stanu wyższej konieczności lub kolizji obowiązków. Pojawiły się analizy dotyczące prawnokarnej oceny: zachowań medyka działającego (tudzież niepodejmującego działań do których, co do zasady, jest zobowiązany) w warunkach konfliktu dóbr oraz kolizji obowiązków w sytuacji, w której medyk nie może jednocześnie udzielić pomocy adekwatnej do stanu zdrowia wszystkim potrzebującym pacjentom³; możliwości uchylenia się przez medyka od obowiązku leczenia w razie braku adekwatnych środków zabezpieczających przed zakażeniem lub zbyt wysokiego ryzyka związanego

² *Kronika epidemii*, „Gazeta Wyborcza” [online], 3 listopada 2020 [dostęp: 22 grudnia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://wroclaw.wyborcza.pl/wroclaw/7,35771,26472548,kronika-epidemii-2-listopada-tylko-10-wolnych-respiratorow.html>>; *Pacjent z koronawirusem zmarł w karetce. Czekal na przyjęcie do szpitala w Nysie*, „Gazeta Wyborcza” [online], 11 października 2020 [dostęp: 22 grudnia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://www.rp.pl/Zdrowie/310189953-Koronawirus-karetki-na-podjezdzcie-do-szpitala-i-zgony-z-po-wodu-braku-wolnych-lozek-w-szpitalach.html>>. O selekcjonowaniu pacjentów mogą świadczyć także oficjalne statystyki zgonów wskazujące na znaczący wzrost liczby zgonów w październiku 2020 w porównaniu do lat ubiegłych (wzrost w stosunku do października 2019 wynosi 39,3 proc.). Według danych Ministerstwa Cyfryzacji (na podstawie statystyk z Rejestru Stanu Cywilnego) łącznie w całej Polsce w październiku 2020 zmarły 47 593 osoby, natomiast w październiku 2015 – 33,2 tys.; w październiku 2016 – 33,4 tys.; w październiku 2017 – 34,4 tys.; w październiku 2018 – 34,3 tys.; w październiku 2019 – 34,2 tys. Także z informacji udostępnionych przez Główny Urząd Statystyczny wynika, że sytuacja demograficzna Polski w 2020 r. była zdeterminowana wpływem pandemii SARS-CoV-2, chodzi tu w szczególności o najwyższą od kilkudziesięciu lat liczbę zgonów. Liczba zgonów w 2020 r. przekroczyła o ponad 100 tys. średnioroczną wartość z ostatnich 50 lat, natomiast współczynnik zgonów na 100 tys. ludności osiągnął najwyższą wartość od 1946 r. Najwyższe natężenie zgonów zanotowano w IV kwartale 2020 r. – zarejestrowano ich o ponad 60% więcej niż w analogicznym okresie roku poprzedniego (GUS, *Umieralność i zgony według przyczyn* [online], 28 czerwca 2021 [dostęp: 22 grudnia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/statystyka-przyczyn-zgonow/umieralnosc-i-zgony-wedlug-przyczyn-w-2020-roku,10,1.html>>; D. Pawłowska, *To był czarny rok. Najwięcej zgonów w Polsce od II wojny światowej*, „Wyborcza.pl” 4 stycznia 2021 [dostęp: 22 grudnia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://biqdata.wyborcza.pl/biqdata/7,159116,26656014,zgony-w-2020-r.html>>.). Z danych dostępnych w grudniu 2021 wynika jednoznacznie, że w roku 2021 sytuacja była jeszcze gorsza niż w roku 2020 (GUS, *Zgony według tygodni* [online] 16 grudnia 2021, [dostęp: 22 grudnia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/ludnosc/zgony-wedlug-tygodni,39,2.html>>.). Ze statystyk niezbicie wynika, że na nadliczbowe zgony składają się nie tylko zgony osób chorych na COVID-19, ale także zgony pacjentów innych niż osoby zakażone, jak się wydaje niemogących uzyskać adekwatnej pomocy medycznej z powodu przeciążenia systemu opieki zdrowotnej.

³ Patrz np. P. Kardas, *Konstytucyjne podstawy rozstrzygania kolizji obowiązków i konfliktów dóbr w czasie epidemii*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 5–8; J. Giezek, *Kolizja obowiązków spoczywających na pracownikach opieki medycznej w dobie pandemii COVID-19*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 29–50.

z zakażeniem dla samego medyka lub innych pacjentów⁴; stosowania nowatorskich oraz niestandardowych metod i narzędzi leczenia pacjentów z COVID-19 oraz prawnokarnej oceny udzielania świadczeń medycznych wedle reguł i przy wykorzystaniu narzędzi odmiennych od standardów postępowania stosowanych i akceptowanych w czasie poprzedzającym pandemię⁵.

Inne priorytety miał legislator w zakresie dostosowania zakresu norm prawa karnego do stanu pandemii. Za kluczowe uznano wprowadzenie przepisu wyłączającego odpowiedzialność karną za przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym (296 k.k.) oraz przestępstwo nadużycia władzy publicznej (231 k.k.) osób, które w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, nabywając towary lub usługi niezbędne dla zwalczania tej choroby zakaźnej i naruszyły obowiązki służbowe lub obowiązujące przepisy, jeżeli działały w interesie społecznym, gdy (bez dopuszczenia się naruszeń) nabycie tych towarów lub usług nie mogłoby zostać zrealizowane albo byłoby istotnie zagrożone⁶. Artykuł 10 c ustawy o przeciwdziałaniu COVID-19 wszedł w życie 31 marca 2020 r. i utracił moc z dniem 5 września 2020 r.⁷ Rozpoczęto więc prace legislacyjne nad następcą art. 10 c, w postaci projektu art. 10 d w brzmieniu: „Nie popełnia przestępstwa, kto w celu przeciwdziałania COVID-19 narusza obowiązki służbowe lub obowiązujące przepisy, jeżeli działa w interesie społecznym i bez naruszenia tych obowiązków lub przepisów podjęte działanie nie byłoby możliwe lub byłoby istotnie utrudnione”⁸. Projekt w toku prac w sejmowej komisji Finansów Publicznych zmienił

⁴ M. Bielski, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza za uchylenie się od leczenia – kilka uwag o wykładni art. 26 § 4 k.k.*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 51–74.

⁵ D. Zając, *Modyfikacja reguł sztuki lekarskiej w czasach epidemii COVID-19 – perspektywa prawnokarna*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 99–112.

⁶ Potrzeba była na tyle paląca, że w dniu 31 marca 2020 r. uchwalone zostały dwie ustawy zawierające wskazaną klauzulę w niemal takim samym brzmieniu: Dz.U. poz. 567 i Dz.U. poz. 568. Ostatecznie od 16 kwietnia 2020 r. w systemie prawa pozostał art. 10c w brzmieniu „Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 231 lub art. 296 k.k., deliktu dyscyplinarnego ani czynu, o którym mowa w art. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, kto w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, nabywając towary lub usługi niezbędne dla zwalczania tej choroby zakaźnej, narusza obowiązki służbowe lub obowiązujące w tym zakresie przepisy, jeżeli działa w interesie społecznym, zaś bez dopuszczenia się tych naruszeń nabycie tych towarów lub usług nie mogłoby zostać zrealizowane albo byłoby istotnie zagrożone” zawarty w ustawie z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, Dz.U. poz. 567. Dalej ustawa określana w skrócie mianem „ustawy o przeciwdziałaniu COVID”. Kompleksowe omówienie, a w zasadzie krytyka tej regulacji: J. Giezek, P. Kardas, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za nadużycie zaufania i nadużycie władzy publicznej w okresie epidemii – kilka uwag o osobliwościach epizodycznych regulacji prawnych*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 7–8, s. 5–34.

⁷ Na mocy art. 36 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu COVID, przewidującego, że art. 10c traci moc po upływie 180 dni od wejścia w życie.

⁸ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych złożony dnia 12 sierpnia 2020 r., Druk nr 539, [dostęp: 22 grudnia 2021]. Dostępny w internecie: <<http://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=539>>.

brzmienie na następujące „Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 231 § 1 i 3 lub art. 296 § 1, 1a, 3 i 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444), kto, w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, działając w celu przeciwdziałania COVID-19, narusza obowiązki służbowe lub obowiązujące przepisy, jeżeli bez dopuszczenia się tych naruszeń podjęte działania nie mogłyby zostać zrealizowane albo byłyby istotnie zagrożone, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego”⁹. Pomimo, że projekt art. 10d gwarantuje szerokiej i bliżej nieokreślonej grupie podmiotów bezkarność, w sytuacjach, które co do zasady powinny stanowić przedmiot zainteresowań organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, uzasadnienie projektu nie jest obszerne i sprowadza się do ogólników¹⁰. Jedyny konkret to wskazanie, że projekt przewiduje nowy kontratyp „nawiązujący do konstrukcji stanu wyższej konieczności”.

Inicjatywa ustawodawcza, mająca wedle intencji projektodawców zagwarantować „bezpieczeństwo prawne” medykom, pojawiła się dopiero w październiku 2020 r. w postaci tzw. klauzuli dobrego Samarytanina, stanowiącej, że nie popełnia przestępstwa, o którym mowa w art. 155, art. 156 § 2, art. 157 § 3 lub art. 160 § 3 k.k., ten, kto w okresie ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, udzielając świadczeń zdrowotnych w ramach rozpoznawania lub leczenia COVID-19 i działając w szczególnych okolicznościach, dopuścił się czynu zabronionego, chyba że spowodowany skutek był wynikiem rażącego niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. W wyniku nowelizacji w styczniu 2021 roku, art. 24 ustawy ostatecznie przybrał brzmienie następujące „Nie popełnia przestępstwa, o którym mowa w art. 155, art. 156 § 2, art. 157 § 3 lub art. 160 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 i 1517), ten, kto w okresie ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, udzielając świadczeń zdrowotnych na podstawie ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2020 r. poz. 514, 567, 1291 i 1493), ustawy z dnia 20 lipca 1950 r. o zawodzie felczera (Dz.U. z 2018 r. poz. 2150 oraz z 2020 r. poz. 1291), ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarzy i położnej (Dz.U. z 2020 r. poz. 562, 567, 945 i 1493), ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. z 2020 r. poz. 882 i 2112) albo ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r.

⁹ Druk nr 569-A z dnia 16 września 2020 r., [dostęp: 22 grudnia 2021]. Dostępny w internecie: <<http://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=569-A>>.

¹⁰ Uzasadnienie projektu zawartego w druku 569, [dostęp: 22 grudnia 2021]. Dostępny w internecie: <<http://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=539>>.

o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi w ramach zapobiegania, rozpoznawania lub leczenia COVID-19 i działając w szczególnych okolicznościach, dopuścił się czynu zabronionego, chyba że spowodowany skutek był wynikiem rażącego niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”¹¹.

Jak wynika z przepisu, klauzula ma zastosowanie tylko do sytuacji, w których doszło do popełnienia „czynu zabronionego” w rozumieniu prawa karnego, a więc czynu bezprawnego, realizującego znamiona wymienionych w klauzuli przestępstw. W tekście broniona jest teza, że medyk działający w szczególnych okolicznościach pandemii i to nie tylko „w ramach zapobiegania, rozpoznawania lub leczenia COVID-19”, ale także w kontakcie z innymi pacjentami, o ile podejmowane są w okolicznościach odbiegających od typowych, w praktyce najczęściej nie popełnia nawet czynu zabronionego. Nie ma zatem powodu uciekania się do specjalnej klauzuli wyłączającej przestępność od odpowiedzialności karnej dla ratowania medyka w sytuacji, w której jego zachowanie nie jest nawet bezprawne.

Innymi słowy artykuł 10d projektu ustawy o przeciwdziałaniu COVID-19, podobnie jak tzw. klauzula dobrego Samarytanina jest zbędny dla dokonania adekwatnej prawnokarnej oceny niestandardowych zachowań osób zmagających się ze społecznymi, gospodarczymi, medycznymi skutkami pandemii. Adekwatnej oceny czynów uchybiających „obowiązującym przepisom” oraz pozanormatywnym regułom postępowania i zarazem popełnionych w nadzwyczajnych okolicznościach kształtowanych pandemią, można z powodzeniem dokonać odwołując się do istniejących instytucji prawa karnego.

W artykule przyjęto założenie, że przed przystąpieniem do oceny, czy zachodzi któraś z okoliczności wyłączających przestępność, w postaci stanu wyższej konieczności, kolizji obowiązków (26 k.k.), obrony koniecznej (art. 25 k.k.), usprawiedliwionego błędu co do znamion (28 k.k.); usprawiedliwionego błędu co do działania w warunkach okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną (29 k.k.); brak karygodności czynu zabronionego (art. 1 § 2 k.k.) a także któraś z nowych klauzul wyłączających karalność, należy zbadać, czy zachowanie, będące przedmiotem prawnokarnej wartościowania, spełnienia elemen-

¹¹ Art. 24 ustawy z dnia 28 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z przeciwdziałaniem sytuacjom kryzysowym związanym z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. poz. 2112 ze zm.). Znowelizowany w styczniu 2021 r. przez art. 24 ustawy z dnia 21 stycznia 2021 r. (Dz.U. poz. 159) z dniem 26 stycznia 2021 r. Część też prezentowanych w niniejszym artykule stanowiła punkt wyjścia dla tekstu poświęconego wyłącznie problematyce klauzuli: E. Plebanek, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za niewłaściwe leczenie w czasie pandemii COVID-19 a klauzula dobrego Samarytanina*, „Palestra” 2021, nr 1–2, s. 60–76.

tarne kryteria przypisania odpowiedzialności karnej. Dopiero wówczas zasadne jest rozważenie, czy zachodzą okoliczności wyłączające przestępność czynu. Dla potrzeb artykułu przyjęto założenie, że dla przypisania odpowiedzialności karnej w pierwszej kolejności należy ustalić, czy dane zachowanie stanowi „czyn” w rozumieniu prawa karnego. Następnie konieczne jest ustalenie, czy doszło do niedozwolonego ataku na dobro prawnie chronione, tj. czy badane zachowanie naruszyło reguły postępowania z dobrem prawnie chronionym, wymagane od danego podmiotu w danych okolicznościach¹². Jeżeli sprawca nie naruszył reguł postępowania z dobrem, czyn nie może stać się przedmiotem dalszego prawnokarnego wartościowania pod kątem realizacji znamion przestępstwa¹³. Uwzględnienie powyższych założeń stanowi podstawę dla uznania wielu zachowań powiązanych z pandemią COVID-19 za pierwotnie legalne, bez odsyłania do instytucji okoliczności wyłączających przestępność czynu i to pomimo, iż w okolicznościach z czasu „przed pandemią”, te same zachowania zostałyby uznane za czyny zabronione.

Z uwagi na charakter niniejszego tekstu rozważania ograniczam do podstawowych zagadnień, nie pretendując do rozstrzygnięcia a nawet szerszego omówienia kontrowersji

¹² Prowadzone dalej rozważania na temat aspektu bezprawności, karalności, karygodności i winy w strukturze przestępstwa prowadzone są w oparciu o tzw. wielowarstwową strukturę przestępstwa oraz tzw. czystą normatywną koncepcję winy. Poszczególne elementy struktury stanowią wzorce, do których porównujemy badany czyn człowieka, oceniając każdorazowo inne aspekty tego zachowania. Szerzej: A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa* [w:] T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990; A. Zoll, *Problemy teoretyczne struktury przestępstwa – Podstawy regulacji w nowym polskim kodeksie karnym* [w:] *Przestępczość przygraniczna. Nowy polski kodeks karny*, G. Wolf (red.), t. 2, Ślubice, Poznań 2003, s. 27; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 166–167; A. Zoll [w:] *Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Ragłęwski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), Warszawa 2007 r., s. 22 i n. Na temat oddzielenia strony podmiotowej i winy, jako dwóch różnych elementów struktury przestępstwa zob. szerzej: A. Zoll, *Ogólne zasady odpowiedzialności karnej w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 10, s. 33 i n.; A. Zoll, *Strona podmiotowa i wina w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji* [w:] *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 407 i n.; A. Zoll, *Typ czynu zabronionego charakteryzujący się nieumyślnością* [w:] J. Majewski (red.), *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2012, s. 63 i n.; A. Zoll, *Kwalifikacja prawna czynu i wina niepoczytalnego sprawcy* [w:] *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego* [w:] J. Majewski (red.), Toruń 2010, s. 10. Patrz też A. Barczak-Oplustil, *Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Prawnych” 2005, z. 2, s. 79; M. Małecki, *Umyślność i nieumyślność w projekcie nowelizacji kodeksu karnego. Analiza wybranych uwag krytycznych*, „Palestra” 2014, nr 5–6, s. 108 i n.; M. Rodzyński, *Określenie umyślności i nieumyślności w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 5, s. 59–60; Ł. Pohl, *Błąd co do znamion czynu zabronionego* [w:] *System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej. Tom 4*, red. L. K. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 653; W. Wróbel, *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie postępowania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej* [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Zakamycze 2006, s. 662 i n.

¹³ A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990(23), s. 69.

związanych z normatywną charakterystyką kryteriów przypisania odpowiedzialności karnej i instytucji wyłączających odpowiedzialność karną. Pomijam także kwestię możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osób odpowiadających za prawidłową organizację działania państwa w czasie epidemii, a w szczególności za przygotowanie organizacyjne państwa na przewidywane przez ekspertów kolejne fale zakażeń.

10.2. Czy medyk, który nie podejmuje określonych działań w kontakcie z pacjentem zawsze popełnia „czyn” w rozumieniu prawa karnego?

Dla potrzeb artykułu przyjęto, że czyn w rozumieniu prawa karnego to zewnętrzne zachowanie człowieka (działanie lub zaniechanie) podjęte w warunkach dowolności zachowania się uzależnionej od wystąpienia sytuacji możliwości wyboru zachowania¹⁴. Natomiast brak czynu zachodzi m.in. wtedy, gdy niewykonanie oczekiwanego ruchu (zaniechanie wykonania określonych działań koniecznych dla ochrony dobra prawnego) jest wynikiem braku możliwości lub warunków koniecznych do wykonania określonego działania, do którego dana osoba była zobowiązana. Jeżeli brak narzędzi lub innych warunków, koniecznych dla podjęcia przez medyka działań, nie został wywołany przez zawinione zachowanie sprawcy „na przedpolu”, nie ma możliwości przypisania odpowiedzialności karnej.

Przykładowo, nie można uznać za sprawcę czynu zabronionego dyspozytora karettek pogotowia, który nie przysłał załogi do pacjenta w stanie bezpośredniego zagrożenia życia, w wyniku czego pacjent umiera, jeżeli dyspozytor nie ma możliwości wysłania specjalistycznej karetki tudzież wykonania innego działania alternatywnego z przyczyn obiektywnych, niezawinionych przez dyspozytora. Nie popełnia czynu zabronionego osoba, odpowiedzialna za przyjmowanie pacjentów do szpitala, która odmawia przyjęcia pacjenta w stanie bezpośredniego zagrożenia życia, w wyniku czego pacjent umiera w karetce, jeżeli szpital nie ma możliwości przyjęcia kolejnego pacjenta. Nie popełnia czynu zabronionego osoba, która nie podłącza pacjenta z niewydolnością oddechową do respiratora w sytuacji, w której nie ma wolnych stanowisk respiratorowych lub nie ma osoby mającej chociażby

¹⁴ A. Zoll, *Komentarz do art. 1 K.K.* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, SIP LEX, tezy 8–17 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

podstawowe umiejętności w obsłudze tego rodzaju urządzeń. Nie popełnia czynu zabronionego lekarz, który nie podaje tlenu pacjentowi z ciężką niewydolnością oddechową, z uwagi na wyczerpanie się jego zapasów¹⁵.

Trudno zarzucić „czyn zabroniony” osobie, która wprawdzie dysponuje narzędziami niezbędnymi do podjęcia wysoce wyspecjalizowanych zadań, ale nie ma kompetencji i umiejętności praktycznych pozwalających na uruchomienie i skorzystanie z danego narzędzia, zaś owe braki w wiedzy i umiejętnościach nie wynikają z zawinionego uprzedniego zaniechania tej osoby. Przykładowo, nie popełnia czynu zabronionego emerytowany lekarz okulista skierowany w trybie pilnym do pacjenta wymagającego intensywnej terapii, w sytuacji, w której nie posiada umiejętności pozwalających na podłączenie pacjenta do zaawansowanych technologicznie i wymagających specjalistycznej wiedzy urządzeń podtrzymujących życie, gdyż w jego specjalności tego rodzaju umiejętności nie są wymagane, zaś wiedza i umiejętności wyniesione ze studiów medycznych nie dość, że nieporównywalne z kompetencjami specjalisty w tej dziedzinie, to jeszcze dawno uległy dezaktualizacji.

Brak czynu zachodzi także wtedy, gdy człowiek zobowiązany do określonego działania nie wykonuje obowiązku na skutek braku możliwości odebrania odpowiedniego impulsu aktualizującego obowiązek (nie może odebrać nowych informacji koniecznych do psychicznego sterowania ruchami)¹⁶. Innymi słowy nie ma cechy czynu brak ruchu w spodziewanym kierunku, wywołany brakiem fizycznej możliwości jego wykonania. Przykładowo nie popełnia czynu zabronionego medyk, który z uwagi na skrajne zmęczenie, nie wynikające z jego uprzednich osobistych zaniedbań (zawinienie „na przedpolu”), ale ze skrajnego przeciążenia obowiązkami zawodowymi, wywołanymi ogólnie znanymi „okolicznościami nadzwyczajnymi”, znajdzie się w stanie wyczerpania organizmu, które uniemożliwia podjęcie działań.

Czynem poddającym się dalszemu prawnokarnemu wartościowaniu może być dopiero zawinione doprowadzenie do sytuacji, w której wykonanie danego działania stawało się niemożliwe, tzw. zachowanie na przedpolu czynu zabronionego¹⁷.

¹⁵ Przykłady zaczerpnięte Listu otwartego Ratowników Medycznych do Ministra Zdrowia z dnia 1 listopada 2020 r. [dostęp: 22 grudnia 2021]. Dostępny w internecie: <<https://www.medexpress.pl/list-otwarty-komitetu-protestacyjnego-ratownikow-medycznych-do-ministra-zdrowia/79494>>.

¹⁶ A. Zoll, *Komentarz do art. 1 k.k.* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, SIP LEX, teza 15.

¹⁷ A. Zoll, *Komentarz do art. 1 k.k.* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, SIP LEX, teza 15.

10.3. Czyn zabroniony jako czyn naruszający reguły postępowania wymagane w „danych okolicznościach” w tym w „okolicznościach nadzwyczajnych”.

W prawie karnym nie budzi wątpliwości pogląd, że zakazane lub nakazane mogą być tylko takie czyny, które naruszają wynikające z wiedzy i doświadczenia reguły postępowania obowiązujące w kontakcie z dobrem prawnie chronionym. **Czyn zrealizowany zgodnie z regułami postępowania, nie jest bezprawny, nawet jeżeli obiektywnie doprowadził do naruszenia dobra prawnego.**

Reguły postępowania to wynikające z wiedzy i doświadczenia życiowego dyrektywy techniczne wskazujące, jak dany podmiot powinien postąpić w konkretnych okolicznościach faktycznych. Reguły wskazują poziom społecznie tolerowanego ryzyka dla dobra prawnego. Innymi słowy reguły postępowania wskazują adresatowi normy sankcjonowanej (potencjalnemu „sprawcy przestępstwa”) wymagany od niego sposób postępowania w konkretnych okolicznościach faktycznych, który, nawet jeżeli spowoduje zagrożenie lub naruszenie dobra prawnego (np. śmierć pacjenta), nie będzie stanowił naruszenia dyspozycji normy sankcjonowanej (sprawca nie będzie pociągnięty do odpowiedzialności karnej z uwagi na brak cechy bezprawności badanego zachowania). Reguły postępowania określają: kwalifikacje podmiotu wchodzącego w kontakt z dobrem prawnym, właściwości przedmiotu wykorzystywanego w kontakcie z dobrem prawnym, sposób wykonania czynności¹⁸.

Ustawodawca wprost odwołuje się do „niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach” jako przesłanki koniecznej przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo nieumyślne (art. 9 § 2 k.k.). Odnosi się to wszelkich czynów zabronionych, a nie tylko „błędów w leczeniu”, które popełniono w okresie pandemii. Także przepisy

¹⁸ Szerzej W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 167; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym*, Warszawa 2011, s. 271. Szerzej np. A. Gaberle, *Dopuszczalne ryzyko jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu*, „Nowe Prawo” 1965, nr 12, s. 1401; K. Buchała, *Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 43 i n.; A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, nr 23, s. 63 i n.; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 313 i n.; J. Giezek, *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 1, s. 65; tenże, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 85; W. Wróbel, *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, Kraków 1992; R. Dębski, *Pozastawowe znamiona przestępstwa (O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie)*, Łódź 1995, s. 170; A. Barczak-Oplustil, *Reguły postępowania z dobrem jako znamię typu czynu zabronionego*, Kraków 2004; M. Bielski, *Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2004, z. 1, s. 34–41; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013; s. 235–237, i obszerna literatura oraz orzecznictwo tam cytowane. SN w wyr. z 4 kwietnia 2000 r., II K.K.N 559/97, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2000, nr 9, poz. 7; SN w wyr. z 17 czerwca 1999 r., IV K.K.N 740/98, „Państwo i Prawo” 2000, nr 2, s. 110.

ustaw regulujących wykonywanie zawodów medycznych potwierdzają powyższe założenia teoretyczne, opierając się o otwartą formułę standardów postępowania, umożliwiającą uadekwatnienie poziomu oczekiwań stawianych przed medykiem do okoliczności, nie wyłączając „okoliczności nadzwyczajnych”. Przykładowo, zgodnie z art. 4 u.z.l.¹⁹ i art. 11 u.z.p.p.²⁰, medycy powinni działać kierując się wskazaniem aktualnej (ocenianej na chwilę czynu a nie orzekania w sprawie) wiedzy medycznej i posługując się dostępnymi w danych okolicznościach metodami i środkami.

W okolicznościach nadzwyczajnych reguły postępowania uwzględniają okoliczności nadzwyczajne. **Poziom wymagań, które powinien spełnić obywatel, aby uniknąć odpowiedzialności karnej, ocenia się wedle wzorca „rozwąznego obywatela” lub „rzetelnego fachowca” w dziedzinie, którą reprezentuje sprawca**²¹. W zależności od kwalifikacji podmiotu wchodzącego w kontakt z dobrem prawnie chronionym, w tym samym momencie różne osoby mogą być zobowiązane do przestrzegania odmiennych reguł postępowania. W tej samej sytuacji faktycznej inny nakaz lub zakaz postępowania („poziom oczekiwań”) może płynąć do pielęgniarki, do lekarza rezydenta, lekarza ze specjalizacją w danym zakresie, studenta medycyny, ratownika medycznego, farmaceuty, wolontariusza lub żołnierza wspomagającego „biały personel”.

Ocena, czy osoba zobowiązana do opieki medycznej naruszyła reguły postępowania, przebiega z perspektywy *ex ante*, tj. wedle danych, wiedzy, metod, środków, którymi powinien był dysponować sprawca w momencie, gdy podejmował kolejne działania lub zaniechania, a nie *ex post*, tj. chwili dokonywania jego oceny²².

Nie ulega wątpliwości, że okolicznościami znacząco modyfikującymi przyjmowane przed pandemią standardy postępowania, zarówno co do narzędzi wymaganych w kontakcie z dobrem prawnie chronionym (tj. życiem i zdrowiem pacjenta), jak i koniecznych kwalifikacji podmiotu wykonującego daną czynność o podwyższonym ryzyku oraz sposobu wykonywania określonych ryzykownych czynności są: dostępna „w danych okoliczno-

¹⁹ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 790, z późn. zm.

²⁰ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 o zawodach pielęgniarki i położnej, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 479 z późn. zm.

²¹ Szerzej T. Sroka, *Odpowiedzialność...*, s. 247 i literatura oraz orzecznictwo tam cytowane. Na temat figury wzorca w prawie karnym M. Rodzyński, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 87; K. Lipiński, *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 41; A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Zakamycze 1998, s. 104; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenia w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 54; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 172.

²² T. Sroka, *Odpowiedzialność...*, s. 261–262.

ściach” infrastruktura medyczna, liczba i kompetencje dostępnego w danym miejscu i czasie personelu medycznego, liczba i stan zdrowia pacjentów wymagających równoległej interwencji medycznej, właściwości konkretnego pacjenta.

Jeżeli medyk, z przyczyn przez siebie niezawinionych, nie dysponuje optymalnymi dla pacjenta środkami, narzędziami, możliwościami organizacyjnymi, lekami lub nie posiada specjalistycznych umiejętności lub wiedzy niezbędnych do wykonania danej czynności medycznej, to w majestacie prawa środków tych nie stosuje, poprzestając na rzetelnym wykorzystaniu środków, narzędzi, możliwości, umiejętności, które są dla niego dostępne w chwili czynu.

Jeżeli w „okolicznościach nadzwyczajnych” do wykonania zabiegów medycznych, które w „zwyuczajnych” warunkach zastrzeżone są dla specjalistów, została dopuszczona osoba nieposiadająca wymaganych kwalifikacji, wiedzy, doświadczenia, umiejętności, to poziom oczekiwań wobec tej osoby jest adekwatny do poziomu wiedzy i umiejętności, jakich można oczekiwać od tej osoby, przy założeniu, że rzetelnie przykładą się do swoich obowiązków, a nie umiejętności i wiedzy, jakich można oczekiwać od fachowca w danej dziedzinie. Przykładowo, jeżeli z konieczności, zamiast lekarza ze specjalnością w zakresie anestezjologii, specjalistyczną opiekę nad intubowanym pacjentem sprawuje pielęgniarka, student medycyny, lekarz dermatolog, to poziom oczekiwań, co do wiedzy i umiejętności tych osób, wyznacza wzorzec „rzetelnego fachowca” i „rozsądnego obywatela”, jednak niebędącego „rzetelnym” anestezjologiem, ale rzetelną pielęgniarką, studentem medycyny, specjalistą z zakresu dermatologii, który w nadzwyczajnych okolicznościach został skierowany do wykonywania czynności odległych od swoich „zwyuczajnych” kwalifikacji. Jeżeli do prowadzenia porodu został skierowany student V roku medycyny, gdyż „fachowcy” nie byli, z uwagi na „nadzwyczajne okoliczności” dostępni, to poziom oczekiwań względem takiej osoby ustanowiony jest na poziomie sumiennego studenta V roku medycyny, a nie położnej lub lekarza położnika.

Nie popełnia czynu zabronionego osoba odpowiedzialna za organizację pracy w danym szpitalu lub na danym oddziale, która kieruje do wykonania wysoce wyspecjalizowanych i ryzykownych czynności medycznych osoby, które w „zwyuczajnych okolicznościach” należałoby uznać za nieposiadający kwalifikacji, jeżeli „nadzwyczajne okoliczności” nie pozwalały na przyjęcie rozwiązania organizacyjnego bardziej optymalnego dla pacjenta.

Zgodnie z ustawami regulującymi wykonywanie zawodów medycznych, medyk zobowiązany jest w każdych warunkach zachowywać „zasady etyki zawodowej” oraz „należyta staranność” w podejściu do wykonywania swoich obowiązków. **Oczekiwany od medyka standard „starannego” i etycznego podejścia do pacjenta, także podlega uadekwatnieniu do okoliczności zewnętrznych.** Przykładowo, jeżeli z uwagi na niedobory kadrowe jeden lekarz lub pielęgniarka jednocześnie sprawuje opiekę nad liczbą pacjentów znacząco przekraczającą liczbę dopuszczaną w „zwyczajnych” okolicznościach, to poziom oczekiwanej „staranności” w indywidualnym podejściu do każdego pacjenta ulega stosownej zmianie. Medyk nie ma bowiem możliwości poświęcenia każdemu pacjentowi takiej ilości czasu, uwagi, starań, do jakiej był zobowiązany przed pandemią, mając równolegle pod opieką mniejszą liczbę pacjentów.

10.4. „Okoliczności nadzwyczajne” a powinności „rzetelnego fachowca” – nie tylko w medycynie

Poczynione powyżej uwagi należy odpowiednio odnieść do oceny, czy doszło do czynu zabronionego noszącego znamiona przestępstwa nadużycia władzy przez funkcjonariusza publicznego (art. 231 k.k.) lub nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym (art. 296 k.k.).

Teza, że reguły ostrożnego postępowania wiążące dany podmiot mają być adekwatne do okoliczności, w których dochodzi do kontaktu z dobrem prawnym, ma charakter uniwersalny i dotyczy wszelkich dziedzin życia ludzkiego. **Wykreowane przez pandemię „okoliczności nadzwyczajne” modyfikują standard powinności „dobrego obywatela” tudzież „rzetelnego fachowca” w każdej dziedzinie życia dotkniętej społecznymi efektami pandemii. Tym samym „okoliczności nadzwyczajne” kształtują także wzorzec oczekiwań stawianych osobom odpowiedzialnym za zakupy dla instytucji państwowych oraz osobom odpowiedzialnym za gospodarowanie mieniem danego podmiotu a także osobom odpowiedzialnym za realizację określonych zadań władzy publicznej.**

Teza, że w okolicznościach nadzwyczajnych reguły postępowania z dobrem uwzględniają okoliczności nadzwyczajne, odpowiednio modyfikując stawiany przed sprawcą wzorzec powinności i oczekiwań, stawia pod znakiem zapytania *ratio legis* funkcjonowania instytucji na wzór nieobowiązującego art. 10 c ustawy antycovidowej oraz projektu art. 10 d tejże ustawy. Przykładowo, badając możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej z art. 296 k.k. osoby zobowiązanej do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą danego podmiotu, przed przejściem do analizy pod kątem realizacji

znamion typu, należy zacząć od oceny, czy zachowanie sprawcy spełnia standard racjonalnego postępowania w obrocie gospodarczym. Ocena racjonalności i merytorycznej trafności podejmowanych przez sprawcę zachowań jest dokonywana z perspektywy *ex ante*, tj. z perspektywy wiedzy, umiejętności, rzetelności, jakie powinien prezentować „rzetelny menadżer”, piastujący określone stanowisko w chwili podejmowania zachowania będącego przedmiotem analizy. Jeżeli dany podmiot zachował się zgodnie z wzorcem „rzetelnego fachowca w danej dziedzinie” (np. menadżera) to, bez względu na ostateczne efekty jego zachowań, nie popełnia czynu zabronionego. Ocena ta powinna uwzględniać elementy kształtujące dobór optymalnej strategii gospodarczej w powiązaniu z daną sytuacją faktyczną. Nadzwyczajne okoliczności zewnętrzne wpływają na ocenę merytorycznej trafności i racjonalności decyzji osoby zajmującej się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą danego podmiotu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wyborowi „racjonalnej strategii gospodarczej”, nie służy nieprzewidywalny charakter i dynamika pandemii oraz państwowa strategia walki z pandemią. Zatem **oceniając racjonalność i merytoryczną trafność decyzji podejmowanych w czasie bezpośrednio poprzedzającym nadejście pandemii, a następnie w trakcie poszczególnych jej faz, należy uwzględnić poziom wiedzy na temat zagrożenia pandemią i wpływu tejże pandemii na bieżącą działalność gospodarczą danego podmiotu oraz możliwych prognoz rozwoju sytuacji, jakie powinien posiadać rzetelny fachowiec na danym stanowisku w momencie, w którym podejmował określone decyzje gospodarcze.**

W przypadku przestępstwa nadużycia władzy dobrem prawnie chronionym są takie wartości, jak prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i samorządu terytorialnego. Nie realizuje znamion przestępstwa z art. 231 k.k., zachowanie funkcjonariusza publicznego, które, choć „formalnie” wiąże się z przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków²³, nie stanowi niedozwolonego ataku na dobro prawnie chronione. Za-

²³ Zakres oraz treść uprawnień i obowiązków funkcjonariusza publicznego, niezależnie od tego, czy zostały bezpośrednio ujęte w umowie o pracę, należy dekodować na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących aktów normatywnych, aktów o charakterze prawa wewnętrznego (zarządzenia, uchwały, statuty, regulaminy, instrukcje urzędowania, polecenia służbowe, rozkazy) a także w oparciu o ogólne reguły postępowania z określonym dobrem prawnym Wyr. SN z 4 maja 2016 r., V K.K. 388/15, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 9, poz. 6. Tak też O. Górniok, *Kodeks*, s. 85; A. Zoll [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 2, Kraków 1999, s. 778; A. Barczak-Oplustil, M. Iwański, *Kodeks*, s. 272–276. Wyr. SN z 20 marca 2018 r., II K.K. 368/17, *Legalis*; A. Zoll [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 2, Kraków 1999, s. 778–779; tenże, *Przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego w świetle Europejskiego Kodeksu Dobrej Administracji* [w:] S. Pikulski, B. Brzeziński, M. Goettel, A. Biegalski (red.), *Ius et lex. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Kabata*, Olsztyn 2004, s. 433.

tem odejście przez funkcjonariusza publicznego od przepisów nieprzystających do pandemicznej rzeczywistości, zanim legislator dokonał stosownej korekty, stanowiące jednocześnie optymalizację funkcjonowania danej instytucji w okresie pandemii, nie może być podstawą do pociągnięcia funkcjonariusza do odpowiedzialności karnej. Nadto przed ustaleniem, czy doszło chociażby do tylko „formalnego” przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, warto zweryfikować, czy w akcie normatywnym, narzucającym ściśle sformalizowane standardy postępowania, nie zawarto klauzul pozwalających odejść od stosowania niektórych przepisów w sytuacji nadzwyczajnej²⁴.

10.5. Nie każdy „czyn zabroniony” popełniony w okolicznościach nadzwyczajnych stanowi przestępstwo

Wykazanie, że sprawca naruszył reguły postępowania obowiązujące w kontakcie z dobrem, jest przesłanką konieczną ale i zaledwie punktem wyjścia dla przypisania odpowiedzialności karnej. Konstatacja ta nie pozwala nawet mówić o „czynie zabronionym”. Dla ustalenia, że dany czyn jest „czynem zabronionym”, niezbędne jest wykazanie, że czyn stanowiący niedozwolony atak na dobro prawnie chronione realizuje znamiona typu czynu zabronionego. Tymczasem w praktyce medycznej, nawet w okolicznościach „zwyczajnych”, nie każde zachowanie, polegające na naruszeniu wymaganej w danych okolicznościach reguły postępowania i wiążące się z zarzucalnym błędem w leczeniu, jest jednoznaczne z przypisaniem odpowiedzialności karnej. Wszystkie przestępstwa wymienione w klauzuli dobrego Samarytanina, jako reprezentatywne dla błędów w leczeniu, to typy materialne (skutkowe). Dla przypisania odpowiedzialności nie jest wystarczające ustalenie, iż medyk dopuścił się błędu w leczeniu a nawet „rażącego niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”. Podobnie nie jest wystarczające ustalenie, że pacjent, wobec którego medyk dopuścił się naruszenia reguł, zmarł, czy też doznał uszczerbku na zdrowiu. Znamiona typu realizuje dopiero takie zachowanie sprawcze w postaci „błędu w leczeniu” (tj. zachowanie polegające na naruszeniu przyjmowanych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem), które można normatywnie powiązać ze skutkiem

²⁴ Przykładowo z ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wynika, że nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku działania lub zaniechania podjętego wyłącznie w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego (art. 27 ust 1). Art. 27 ust 2 ustawy definiuje zdarzenie losowe jako zdarzenie wywołane przez czynniki zewnętrzne, którego nie można przewidzieć z pewnością, w szczególności zagrażające bezpośrednio życiu lub zdrowiu ludzi lub grożące powstaniem szkody niewspółmiernie większej niż spowodowana działaniem lub zaniechaniem naruszającym dyscyplinę finansów publicznych.

na życiu lub zdrowiu pacjenta opisanym w znamionach danego typu²⁵. Wypada tylko nadmienić, że prawidłowe stosowanie koncepcji obiektywnego przypisania skutku przysparza znaczących trudności praktycznych i teoretycznych na gruncie prawnokarnego wartościowania wszelkich spraw związanych z tzw. błędem w leczeniu²⁶. Nawet w „zwyczajnych warunkach” praktyczne trudności wynikają chociażby z deficytu wiedzy na temat koniecznych do ustalenia powiązań kauzalnych pomiędzy błędem medyka a skutkiem. Dla przypisania odpowiedzialności należy bowiem m.in. wykazać, że zachowanie medyka stanowiło naruszenie obowiązujących w danych okolicznościach reguł ostrożności zakazujących powodowania skutku, na tej drodze, na której skutek faktycznie wystąpił. Konieczne jest wykazanie, że w danej sytuacji medyk obiektywnie miał możliwość podjęcia prawidłowego zachowania alternatywnego (np. posiadał stosowne kwalifikacje, umiejętności, narzędzia, warunki organizacyjne, zespół), które zapobiegłoby powstaniu skutku. Należy ustalić, czy medyk miał obiektywną możliwość przewidzenia, że przedsięwzięte przez niego nieostrożne zachowanie tworzy nieakceptowalne w danych okolicznościach ryzyko spowodowania skutku²⁷. Adekwatność wybranego sposobu realizacji świadczeń zdrowotnych należy oceniać z perspektywy wiedzy na temat sytuacji zdrowotnej pacjenta, która powinna być dostępna dla potencjalnego sprawcy w chwili czynu²⁸. Wymienionych elementów nie można domniemywać na niekorzyść oskarżonego i pomijać w procesie dowodzenia. Wszelkie wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego. Zatem na przeszkodzie przypisaniu odpowiedzialności karnej za „błąd w leczeniu” popełniony w ramach leczenia pacjentów z objawami COVID-19, będą stały nie tylko warunki w jakich działają aktualnie medycy, ale także stan wiedzy medycznej na temat rozwoju, leczenia, przebiegu i możliwych

²⁵ Wyrok SN z 8 lutego 2000 r., V K.K.N 557/99, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 9, poz. 9; wyr. SN z 3 lutego 2005 r., III K.K. 339/04, OSNwSK 2005, Nr 1, poz. 301.

²⁶ Pogłębione i kompleksowe rozważania T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013.

²⁷ Szerzej na temat obiektywnego przypisania skutku w prawie karnym np. M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia SN z 3.6.2004 r., V K.K. 37/04, PS 2005, Nr 4, s. 11*; M. Bielski, *Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego* [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, t. II*, s. 503–528, wraz z cyt. tam literaturą; J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994; J. Giezek, [w:] R. Dębski (red.), *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, t. III, Warszawa 2017, s. 509–510; A. Zoll [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, tom I, cz. I i cz. II*, Warszawa 2016, s. 87–100; T. Kaczmarek, *Kryteria obiektywnego przypisania skutku jako problem kodyfikacyjny* [w:] A. Adamski (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa profesora Mariana Filara, t. 1*, Toruń 2012, s. 181 i n.; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013; Sz. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, KIPK 2019.

²⁸ T. Sroka, *Odpowiedzialność...*, s. 261–262.

skutków choroby, skutecznie uniemożliwiający wykazanie powiązań kauzalnych koniecznych dla przypisania tej odpowiedzialności.

Powyższe uwagi należy odpowiednio odnieść do możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym (art. 296 k.k.). Jest to bowiem przestępstwo skutkowe, zatem dla przypisania odpowiedzialności karnej konieczne jest wykazanie, że niedozwolone zachowanie sprawcy pozostaje w związku normatywnym ze skutkiem w postaci szkody, precyzyjnie oszacowanej w wartościach pieniężnych, w określonych rozmiarach (lub bezpośredniego niebezpieczeństwa powstania szkody majątkowej w wielkich rozmiarach w przypadku przestępstwa z art. 296 § 1 a k.k.)²⁹.

W przypadku przypisania znamion przestępstwa nadużycia władzy (art. 231 k.k.) konieczne jest m.in. wykazanie, że w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków doszło do wyrządzenia lub stworzenia stanu zagrożenia dla interesu publicznego lub prywatnego³⁰. W orzecznictwie przeważa ujęcie przestępstwa nadużycia władzy jako typu materialnego (konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo), którego skutkiem jest wystąpienie „stanu niebezpieczeństwa powstania szkody dla interesu publicznego lub prywatnego”³¹. W praktyce oznacza to, że istnieje konieczność wykazania relacji sprawstwa (spełnienie kryteriów obiektywnego przypisania skutku) pomiędzy przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków a skutkiem w postaci stanu konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo powstania szkody dla interesu publicznego lub prywatnego – co powinno być każdorazowo ustalane w oparciu o okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Jeżeli zatem zostanie wykazane, że naruszenie procedury, np. przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w określonym trybie wiązało się z zagrożeniem dla interesu publicznego lub prywatnego, to zasadnym jest przypisanie sprawcy odpowiedzialności z art. 231 k.k. Jeżeli zaś takiego powiązania pomiędzy naruszeniem pro-

²⁹ Wyr. SA we Wrocławiu z dnia 5 września 2012 r., II AKa 155/12, Legalis.

³⁰ Patrz np. wyr. SN z dnia 25 listopada 1974 r., II KR 177/74, OSNPG 1975, Nr 4, poz. 47; post. SN z dnia 9 grudnia 2002 r., IV K.K.N 514/99, Legalis; post. SN z dnia 25 lutego 2003 r., WK 3/03, OSNKW 2003, Nr 5–6, poz. 53; uchw. SN z dnia 24 stycznia 2013 r., I KPP 24/12, OSNKW 2013, Nr 2, poz. 12; wyr. SA w Warszawie z dnia 13 czerwca 2013 r., II AKa 405/12, Legalis.

³¹ Patrz np. O. Górniok [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Warszawa 2005, s. 86; A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe. Nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym kodeksie karnym*, Warszawa 1972; s. 56; E. Pływaczewski [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 695; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2013, s. 304; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004; s. 503; J. Giezek, P. Kardas, *Sporne problemy przestępstwa działania na szkodę spółki na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, „Palestra” 2002, nr 9–10, s. 22 i n.; J. Giezek, *Komentarz do art. 231*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2014, SIP LEX, teza 15; post. SN z 26 maja 2004 r., V K.K. 4/04, OSNKW 2004, Nr 6, poz. 66; wyr. SN z 3 marca 2009 r., WA 5/09, BPK 2009, Nr 5; wyr. SN z 28 lutego 2008 r., WA 35/07, BPK 2008, Nr 8; post. SN z 27 września 2013 r., II K.K. 229/13, Legalis; uchw. SN (7) z 24 stycznia 2013 r., I KPP 24/12, OSP 2013, Nr 7–8, poz. 82; uchw. SN (7) z 24 stycznia 2013 r., I KPP 24/12, OSP 2013, Nr 7–8, poz. 82;

cedury a zagrożeniem dla interesu publicznego lub prywatnego nie wykazano, wówczas nie dochodzi do realizacji znamion przestępstwa z art. 231 k.k. – co powinno być każdorazowo ustalane w oparciu o okoliczności konkretnego stanu faktycznego³².

Wobec powyższych uwag należy podtrzymać tezę o bezzasadności wprowadzania do prawa karnego instytucji na wzór art. 10 c ustawy antycovidowej. Jak trafnie zauważają J. Giezek i P. Kardas, trudno wyobrazić sobie działanie realizujące znamiona art. 231 k.k. lub 296 k.k., tj. działanie na szkodę interesu publicznego lub wyrządzenie znacznej szkody majątkowej, jeśli szkoda osiągnęła wielkie rozmiary, a sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, które to działanie jest jednocześnie działaniem „w interesie społecznym” w rozumieniu art. 10 c ustawy antycovidowej³³.

10.6. Nie każdy czyn zabroniony jest karygodny – gdy realizacja pilnych społecznych potrzeb wchodzi w kolizję z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawowymi

Reguły postępowania obowiązujące w kontakcie z dobrem prawnym to nie jedyny punkt, w którym dokonuje się wartościowania czynu z perspektywy ocen społecznych. Nawet po przesądzeniu, że dane zachowanie jest czynem zabronionym, tj. naruszającym reguły postępowania obowiązujące w danych okolicznościach oraz realizującym znamiona typu, istnieje możliwość wyłączenia przestępności z uwagi na znikomy stopień społecznej

³² Przykładowo uwolniono od odpowiedzialności z art. 231 § 1 k.k. funkcjonariuszy publicznych, którzy z naruszeniem przepisów ustawy doprowadzili do realizacji zamówienia publicznego, gdyż w ustalonych okolicznościach, naruszenie podstawowych przepisów prawa zamówień publicznych nie naraziło na niebezpieczeństwo „interesu publicznego”. Wedle ustaleń sądu, brak niebezpieczeństwa dla interesu publicznego wynikał z tego, że to „stosowne organy kierownicze” zaleciły funkcjonariuszom, aby działali z naruszeniem prawa zamówień publicznych, zaś decyzja ta podyktowana była faktem, że na przeprowadzenie wymaganego prawem przetargu nieograniczonego było „zbyt mało czasu”, gdyż przedmiot umowy stanowiło przygotowanie sieci teleinformatycznej, która musiała być gotowa do daty wstąpienia Polski do Strefy Schengen. Jak ustalono, zamówienie zostało wykonane terminowo i rzetelnie (sieć teleinformatyczna została ukończona w terminie i działała prawidłowo), co w przedmiotowym stanie faktycznym okazało się być kluczowe w perspektywie ustalenia, czy doszło do zagrożenia dla interesu publicznego, czy też przeciwnie – do jego realizacji (Wyr. SA w Warszawie z 24 maja 2017 r., II AKa 120/17, Legalis). W innym stanie faktycznym uniewinniono funkcjonariuszy publicznych, którzy, będąc zobowiązanymi do zajmowania się sprawami majątkowymi w zakresie prowadzenia procedur związanych z udzielaniem zamówień, zawarli niedopuszczalne aneksy do umów z podmiotem mającym dostarczyć amunicję dla wojska, zamiast zgodnie z przepisami odstąpić od umowy. Wykazano bowiem, że w przedmiotowym stanie faktycznym oskarżeni mieli świadomość, że wojsko pilnie oczekuje na amunicję będącą przedmiotem zamówienia, z uwagi na konieczność jej wykorzystania w nieodległym czasowo procesie szkolenia wojsk, zaś dostarczona amunicja miała „wysoką skuteczność bojową” i „gwarantowała możliwość bezpiecznego jej użycia” (Wyr. SN z 7 lipca 2009 r., V K.K. 82/09, OSNwSK 2009, Nr 1, poz. 1455).

³³ J. Giezek, P. Kardas, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za nadużycie zaufania i nadużycie władzy publicznej w okresie epidemii – kilka uwag o osobliwościach epizodycznych regulacji prawnych*, „Prokuratura i Prawo 2020”, nr 7–8, s. 5–34.

szkodliwości czynu (art. 1 § 2 k.k.)³⁴. Ustalenie atypowo niskiego stopnia szkodliwości społecznej czynu powoduje, że czyn zabroniony nie stanowi przestępstwa w rozumieniu art. 1 k.k. i wyklucza pociągnięcie do odpowiedzialności karnej³⁵.

Celem ograniczenia dowolności w ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, ustawodawca sformułował w art. 115 § 2 k.k. normatywne elementy tej oceny³⁶. Zgodnie z tym artykułem „przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia”.

Klauzula znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu w praktyce niejednokrotnie pojawia się w okolicznościach odbiegających od okoliczności typowo towarzyszących

³⁴ Na temat materialnego elementu definicji przestępstwa T. Kaczmarek, *Dobro prawne i społeczna szkodliwość czynu* [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013, s. 242 i n oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane. W kontekście klauzuli „interesu społecznego” zawartej w art. 10 c ustawy antycovidowej J. Giezek, P. Kardas, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za nadużycie zaufania i nadużycie władzy publicznej w okresie epidemii – kilka uwag o osobliwościach epizodycznych regulacji prawnych*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 7–8, s. 5–34. Patrz też T. Kaczmarek, *Materialna istota przestępstwa i jego ustawowe znamiona*, Wrocław 1968, s. 8; A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa w projekcie kodeksu karnego* [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 86 i n.; A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa* [w:] T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 103 i n. Na temat znaczenia dwóch pojęć społecznej szkodliwości (*in abstracto* i *in concreto*) np. W. Wolter, *O stopniowaniu społecznego niebezpieczeństwa czynu karalnego*, KSP 1970, s. 116–117; A. Zoll, *Materialne określenie przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 2, s. 8–9; M. Dąbrowska-Kardas, *O dwóch znaczeniach pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1, s. 21 i n.; M. Rodzyński, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 67; E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009. Na temat materialnego określenia przestępstwa i stopniowania społecznej szkodliwości patrz K. Buchała, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu jako dyrektywa sądowego wymiaru kary*, KSP 1970; K. Buchała, *W sprawie znikomego społecznego niebezpieczeństwa czynu*, „Palestra” 1970, nr 3; K. Buchała, *Z problematyki społecznego niebezpieczeństwa czynu*, KSP 1972, rok V; M. Cieślak, *Materialnoprawne oblicze warunkowego umorzenia postępowania*, „Państwo i Prawo” 1971, z. 3–4; M. Cieślak, *Pojęcie i funkcje społecznego niebezpieczeństwa czynu w prawie karnym*, „Palestra” 1979, nr 6; L. Gardocki, *O relacji między typem przestępstwa a zagrożeniem ustawowym*, „Państwo i Prawo” 1979, z. 8–9; T. Kaczmarek, *Znaczenie osobowości sprawcy dla oceny stopnia społecznego niebezpieczeństwa jego czynu*, „Państwo i Prawo” 1980, z. 7; D. Zając, *Stopień społecznej szkodliwości czynu jako okoliczność rzutująca na wymiar kary*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 11, s. 56–69.

³⁵ Znikomy stopień szkodliwości czynu jest negatywną przesłanką procesową i wystarczającym powodem dla umorzenia postępowania (art. 17 § 1 pkt 3 KPK). Stwierdzenie znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego na etapie postępowania jurysdykcyjnego jest podstawą wydania wyroku umarzającego (art. 414 KPK).

³⁶ Szerzej np. Postanowienie SN z dnia 21 lutego 2019 r., V K.K. 54/18, LEX nr 2629830; Wyrok SN z dnia 22 lutego 2018 r. II K.K. 349/17, LEX nr 2449784; Wyrok SA w Szczecinie z dnia 23 lutego 2017 r. II AKa 9/17, LEX nr 2295163; Wyrok SN z dnia 19 października 2016 r. V K.K. 250/16, LEX nr 2152411; Wyrok SN z dnia 10 lutego 2009 r. WA 1/09, OSNwSK 2009/1/343.

realizacji znamion danego przestępstwa. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku II AKa 268/15, umorzył postępowanie stwierdzając, że wprowadzie sprawcy będący funkcjonariuszami publicznymi, poświadczyli nieprawdę w dokumentacji wykonawczej zamówienia publicznego na budowę rurociągu grzewczego doprowadzającego ogrzewanie do Miasta i Gminy F. (art. 271 k.k.), jednak jednocześnie ten czyn zabroniony ma znikomy stopień społecznej szkodliwości (art. 1 § 2 k.k.). O znikomym stopniu społecznej szkodliwości, przesądziła motywacja sprawców, była nią bowiem realizacja pilnej społecznej potrzeby w postaci ukończenia robót przed nadejściem sezonu grzewczego (żaden z oskarżonych nie kierował się celem osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej). Ustalono, że do umyślnego poświadczenia nieprawdy w dokumentacji doszło w okolicznościach, w których istniała silna „presja czasu” na dokończenie ważnej społecznie inwestycji i że gdyby nie dopuszczono się fałszerstwa, inwestycja nie powstałaby w terminie albo nie powstałaby w ogóle (z uwagi na utratę subwencji w związku z przekroczeniem terminu) i w konsekwencji mieszkańcy miasta byłiby skazani na przestarzały i awaryjny system ogrzewania. Ustalono także, że sfałszowanie dokumentacji, w sposób obiektywny przyczyniło się do zakończenia inwestycji przed zimą oraz że czyn nie wyrządził realnej szkody majątkowej ani nie wywołał takiego zagrożenia. Przeciwnie, „dzięki” czynom zabronionym popełnionym przez oskarżonych, budowa mogła przebiegać bez zakłóceń, zakończyła się w terminie, w granicach zaplanowanych środków, w tym dotacji³⁷.

Za czyny zabronione o znikomym stopniu społecznej szkodliwości uznano zachowanie funkcjonariuszy publicznych, którzy z naruszeniem prawa zamówień publicznych nie wnioskowali o odrzucenie oferty wykonawcy, który wygrał przetarg na dostawę środków bojowych i amunicji dla Wojska Polskiego, nie mając aktualnej koncesji na prowadzenie tego typu działalności oraz poświadczyli w protokole postępowania o zamówienie publiczne nieprawdę odnośnie tej okoliczności (wedle aktu oskarżenia kwalifikacja z art. 271 § 1 k.k. w zbiegu z art. 231 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.). Sąd, uzasadniając wyrok umarzający z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości zarzucanych sprawcom czynów zabronionych, zauważył, że sprawcy nie działali motywowani realizacją „interesów” osobistych lub majątkowych, nie oczekiwali i nie otrzymali korzyści materialnych lub osobistych, a jedyną ich motywacją była potrzeba szybkiego dostarczenia wojsku niezbędnych akcesoriów. Pozostałe okoliczności także przemawiały na rzecz atypowo niskiego stopnia społecznej szkodliwości czynu, gdyż oskarżeni działali za wiedzą a nawet

³⁷ Wyr. SA w Gdańsku z 27 stycznia 2016 r., II AKa 268/15, Legalis.

aprobata swoich zwierzchników. W wyniku działania oskarżonych nie doszło do powstania realnej szkody majątkowej, gdyż wytypowana została obiektywnie najkorzystniejsza oferta. Co więcej, przed zakończeniem dostaw, podmiot dostarczający broń i amunicję faktycznie uzyskał koncesję, której istnienie uprzednio fałszywie poświadczono. Dla oceny stopnia społecznej szkodliwości nie bez znaczenia był fakt, że brak koncesji nie wynikał z zaniedbań producenta amunicji tudzież niespełniania przez niego kryteriów koniecznych dla uzyskania koncesji, ale z obiektywnych zaniedbań legislatora, który, wprowadzając zmiany legislacyjne, nie wydał na czas koniecznych rozporządzeń wykonawczych, co spowodowało, że uzyskanie wymaganej koncesji w momencie popełnienia czynu zabronionego, nie było obiektywnie możliwe³⁸.

Powyższe przykłady odnoszą się do sytuacji nadzwyczajnych, w których realizacja „społecznych potrzeb” weszła w kolizję z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawowymi, wykluczającymi w przedmiotowym zakresie dostosowanie do „nadzwyczajnych okoliczności”. **Sprawcy, dając prymat „pilnym społecznym potrzebom”, zrealizowali znamiona czynu zabronionego, lecz nie popełnili przestępstwa.**

Można postawić pytanie: dlaczego w opisanych wyżej przykładach oskarżeni nie zostali uniewinnieni z uwagi na działanie w warunkach kontratypu stanu wyższej konieczności lub kolizji obowiązków (art. 26 k.k.)? Należy stwierdzić, że w opisanych stanach faktycznych, istniał (inny niż realizacja znamion czynu zabronionego) racjonalny sposób neutralizacji „niebezpieczeństwa” na wcześniejszym etapie niż moment w którym „konieczne” stało się popełnienie czynu zabronionego. Tymczasem działanie w stanie wyższej konieczności zawsze stanowi ostateczność³⁹. Jak trafnie zauważa SO w Gliwicach w wyroku VI Ka 992/14: „Dopóki istnieje możliwość uniknięcia ujemnych następstw owego zagrożenia w postaci zniszczenia lub uszczuplenia dobra chronionego bez poświęcania innego dobra korzystającego z ochrony prawnej, dopóty poświęcenie tego ostatniego nie jest realizacją stanu wyższej konieczności”⁴⁰. W przedmiotowych stanach faktycznych do pojawienia się sytuacji atypowej mogła się także przyczynić wcześniejsza beczynność, przewlekłość w wykonywaniu zadań, brak umiejętności planowania i organizacji pracy tych samych osób, które następnie dopuścili się czynów zabronionych celem zatuszowania społecznych konsekwencji uprzednich niedociągnięć. Kolejną przeszkodą w przyjęciu stanu wyższej

³⁸ Wyrok SN z dnia 17 lipca 2008 r., WA 24/08, OSNwSK 2008, Nr 1, poz. 1510.

³⁹ Patrz np. Wyrok SA w Krakowie z dnia 26 kwietnia 2013 r. II AKa 53/13, LEX nr 1360488.

⁴⁰ Wyrok SO w Gliwicach z dnia 13 marca 2015 r. VI Ka 992/14, LEX nr 1831795.

konieczności w przedmiotowych stanach faktycznych jest wykazanie cechy bezpośredniości niebezpieczeństwa grożącego dobru prawnemu. W prawie karnym pojęcie niebezpieczeństwa oznacza bowiem obiektywnie istniejący stan, w którym zachodzi wysokie prawdopodobieństwo uszczerpienia lub zniszczenia dobra, zaś „bezpośrednie niebezpieczeństwo” oznacza, iż należy wykazać, że zagrożenie dla dobra prawnego miało charakter realny a nie abstrakcyjny (hipotetyczny). „Bezpośrednie niebezpieczeństwo” musi zagrażać aktualnie, nie „w przyszłości”. O bezpośredniości niebezpieczeństwa można mówić wówczas, gdy w momencie podejmowania „czynności ratowniczych” grozi ono określönemu dobru prawnemu, a więc zagraża tak, że wszelka zwłoka w podjęciu czynności ratowniczych mogłaby czynić je bezprzedmiotowymi. „Bezpośredniość” niebezpieczeństwa – oznacza, że naruszenie dobra nie musi nastąpić „natychmiast”, ale ma ono charakter nieuchronny, a wstrzymanie się od „czynności ratowniczych” może powiększyć rozmiar grożącej szkody lub utrudnić jej zapobieżenie.⁴¹

W kontekście art. 10 c ustawy antycovidowej zawierającego (podobnie jak „następca” w postaci projektu art. 10 d) odwołanie do realizacji przez sprawców „interesu społecznego” J. Giezek i P. Kardas trafnie zauważają, iż regulacja ta niepotrzebnie wprowadza do prawa karnego niedookreśloną i niesprecyzowaną klauzulę odsyłającą do ocen społecznych⁴². Tymczasem prawo karne posiada *de lege lata* stosowną klauzulę wyłączającą przestępność, odwołującą się wprost do społecznych ocen, pozwalającą uwzględnić atypowe okoliczności danego czynu. Nadto klauzula z art. 1 § 2 k.k. ma tę przewagę nad wprowadzanymi naprędce rozwiązaniami legislacyjnymi, że jest od dawna stosowana w judykaturze, opracowana w doktrynie, a dzięki normatywnym elementom oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu (art. 115 § 2 k.k.) nie ma potencjału, aby budzić niepotrzebne kontrowersje i rozbieżności w orzecznictwie oraz wprowadzać do postępowania karnego nieuprawniony oportunizm.

⁴¹ Wyrok SN z dnia 30 maja 1973 r., III KR 6/73, Legalis. Patrz też np. A. Zoll, *Komentarz do art. 26 K.K.* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, SIP LEX; J. Giezek, *Komentarz do art. 26 K.K.* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, SIP LEX oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

⁴² J. Giezek, P. Kardas, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za nadużycie zaufania i nadużycie władzy publicznej w okresie epidemii – kilka uwag o osobliwościach epizodycznych regulacji prawnych*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 7–8, s. 5–34.

10.7. Okoliczności wyłączające bezprawność oraz winę w czasie pandemii

Zaprezentowane uwagi wskazują, że konieczność zbadania zachowania, podjętego w „sytuacji nadzwyczajnej” pod kątem zaistnienia znamion kontratypów oraz okoliczności wyłączających winę lub karalność, pojawia się niejako w ostateczności. Ogólna podstawa kontratypizacji to społeczna opłacalność zachowania, oceniana w relacji do wartości dóbr poświęcanego i ratowanego w ramach instytucji kontratypowej⁴³. Przyjęcie działania w ramach kontratypu wymaga wykazania, że zaszły przesłanki zastosowania tej instytucji. Jak się wydaje praktyczne znaczenie w „szczególnych sytuacjach” generowanych przez stan pandemii może mieć stan wyższej konieczności oraz kolizja obowiązków (art. 26 § 1 oraz 26 § 5 k.k.), ryzyko nowatorstwa (art. 27 § 1 k.k.) a także obrona konieczna (art. 25 § 1 k.k.).

Celem przyjęcia działania w warunkach kontratypu stanu wyższej konieczności należy wykazać, że zaistniało niebezpieczeństwo dla dobra chronionego prawem, którego nie można było inaczej uniknąć niż poprzez podjęcie działań noszących znamiona przestępstwa, że niebezpieczeństwo miało charakter bezpośredni i że sprawca działał celem jego odwrócenia. Należy także wykazać, że dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego (art. 26 § 1 k.k.), zaś w przypadku stanu wyższej konieczności, jako okoliczności wyłączającej winę (art. 26 § 2 k.k.), wystarczające jest wykazanie, że poświęcono dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. Wymienione regulacje stosuje się odpowiednio do tzw. kolizji obowiązków (art. 26 § 5 k.k.)⁴⁴.

⁴³ Szerzej na temat pojęcia okoliczności wyłączających przestępność oraz pojęcia „kontratypu”: W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, „Państwo i Prawo” 1963, z. 10; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982; A. Zoll, *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 2; A. Zoll, *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu* [w:] J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2008; T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach wyłączających bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10; J. Giezek, „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009; T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach wyłączających bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10; A. Zoll, *W sprawie kontratypów*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4, s. 108–114; J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002; J. Majewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013; M. Bielski, *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2; J. Giezek, „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009; T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach wyłączających bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10.

⁴⁴ A. Zoll, *Komentarz do art. 26* [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, SIP LEX oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

Jak zauważa J. Giezek, nie popełni czynu zabronionego medyk, który w sytuacjach kolizyjnych ograniczy się do wykonania jednego z ciężących na nim obowiązków, o ile tylko skoncentruje się na ratowaniu dobra, którego wartość nie była oczywiście mniejsza od wartości dobra poświęcanego⁴⁵. Przykładowo nie popełnia przestępstwa osoba, która świadomie odstępuje od ratowania życia pacjenta, zwleka z udzieleniem adekwatnej pomocy, a nawet odbiera pacjentowi szansę utrzymania się przy życiu (np. odłączając pacjentowi ze złymi rokowaniami jedyny dostępny respirator i przekazując go pacjentowi, który ma większą szansę przeżycia; nie podając pacjentowi ostatniej dostępnej w szpitalu dawki tlenu celem przekazania jej innemu pacjentowi), jeżeli kolidowałoby to z obowiązkiem ratowania życia innego pacjenta, a wypełnienie obydwu obowiązków równoległe nie było możliwe.

Na działanie w warunkach stanu wyższej konieczności, jako okoliczności wyłączającej winę, nie może się powołać osoba, która ma szczególnie obowiązek chronić dane dobro (np. życie i zdrowie pacjenta) nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste (art. 26 § 4 k.k.). Jednak, jak trafnie wskazuje M. Bielski, w przypadku personelu medycznego istnieje możliwość odmowy udzielenia pomocy pacjentowi z COVID-19, w sytuacji, w której zachodziłoby na tyle istotne prawdopodobieństwo wystąpienia skutku na dobrach osobistych medyka odmawiającego udzielenia pomocy, że ewentualne realizacja obowiązku musiałaby zostać uznana za zachowanie powodujące uszczerbek na życiu lub zdrowiu medyka⁴⁶.

W przypadku stanu wyższej konieczności wartościowanie kolidujących dóbr, konieczności i zakresu poświęcenia ochrony jednego z nich na rzecz realizacji ochrony drugiego, ma charakter konkretno-indywidualny. Przykładowo oceniając, czy personel medyczny odmawiający udzielenia pomocy pacjentowi wymagającemu pilnej interwencji do momentu uzyskania wyniku testu w kierunku COVID-19 zadziałał w sposób „społecznie opłacalny” (art. 26 § 1 k.k.), czy też koncentruje się na ratowaniu dobra, którego wartość nie była oczywiście mniejsza od wartości dobra poświęcanego (a więc w warunkach 26 § 2 k.k. z zastrzeżeniem 26 § 4 k.k.), należy indywidualnie zbadać dany stan faktyczny. Na ocenę sytuacji wpłynie stan pacjenta oczekującego pomocy, ryzyko związane ze zwlekaniem z interwencją medyczną oraz fakt, że z uwagi na niedobór medyków mogących nieść pomoc rzeszom pacjentów, „wartość” zdolnego do pracy medyka jest tym wyższa, im bardziej brakuje personelu medycznego. Nie bez znaczenia dla oceny racjonalności i społecz-

⁴⁵ J. Giezek, *Kolizja obowiązków spoczywających na pracownikach opieki medycznej w dobie pandemii COVID-19*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 30.

⁴⁶ M. Bielski, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza za uchylenie się od leczenia – kilka uwag o wykładni art. 26 § 4 k.k.*, *Palestra* 6/2020, s. 67. Patrz też K. Buchała, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 266; A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 233.

nej opłacalności, jest okoliczność, że zakażenie medyka może oznaczać nie tylko brak możliwości zapewnienia opieki innym pacjentom, ale także możliwość zakażenia wewnątrzszpitalnego, tym niebezpieczniejszego, im wyższe prawdopodobieństwo zakażenia pacjentów z tzw. grup ryzyka.

Działanie w warunkach obrony koniecznej (25 § 1 k.k.) polega na odpieraniu bezprawnego zamachu na jakiekolwiek dobro chronione prawem, przy czym działania obronne przed zamachowcem muszą być podjęte w granicach sił i środków proporcjonalnych do niebezpieczeństwa zamachu. Zamachem jest każde zachowanie się człowieka, które stanowi bezprawny atak na dobro prawnie chronione, przy czym atak może polegać nie tylko na naruszeniu dobra prawnego, ale także na stworzeniu stanu niebezpieczeństwa. Zamach nie musi nosić znamion przestępstwa, może być to czyn o znamionach wykroczenia, czyn zabroniony o znikomym stopniu społecznej szkodliwości, czyn zabroniony popełniony przez zamachowca, któremu nie można przypisać winy. Zamach nie musi nosić znamion przestępstwa lub wykroczenia charakteryzującego się umyślnością⁴⁷.

Przykładowo za bezprawny zamach, uprawniający do podjęcia działań obronnych, można uznać naruszenie obowiązujących w danym miejscu i czasie przepisów dotyczących obowiązku zachowania dystansu społecznego i zakrywania ust i nosa, samowolne opuszczenia miejsca izolacji przez osobę zobowiązaną do odbycia kwarantanny, dostanie się osoby nieuprawnionej na oddział szpitalny objęty bezwzględnym zakazem odwiedzin z uwagi na okoliczność, że znajdują się na nim pacjenci, dla których zakażenie stanowi szczególne niebezpieczeństwo. Jednak żeby „działania obronne” mogły zostać uznane za mieszczące się w granicach kontratyapu obrony koniecznej, muszą być one proporcjonalne do niebezpieczeństwa zamachu i nie naruszać dóbr zamachowca w sposób bardziej istotny niż to konieczne dla odparcia zamachu⁴⁸. Przykładowo wyrzucenie kaszłącego pasażera, odmawiającego zakrycia ust i nosa, przez współpasażerów (kierowanych obywatelską troską) z pozostającego w ruchu pociągu, autobusu, a tym bardziej samolotu, jest środkiem obrony nieadekwatnym do niebezpieczeństwa zamachu. Natomiast „wyproszenie” takiej osoby z pomieszczenia, zablokowanie do niego dostępu, a nawet przymusowe „wyprowadzenie” z pojazdu lub pomieszczenia mieści się w granicach działań obronnych adekwatnych do niebezpieczeństwa zamachu.

⁴⁷ A. Zoll, Komentarz do art. 25 [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, SIP LEX, teza 10–18 i 26–28 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

⁴⁸ A. Zoll, Komentarz do art. 25 [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, SIP LEX, teza 39–61 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

Jak stwierdza A. Zoll, naruszenie przez funkcjonariusza publicznego dóbr chronionych prawem, gdy działa on w ramach swoich kompetencji służbowych i w przewidzianym przez prawo trybie postępowania nie jest bezprawnym zamachem uprawniającym obywatela do podjęcia działań obronnych w warunkach obrony koniecznej. Wynika to z konstatacji, że dla oceny legalności zachowania funkcjonariusza publicznego nie jest istotna merytoryczna słuszność podjętych przez niego decyzji⁴⁹. Jeżeli jednak działanie funkcjonariusza publicznego następuje w ramach jego kompetencji, lecz jest merytorycznie błędne i grozi bezpośrednim niebezpieczeństwem nieodwracalnej szkody dla drugiej osoby, to osoba taka może zapobiec temu niebezpieczeństwu, działając w ramach stanu wyższej konieczności (art. 26 § 1 lub 2 k.k.)⁵⁰. Przykładowo nie popełni czynu zabronionego z uwagi na działanie w ramach wyższej konieczności dyrektor szkoły, jeżeli działając z naruszeniem obowiązującego w danym czasie trybu podejmowania tego rodzaju decyzji, faktycznie zawiesi funkcjonowanie szkoły w trybie stacjonarnym, o ile decyzja urzędników jest merytorycznie nietrafna, a w szkole występuje bezpośrednie zagrożenie dla uczniów i personelu, którego nie da się uniknąć inaczej niż przez naruszenie obowiązujących przepisów.

Na marginesie wypada zauważyć, że projekt art. 10 d ustawy antycovidowej, podobnie jak nieobowiązujący art. 10 c, opiera się na założeniu, że jakiegokolwiek działanie podjęte w celu przeciwdziałania COVID-19, bez względu na charakter i stopień naruszenia ochrony dobra prawnego pozostającego w kolizji z tymże przeciwdziałaniem, jest społecznie opłacalne. Założenie to nie podlega indywidualnej weryfikacji w kontekście okoliczności konkretnego czynu. W ostatecznej wersji projektu art. 10 d wprowadzono wprawdzie wymóg „działania w interesie społecznym”, ale spełnienie tego wymogu nie jest równoznaczne ze spełnieniem wymogu aby „naruszenie obowiązujących przepisów” lub „obowiązków służbowych” stanowiło jednocześnie zachowanie „społecznie opłacalne” czyli optymalne z perspektywy realizacji ochrony dóbr prawnych w nadzwyczajnych okolicznościach pandemii. Tymczasem obiektywna racjonalność zachowania podjętego w okolicznościach szczególnych, a nie subiektywne przekonanie sprawcy, że postępuje właściwie, jest podstawą definicji każdego kontratypu. Kontratyp to sytuacja, w której zachowanie sprawcy wymyka się „typowej” generalno-abstrakcyjnej ocenie przypisanej do danej kategorii zachowań i jest czynem legalnym, bo społecznie opłacalnym a nie społecznie szkodliwym przestępstwem. Trudno zaakceptować sytuację, w której ustawodawca legalizuje

⁴⁹ A. Zoll, *Komentarz do art. 25 [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.) Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, SIP LEX, teza 29–30.

⁵⁰ A. Zoll, *Komentarz do art. 25 [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, SIP LEX, teza 29–30 oraz literatura tam cytowana.

zachowania noszące znamiona poważnych przestępstw, nie wymagając oceny społecznej opłacalności przedsięwziętych przez sprawcę zachowań, gdzie wystarczającą przesłanką odmówienia prawnej ochrony zaatakowanemu dobru jest okoliczność, że osoba która dopuściła się ataku była motywowana „przeciwdziałaniem COVID-19” i przekonaniem, że działa zgodnie z „interese społecznym”. Celem skorzystania z dobrodziejstwa art. 10 d, nie trzeba ustalać realnego wpływu na „przeciwdziałanie COVID-19” oraz na realizację „interesu społecznego” podjętych przez sprawcę działań. Wystarczy konstatacja, że taki cel chciał osiągnąć sprawca. Jest to ujęcie sprzeczne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁵¹.

Przykładowo, gdyby projekt art. 10 d ustawy antycovidowej wszedł w życie, to wypchnięcie z pędzącego pociągu osoby odmawiającej założenia maseczki albo umyślne wymierzenie silnego ciosu osobie nieprzestrzegającej zasad dystansu społecznego w sklepie spożywczym, o ile tylko motywem działania sprawcy było „przeciwdziałanie COVID-19” i subiektywne przekonanie, że realizuje „interes społeczny”, należałoby uznać za zachowania legalne.

W artykule poczyniono założenie, że wina to możliwość postawienia sprawcy zarzutu, że zachował się sprzecznie z prawem, pomimo możliwości zachowania się zgodnie z normą, przy braku zachodzenia okoliczności wyłączających winę sprawcy czynu, który został scharakteryzowany jako czyn bezprawny, karalny oraz społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy⁵². Wyłączenie winy wskazuje, że zachowanie sprawcy stanowi czyn zabroniony tj. nie jest społecznie opłacalne i realizuje znamiona typu.

⁵¹ Szerzej np. K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, z. 2, s. 33 i n.; E. Plebanek, O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, z. 1, s. 71–94.

⁵² Szerzej na temat pojęcia winy w prawie karnym: J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 10, s. 69 i n. Patrz też Z. Jędrzejewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność* [w:] L. K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013, s. 30 i n. Szerzej na temat przywołanych okoliczności wyłączających winę np. Z. Cwiakalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym: zagadnienia teorii i praktyki*, Nakł. Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1991; Z. Cwiakalski, *Błąd w prawie karnym – stan obecny i proponowane zmiany* [w:] T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.), *Problemy reformy prawa karnego*, Lublin 1993, s. 177 i n.; J. Giezek, *Funkcja błędu co do ustawowych znamion w nowym kodeksie karnym* [w:] A. J. Szwarc (red.), *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka*, Poznań 1999, s. 115 i n.; R. Kubiak, *Pojęcie usprawiedliwionego błędu w nowym kodeksie karnym*, „Palestra” 1998, nr 7/8, s. 34 i n.; M. Małecki, *Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w świetle nowelizacji art. 28 § 1 k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, z. 1, s. 23–50; A. Zoll, *Regulacja błędu w projekcie kodeksu karnego* [w:] L. Tyszkiewicz (red.), *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, Katowice 1996, s. 242 i n.

Z konieczności ograniczając rozważania tylko do podania najbardziej podstawowych przykładów, należy stwierdzić, że w stanach faktycznych pojawiających się w czasie pandemii COVID-19 niebagatelne znaczenie praktyczne mogą mieć takie okoliczności wyłączające winę, jak: usprawiedliwiony błąd co do prawa (art. 30 k.k.), usprawiedliwiony błąd co do znamion (art. 28 § 1 k.k.), stan wyższej konieczności, jako okoliczność wyłączająca winę (art. 26 § 2 k.k.), usprawiedliwiony błąd co do działania w warunkach okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną (art. 29 k.k.). Pewne znaczenie może mieć także brak możliwości przypisania winy sprawcy, z uwagi na zakłócenie czynności psychicznych wywołane skrajnym przepracowaniem, powodujące, że sprawca nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem (art. 31 k.k.) – na przykład w razie popełnienia prawnokarne relewantnego błędu w leczeniu przez medyka znajdującego się w stanie wyczerpania psychofizycznego, w sytuacji w której stan ten nie został w sposób zawiniony wywołany przez medyka, ale wynikał z konieczności długotrwałego wykonywania ciężkiej pracy. Na wyłączenie winy może także liczyć sprawca, który, stosując przymus fizyczny, usuwa z zamkniętego pomieszczenia kaszlącą osobę odmawiającą realizacji obowiązku zakrycia ust i nosa, w sytuacji, w której osoba ta nie jest nosicielem wirusa i jednocześnie jest zwolniona z prawnego obowiązku zakrywania nosa i ust. Zachowanie sprawcy może zostać uznane za działania w warunkach usprawiedliwionego błędu co do okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną (art. 29 k.k.). Istnieje możliwość wyłączenia winy funkcjonariusza publicznego a także osoby zobowiązanej do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, która, realizując znamiona typu czynu zabronionego, jednocześnie mylnie interpretowała zakres swoich uprawnień i obowiązków, jeżeli błąd ten był usprawiedliwiony, tj. taki, który mógł popełnić rzetelnie przykładający się do realizacji swoich uprawnień i obowiązków obywatel, znajdujący się na miejscu sprawcy. Oczywiście w warunkach usprawiedliwionego błędu co do prawa z art. 30 k.k. oraz usprawiedliwionego błędu co do znamion z art. 28 § 1 k.k., jako okoliczności wyłączającej winę, może działać każdy obywatel niestosujący się pandemicznych nakazów i zakazów obwarowanych sankcją karną. Błąd usprawiedliwiony to błąd, jakiego mógłby się dopuścić rzetelny fachowiec o cechach i właściwościach sprawcy, podejmujący określone zachowania, w takich warunkach i okolicznościach, w jakich funkcjonował sprawca. Okolicznościami, które *in concreto* będą sprzyjać ustaleniu, czy błąd sprawcy był usprawiedliwiony są niewątpliwie: często i dynamicznie zmieniający się stan prawny, krótkie *vacatio legis* wprowadzanych zmian, błędy legislacyjne uniemożliwiające

jednoznaczną interpretację zawartych w aktach normatywnych zakazów i nakazów, regulowanie materii zastrzeżonej dla ustaw aktami normatywnymi niższego rzędu, niespójność wprowadzanych przez legislatora regulacji.

Usprawiedliwiony błąd wyłączający winę może popełnić lekarz, który np. błędnie sądzi, że nie ma już dostępnych respiratorów lub zapasów tlenu i w konsekwencji udziela pomocy tylko jednemu pacjentowi a drugiego pozostawia bez adekwatnej pomocy, podczas gdy obiektywnie istniała możliwość udzielenia skutecznej pomocy obydwu potrzebującym. Okolicznościami sprzyjającymi „usprawiedliwieniu” błędu medyka będą z pewnością takie okoliczności, jak np. konieczność podejmowania działań medycznych poza swoją zwyczajną specjalnością i formalnymi kompetencjami, natłok obowiązków przekraczający faktyczne możliwości danej osoby, zmęczenie wynikające z długotrwałego wykonywania ciężkiej pracy bez koniecznego odpoczynku, silne napięcie emocjonalne towarzyszące długotrwałej pracy w nadzwyczajnych warunkach.

10.8. Podsumowanie

Wprowadzanie kolejnych regulacji wyłączających przestępność nie przyczynia się realnie do zwalczania pandemii i nie poprawia prawnej i faktycznej sytuacji osób zmagających się z jej bezpośrednimi i pośrednimi konsekwencjami w życiu. Nie ma potrzeby wprowadzania dodatkowego mechanizmu legalizacji zachowań podejmowanych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 lub w związku z wykonywaniem świadczeń zdrowotnych w ramach „rozpoznawania lub leczenia COVID-19”.

Przedstawiona koncepcja reguł postępowania z dobrem w praktyce przesądzi odpowiedź na pytanie: czy naruszę prawo, jeżeli dostosuję swoje zachowanie do szczególnych okoliczności, będę postępował optymalnie z perspektywy ochrony dobra prawnego i jednocześnie sprzecznie ze standardami przyjmowanymi w zwykłych okolicznościach? Odnosnie do tzw. klauzuli dobrego Samarytanina należy stwierdzić, że zgodnie z przedstawionymi założeniami, nie popełnia przestępstwa z art. 155, 156 § 2, 157 § 3 i 160 § 3 k.k. medyk, a nie tylko medyk „zapobiegający, rozpoznający lub leczący COVID-19”, o ile tylko zachował się zgodnie z regułami obowiązującymi „w danych okolicznościach”. Przy czym „dane okoliczności” to „szczególne okoliczności” panujące w danym miejscu i czasie, a nie jedynie w miejscu i czasie, w którym leczy się pacjentów zakażonych COVID-19. Konstrukcja reguł postępowania z dobrem jest uniwersalna i pozwala na uadekwatnienie zakresu normy prawa karnego do „szczególnych okoliczności”, także w przypadku innych

przestępstw, w tym umyślnych, jak np. przestępstwo nadużycia władzy lub nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym (art. 231 k.k. i 296 k.k.). Ma ona zatem praktyczne znaczenie i zakres stosowania nieporównywalnie większy niż omówione w tekście nadzwyczajne instytucje wyłączające przestępczość czynu. W przypadku wykazania realizacji znamion typu, nadzwyczajne warunki społeczne wywołane przez stan pandemii oraz oceny społeczne czynu mogą zostać uwzględnione także w toku oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu. Czyn zabroniony, który został oceniony jako społecznie znikomo szkodliwy, jest pozbawiony cechy przestępczości (art. 1 § 2 k.k.). Nie ma zatem potrzeby wprowadzania do systemu prawa karnego nadzwyczajnej klauzuli „działania w interesie społecznym”.

W razie naruszenia przez sprawcę reguł ostrożności wymaganych od danego podmiotu w danych okolicznościach należy wykazać, że dane zachowanie także realizuje znamiona typu czynu zabronionego, co nie jest w praktyce zadaniem łatwym, nawet w „zwyczajnych okolicznościach”, w szczególności w przypadku błędów w leczeniu. Z powyższego wynika, że dopiero w ostateczności pojawia się konieczność oceny danego zachowania, podjętego w „nadzwyczajnych okolicznościach pandemii”, przez pryzmat kontratypów lub okoliczności wyłączających winę. Dlatego też w świetle prezentowanych rozważań nie ma powodu wprowadzania do systemu prawnego szczególnej regulacji, gdyż aktualnie istniejące są przygotowane na adekwatną ocenę przypadków związanych ze stanem epidemii.

Nie stanowi celnego argumentu popierającego wprowadzenie „nadzwyczajnego” kontratypu (dedykowanego stanom związanym ze zwalczaniem COVID-19 i „nawiązującego” do stanu wyższej konieczności) twierdzenie, że stan wyższej konieczności w dotychczasowej praktyce orzeczniczej nie pojawia się często. W moim przekonaniu, dzieje się tak nie dlatego, że art. 26 k.k. został błędnie skonstruowany lecz przeciwnie dlatego, że art. 26 k.k. został wprowadzony do ustawy karnej, celem wykorzystania w sytuacjach nadzwyczajnych i wyjątkowych, w praktyce wiążących się z koniecznością podejmowania decyzji i wyborów na miarę antycznej tragedii. Innymi słowy: im częściej w danym miejscu i czasie pojawiają się sytuacje nadzwyczajne, wymagające rozstrzygania dramatycznych dylematów, tym większa praktyczna użyteczność instytucji zaprojektowanych celem uwzględniania tego rodzaju sytuacji nadzwyczajnych i tym większe praktyczne zastosowanie takich instytucji, jak stan wyższej konieczności lub kolizja obowiązków. Te uwagi można odpowiednio odnieść także do kontratypu ryzyka nowatorstwa (art. 27 k.k.) czy też okoliczności wyłączającej winę w postaci usprawiedliwionego błędu co do prawa (art. 30 k.k.).

Należy nadmienić, że ustawowe wyłączenie odpowiedzialności karnej za czyn, który co do zasady nosi znamiona przestępstwa, w tym przestępstwa skierowanego przeciwko najwyżej cenionym dobrom prawnie chronionym, jest sytuacją, która bez względu na okoliczności zewnętrzne, musi być traktowana wyjątkowo. Chodzi wszak o odmówienie ochrony dobru prawnemu przed czynem, który co do zasady nosi znamiona przestępstwa. Zatem zanim legislator uzna, że wprowadzenie nadzwyczajnej instytucji uadekwatniającej zakres stosowania norm prawa karnego jest konieczne, powinien ustalić treść tych norm w obowiązującym stanie prawnym. W dalszej kolejności powinien rozważyć, czy w praktyce może pojawić się taka kategoria przypadków, do których nie będą miały zastosowania istniejące instytucje pozwalające na korektę prawnokarnej oceny i czy tak kategoria przypadków na tego rodzaju korektę zasługuje, spełniając chociażby konstytucyjny wymóg racjonalności aksjologicznej i instrumentalnej.

11. Ustalenie stanu wiedzy o COVID-19 na czas popełnienia czynu

Niemal od początku 2020 r. świat zmaga się z pandemią związaną wirusem SARS-CoV-2, który wywołuje chorobę układu oddechowego – COVID-19. Pierwsze przypadki zakażeń ludzi tym wirusem odnotowano pod koniec 2019 r. w mieście Wuhan we wschodnich Chinach. Wiadomo, że wirus przenosi się drogą kropelkową, a u niektórych chorych wywołuje ciężkie zapalenie płuc i zespół ostrej niewydolności oddechowej wymagający zastosowania wentylacji mechanicznej. Obecnie w Polsce rozpoczęła się już dystrybucja szczepionki¹, ale wciąż nie są znane skuteczne sposoby leczenia COVID-19². Wywołane pandemią wydarzenia i procesy społeczne nie pozostają bez wpływu na funkcjonowanie systemu prawa. Nie sposób jednakże poddać analizie wszystkich zagadnień, które zyskały na aktualności w związku z rozprzestrzenianiem się COVID-19. Wybrałem to z nich, które dotyczy wpływu zmiany wiedzy o profilaktyce i przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2, wiedzy o metodach diagnostycznych i terapeutycznych w stosunku do COVID-19 oraz stopnia rozpowszechnienia informacji składających się na ogólny stan wiedzy o wirusie SARS-CoV-2 i COVID-19³ na kształt reguł przypisania odpowiedzialności karnej.

¹ Stanowisko Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Epidemiologów i Lekarzy Chorób Zakaźnych w sprawie najczęstszych wątpliwości dotyczących szczepienia przeciw SARS-CoV-2 znajduje się na stronie <<http://www.pteilchz.org.pl/wp-content/uploads/2021/01/Stanowisko-ZG-PTEiLChZ-w-sprawie-szczepie%C5%84-C19-26-01-2021.pdf>> [dostęp: 3 lutego 2021].

² Na stronie internetowej <<http://www.pteilchz.org.pl/informacje/sarster/>> [dostęp: 17 stycznia 2021] znajdują się informacje na temat programu badawczego SARSTer, który ma mieć charakter retrospektywny i nieinterwencyjny, a którego celem jest ocena skuteczności i bezpieczeństwa różnych opcji terapii COVID-19 stosowanych w Polsce u chorych leczonych w okresie od 1 marca do 31 grudnia 2020 r.

³ Na stronie internetowej <<http://www.pteilchz.org.pl/wp-content/uploads/2020/10/Zalecenia-poste%CC%A8powania-z-dzieckiem-z-Covid-19-ostateczna-wersja-26-10.pdf>> [dostęp: 3 lutego 2021] znajdują się zalecenia dla pediatrów oraz lekarzy rodzinnych w Podstawowej Opiece Zdrowotnej oraz dla leczących dzieci zakażone SARS-CoV-2 w warunkach szpitalnych.

Uzasadnieniem dla podjęcia się wskazanego tematu jest przede wszystkim konieczność opisanie wpływu zmian wiedzy o diagnostyce i terapii oraz powikłaniach związanych z COVID-19⁴ na przesłanki odpowiedzialności karnej w odniesieniu do zagadnień łączących się z taką odpowiedzialnością za wywołanie zakażenia wirusem SARS-CoV-2, nieprzeszkodzenie rozprzestrzenianiu się wirusa SARS-CoV-2 oraz za podjęcie niewłaściwych czynności organizacyjnych, diagnostycznych i terapeutycznych w trakcie procesu leczenia COVID-19, czy w końcu za niewłaściwą diagnostykę powikłań związanych z zachorowaniem na COVID-19 i wynikłe stąd negatywnie wartościowane następstwa. Rozwój wiedzy o sposobach transmisji wirusa SARS-CoV-2 i leczeniu COVID-19 stanowi uzasadnienie dla przeprowadzenia tego rodzaju badań. Można bowiem założyć, że po ustaniu pandemii ich wyniki mogą przez lata wpływać na rozwój nauki prawa karnego o przesłankach odpowiedzialności karnej osób odpowiedzialnych za niepowodzenia w leczeniu oraz o błędzie organizacyjnym w ochronie zdrowia.

Obowiązujące standardy leczenia pacjentów (postępowania z osobami wymagającymi pomocy medycznej) stanowią odzwierciedlenie aktualnej wiedzy naukowej, przede wszystkim wiedzy naukowej z zakresu medycyny, oraz dotychczasowego doświadczenia życiowego na tym polu⁵. Często nie mają statusu norm prawnych w danym porządku prawnym. Pozwalają one na ustalenie oczekiwań, jakie prawo ma wobec profesjonalistów medycznych. W literaturze wskazuje się, że nie obowiązuje ogólna zasada, by każdą czynność wykonywać w najbardziej bezpieczny możliwy sposób oraz że nie jest też wymagane działanie „ponadstaranne”, wykraczające ponad normalnie wymagane rygory⁶. Pośród możliwych do przyjęcia punktów odniesienia dla określenia właściwego standardu postępowania medycznego wskazuje się „1) najlepszy istniejący sposób postępowania; 2) sposób postępowania możliwy do zastosowania w danych okolicznościach; 3) sposób postępowania

⁴ Na stronie internetowej <<http://www.pteilchz.org.pl/informacje/rekomendacje/>> [dostęp: 3 lutego 2021] znajdują się zalecenia diagnostyki i terapii zakażeń SARS-CoV-2 Polskiego Towarzystwa Epidemiologów i Lekarzy Chorób Zakaźnych z dnia 31 marca 2020 r. oraz dwa aneksy do tych zaleceń z dnia 8 czerwca 2020 r. i z dnia 13 października 2020 r. W dokumentach tych opisano procedury postępowania w poszczególnych przypadkach, w tym w przypadku postaci bezobjawowej lub łagodnej; w przypadku postaci stabilnej z objawami ze strony układu oddechowego i/lub ogólnoustrojowymi; w przypadku pacjentów z niewydolnością oddechową, klinicznie niestabilnych oraz w przypadku pacjentów w stanie krytycznym. Opisane zostały diagnostyka i terapia oraz propozycje leków, które mogą być stosowane oraz na których stosowanie wymagane jest uzyskanie zgody Komisji Bioetycznej, a które mogą być stosowane w warunkach eksperymentu medycznego w związku z brakiem wskazania COVID-19 lub zakażenia SARS-CoV-2 w charakterystyce produktu leczniczego.

⁵ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa Pacjenta*, Warszawa 2001, s. 157.

⁶ M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 97; M. Boratyńska, *Rozdział I. Miejsce standardów lekarskich w systemie prawa medycznego – teoria i praktyka* [w:] *Standard wykonywania zawodów medycznych*, A. Górski (red.), M. Grassmann (red.), E. Sarnacka (red.), Warszawa 2019, s. 4.

wynikający z przeciętnego lokalnego (krajowego) poziomu praktyki medycznej; 4) sposób postępowania wynikający z przeciętnego poziomu praktyki medycznej w skali międzynarodowej”⁷. O ile słusznie wskazuje się, że pierwszemu bliżej do pewnego idealnego wzorca⁸, tak aprioryczne jego odrzucenie nie wydaje się trafne, na co współcześnie wskazują choćby szczepienia na COVID-19. W perspektywie potencjalnego zagrożenia dla wielu milionów ludzi, należy bowiem wymagać najwyższego obecnie dostępnego poziomu wiedzy. Zarzut postawiony drugiemu jest o tyle trafny, iż w rzeczywistości charakteryzuje się inherentną inną skrajnością: wymagany standard postępowania staje się zależny od lokalnych realiów i całkowicie zależny od możliwości określonej placówki medycznej⁹. Wydaje się jednak, że rzecz jest o wiele bardziej skomplikowana i wymaga przyjęcia założenia o braku błędów organizacyjnych na poziomie krajowym oraz braku sytuacji niedoborów. Zasada *impossibulum nulla obligatio est* może bowiem niekiedy usprawiedliwiać przyjęcie tak wąskiego punktu odniesienia. W istocie szeroko pojęte zasoby, jakimi dysponuje lekarz, na które składają się dostępność wiedzy, sprzętu, możliwość konsultacji czy w końcu przewiezienia pacjenta do innej placówki medycznej składają się na obiektywne przesłanki pozwalające na ustalenie zakresu swobody w podejmowaniu decyzji¹⁰. Twierdzenie, że decyzja mogła być w danym wypadku inna, wynika z założenia, że wszystkie czynniki, które wpłynęły na podjęcie decyzji kwestionowanej, nie determinowały jej zupełnie, że istniała przestrzeń, która pozwoliła na podjęcie innej, ocenianej *ex post* jako prawidłowa¹¹. Rozróżnienie dwóch pozostałych modeli odwołujących się do średniej krajowej czy średniej międzynarodowej, w istocie w obliczu szerokiego dostępu do wytycznych krajowych czy międzynarodowych towarzystw medycznych, których poprawność można zweryfikować w oparciu o procedury EBM (*Evidence Based Medicine*) oraz wskazania WHO, traci na znaczeniu. Aczkolwiek ze względów na wskazania medyczne lub aksjologiczne, jako dopuszczalną należy widzieć sytuację, że określone wytyczne mogą być w jednym kraju poprawne, a w innym nie¹², co zależeć to będzie od poziomu społecznie akceptowalnego ryzyka. Różnice mogą się obecnie uwidaczniać z uwagi na poziom zachorowań na COVID-19 oraz różny współczynnik zapadalności czy umieralności wykazywany przez kraje.

⁷ M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 97; M. Boratyńska, *Rozdział I. Miejsce standardów...*, s. 6.

⁸ Tamże.

⁹ Tamże, s. 7.

¹⁰ M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 99; M. Boratyńska, *Rozdział I. Miejsce standardów...*, s. 7.

¹¹ W. Janikowski, *Wolna wola i jej użyteczność. Podstawy etyki utilitaryzmu preferencji*, Warszawa 2016, s. 211.

¹² Inaczej: M. Safjan, *Prawo i medycyna...*, s. 99–100; M. Boratyńska, *Rozdział I. Miejsce standardów...*, s. 8.

W literaturze wskazuje się, że standard wykonywania zawodu lekarza to zespół reguł postępowania wymaganych od lekarza w konkretnej sytuacji¹³. Przy analizie wskazanego zagadnienia nie pomija się kontekstu, w tym znaczeniu, że lekarski obowiązek udzielania pomocy uzależnia się od sytuacji i szczegółowej lekarskiej specjalizacji, jak również umiejętności zawodowych¹⁴. Wskazuje się na potrzebę posługiwania się wzorcem „dobrego lekarza”, który ma charakter elastyczny w tym znaczeniu, że w tym pojęciu mieszczą się zarówno specjalizacja lekarza oraz jej brak, jak i standard wyposażenia miejsca pracy¹⁵. Ten ostatni standard w tym ujęciu mieści w sobie zarówno cechy sytuacji, w jakiej znalazł się lekarz (wyposażenie miejsca wykonywania czynności diagnostycznych i terapeutycznych), jak i cechy odnoszące się do samego lekarza jako aktora zdarzenia (posiadanie albo nie specjalizacji, doświadczenie zawodowe)¹⁶. A. Górski i M. Plannert zauważają, że sformułowania w postaci „należytej staranności” czy też „konkretnej wymagalności” odnoszone do oczekiwanego zachowania się lekarza obiektywizują normę powinno zachowania, odnoszoną do obowiązku udzielania świadczeń zdrowotnych¹⁷. Jednocześnie autorzy zaznaczają, że należy zgodzić się z dość powszechną subiektywizacją mających charakter pozanormatywny, „reguł ostrożności” oraz „należytej staranności”¹⁸. Problem ten został dostrzeżony w literaturze już przez B. Wróblewskiego, który, w odniesieniu do niedbalstwa, postawił pytanie, czy ustalając winę sprawcy należy nawiązywać do konkretnego człowieka, czy do przeciętnego typu człowieka, a tym samym, czy odpowiedzialność należy ferować z punktu widzenia indywidualno-podmiotowego, czy ogólnopodmiotowego¹⁹. Zdaniem B. Wróblewskiego „każda czynność artystyczna, naukowa, techniczna, rzemieślnicza itp., wytwory takich czynności pod kątem widzenia ich wykonania oraz podmioty czynności – stanowią przedmioty zdadne do wypowiadania oceny – «niedbały», «niedbale»”²⁰. Autor zwraca przy tym uwagę, że „cecha «niedbały» (dbały) jest właściwą jedynie osobom, jako podmiotom zachowania się, a rzutowaną na same czynności. Nie ma jakichś cech stałych, po których można by rozpoznać czynność niedbałą lub przedmiot niedbale wykonany. Dziecko może z wielką dbałością wykonać jakąś robotę, a ktoś, sądząc, że została wykonana przez dorosłego, powie, że robota jest niedbała”²¹. Ustalenia

¹³ A. Górski, M. Plannert, *Rozdział II. Standard wykonywania zawodu lekarza* [w:] *Standard wykonywania zawodów medycznych*, A. Górski (red.), M. Grassmann (red.), E. Sarnacka (red.), Warszawa 2019, s. 26.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Tamże.

¹⁶ Tamże, s. 27.

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Tamże.

¹⁹ B. Wróblewski, *Prawo karne. Część ogólna (opracowane na podstawie wykładów)*, Wilno 1935, s. 78.

²⁰ B. Wróblewski, *Studia z dziedziny prawa i etyki*, Wilno 1933, s. 275.

²¹ Tamże, s. 275.

poczynione przez B. Wróblewskiego można przenieść na grunt niniejszych rozważań przez zamianę ich na pytania o to, jakie zasoby, spośród dostępnych w określonym miejscu i czasie, sprawca powinien był wykorzystać, w tym z jakich wytycznych winien był skorzystać, dochowując wymagań postawionych przez normę sankcjonowaną. Wydaje się bowiem, że owa dbałość, o której wspomina B. Wróblewski, w istocie sprowadza się do stopnia wykorzystania zasobów dostępnych określonemu podmiotowi. Takim zasobem jest również wiedza o metodach diagnostycznych i terapeutycznych w odniesieniu do choroby COVID-19 i jej powikłań.

Obecnie szczegółowe wytyczne postępowania (zwane niekiedy algorytmami) są wyznaczane przez poszczególne towarzystwa medyczne²². Co jednak wówczas, gdy standardy diagnostyczne i terapeutyczne powstaną w określonym wycinku czasu, i nie ma wystarczającej wiedzy, czy zaproponowany przez określone towarzystwo medyczne algorytm postępowania w określonym przypadku nie ma szans zadziałać albo, gdy doświadczenie zawodowe lekarza wskazuje, że powikłania COVID-19 u konkretnego pacjenta sprawiają, że powinien być on leczony w określony, sprzeczny z zaproponowanym algorytmem, sposób? W tak zadany pytanie ogniskuje się zarówno problem zarysowany przez B. Wróblewskiego a dotyczący pytania o punkt odniesienia dla odpowiedzi na pytanie czy dana czynność została wykonana z należytą dbałością oraz czy odpowiedzialność należy ferować z punktu widzenia indywidualno-podmiotowego, czy ogólnopodmiotowego²³, jak i problem wyznaczenia standardu przy pomocy wzorca normatywnego, w tym problem poziomu wymagań, przekroczenia pola funkcyjnego oraz kryteriów przypisania odpowiedzialności sprawcy o szczególnej wiedzy lub umiejętnościach, postawiony przez K. Lipińskiego²⁴.

Nie można powiedzieć, że jedna ze wskazanych metod ustalenia zakresu odpowiedzialności jest lepsza, czy ta z odwołaniem się do charakterystyki sytuacji, jej kontekstu oraz wymagań skierowanych do podmiotu ze strony tekstu prawnego, czy też ta, która jest dla większości z nas bardziej intuicyjna, a polegająca na odwołaniu się do miary wyznaczonej przez wzorzec normatywny np. dobrego pielęgniarza, dobrego ratownika medycznego czy też dobrego lekarza.

²² A. Górski, M. Pannert, *Standard...*, dz. cyt., s. 26.

²³ B. Wróblewski, *Prawo karne...*, s. 78.

²⁴ K. Lipiński, *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 155–237.

COVID-19 jest chorobą znaną od przeszło 20 miesięcy i choć liczba opublikowanych prac na temat jej przebiegu jest już znaczna²⁵, wciąż wiele pytań na temat patofizjologii, przebiegu klinicznego i optymalnego postępowania terapeutycznego czeka na odpowiedź. Największym problemem jest oczywiście brak skutecznego leku przeciwwirusowego, który hamowałby rozwój choroby na najwcześniejszych etapach zakażenia. W literaturze wskazuje się przykładowo, że w przebiegu COVID-19 obserwuje się często ciężkie powikłania zakrzepowo-zatorowe oraz że jednym z najważniejszych elementów terapii jest odpowiednio wcześniej włączona właściwa profilaktyka przeciwzakrzepowa oraz skuteczne leczenie ostrych powikłań zakrzepowo-zatorowych²⁶.

Nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, że zalecenia nie opisują wszystkich możliwych przypadków, w szczególności nie opisują możliwych kombinacji jednostek chorobowych, które współtowarzyszą COVID-19. Ponadto zalecenia mogą mieć charakter silnych za stosowaniem danej interwencji, silnych przeciwko jej stosowaniu, słabych za jej stosowaniem i w końcu słabych przeciwko jej stosowaniu²⁷. W szczególności w sytuacji, gdy część preparatów leczniczych stosowanych jest w drodze eksperymentu medycznego, może się okazać, że określony lekarz wyjdzie poza zalecenia, albo też będzie zachodzić sprzeczność pomiędzy zaleceniami o randze międzynarodowej i krajowej. Takie postąpienie nie oznacza w żadnym wypadku automatycznego uznania, że zachowanie wbrew zaleceniom jest zachowaniem bezprawnym. Jak się wydaje, prześledzenie toku rozumowania określonych wytycznych, zestawienie powołanych w nich danych z danymi uzyskanymi z przyjętej przez lekarza procedury postępowania w określonej sytuacji klinicznej oraz zastosowanie dostępnych metod oceny jakości wytycznych (w szczególności wykrycie ich ograniczeń), w tym, w szczególności, skorzystanie z instrumentu AGREE II²⁸, służącego ocenie wiarygodności wytycznych, zestawienie celu wytycznych z celem interwencji przyjętej dla określonej grupy pacjentów, weryfikacja przyjętej metodologii, w tym w odniesieniu do literatury fachowej oraz porównanie danych klinicznych pacjentów, będących podstawą opracowania wytycznych, z danymi pacjentów danego lekarza, pozwoli na

²⁵ Tylko na stronie Medycyna Praktyczna w zakładce COVID-19/wytyczne znajduje się 166 publikacji dotyczących różnych zagadnień związanych z diagnostyką i terapią COVID-19. Zob.: <<https://www.mp.pl/covid19/zalecenia.html>> [dostęp: 6 lutego 2021].

²⁶ J. Windyga, *COVID-19 a zaburzenia hemostazy*, „Medycyna Praktyczna” 2020, nr 7–8, s. 59–68.

²⁷ Szerzej zob. W. Leśniak, M. Bała, R. Z. Jaeschke, J. L. Brożek, *Od danych naukowych do praktycznych zaleceń: tworzenie wytycznych według metodologii GRADE*, Polskie Archiwum Medycyny Wewnętrznej 125/2015, s. 35–36.

²⁸ Tamże, s. 37–38.

obiektywizację przesłanek, którymi kierował się lekarz wybierając ten, a nie inny sposób postępowania²⁹.

Wydaje się, że rozróżnienie na standard osobowy, u którego podstaw leży konstrukt wzorca normatywnego, oraz na standard nieosobowy, u którego podstawy leży odwołanie się do obowiązujących w danej dziedzinie algorytmów postępowania, nie ma racji bytu. Na rzecz całą należy spojrzeć holistycznie. Dla ustalenia wymaganego standardu zrelatywizowanego do określonej sytuacji oraz do określonej osoby, konieczne jest bowiem ustalenie standardu nieosobowego, mającego niejako generalno-abstrakcyjny charakter. W istocie odwołanie się do konstruktów wzorców rekonstrukcyjnego i optymalizacyjnego³⁰ powinno zostać rozbudowane o wzorzec rekonstrukcyjny sytuacji, w jakiej znalazł się sprawca, oraz wzorzec optymalizacyjny takiej sytuacji. Z dwóch konstruktów otrzymujemy wówczas aż cztery, przy czym wzorce optymalizacyjne czy to osobowy czy sytuacyjny, mają charakter generalno-konkretny³¹, zaś wzorce rekonstrukcyjne – charakter indywidualno-konkretny. U podstawy wzorców optymalizacyjnych leży założenie, że podmiot, charakteryzujący się takimi cechami, które są zarazem konieczne i wystarczające dla wykonania odnośnej czynności, w oczekiwany sposób, znajdujący się w sytuacji, która charakteryzuje się tą samą kategorią cech, jest w stanie wykonać tę czynność w ten właśnie sposób³². Oczywiście rzecz jest o tyle skomplikowana, że należy ustalić także obiektywnie rozumianą oraz subiektywnie rozumianą możliwość do przewidzenia następstw zachowania, w tym wpływy poszczególnych elementów na oczekiwane wykonanie czynności. Słusznie przyjmował K. Buchała, że ustalanie możliwości przewidzenia polega na społecznym wartościowaniu wchodzących w grę czynników pozytywnych i przeszkadzających oraz wymaga przyjęcia określonego punktu odniesienia³³.

Ustalenie odpowiedzialności wymaga zatem zrekonstruowania tego, w jakiej sytuacji sprawca się znalazł oraz jak mógł widzieć tę sytuację w chwili zdarzenia (wzorzec rekonstrukcyjny odniesiony do sytuacji), w jakiej sytuacji sprawca powinien był się znaleźć i jak

²⁹ M Szerzej zob. R. Jaeschke, G.H. Guyatt, D.J. Cook, P. Gajewski, K. Łanda, J. Wcisło, *Wytyczne postępowania - cz. I - ocena wiarygodności, czyli którym wytycznym można wierzyć*, „Medycyna Praktyczna” 1999(10), s. 161–166; R. Jaeschke, G.H. Guyatt, D.J. Cook, P. Gajewski, K. Łanda, J. Wcisło, *Wytyczne postępowania - cz. II - sposób przedstawiania wytycznych, czyli siła zaleceń*, „Medycyna Praktyczna” 1999(11), s. 153–157.

³⁰ Szerzej zob. K. Lipiński, *Wzorce osobowe...*, s. 41–47.

³¹ O stopniu konkretyzacji reguł ostrożności zob. szerzej J. Giezek, *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 1, s. 72–73.

³² Por. P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 111.

³³ K. Buchała, *Z rozważań nad winą nieumyślną – niedbalstwo*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 2, s. 62.

powinien był ją widzieć w chwili zdarzenia (wzorzec optymalizacyjny odniesiony do sytuacji), jakie relewantne z punktu widzenia oczekiwanego standardu cechy (wiedza, umiejętności, doświadczenie, stan zdrowia, kondycja psychofizyczna) postępowania posiadał sprawca (wzorzec rekonstrukcyjny odniesiony do osoby) oraz jakie relewantne z punktu widzenia oczekiwanego standardu cechy postępowania powinien posiadać sprawca (wzorzec optymalizacyjny odniesiony do osoby)³⁴. Ocena całości następuje więc zawsze *ex post* z uwzględnieniem maksymalnie dostępnej wiedzy w określonym czasie, gdy ocena jest dokonywana oraz bez ograniczenia, jakie stwarza umieszczenie obserwatora w miejscu sprawcy, np. ustalając mechanizm zgonu, na podstawie danych z sekcji jego zwłok³⁵. K. Lipiński słusznie zwraca uwagę, że istnieje zagrożenie błędnego przesunięcia perspektywy oceny ze stanowiska *ex ante* na *ex post*. Nie ulega wszak wątpliwości, że spektrum informacji o zdarzeniu ujmowanych *ex post*, a uzyskanych z różnych źródeł, musi być szersze od wiadomości, które posiadać mógł sprawca w momencie podejmowania zachowania realizującego znamiona czynu zabronionego³⁶. J. Giezek wskazuje, że ocenę *ex ante* oprócz należy tylko na tych okolicznościach, które mogły zostać uwzględnione już w momencie wartościowanego zachowania oraz że należy pominąć wszystkie uzyskane później informacje co do rzeczywistego przebiegu przyczynowego, wywołanego ocenianym zachowaniem, które nie były dostępne z perspektywy sytuacji, w jakiej znajdował się sprawca przed podjęciem planowanego zachowania³⁷.

³⁴ Por. art. 355 k.c., art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 514 z późn. zm.). W moim przekonaniu, z założenia, iż od podmiotów należących do określonej klasy wymaga się zachowań adekwatnych do sytuacji, wywieść należy następujące założenia powinnościowe: „(1.) podmiot powinien mieć wiedzę o funkcjonowaniu danej klasy i o zakresie skierowanych do niej wymagań (2.) podmiot powinien orientować się w przynależności do konkretnej klasy, a co za tym idzie, umieć odnieść zakres wymagań skierowany do tej klasy do swojej aktualnej dyspozycji, stanu zdrowia, wiedzy i umiejętności (3.) podmiot powinien potrafić odbierać, odczytywać i nadawać znaczenie oraz formułować znaki i sygnały adekwatne do danej specjalizacji, pozwalające mu na sprawną komunikację z otoczeniem i innymi podmiotami należącymi do tej specjalizacji (4.) podmiot powinien potrafić wykonywać zachowania adekwatne do znaczenia znaków i sygnałów, przy czym powinien potrafić określić, jaki stan wiedzy jest mu potrzebny do prawidłowego wykonania zachowania oraz powinien potrafić podejmować zachowania zmierzające do uzyskania adekwatnego poziomu wiedzy (5.) podmiot powinien potrafić określić zachowania nieadekwatne do znaczenia znaków i sygnałów i powinien potrafić powstrzymać się od tego typu zachowań oraz od zachowań, dla podjęcia których nie posiada wystarczającego stanu wiedzy” – P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy...*, s. 292.

³⁵ W ocenie J. Majewskiego „treść ta jest wypadkową, po pierwsze, wszystkich rozpoznawalnych elementów danego stanu faktycznego, oraz, po drugie, naszej wiedzy o ogólnych prawidłowościach rządzących przemianami otaczającego nas świata, wiedzy o potwierdzonych empirycznie związkach między różnymi stanami rzeczy, dzięki której potrafimy przewidywać bliższe i dalsze skutki określonych ludzkich działań”. J. Majewski odwołał się tu do „pewnego zgeneralizowanego standardu, który jest pochodną aktualnej wiedzy i możliwości poznawczych człowieka jako gatunku”, co w przyjętej w niniejszej pracy nomenklaturze nazywam maksymalną wiedzą obiektywną dostępną w danym okresie historycznym – por. J. Majewski, *Prawnkarnie przypisanie skutku przy zaniechaniu. (Zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997, s. 75–76.

³⁶ K. Lipiński, *Wzorce osobowe...*, s. 77.

³⁷ J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 71.

Posłużenie się konstruktami wzorców normatywnych w sposób wskazany powyżej pozwala na odniesienie zachowania podjętego w określonym przypadku do klasy zachowań, które *ex post* zostały ustalone, jako *ex ante* możliwe w danej sytuacji, w tym do klasy zachowań, które *ex ante* należy uznać za oczekiwane³⁸. Jeśli zachowanie podjęte pokrywa się z zachowaniem *ex ante* oczekiwanym, wówczas nie można mówić o naruszeniu standardu. W przypadku różnic pomiędzy zachowaniem podjętym, a *ex ante* zachowaniem oczekiwanym, należy ustalić, czy różnice te miały wpływ na przebieg negatywnie wartościowanego znaczenia oraz czy były one uzasadnione w świetle wiedzy medycznej i oceny dostępnych wytycznych w procedurach EBM. Jeśli zostanie ustalone, że w ramach konkretnego zdarzenia były różnice pomiędzy ustaleniami z wykorzystaniem konstruktów wzorców rekonstrukcyjnych i optymalizacyjnych oraz różnice te nie znajdują pokrycia w aktualnej na czas zdarzenia wiedzy medycznej (w tym odstępianie od wytycznych nie znajduje uzasadnienia w procedurach EBM), wówczas dopiero można mówić o przekroczeniu standardu i tym samym o spełnieniu jednej z przesłanek składającej się na ustalenie tzw. bezprawności ujętej wartościująco, w postaci naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym. Konieczne stanie się ustalenie, czy doszło do naruszenia lub zagrożenia dla dobra prawnego oraz ustalenie, czy kontekst sytuacyjny naruszenia standardu nie był tego rodzaju, że spełnione zostały przesłanki jednej z okoliczności wyłączających bezprawność. Konieczne stanie się następnie ustalenie karalności takiego zachowania, czyli odniesienie jego cech do znamion określonego typu czynu zabronionego, ustalenie jego społecznej szkodliwości, pośród czynników które znajdują się waga naruszonych przez sprawcę obowiązków oraz rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia, a także ustalenie zarzucalności naruszenia standardu, czyli winy. Postąpienie przez określonego sprawcę wbrew standardowi, rekonstruowanemu w oparciu o aktualną – na czas zdarzenia, nie na czas orzekania – wiedzę medyczną, upoważnia twierdzenie, że „wypowiedział się” on przeciwko poznawczym warunkom zastosowania normy³⁹. Zgodzić należy się z poglądem A. Zolla, iż „rodzaj kontaktu z dobrem prawnym wyznacza, czy konieczne są szczególne kwalifikacje osoby wchodzącej w kontakt z dobrem prawnym”⁴⁰. Co do zasady, zgodzić należy się również z założeniem, że „osoba podejmująca kontakt z dobrem prawnym, bez posiadania odpowiednich, z punktu widzenia rodzaju kontaktu, kwalifikacji, stwarza dla tego dobra zagrożenie i jej zachowanie jest bezprawne”⁴¹.

³⁸ Por. P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy...*, s. 302–303.

³⁹ G. Jakobs, *O prawnokarnej funkcji zamiaru, nieumyślności i winy* [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, T. Kaczmarek (red.), Wrocław 1990, s. 44.

⁴⁰ A. Zoll, *Typ czynu zabronionego charakteryzujący się nieumyślnością* [w:] *Nieumyślność. Pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, J. Majewski (red.), Toruń 2012, s. 70.

⁴¹ Tamże.

U podstawy każdego z opisanych wyżej wartościowań leży ustalenie, czy uniknięcie określonego negatywnie wartościowanego stanu rzeczy było w ogóle możliwe⁴². Dopiero pozytywna odpowiedź na to pytanie umożliwia przejście do dalszego etapu wartościowania. W dobie Internetu poziom wiedzy społeczeństwa, ujęty globalnie, rzutuje na kwantum możliwych zachowań spełniających założenia modelu czynu w prawie karnym, tj. takich, względem których w ogóle można mówić o aktualizacji zakresu zastosowania normy sankcjonowanej. M. Rodzyńkiewicz dotychczasowy schemat definiowania czynu „czyn jest to zachowanie, które ...” (definicja klasyczna) zastąpił schematem „zachowanie stanowi czyn, jeżeli...” (definicja przez postulaty)⁴³, przy czym „za spełniające model czynu należy uznać tylko takie zachowanie, które podjęte zostało w tzw. sytuacji wyboru: podmiot mógł wybrać określone zachowanie ze zbioru zachowań możliwych”⁴⁴. Ustalenie takiego zbioru wymaga obrania punktu odniesienia, czyli wskazania tego, czego ta możliwość dotyczy. Pojęcie czynu wprawdzie nie jest elementem normy sankcjonowanej, ale dookreśla jej zakres zastosowania. Postulatywny model czynu zakłada wartościowanie zachowania pod kątem kwantum możliwości jego realizacji, przy czym nie można tego uczynić bez odniesienia się do treści powinności wyrażonej w normie. Innymi słowy, bez punktu odniesienia, w którym określimy, co miało być możliwe, nie jesteśmy w stanie wypowiedzieć się o zakresie możliwości a tym samym o tym, czy zachowanie sprawcy spełnia model czynu.

Aby zobrazować wskazany postulat przyrównajmy sytuację medyka, który znalazł się w świecie, w którym jeszcze nikt nie wie nic o COVID-19, do sytuacji strażnika w banku, który zostaje zamknięty przez włamywaczy w pomieszczeniu przypominającym duży sejf, skąd nie może wezwać pomocy. Medyk i strażnik mają swobodę poruszania się, medyk próbuje leczyć, zaś strażnik próbuje krzyczeć i uderzać w drzwi. Z normatywnego punktu widzenia obaj nie mają możliwości realizacji nałożonych na nich obowiązków. Sfera możliwości po stronie medyka i strażnika i sfera powinności współkształtują ich sytuację. Z jednej strony, powinni oni podjąć się każdego zachowania, które umożliwia im wypełnienie ciążących na nich obowiązków, a z drugiej, nie są oni w danym momencie w stanie zachować się zgodnie z powinnością, choć mogą podejmować zachowania inne niż te, które są od nich oczekiwane. Konsekwencją przyjęcia założenia, że płaszczyzną wartościowania

⁴² Z. Jędrzejewski rekonstruując, odmienną niż przyjęta w niniejszej pracy, strukturę przestępstwa przyjmuje tożsamy pogląd, iż „na pierwszym stopniu (czynu) eliminowane są wszystkie zdarzenia, nad którymi żadna ludzka istota nie jest w stanie w jakikolwiek sposób panować” – Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 343.

⁴³ M. Rodzyńkiewicz, *Treść pojęcia czynu w prawie karnym jako efekt procedury modelowania* [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Z. Cwiakalski (red.), M. Szewczyk (red.), W. Waltoś (red.), A. Zoll (red.), Kraków 1994, s. 212.

⁴⁴ Tamże, s. 213.

czynu jest li tylko płaszczyzna możliwości wyboru, będzie zaakceptowanie wniosku, iż zachowanie, jakie podejmuje medyk przy braku dostępnej wiedzy o COVID-19 oraz strażnik w zamknięciu, jest czynem. Przyjęcie założenia, iż wartościowanie czynu następuje zarówno na płaszczyźnie możliwości wyboru jak i płaszczyźnie powinności, pozwala dojść do konstatacji odmiennej. W podanych przykładach zarówno medyk, jak i strażnik nie są pozbawieni możliwości wyboru jakiegokolwiek zachowania alternatywnego, lecz pozbawieni są możliwości wyboru w zakresie spektrum adekwatnego do wartości prawnie chronionej⁴⁵. Generalno-abstrakcyjna możliwość zrelatywizowana do ochrony określonego dobra prawnego współkształtowana jest w oparciu o wiedzę społeczeństwa o określonych zależnościach przyczynowo-skutkowych. Brak tej wiedzy taką możliwość wyklucza.

Odwołanie się następnie do konstruktów wzorców rekonstrukcyjnego i optymalizacyjnego odniesionych do sytuacji i do osoby, pozwala na ustalenie kwantum możliwości, ujętej jako własność konkretno-generalna, a wyznaczającej zakres powinności⁴⁶. Pozwala to ustalić, co stało się udziałem sprawcy oraz co powinien był zrobić w czasie, gdy ochrona dobra prawnego pacjenta była możliwa. Przedmiot karnoprawnej oceny wyznaczany jest przez zakres ochrony, jakiego norma sankcjonowana udziela dobru prawnemu, a ten zależy z kolei od hierarchii dobra prawnego względem pozostałych dóbr chronionych oraz od tego, z jakimi innymi dobrami prawnymi pozostaje ono w kolizji w realiach konkretnego zdarzenia⁴⁷. Zaakcentować należy, że standard na poziomie generalno-abstrakcyjnym wyznaczany jest przez czas, w jakim wartościowane prawnie zachowanie zostało podjęte, zaś na poziomie generalno-konkretnym ów standard wyznacza następnie czas, w jakim oczekiwane zachowanie prawnie winno było zostać podjęte⁴⁸.

Wracając do koncepcji modelowego wzorca modelowego obywatela⁴⁹ wskazać należy, że w literaturze słusznie podnosi się, że pojęcie człowieka normalnego jest fikcją⁵⁰. Akceptacja tego poglądu z logicznego punktu widzenia wymusza podejmowanie prób budowania

⁴⁵ P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy...*, s. 189–190.

⁴⁶ Por. tamże, s. 293–294.

⁴⁷ Tamże, s. 280.

⁴⁸ Tamże.

⁴⁹ Zob. również M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998; K. Schmoller, *Standardowe postacie w prawie karnym jako pomocniczy punkt odniesienia w ocenach prawnych*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 5; J. Giezek, *O tendencjach do subiektywizowania bezprawności oraz obiektywizowania winy we współczesnym prawie karnym* [w:] N. Sienkiewicz (red.), *Wybrane zagadnienia reformy prawa karnego*, Acta Universitatis Wroclaviensis 1997, nr 1961; J. Kochanowski, *Standard rozsądnego człowieka w prawie karnym*, Studia Iuridica 1991 nr 20; M. Sośniak, *Należyta staranność*, Katowice 1980, s. 47–68.

⁵⁰ S. Batawia, *Wstęp do nauki o przestępcy*, wyd. II, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1984, s. 51.

pojęcia odpowiedzialności z pominięciem normatywnego wzorca, gdyż nie wiadomo, jakie cechy miałby on posiadać. Istnieje bowiem zagrożenie, że, ostatecznie, na skutek braku precyzyjnych kryteriów, tym modelowym wzorcem staje się sam sędzia⁵¹. Argumentem za posługiwaniem się tylko postacią modelowego obywatela nie może stać się przekonanie, że porównanie zachowania konkretnego sprawcy z postacią modelową ma tę niezaprzeczalną zaletę, że orzekającemu sędziemu łatwiej będzie sobie wyobrazić, czego racjonalnie można wymagać od człowieka w sytuacji, w której znalazł się oskarżony⁵².

Budując wzorzec nieosobowy i mając na uwadze konieczność odmiennego ujęcia możliwości postąpienia zgodnego z prawem dla modelu czynu w prawie karnym, z punktu widzenia zakresu zastosowania normy sankcjonowanej oraz na potrzeby ustalenia winy po stronie sprawcy, w jednym z wcześniejszych opracowań zaproponowałem podział na atrybuty sytuacji, które nazwałem przesłankami przedmiotowymi i atrybuty sprawcy, które nazwałem przesłankami podmiotowymi⁵³. Przeprowadziłem podział możliwości generalnej przedmiotowej przez kryteria abstrakcyjności i konkretyzacji. Przykładem możliwości ujętej generalno-abstrakcyjnie jest posiadanie przez określone społeczeństwo wiedzy na temat pewnych przebiegów przyczynowych. Brak takiej wiedzy np. z zakresu medycyny abstrakcyjnie – bez odniesienia do skonkretyzowanego układu faktycznego⁵⁴ – uniemożliwia podejmowanie zachowań, które byłyby możliwe, gdyby taka wiedza została odkryta⁵⁵. Przeprowadzając zaś podział na możliwość ujętą generalnie i indywidualnie, wskazałem, że pierwsza wyznaczana jest przez maksymalną wiedzę i umiejętności dostępne danej społeczności w określonym czasie, zaś druga wyznaczana jest przez kwantum wiedzy wymaganej od danej klasy podmiotów. Zdaniem W. Mąciora „zakres obowiązków funkcyjnych

⁵¹ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 139; K. Schmoller, *Standardowe postacie w prawie karnym jako pomocniczy punkt odniesienia w ocenach prawnych*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 5, s. 48 i literatura tam cytowana; T. Kaczmarek, J. Giezek, *O subiektywnym przypisaniu nieświadomego przestępstwa nieumyślnego* [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, T. Kaczmarek (red.), Wrocław 1990, s. 66.

⁵² K. Lipiński, *Wzorce osobowe...*, s. 73–74.

⁵³ P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy...*, s. 191–192, 202.

⁵⁴ Na taki sposób wykluczania możliwości przewidzenia negatywnie wartościowanego skutku przy przestępstwach nieumyślnych zwrócili uwagę T. Kaczmarek i J. Giezek. W ich ocenie „wykluczenie (...)” najpewniejsze wydaje się wówczas, gdy opiera się na przesłankach, które można zobiektywizować, a nawet – w pewnym sensie – zgeneralizować, a więc, innymi słowy, sprowadza się ono do sylogistycznego stwierdzenia, że sprawca nie może przewidzieć negatywnego skutku, jeśli pojawi się jakiś obiektywny czynnik zewnętrzny, ze względu na który w identycznej lub bardzo podobnej sytuacji skutku takiego nie przewidziałby również nikt inny” – T. Kaczmarek, J. Giezek, *O subiektywnym przypisaniu...*, s. 56.

⁵⁵ Zgodzić się należy z poglądem Z. Ziemińskiego, iż „koncepty dotyczące pojmowania «dowolności» zachowania są bowiem historycznie zmienne ze względu na zmianę stanu wiedzy o zachowaniach ludzkich, jak i na stopień rozpowszechnienia danej wiedzy – Z. Ziemiński, *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972, s. 47.

wyznaczony jest nie tylko przez wyraźne wskazania stanowione lub powszechnie praktykowane, lecz także przez konkretne wskazania sytuacyjne, których naturalnie *in abstracto* przewidzieć się nie da⁵⁶. Zgodzić należy się także z W. Patryasem, iż „jeśli [...] na dzień przed planowanym eksperymentem z materiałem rozszczepialnym w obcojęzycznym periodyku opublikowany zostanie artykuł badacza z innej części świata: prezentujący pewne ulepszenie technologiczne, to rozwiązanie to już jest wyznacznikiem najwyższego pułapu wiedzy”⁵⁷. Jednakże dalsza część wskazanego poglądu, w której autor ten przyjmuje, że „nie można jednak od nikogo żądać, aby w dniu następnym stosował już ulepszoną technologię”⁵⁸, nie przystaje do obecnego sposobu funkcjonowania nauki, w tym powszechności Internetu i publikacji *open access*.

Choć intuicje wyrażone w powyższych założeniach można określić jako trafne, same założenia wymagają nieznacznej korekty w oparciu o tzw. kwadrat ontologiczny, na podstawie którego możliwe jest scharakteryzowanie właściwości jako takich, niezależnie czy przysługują sytuacji (rzeczywistej oraz optymalnej) w jakiej znalazł się podmiot, czy też samemu podmiotowi (rzeczywistemu oraz optymalnemu) jako aktorowi zdarzenia. Błąd w zrekapitulowanych powyżej założeniach polega bowiem na tym, że sytuacji przypisane zostały tylko cechy generalno-abstrakcyjne albo generalno-konkretne, zaś podmiotowi tylko cechy indywidualno-konkretne i indywidualno-abstrakcyjne. Niezbędna korekta w oparciu o dokonania umiarkowanego realizmu pozwoliła na ustalenie, że zarówno sytuacja, w jakiej znalazł się podmiot, jak i sam podmiot, jako aktor zdarzenia, powinny być charakteryzowane przez cechy generalno-konkretne, generalno-abstrakcyjne, indywidualno-konkretne oraz indywidualno-abstrakcyjne. Nowy model został zatem zbudowany w oparciu o założenia poczwórnej klasyfikacji bytów ze względu na konkretność-abstrakcyjność i uniwersalność-partykularność, która składa się na opisany poniżej tzw. kwadrat ontologiczny, pojawiający się po raz pierwszy u Arystotelesa, a tutaj w wersji zaproponowanej przez P. Rojka⁵⁹:

⁵⁶ W. Mąciór, *Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prace Prawnicze, Kraków 1968, s. 42.

⁵⁷ W. Patryasa ujednolicił poziom wymagań i odrywa go od realiów konkretnego przypadku w swojej pracy zatytułowanej *Interpretacja karnistyczna. Studium metodologiczne*, Poznań 1988, s. 188.

⁵⁸ Tamże.

⁵⁹ P. Rojek, *Tropy i uniwersalia. Badania ontologiczne*, Warszawa 2019, s. 11. Używanej przeze mnie nomenklaturze bliżej do nomenklatury A. Chrudzimskiego: A. Chrudzimski, *Realistyczne teorie uniwersaliów*, [w:] *Przewodnik po metafizyce*, S. T. Kołodziejczyk (red.), Kraków 2011, s. 5–6.

	Nomenklatura P. Rojka i moja są zbieżne: konkretne	Nomenklatura P. Rojka i moja są zbieżne: abstrakcyjne
Nomenklatura P. Rojka: ogólne Nomenklatura moja: generalne – poddające się kryterium generalizacji	konkretne uniwersalia cechy generalno-konkretne	abstrakcyjne uniwersalia cechy generalno-abstrakcyjne
Nomenklatura P. Rojka: jednostkowe Nomenklatura moja: indywidualne – nie odno- szące się do innych	konkretne partykularia cechy indywidualno- -konkretne	abstrakcyjne partykularia cechy indywidualno- -abstrakcyjne

Ze względu na transparentność rozważań odwołam się w tym miejscu do ustaleń teorii światów możliwych i w dalszej części opracowania będę się posługiwał pojęciem świata rzeczywistego, czyli świata, który wprawdzie jest zmienny w czasie, ale o którym możemy w przybliżeniu powiedzieć, że otacza nas tu i teraz, oraz pojęciem świata postulowanego (przez normę sankcjonowaną), a więc świata, który można w przybliżeniu opisać jako świat, w którym danemu dobru prawnemu zapewniono ochronę.

Przykładowo, z punktu widzenia normy sankcjonowanej leżącej u podstaw art. 155 k.k. światem rzeczywistym jest świat, w którym pacjent choruje na COVID-19, a światem postulowanym jest, aby pacjent przeżył, wyzdrowiał, nie miał powikłań oraz nie zaraził się ponownie wirusem SARS-CoV-2. Światem postulowanym jest zatem świat, w którym aktualnie dostępne zasoby są wykorzystywane do ochrony zdrowia i życia tego pacjenta w możliwie najbardziej efektywny sposób. Zaakcentować należy, że, aby móc przyjąć, że świat postulowany jest światem racjonalnym⁶⁰, zgodnie z założeniami koncepcji M. Matczaka, świat rzeczywisty musi posiadać pewne własności⁶¹, na podstawie których prawdziwe będzie twierdzenie, że świat postulowany jest osiągalny, możliwy do urzeczywistnienia na podstawie wiedzy przyczynowo-skutkowej pochodzącej ze świata rzeczywistego⁶². Co jednak w sytuacji, gdy świat rzeczywisty nie ma koniecznej właściwości generalno-abstrakcyjnej, czyli dostatecznej wiedzy o działaniach prewencyjnych (szczepieniach), diagnostyce (testy), terapii (leki) oraz o powikłaniach związanych z wirusem

⁶⁰ M. Matczak, *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnienie świata możliwego*, Warszawa 2019, s. 205–206.

⁶¹ Rozumienie własności zob. P. Rojek, *Tropy i uniwersalia...*, s. 71.

⁶² M. Matczak, *Imperium tekstu...*, s. 204.

SARS-CoV-2 (dalej: wiedza o COVID-19) . Wówczas, wskazany powyżej świat postulowany, w którym pacjent jest chory na COVID-19, nie jest możliwy do urzeczywistnienia, a norma prawna w tym zakresie ograniczona zostaje przez zasadę *impossibilium nulla obligatio est*. Prawodawca w tekście prawnym może wykreować pewien obraz świata postulowanego i wyrazić chęć jego realizacji w świecie rzeczywistym⁶³, lecz postulowany świat nie jest wówczas światem możliwym do osiągnięcia. Ochrona dobra prawnego w postaci życia nie jest wówczas możliwa, niezależnie od tego, który z adresatów normy prawnej podjąłby się zachowania zmierzającego do jej urzeczywistnienia. Intencja prawodawcy, aby tekst prawny stał się wzorcem dla świata rzeczywistego, choć jest źródłem obowiązku realizacji świata postulowanego, nie może zostać realizowana w ten sposób⁶⁴. Interpretator tekstu prawnego jest w stanie na jego podstawie odtworzyć reprezentację mentalną stanów rzeczy, w którym pacjent chory na COVID-19 przeżyje, ale nie jest w stanie ustalić wszystkich składników szerszej reprezentacji mentalnej świata postulowanego przez tekst prawny, w którym dochodzi do realizacji poszczególnych stanów rzeczy, a zatem nie jest w stanie odtworzyć i wprowadzić w życie projektowanego świata⁶⁵. Skoro zatem prawo postuluje pewien świat możliwy, a tym samym istnieje świat, w którym zachodzą określone stany rzeczy⁶⁶, to oznacza, że świat postulowany nie jest światem, w którym pacjent chory na COVID-19 przeżywa, dopóki świat rzeczywisty nie nabędzie właściwości generalno-abstrakcyjnej, w postaci wiedzy o COVID-19⁶⁷. Jak trafnie zauważa M. Matczak, twierdzenie, że poszczególne normy prawne postulują realizację pewnych sytuacji nie jest zbyt kontrowersyjne ani nowatorskie, ale już stanowisko, w którym twierdzi się, że pojedyncze mikrosytuacje postulowane za pomocą poszczególnych części tekstu prawnego składają się na makrosytuację, a więc na całościową wizję świata, którą prawodawca chce urzeczywistnić⁶⁸, ma w sobie pewien potencjał intelektualny. W istocie wynika z niego postulat, skierowany do prawodawcy, iż ten powinien prawidłowo zapisywać świat postulowany w normach prawnych, a zatem ustanawiać tylko takie normy, które są możliwe do realizacji i tym samym przyczyniają się do urzeczywistnienia świata postulowanego.

W ten sposób dochodzimy do koncepcji ustalania tego, co stanowi treść wymaganego przez prawo zachowania, już na wstępnym etapie analizy przesłanek odpowiedzialności karnej – etapie poprzedzającym konkretyzację abstrakcyjnie ujętej normy prawnej. Stan

⁶³ Tamże, s. 147.

⁶⁴ Por. tamże, s. 159.

⁶⁵ Tamże, s. 160.

⁶⁶ Tamże, s. 170.

⁶⁷ Por. tamże, s. 200.

⁶⁸ Tamże, s. 200.

wiedzy społeczeństwa danego regionu, kraju czy, jak w przypadku COVID-19, wiedzy opublikowanej w literaturze naukowej o zasięgu ogólnosiwiatowym, współwyznacza treść powinności normy prawnej. W istocie wyznacza, jakie zachowania powinny zostać podjęte, aby adresat normy był w stanie realizować jej cel w postaci ochrony wartości społecznej w postaci na przykład życia i zdrowia, ze względu na które dana norma została ustanowiona. W oparciu o stan wiedzy można następnie posłużyć się konstruktami wzorców normatywnych rekonstrukcyjnego (świat rzeczywisty) oraz optymalizacyjnego (świat postulowany przez tekst prawny) odniesionych zarówno do podmiotu, jak i do sytuacji. Stan wiedzy wyznacza również aspekt czasowy przedmiotu karnoprawnego wartościowania, gdyż wskazuje czy i kiedy ochrona dobra prawnego była w ogóle możliwa.

Podsumowując, z punktu widzenia prawa karnego nie można powiedzieć, że przesłanki skutkujące wyłączeniem czynu czy bezprawności dotyczą tylko charakterystyki sytuacji, a przesłanki skutkujące wyłączeniem winy – tylko charakterystyki podmiotu jako aktora zdarzenia. Wydaje się, że przyjęta metoda podziału cech sytuacji oraz cech podmiotu na generalno-abstrakcyjne (np. istnienie określonej wiedzy przyczynowo-skutkowej; generalna zdolność ludzi do uczenia się), generalno-konkretne (np. możliwość dotarcia do określonej wiedzy w danej sytuacji; możliwość zastosowania ogólnych wytycznych do określonego przypadku; specjalizacja zawodowa określonego pracownika ochrony zdrowia i skierowane do niego ustawowe wymagania w zakresie oczekiwanego poziomu wiedzy), indywidualno-konkretne (np. cechy indywidualizujące określoną sytuację i jej kontekst oraz określonego sprawcę, a wpływające na możliwość rozpoznania zagrożenia i wyboru oczekiwanego standardu postępowania) oraz na indywidualno-abstrakcyjne⁶⁹, jakkolwiek odmienna od dotychczas stosowanej, pozwala odpowiedzieć na pytanie o wpływ wiedzy o COVID-19, jej braku, jej rozwoju oraz dostępności na odpowiedzialność karną. W perspektywie świata rzeczywistego oraz świata postulowanego przez tekst prawny można bowiem przyjąć, że całkowity brak wiedzy o skutecznych metodach postępowania w stosunku do określonego rodzaju przypadków klinicznych oznacza generalno-abstrakcyjne *impossibilium*, które nie może pozostać bez wpływu na sposób interpretacji standardów skierowanych przez tekst prawny do wszystkich podmiotów. Norma sankcjonowana nie ma wówczas podstaw do aktualizacji, tym samym zachowanie nie nosi cech czynu w prawie karnym (jakościowa funkcja czynu). Brak dostępności wiedzy o COVID-19 w określonej sytuacji albo brak możliwości zastosowania tejże wiedzy przez określoną klasę podmiotów

⁶⁹ Z punktu widzenia prawa karnego, wyróżnienie cechy samej w sobie, zarówno charakteryzującej sytuację, jak i podmiot, może mieć znaczenie dla ustaleń w perspektywie prewencji generalnej i indywidualnej, jak i cech sprzyjających popełnieniu przestępstwa, w odniesieniu do sytuacji lub określonego człowieka.

stanowi generalno-konkretny *impossibilium*. Norma sankcjonowana aktualizuje się wówczas, ale jej adresat nie jest w stanie wypełnić nałożonego na niego obowiązku, nie działa więc bezprawnie. Charakterystyka indywidualizująca określoną sytuację i jej kontekst oraz określonego sprawcę, a wpływająca na możliwość rozpoznania zagrożenia i wyboru oczekiwanego standardu postępowania może stanowić *impossibilium* indywidualno-konkretny skutkujący wyłączeniem winy.