



czerwiec

6/2020

# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

## WYBORY

## PREZYDENCCKIE 2020



**WAŻNY Każdy Głos**



czerwiec

6/2020

# PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

---

Rok LXV nr 751



Naczelna Rada Adwokacka

**Redaktor naczelny:**

Maciej Gutowski

**Sekretarz redakcji:**

Klaudiusz Kaleta

**Redaktor języka angielskiego:**

Julian Bąkowski

**Prezydium Kolegium Redakcyjnego:**

Piotr Kardas (przewodniczący),  
Jacek Giezek (wiceprzewodniczący),  
Maciej Łaszczuk (wiceprzewodniczący)

**Członkowie Kolegium Redakcyjnego:**

Stanislav Balik  
Zbigniew Banaszczyk  
Andrzej Bąkowski  
Monika Florczak-Wątor  
Lech Gardocki  
Joseph Hoffmann  
Aleksander Kappes  
Jan Kuklewicz  
Katalin Ligeti  
Erik Luna  
Elwira Marszałkowska-Krzesz  
Marek Mikołajczyk  
Andrzej Mączyński  
Frank Meyer  
Marek Antoni Nowicki  
Adam Olejniczak  
Lech K. Paprzycki  
Krzysztof Piesiewicz  
Krzysztof Pietrzykowski  
Jerzy Pisuliński  
Stanisław Rymar  
Philippe Sands  
Piotr Sendecki  
Tomasz Siemiątkowski  
Tomasz Sójka  
Ewa Stawicka  
Stephen C. Thaman  
Andrzej Tomaszek  
Paweł Wiliński  
Witold Wołodkiewicz  
Józef Wójcikiewicz  
Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz  
Włodzimierz Wróbel  
Małgorzata Wrzolek-Romańczuk  
Stanisław Zabłocki  
Jerzy Zajadło  
Robert Zawłocki  
Piotr Zientarski  
Jerzy Zięba

**WYDAJE  
NACZELNA RADA ADWOKACKA  
WARSZAWA**

Na okładce:

Wybory prezydenckie, których pierwsza tura odbędzie się 28.06.2020 r., są wyjątkowe pod wieloma względami.

Pierwsza data wyborów została ustalona na 10.05.2020 r. W związku z panującą na świecie i w Polsce epidemią COVID-19 pojawiły się jednak liczne głosy części środowiska politycznego, wysokich urzędników państwowych, prawników, przedstawicieli środowisk medycznych, naukowców z różnych dziedzin oraz większości samych kandydatów ubiegających się o fotel prezydenta, że przeprowadzenie normalnej kampanii wyborczej i głosowań w ustalonej dacie nie jest realne i byłoby narażeniem zdrowia i życia obywateli.

Obóz rządzący do ostatniej chwili próbował przeprowadzić głosowania w ustalonych terminach, forsując formę wyborów wyłącznie korespondencyjnych czy odbierając część kompetencji Państwowej Komisji Wyborczej i przekazując do Ministerstwa Aktywów Państwowych druk pakietów wyborczych i nadzór nad wyborami.

Ostatecznie wybory w maju nie odbyły się i w pierwszej turze zagłosujemy 28 czerwca. Nadal mamy wiele obaw. Zarówno tych związanych z koronawirusem, zdrowiem i życiem swoich najbliższych, jak i tych proceduralnych i prawnych związanych z przeprowadzeniem wyborów, wyborami częściowo korespondencyjnymi, głosowaniami Polaków za granicą.

Kto nie zagłosuje, nie powinien później narzekać. Warto więc skorzystać ze swoich praw i oddać swój głos. Bo każdy głos jest tak samo ważny i każdy ma znaczenie!

Przygotowanie okładki do druku: Artur Tabaka

Adres Redakcji:

00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33  
tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35  
e-mail: redakcja@palestra.pl  
Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 15. Nakład: 500 egz.  
ISSN 0031-0344, indeks 36851



# Spis treści

## Artykuły

### *Piotr Kardas*

- Konstytucyjne podstawy rozstrzygania kolizji obowiązków i konfliktów dóbr  
w czasie epidemii ..... 5

### *Jacek Giezek*

- Kolizja obowiązków spoczywających na pracownikach opieki medycznej  
w dobie pandemii COVID-19 ..... 29

### *Marek Bielski*

- Granice odpowiedzialności karnej lekarza za uchylenie się od leczenia  
– kilka uwag o wykładni art. 26 § 4 k.k. .... 52

### *Tomasz Sroka*

- Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta  
w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego ..... 75

### *Dominik Zajac*

- Modyfikacja reguł sztuki lekarskiej w czasach epidemii COVID-19  
– perspektywa prawnokarna ..... 99

### *Rafał Kubiak*

- Odpowiedzialność karna za narażenie na zakażenie wirusem SARS-CoV-2 ... 113

### *Ewa Plebanek*

- Zachowanie a ujawnianie tajemnicy lekarskiej i pielęgnarskiej  
– kolizja obowiązków oraz próba jej rozwiązania ..... 137

### *Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, Piotr Karlik*

- Granice prawa do obrony z perspektywy art. 233 § 1a k.k.  
– rozważania na tle postanowienia SN z 15.01.2020 r. (I KZP 10/19) ..... 161

*Szymon Tarapata*

Problem rozstrzygnięcia prawnokarnej kolizji dóbr w trakcie wykonywania świadczeń zdrowotnych .....	176
Table of contents .....	195

Pojęcia kluczowe:

*kolizja obowiązków, konflikt dóbr, pozycja gwaranta, epidemia, prawa i wolności człowieka i obywatela, zasada proporcjonalności, stan wyższej konieczności, klauzula limitacyjna, stan nadzwyczajny de facto, stan nadzwyczajny de iure, materialny stan nadzwyczajny, hybrydowy stan nadzwyczajny*

# Artykuły

Piotr Kardas

## KONSTITUCYJNE PODSTAWY ROZSTRZYGANIA KOLIZJI OBOWIĄZKÓW I KONFLIKTÓW DÓBR W CZASIE EPIDEMII

Opracowanie poświęcone jest analizie sposobów rozstrzygania kolizji obowiązków i konfliktu dóbr w sytuacjach nadzwyczajnych<sup>1</sup>. Uwzględniając znaczenie regulacji konstytucyjnych dla rozwiązywania tego typu przypadków, wskazuje na cztery podejścia do konstytucyjnej oceny stanu epidemii: uznania, że mamy aktualnie do czynienia z *de facto* stanem klęski żywiołowej, który nie jest jednak stanem klęski żywiołowej *de iure*; uznania, że mamy do czynienia z materialnym stanem klęski żywiołowej, w którym spełnione zostały wszystkie konstytucyjne przesłanki wprowadzenia stanu nadzwyczajnego, nie doszło jednak do formalnego ogłoszenia stanu nadzwyczajnego; przyjęcia koncepcji hybrydowego stanu nadzwyczajnego, aktualizującego konstytucyjne normy gwarancyjne w sferze praw i wolności obywatelskich, wyłączającego jednak działania organów władzy publicznej na zasadach przewidzianych dla konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych, ze względu na brak formalnego wprowadzenia stanu klęski żywiołowej; przyjęcia, że mamy do czynienia *de facto* i *de iure* z konstytucyjnym stanem klęski żywiołowej, w którym aktualizują się wszystkie skutki stanu nadzwyczajnego, zarówno w sferze ochrony praw i wolności obywatelskich, jak i w obszarze działania na szczególnych zasadach organów władzy publicznej.

<sup>1</sup> Zamieszczone w tym artykule analizy są efektem badań przeprowadzonych w ramach projektu „Restrykcje i represje stanu epidemii (prawne aspekty funkcjonowania społeczeństwa w trakcie i po pandemii)”. Projekt finansowany ze środków konkursu SocietyNow!#1 w ramach programu Inicjatywa Doskonałości w Uniwersytecie Jagiellońskim.

Na tle możliwych ocen konstytucyjnych zaprezentowane są uwagi dotyczące rozstrzygnięcia kolizji dóbr generujących dylematy związane z odmową leczenia ze względu na ryzyko osobiste przedstawicieli personelu medycznego. Opracowanie odnosi się także do problemu wprowadzenia formalnych, zobiektywizowanych kryteriów priorytetyzacyjnych oraz ich znaczenia w procesie wykładni i stosowania prawa w zakresie przypadków niedostatecznej ilości środków lub sprzętu specjalistycznego uniemożliwiającej udzielenie pomocy medycznej wszystkim potrzebującym. Zawiera propozycje aktualizacji przesłanek służących do rozstrzygnięcia kolizji obowiązków i konfliktów dóbr w stanie epidemii, uwzględniające zarówno aspekty związane z ochroną dóbr jednostkowych, jak i względy utylitarne.

1. Wyzwania, jakie generuje epidemia wirusa SARS-CoV-2 i choroby COVID-19, dotyczą nie tylko aspektów medycznych, ale także sfery prawnej. Plastycznie obrazują je sytuacje związane z udzielaniem pomocy medycznej. Spośród wielu kwestii na pierwszy plan wysuwają się zagadnienia związane z karnoprawnymi aspektami zarażenia pacjentów lub członków personelu medycznego podczas hospitalizacji<sup>2</sup>, sposobami i standardami postępowania osób wykonujących zawody medyczne w sytuacji konfliktu między narażeniem siebie na zarażenie i rozstrój zdrowia na skutek podjęcia czynności zawodowych a powinnością udzielenia pomocy pacjentom w warunkach epidemii<sup>3</sup>, metodami alokacji środków medycznych i specjalistycznego sprzętu w sytuacjach braków uniemożliwiających udzielenie pomocy wszystkim potrzebującym, właściwej organizacji funkcjonowania jednostek medycznych i leczniczych, odpowiedzialności za błędy organizacyjne w zakresie zarządzania podmiotami świadczącymi pomoc medyczną, błędów medycznych popełnianych w sytuacji stresu, przemęczenia, strachu czy presji<sup>4</sup>. Spośród wymienionych zagadnień zamieszczone poniżej uwagi odnosić się będą wyłącznie do kolizji obowiązków oraz konfliktów dóbr analizowanych w kontekście oceny stanu epidemii z perspektywy konstytucyjnej.

2. Brak dostatecznej ilości środków lub specjalistycznego sprzętu medycznego aktualizuje problem wyboru kryteriów decydujących o kolejności udzielania pomocy medycznej. Niedostatki w zakresie środków ochrony osobistej personelu medycznego wywołują problem możliwości odstępiania od jej udzielenia. W tych przypad-

<sup>2</sup> Zob. w tym zakresie m.in. R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za narażenie na zakażenie wirusem SARS-CoV-2. Ewolucja rozwiązań prawnych dotyczących karania osób zakażonych chorobą zakaźną*, „Palestra” 2020/6, s. 113.

<sup>3</sup> O tych kwestiach w kontekście stanu wyżej konieczności interesująco pisze M. Bielski, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza za uchylenie się od leczenia. Kilka uwag o wykładni art. 26 § 4 k.k.*, „Palestra” 2020/6, s. 52.

<sup>4</sup> Zob. w tej kwestii T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 383; T. Sroka, *Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego*, „Palestra” 2020/6, s. 75; J. Giezek, *Kolizja obowiązków spoczywających na pracownikach opieki medycznej w dobie wirusa COVID-19*, „Palestra” 2020/6, s. 29.

kach ujawnia się zagrożenie konfliktu dóbr<sup>5</sup> oraz kolizji obowiązków<sup>6</sup>, stanowiące przedmiot najpoważniejszych sporów toczonych przez teoretyków prawa karnego, generujących niezwykle stopień komplikacji w ramach postępowania przed sądem. Określenie właściwego sposobu postępowania wymaga nie tylko odniesienia się do obowiązujących regulacji prawnych, ale także rozstrzygnięcia poważnych dyalematów moralnych<sup>7</sup>. Uwzględnienia skali i charakteru zagrożenia wynikającego z epidemii oraz nowych regulacji prawnych, co do których publicznie przedstawiono szereg wątpliwości<sup>8</sup>, także odnoszących się do płaszczyzny konstytucyjnej. Wzięcia pod uwagę nieadekwatności wypracowanych wcześniej standardów postępowania (np. z zakresu tzw. medycyny katastrof), nieuwzględniających wynikającego z epidemii szczególnego zagrożenia dla personelu medycznego<sup>9</sup>. Ocena tych wypadków wymaga uwzględnienia aksjologii konstytucyjnej, wszak wynikające z niej preferencje stanowić powinny wskazówkę w procesie interpretacji obowiązujących przepisów prawa<sup>10</sup>. Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że niezależnie

<sup>5</sup> Co do sposobów rozstrzygania konfliktu dóbr w prawie karnym zob. m.in. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, *passim*; M. Dąbrowska-Kardas, *Kara jako konflikt dóbr i kolizja norm w świetle koncepcji Roberta Alexy'ego konfliktu reguł i kolizji norm. Rozważania na tle konstytucyjnych zasad stanowienia i stosowania prawa*, „Przeгляд Sejmowy” 1996/4, s. 124; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 152.

<sup>6</sup> W zakresie kolizji obowiązków por. J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002, *passim*; M. Królikowski (w:) *System prawa karnego*, t. 4, *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 312 oraz powołana tam literatura.

<sup>7</sup> W każdym przypadku rozstrzygnięcie kwestii konfliktu dóbr lub kolizji obowiązków ma nie tylko prawny, ale także etyczny wymiar. Proces prawnej oceny opiera się bowiem zawsze na złożonym wartościowaniu dóbr oraz wynikających z przyjmowanych zasad preferencji wyborów. Zob. w tej kwestii J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków...*, *passim*; D.W. Ross, *The Right and the Good*, Oxford 2002, s. 16; B. Chyrowicz, *O sytuacjach bez wyjścia w etyce*, Kraków 2008, *passim*; J. Dickson, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford 2001, s. 45; T. Gizbert-Studnicki, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przeгляд Prawa i Administracji” 2017/110, s. 15–39.

<sup>8</sup> Zob. m.in. E. Łętowska, *Co chciałam powiedzieć publicznie, ale mi się nie udało* (cz. I), konstytucyjny.pl; E. Łętowska, *Co chciałam powiedzieć publicznie, ale mi się nie udało* (cz. II), konstytucyjny.pl; E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody – indemnizacja w czasie zarazy* (cz. I), konstytucyjny.pl; P. Tuleja, *Wprowadzenie stanu nadzwyczajnego nie uniemożliwi ani nie utrudni walki z epidemią (w odpowiedzi Tymonowi Nowinię Konopce)*, konstytucyjny.pl; A. Rakowska-Trela, *Niegłosowanie: kradzież czy wybór?*, konstytucyjny.pl. Co do przesłanek i trybu wprowadzenia stanu klęski żywiołowej zob. m.in. uwagi S. Steinborna (w:) *Konstytucja RP*. t. 2, *Komentarz. Art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1627.

<sup>9</sup> Szczególne zasady postępowania wypracowane w ramach tzw. medycyny katastrof odnoszą się zasadniczo do kwestii priorytetyzacji w udzielaniu pomocy medycznej w sytuacji dużej liczby potrzebujących wsparcia oraz niedostatecznej ilości środków i personelu medycznego, nie uwzględniają jednak szczególnego zagrożenia lekarzy i pomocniczego personelu medycznego, wymagającego szczególnych zasad postępowania. Zob. w tej kwestii m.in. E.J. Emanuel, G. Persad, R. Upshur, B. Thome, M. Parker, A. Glickman, C. Zhang, C. Boyle, M. Smith, J.P. Phillips, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of COVID-19*, „The New England Journal of Medicine” 2020/4. Por. też J. Pawlikowski, *Etyczny wymiar decyzji priorytetyzacyjnych i alokacyjnych dotyczących stosowania zaawansowanych technologii medycznych w kontekście pandemii COVID-19*, „Medycyna Praktyczna”, [https://www.mp.pl/etyka/terapia\\_chorob/231724,etyczny-wymiar-w-kontekście-pandemii-covid-19](https://www.mp.pl/etyka/terapia_chorob/231724,etyczny-wymiar-w-kontekście-pandemii-covid-19).

<sup>10</sup> Zob. w tej kwestii A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego* (w:) *System prawa karnego*, t. 2, *Źródła*



od założeń dotyczących systemu prawa, który zasadniczo nie może stanowić norm jednocześnie lub sekwencyjnie niewykonalnych<sup>11</sup>, ze względu na nadzwyczajne układy sytuacyjne nie można *a limine* wykluczyć występowania sytuacji, w których normy nakazujące lub zakazujące określonych zachowań pozostawały będą w kolizji<sup>12</sup>. Rozstrzygnięcie tych wypadków opierać się musi na wykładni przepisów statuujących obowiązki w zgodzie w wartościami konstytucyjnymi<sup>13</sup>. W tym obszarze ujawniają się jednak szczególne komplikacje, inaczej bowiem przedstawiają się standardy konstytucyjne w okresie „normalnego funkcjonowania państwa”<sup>14</sup>, inaczej zaś w konstytucyjnych stanach nadzwyczajnych<sup>15</sup>. Tym samym każdy problem prawny związany z aktualną sytuacją wymaga w pierwszej kolejności ustalenia jej konstytucyjnego statusu<sup>16</sup>.

**3. Z perspektywy konstytucyjnej aktualny stan debaty pozwala wskazać dwa skrajnie przeciwstawne podejścia<sup>17</sup>:**

*prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 219; K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015, *passim*.

<sup>11</sup> Co do teoretycznoprawnych założeń takiego sposobu postrzegania systemu prawa w kontekście kolizji obowiązków zob. J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków...*, s. 102; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna...*, s. 160.

<sup>12</sup> Zob. szerzej R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010, s. 123; K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna...*, *passim*.

<sup>13</sup> Zob. A. Zoll, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego (w:) System...*, s. 219; K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna...*, *passim*; M. Królikowski (w:) *System...*, s. 316.

<sup>14</sup> Oznaczałyby to wiele konsekwencji, w tym uznania wielu z wprowadzonych ograniczeń za naruszające konstytucyjną zasadę proporcjonalności, a tym samym budzące wątpliwości co do ich zgodności z ustawą zasadniczą. Co do konsekwencji wykorzystywania klauzuli proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zob. m.in. rozważania M. Szydło (w:) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 806.

<sup>15</sup> W komentarzu do art. 228 Konstytucji RP podkreśla się, że ust. 5 statuuje szczególnie ujęte zasady proporcjonalności i celowości, zgodnie z którymi „(...) działania podjęte w wyniku wprowadzenia stanu nadzwyczajnego muszą odpowiadać stopniowi zagrożenia i powinny zmierzać do jak najszybszego przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa. W pierwszej części tego przepisu wyrażono zasadę proporcjonalności, zaś w drugiej zasadę celowości. Zasady te odnoszą się przede wszystkim do stosowanych w czasie stanu nadzwyczajnego ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela. Istota zasady proporcjonalności sprowadza się do zakazu nadmiernej ingerencji w te wolności i prawa, w stopniu wykraczającym poza to, co konieczne dla osiągnięcia celu, jakim w analizowanej sytuacji jest przeciwdziałanie zagrożeniu uzasadniającemu wprowadzenie stanu nadzwyczajnego”. Należy podkreślić, że porównanie art. 228 ust. 5 z treścią art. 31 ust. 3 Konstytucji RP „(...) wskazuje, że ograniczenia wolności i praw na podstawie art. 228 ust. 5 Konstytucji RP mogą dotyczyć również ich istoty, z wyjątkiem wolności i praw wskazanych w art. 233 ust. 1 Konstytucji RP”, co jest oczywiście wykluczone w razie normalnego funkcjonowania państwa, gdy konstytucyjną funkcję klauzuli limitującej zakres, skalę i stopień ograniczeń pełni art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zob. w tej kwestii także S. Steinborn (w:) *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz...*, s. 1612.

<sup>16</sup> Dobrą ilustracją jest różnica regulacji odnoszących się do klauzuli proporcjonalności przewidzianych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (limitującej ograniczenia praw i wolności obywatela i człowieka w okresie normalnego funkcjonowania państwa) oraz klauzuli z art. 228 ust. 5 Konstytucji RP (limitującej ograniczenia praw i wolności obywatela i człowieka w okresie stanów nadzwyczajnych).

<sup>17</sup> Warto podkreślić, że problem ogłoszenia stanu nadzwyczajnego w czasie epidemii pojawia się tak-

- 1) prezentowane przez przedstawicieli władzy, oparte na tezie o niewystępowaniu przesłanek do ogłoszenia stanu nadzwyczajnego w rozumieniu konstytucyjnym, skutkujące niewprowadzeniem stanu klęski żywiołowej przez Radę Ministrów w formie określonej w Konstytucji czynności konwencjonalnej;
- 2) prezentowane przez większość przedstawicieli doktryny prawa konstytucyjnego, zgodnie z którym okoliczności związane z epidemią wirusa SARS-CoV-2 i choroby COVID-19 przesądzają, że spełnione są przewidziane w Konstytucji RP przesłanki ogłoszenia stanu nadzwyczajnego, brak zaś wprowadzenia stanu klęski żywiołowej stanowi niedopełnienie konstytucyjnych obowiązków przez właściwe organy władzy publicznej<sup>18</sup>.

4. O ile stanowisko przedstawicieli władzy publicznej co do konsekwencji wynikających z niespełnienia przesłanek wprowadzenia konstytucyjnego stanu nadzwyczajnego jest jednorodne, o tyle zwolennicy poglądu o aktualizacji przesłanek uzasadniających wprowadzenie stanu klęski żywiołowej w różny sposób oceniają skutki niedopełnienia tego konstytucyjnego obowiązku.

5. W zależności od podejścia przyjmuje się bowiem, że:

- a) mamy aktualnie do czynienia z *de facto* stanem klęski żywiołowej, który nie jest jednak stanem klęski żywiołowej *de iure*;
- b) aktualną sytuację można określić jako materialny stan klęski żywiołowej, w którym spełnione zostały wszystkie konstytucyjne przesłanki wprowadzenia stanu nadzwyczajnego, nie zostały jednak dopełnione warunki formalne z uwagi na brak stosownej i wymaganej przez przepisy konstytucyjne czynności konwencjonalnej ze strony Rady Ministrów;
- c) mamy do czynienia aktualnie z hybrydowym stanem nadzwyczajnym, w którym aktualizują się konstytucyjne normy gwarancyjne w sferze praw i wolności obywatelskich, nie ma jednak podstaw do działania organów władzy publicznej w sposób i na zasadach przewidzianych dla konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych, ze względu na brak formalnego wprowadzenia przez uprawniony organ stanu klęski żywiołowej;
- d) mamy do czynienia *de facto* i *de iure* z konstytucyjnym stanem nadzwyczajnym klęski żywiołowej, mimo bowiem niespełnienia warunku formalnego ogłoszenia takiego stanu przez Radę Ministrów spełnienie wszystkich konstytucyjnych przesłanek powoduje, iż z uwagi na cha-

---

że w innych porządkach prawnych, gdzie także analizuje się konsekwencje wprowadzenia daleko idących ograniczeń w sferze praw i wolności obywatelskich bez formalnego wprowadzenia stanu nadzwyczajnego. Zob. m.in. Maxime St-Hilaire, *Are Quebec and Canada Having a "Schmittian" (or Iheringian) Moment?*, <http://www.icconnectblog.com/2020/05/are-quebec-and-canada-having-a-schmittian-or-iheringian-moment/>.

<sup>18</sup> Prezentowane są różne modalności tego podejścia, w szczególności co do konsekwencji wynikających z niewypełnienia konstytucyjnej powinności wprowadzenia stanu klęski żywiołowej. Uwagi dotyczące różnych sposobów podejścia do oceny aktualnej sytuacji z perspektywy konstytucyjnej zamieszczone są w dalszej części niniejszego opracowania.

rakter norm przewidzianych w Rozdziale XI Konstytucji aktualizują się wszystkie skutki stanu nadzwyczajnego, zarówno w sferze ochrony praw i wolności obywatelskich, jak i w obszarze działania organów władzy publicznej<sup>19</sup>; stanowisko to opiera się na założeniu, że regulacje zawarte w art. 228 i n. Konstytucji RP w zakresie stanów nadzwyczajnych traktować należy w analogiczny sposób jak normy „samowykonalne”<sup>20</sup>.

Konsekwencje przyjęcia każdej z wymienionych wyżej koncepcji istotnie się różnią.

6. Nie pretendując do rozstrzygnięcia tego skomplikowanego problemu, warto zwrócić uwagę na kilka kwestii mogących mieć znaczenie w procesie poszukiwania jego rozwiązania na potrzeby wykładni pozostałych przepisów składających się na system prawny.

Po pierwsze, że zgodnie z brzmieniem art. 228 ust. 1 Konstytucji RP przewidziana w nim możliwość wprowadzenia odpowiedniego stanu nadzwyczajnego ma z uwagi na publicznoprawny charakter status obowiązku instrumentalnego<sup>21</sup>. Użyte w art. 228 ust. 1 Konstytucji RP sformułowanie „może zostać wprowadzony odpowiedni stan nadzwyczajny” określa jedynie kompetencję, pozostałe zaś przepisy Rozdziału XI Konstytucji wskazują organy dysponujące uprawnieniami do dokonania określonej czynności konwencjonalnej. W przypadku stanu klęski żywiołowej zgodnie z treścią art. 232 Konstytucji RP kompetencja taka przysługuje Radzie Ministrów, która w razie spełnienia przewidzianych w tym przepisie przesłanek „może wprowadzić” stan klęski żywiołowej. Konstytucyjny organ uprawniony do wprowadzenia odpowiedniego do okoliczności stanu nadzwyczajnego nie dysponuje jednak swobodą w zakresie użycia tej kompetencji. Regulacja zawarta w art. 228 ust. 1 Konstytucji RP w istocie nakłada na właściwy organ obowiązek instrumentalny<sup>22</sup>, którego wypełnienie służyć ma ochronie porządku konstytucyjnego państwa oraz praw i wolności obywateli. Rada Ministrów nie

<sup>19</sup> Ocena aktualnej sytuacji stanowi podstawę do powszechnie przedstawionego przez konstytucjonalistów twierdzenia, że spełnione zostały przesłanki określonego w art. 232 Konstytucji stanu klęski żywiołowej. Zgodnie z tym przepisem „W celu zapobieżenia skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej oraz w celu ich usunięcia Rada Ministrów może wprowadzić na czas oznaczony, nie dłuższy niż 30 dni, stan klęski żywiołowej na części albo na całym terytorium państwa. Przedłużenie tego stanu może nastąpić ze zgodą Sejmu”.

<sup>20</sup> Co do charakteru regulacji konstytucyjnej odnoszącej się do stanów nadzwyczajnych zob. m.in. S. Steinborn (w:) *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz...*, s. 1606. Por. też K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 250; M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007, s. 187; M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w Polsce w latach 1918–1989. Szkic ustrojowo-polityczny*, Toruń 2005, s. 45; K. Prokop, *Modele stanu nadzwyczajnego*, Białystok 2012, s. 19.

<sup>21</sup> Zob. w tej kwestii S. Wronkowska-Jaśkiewicz, *Kilka uwag o sporze kompetencyjnym między Sejmem RP i Sądem Najwyższym oraz Prezydentem RP i Sądem Najwyższym*, „Palestra” 2020/5, s. 46–59.

<sup>22</sup> Szerzej o relacjach między kompetencją a obowiązkiem zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 162; S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2002, *passim*; S. Wronkowska-Jaśkiewicz, *Kilka uwag o sporze kompetencyjnym...*, s. 46–59.

ma zatem swobody w podejmowaniu decyzji co do wprowadzenia stanu klęski żywiołowej w trybie przewidzianym w art. 232 Konstytucji RP, jest bowiem zobowiązana do wprowadzenia takiego stanu, jeżeli spełnione zostały określone w Konstytucji RP przesłanki.

Po wtóre, nabycie przez odpowiednie organy władzy publicznej kompetencji do ograniczania praw i wolności obywatelskich w sytuacji, gdy „zwykle środki konstytucyjne są niewystarczające”, nastąpić może jedynie w razie wprowadzenia określonego rodzaju stanu nadzwyczajnego. W tym kontekście fundamentalne znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy wprowadzenie stanu nadzwyczajnego nastąpić musi poprzez określoną czynność konwencjonalną (takie założenie przyjmuje się w ujęciu hybrydowego stanu nadzwyczajnego oraz w ramach koncepcji stanu nadzwyczajnego *de facto*), czy też wprowadzenie stanu nadzwyczajnego następuje z mocy prawa (*ipso iure*) w razie spełnienia określonych w Konstytucji RP przesłanek (takie stanowisko prezentują zwolennicy poglądu o materialnym stanie nadzwyczajnym oraz tezy o istnieniu *de facto* i *de iure* stanu nadzwyczajnego, mimo braku formalnego wprowadzenia stanu klęski żywiołowej przez Radę Ministrów w trybie art. 232 Konstytucji RP). Z perspektywy stanowiska uzależniającego uznanie, że mamy do czynienia ze stanem nadzwyczajnym dopiero od chwili dopełnienia czynności konwencjonalnej przez uprawniony organ władzy publicznej niedokonywanie tej czynności powoduje, że aktualizują się wyłącznie konstytucyjne regulacje gwarancyjne, w szczególności zaś art. 228 ust. 6 i 7 Konstytucji RP. Organy władzy publicznej nie uzyskują natomiast żadnych kompetencji do działania w warunkach stanu nadzwyczajnego, w tym do ograniczenia praw i wolności obywatelskich oraz zmiany zasad funkcjonowania organów władzy w zakresie wykraczającym poza ramy wyznaczone przez Konstytucję RP w ramach „normalnego funkcjonowania państwa”. Oznaczałoby to, że niezależnie od spełnienia materialnych przesłanek stanu nadzwyczajnego, z uwagi na niedopełnienie warunków formalnych we właściwym trybie i procedurze, wszystkie działania wykraczające poza granice konieczności i proporcjonalności oceniane wedle reguł normalnego funkcjonowania państwa uznać należałoby za niezgodne z Konstytucją (niekonstytucyjne). Otwierałoby to szerokie perspektywy odpowiedzialności państwa w zakresie odszkodowawczym<sup>23</sup> oraz przedstawicieli organów władzy publicznej za zaniechanie wypełnienia konstytucyjnych powinności. Przyjęcie perspektyw materialnego stanu nadzwyczajnego lub stanu nadzwyczajnego *de facto* i *de iure* oznaczałoby natomiast, że w zakresie działania władzy publicznej oraz ograniczenia praw i wolności obywatelskich znajdowałyby zastosowanie wzorce konstytucyjne właściwe dla stanu nadzwyczajnego, w tym wypadku stanu klęski żywiołowej. Stan nadzwyczajny prowadzi bowiem do uzyskania przez organy władzy publicznej dodatkowych

<sup>23</sup> Co do znaczenia wprowadzenia stanu nadzwyczajnego w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej, a także podstaw i zakresu tej odpowiedzialności w razie niewprowadzenia stanu nadzwyczajnego zob. szerzej E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody – indemnizacja w czasie zarazy* (cz. I), konstytucyjny.pl; E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody* (cz. II). *Reżim prawny indemnizacji w ustawie z 2002 r. – przegląd*, konstytucyjny.pl.

uprawnień oraz modyfikacji wzorców konstytucyjnych w zakresie ochrony praw i wolności obywatelskich<sup>24</sup>.

Po trzecie, że wedle niekontestowanego dotychczas stanowiska TK w odniesieniu do stanów nadzwyczajnych możliwe jest jedynie uznanie, że występuje stan nadzwyczajny lub takiego stanu nie ma<sup>25</sup>. Wykluczone są kategorie pośrednie<sup>26</sup>. To podejście istotnie komplikuje ujęcia określane jako tzw. hybrydowy lub *de facto* stan nadzwyczajny<sup>27</sup>. Skutkują one bowiem uznaniem, że w zakresie ochrony praw i wolności aktualizują się gwarancyjne regulacje konstytucyjne, nie działają jednak w sferze kompetencji organów władzy publicznej co do możliwości dalej idącego niż w normalnej sytuacji funkcjonowania państwa ograniczenia praw i wolności obywatelskich. W takim przypadku mielibyśmy tym samym do czynienia ze stanem nadzwyczajnym oraz jego brakiem, w zależności od perspektywy, z jakiej dokonywano by stosownych ocen prawnych.

Po czwarte, przyjęcie koncepcji materialnego lub koncepcji *de facto* i *de iure* stanu nadzwyczajnego skutkuje swoistą „legalizacją” pozbawionego właściwej formalnej podstawy stanu nadzwyczajnego. Generuje to ryzyko nadużywania władzy.

Po piąte, jeśli przyjąć stanowisko, wedle którego Konstytucja RP nie stwarza podstaw do „legalizacji” stanu nadzwyczajnego w razie braku jego formalnego ogłoszenia we właściwym trybie przez właściwy organ, to nieogłoszenie takiego stanu oznacza niekonstytucyjność wszystkich aktów prawnych i działań władzy publicznej niespełniających przesłanek proporcjonalności i konieczności wedle standardów właściwych dla normalnego funkcjonowania państwa.

Po szóste, wymaga to rozstrzygnięcia czy akty prawne wprowadzone do porządku prawnego w sposób niezgodny z Konstytucją RP są nieważne, czy też jedynie podważalne oraz wskazania organów posiadających kompetencję do wiążącej oceny w tym zakresie<sup>28</sup>. Oceny dokonywane w odniesieniu do aktów normatywnych i działań dokonywane być powinny w oparciu o mechanizm ważeńiowy. Takie podejście

<sup>24</sup> Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że „ograniczenia wolności i praw, o jakich mowa w art. 228 ust. 3 Konstytucji RP, to ograniczenia inne niż określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP” – S. Steinborn (w:) *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz...*, s. 1612.

<sup>25</sup> Zob. m.in. postanowienie TK z 6.03.2001 r. (S. 1/01), OTK 2001/2, poz. 35; S. Steinborn (w:) *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz...*, s. 1610.

<sup>26</sup> Za takie uznać należałoby koncepcje hybrydowego stanu klęski żywiołowej oraz stanu klęski żywiołowej *de facto*. W obu ujęciach dochodzi do rozwarstwienia konstytucyjnych ocen: w części obowiązywałyby konstytucyjne regulacje dotyczące stanów nadzwyczajnych, w części zaś miałyby zastosowanie konstytucyjne zasady przewidziane dla „normalnego funkcjonowania państwa”.

<sup>27</sup> Zob. P. Tuleja, *Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne*, „Przegląd Konstytucyjny” (w druku).

<sup>28</sup> Warto wskazać, że kwestia konsekwencji prawnych czynności konwencjonalnych realizowanych z naruszeniem postanowień konstytucji, co odnosi się zarówno do aktów generalno-abstrakcyjnych stanowiących przejaw realizacji kompetencji prawodawczej, jak i aktów konkretno-indywidualnych, nie została dotychczas w pełni poddana analizie w doktrynie prawa konstytucyjnego. Kryzys konstytucyjny ujawnił wiele tego typu wypadków, co sprawia, że wypracowanie modelu postępowania w tego typu wypadkach opartego na klarownej koncepcji teoretycznej stanowi jedno z pilniejszych zadań teorii prawa konstytucyjnego.

bez wątplenia wiąże się z problematyką bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy, w tym także możliwości i granic dokonywania tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa<sup>29</sup>. Jest to tym istotniejsze, że w odniesieniu do oceny konstytucyjności aktów normatywnych nie jest konieczne uzyskanie prejudykatu w postaci orzeczenia TK stwierdzającego niezgodność z Konstytucją. Wystarczające są w tym zakresie kompetencje sądów, wyznaczone przez art. 178 ust. 1 Konstytucji RP<sup>30</sup>.

7. W zależności od opowiedzenia się za jednym z przedstawionych powyżej stanowisk inaczej przedstawia się kwestia ustrojowej i systemowej oceny aktualnej sytuacji obywateli i państwa. Dla wyeksponowania znaczenia konstytucyjnej oceny aktualnej sytuacji warto podkreślić, że przyjmując twierdzenie o braku podstaw do ogłoszenia stanu nadzwyczajnego, wszelkie zdarzenia mające znaczenie prawne oceniać należy w oparciu o konstytucyjne reguły i zasady przewidziane dla „normalnego funkcjonowania państwa”. W szczególności zaś oznacza to konieczność uwzględnienia zasady proporcjonalności przewidzianej w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przy ocenie zakresu, charakteru i konsekwencji każdego ograniczenia z korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, a także stosowania pozostałych mechanizmów ochronnych i gwarancyjnych. To podejście w istotnym zakresie ogranicza możliwości modyfikacji funkcjonowania organów władzy publicznej, wprowadzania ograniczeń praw i wolności obywatelskich<sup>31</sup>. Wpływa także na sposób wykładni i stosowania norm rekonstruowanych z poszczególnych części porządku

<sup>29</sup> Co do charakterystyki modelu kontroli konstytucyjności prawa w Rzeczypospolitej Polskiej oraz przesłanek i zasad dokonywania tzw. kontroli rozproszonej przez sądy powszechne w ramach tzw. mieszanego modelu kontroli konstytucyjności prawa zob. szerzej M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji RP*, Warszawa 2017.

<sup>30</sup> Trzeba jednak pamiętać, że aktualnie zagadnienie tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa przez sądy, w Polsce oparte na mieszanym modelu kontroli konstytucyjności prawa, łączy się z szeregiem dodatkowych kwestii wynikających z epidemii. W wielu miejscach na świecie dostrzec można działania władzy wykonawczej zmierzające w kierunku zwiększenia zakresu kompetencji bez wprowadzenia w sposób formalny stanu nadzwyczajnego w rozumieniu konstytucyjnym oraz zwiększającego się zakresu konfliktów między władzą wykonawczą a sądowniczą, generującego dodatkowe zagrożenia dla niezależności sądów jako organów władzy publicznej, pełniących istotną funkcję stabilizującą. Zachowanie pozycji ustrojowej sądów wymaga daleko idącej roztropności i wstrzeźliwości, co oczywiście ma znaczenie z perspektywy sposobu wykorzystywania uprawnienia do badania konstytucyjności stanowionego prawa w ramach aktów jego jednostkowego stosowania. Zob. w tej kwestii m.in. V.F. Benitez-Rojas, *Hercules Leaves (But Does Not Abandon) the Forum of Principle: Courts, Judicial Review, and COVID-19*, <http://www.iconnectblog.com/hercules-leaves-but-does-not-abandon-the-forum-of-principle-courts-judicial-review-and-covid-19/>.

<sup>31</sup> Rodzi także ryzyko szerokiej odpowiedzialności odszkodowawczej państwa. W tym przypadku nie ma większego znaczenia to, że z uwagi na charakter odpowiedzialności za zdarzenia związane ze stanami nadzwyczajnymi niezbędne są daleko idące ograniczenia, o których trafnie pisze E. Łętowska. Brak możliwości uzyskania określonego odszkodowania nie oznacza bowiem, że zdarzenia, na podstawie których formułowane są roszczenia, są prawnie irrelevantne. Zob. szerzej E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody – indemnizacja w czasie zarazy* (cz. I), konstytucyjny.pl; E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody* (cz. II). *Reżim prawny indemnizacji w ustawie z 2002 r. – przegląd*, konstytucyjny.pl.

prawnego, w szczególności zaś, o ile nie wyklucza, to istotnie ogranicza możliwości odwoływania się do argumentów związanych ze stanami nadzwyczajnymi, w tym szczególnego układu okoliczności wpływających na proces podejmowania decyzji, możliwości uznania określonych działań lub zaniechań za zawinione, m.in. ze względu na nadzwyczajną sytuację motywacyjną, wyznaczenia zakresu związania normatywnie określonymi powinnościami przedstawicieli zawodów zaufania publicznego oraz innych zawodów o szczególnym statusie społecznym, w tym przede wszystkim lekarzy oraz członków medycznego personelu pomocniczego, wpływa na sposób rozwiązywania przypadków kolizji norm oraz konfliktu dóbr<sup>32</sup>. Te sytuacje mają znaczenie w procesie wykładni i stosowania przepisów prawa karnego<sup>33</sup>, prawa cywilnego, zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej<sup>34</sup> oraz w istotnym zakresie prawa administracyjnego.

8. Z kolei uznając, że aktualnie spełnione są konstytucyjne przesłanki wprowadzenia stanu klęski żywiołowej, można twierdzić, że granice działania władzy publicznej, zarówno w obszarze odnoszącym się do zasad funkcjonowania, jak i zakresu ograniczenia praw i wolności obywatelskich wyznaczają konstytucyjne wzorce przewidziane dla stanów nadzwyczajnych<sup>35</sup>. W razie braku formalnego wprowadzenia

<sup>32</sup> Można twierdzić, że inaczej przedstawia się sytuacja prawna lekarza lub przedstawiciela pomocniczego personelu medycznego w ramach normalnego funkcjonowania państwa, inaczej zaś w razie wprowadzenia stanu nadzwyczajnego w zakresie podstaw i sposobu rozstrzygania kolizji dóbr, zwłaszcza zaś wyznaczania granic powinności udzielania pomocy medycznej aż do narażenia się na niebezpieczeństwo osobiste. Określenie kryteriów, gdy dochodzi do przekroczenia granic „narażenia się na niebezpieczeństwo osobiste”, jest, jak można przypuszczać, silnie uwikłane w kontekst sytuacyjny, w tym to, czy lekarz lub przedstawiciel pomocniczego personelu medycznego działa w warunkach stanu nadzwyczajnego, czy też w normalnej sytuacji.

<sup>33</sup> Odgrywają szczególną rolę w procesie wykładni klauzuli przewidzianej w art. 26 § 4 k.k. czy podstaw odpowiedzialności karnej za typ przestępstwa określony w art. 161 k.k. Zob. w tej kwestii R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za narażenie...*, s. 113; M. Bielski, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza...*, s. 52; J. Giezek, *Kolizja obowiązków...*, s. 29.

<sup>34</sup> Kwestie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w okresie stanu nadzwyczajnego reguluje ustawa z 22.11.2002 r.o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz.U. z 2002 r.nr 233 poz. 1955). Szerzej w tej kwestii na gruncie aktualnej sytuacji faktycznej i prawnej E. Łętowska, *Za głupstwa królów...* (cz. I); E. Łętowska, *Za głupstwa królów...* (cz. II).

<sup>35</sup> Warto podkreślić, że zgodnie z treścią art. 233 ust. 3 Konstytucji RP „ustawa określająca zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w stanie klęski żywiołowej może ograniczać wolności i prawa określone w art. 22 (wolność działalności gospodarczej), art. 41 ust. 1, 3 i 5 (wolność osobista), art. 50 (nienaruszalność mieszkania), art. 52 ust. 1 (wolność poruszania się i pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej), art. 59 ust. 3 (prawo do strajku), art. 64 (prawo własności), art. 65 ust. 1 (wolność pracy), art. 66 ust. 1 (prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy) oraz art. 66 ust. 2 (prawo do wypoczynku). Warto jednak pamiętać, bo jak można przypuszczać ma to znaczenie z perspektywy celów działania władzy publicznej konsekwentnie odmawiającej wprowadzenia stanu klęski żywiołowej, że zgodnie z art. 228 ust. 6 „w czasie stanu nadzwyczajnego nie mogą być zmienione: Konstytucja, ordynacje wyborcze do Sejmu, Senatu i organów samorządu terytorialnego, ustawa o wyborze Prezydenta Rzeczypospolitej oraz ustawy o stanach nadzwyczajnych”. Według art. 228 ust. 7 „w czasie stanu nadzwyczajnego oraz w ciągu 90 dni po jego zakończeniu nie może być

dzenia stanu nadzwyczajnego przez uprawniony organ we właściwej procedurze dochodzi do swoistej konstytucyjnej „legalizacji” stanu nadzwyczajnego. Zarazem aktualizują się wszelkie ograniczenia władzy związane z tym stanem<sup>36</sup>.

9. Perspektywa konstytucyjna ma istotne znaczenie przy rozstrzygnięciu problemów konfliktu wartości (dóbr) oraz kolizji obowiązków w związku z udzielaniem pomocy medycznej. Odnosi się to zarówno do przypadków braku dostatecznej ilości specjalistycznego sprzętu medycznego lub środków leczniczych, jak i wypadków, w których z uwagi na niedostatek środków ochrony osobistej udzielenie pomocy medycznej związane jest z rozstrzygnięciem konfliktu między ochroną pacjentów a zdrowiem lub życiem zobowiązanych do udzielania pomocy przedstawicieli personelu medycznego. W obu sytuacjach ujawnia się kolizja dóbr: w pierwszym życia lub zdrowia pacjentów wymagających wsparcia przy użyciu specjalistycznego sprzętu medycznego; w drugim życia lub zdrowia pacjentów oraz życia lub zdrowia przedstawicieli personelu medycznego<sup>37</sup>. W pierwszym, co najmniej *prima facie*, występuje także kolizja obowiązków działania, lekarze zobowiązani są bowiem do udzielenia pomocy wszystkim potrzebującym<sup>38</sup>, wypełnienie zaś tych powinności nie jest z uwagi na brak sprzętu lub środków możliwe jednocześnie ani sekwencyjnie. W drugim kolizja między obowiązkiem udzielenia pomocy chorym (działania) a prawem lekarza do ochrony własnego życia lub zdrowia (zaniechania)<sup>39</sup>. Obowiązek działania ma charakter prawny, zaniechanie natomiast opiera się na „powinności wewnętrznej, której motorem jest psychologicznie zrozumiałe dążenie zagrożonego. Do ochrony swych dóbr (instynkt samozachowawczy)”<sup>40</sup>.

---

skrótowa kadencja Sejmu, przeprowadzane referendum ogólnokrajowe, nie mogą być przeprowadzane wybory do Sejmu, Senatu, organów samorządu terytorialnego oraz wybory Prezydenta Rzeczypospolitej, a kadencje tych organów ulegają odpowiedniemu przedłużeniu. Wybory do organów samorządu terytorialnego są możliwe tylko tam, gdzie nie został wprowadzony stan nadzwyczajny”.

<sup>36</sup> Z perspektywy ustrojowej oznacza to brak możliwości przeprowadzenia wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej ze względu na powoływaną już powyżej treść art. 228 ust. 7 Konstytucji RP.

<sup>37</sup> Co do traktowania kolizji obowiązków jako kolizji dwóch zagrożonych wartości zob. m.in. A. Zoll (w): *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 589; P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, „Przebieg Sądowy” 2005/10, s. 55; P. Kardas, *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowa okoliczność wyłączająca bezprawność czynu (kontratyp) czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?*, „Przebieg Sądowy” 2009/1, s. 7–22.

<sup>38</sup> Zob. w tej kwestii szerzej T. Sroka, *Odpowiedzialność karna...*, s. 154.

<sup>39</sup> W tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją szczególną, która nie jest zaliczana do kategorii kolizji obowiązków. Zob. szerzej J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków...*, s. 37. W piśmiennictwie prezentowane są jednak poglądy traktujące kolizję obowiązków jako kategorię szeroką, obejmującą także sytuacje, w których obowiązek ratowania kogoś innego pozostaje w konflikcie z obowiązkiem ratowania samego siebie. Zob. w tej kwestii szerzej M. Koehler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg 1997, s. 294; G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlin–New York 1991, s. 446.

<sup>40</sup> To szczególne złączenie obowiązku prawnego oraz powinności etycznej (moralnej) powoduje, że kwestionuje się w tych przypadkach możliwość odwoływania się do konstrukcji kolizji obowiązków,



10. Spoglądając na problem alokacji środków lub sprzętu medycznego w sytuacji niedoboru z perspektywy teorii i doktryny prawa karnego, łatwo odnaleźć szereg wypowiedzi dotyczących sposobu rozwiązywania tego typu wypadków w oparciu o rozmaicie konstruowane reguły pierwszeństwa wykorzystywane dla rozwiązywania przypadków kolizji wartości oraz konfliktu norm, a także kolizji obowiązków<sup>41</sup>. W szczególności wskazuje się, że w kolizji obowiązków chodzi w istocie o oceniany *in concreto* konflikt dóbr, do których odnoszą się te obowiązki<sup>42</sup>. W konsekwencji twierdzi się, że u podstaw jego rozstrzygnięcia leżeć powinna waga pozostających w kolizji obowiązków ocenianych wedle „wagi” dóbr, do których odnoszą się obowiązki<sup>43</sup>. Uwzględnienie tych kryteriów służyć ma optymalizacji ochrony zbiegających się interesów istotnych społecznie i prawnie. W konsekwencji hierarchizacja dóbr, z którymi powiązane są kolidujące obowiązki, przesądzać powinna o sposobie postępowania wedle schematu: w sytuacji kolizji obowiązków odnoszących się do dóbr różnej wagi wykonaniu podlegać powinien ten, który chroni dobro większej wartości; w razie równej wartości dóbr chronionych przez pozostające w kolizji obowiązki wykonać należy ten, który odnosi się do dobra, w stosunku do którego szanse uratowania są większe<sup>44</sup>.

11. Podejścia oparte na kryteriach użytecznych są jednak kwestionowane ze względu na niewspółmierność dóbr, szczególnie znaczącą w systemach etycznych zakładających pluralizm wartości. Wskazuje się, że podejścia użyteczne można kwestionować z trzech zasadniczych powodów. Po pierwsze, braku pełnych definicyjnych ujęć określających kryteria wartości. Po wtóre, braku dostatecznie jednoznacznych modeli wartościowania dóbr. Po trzecie, z uwagi na probabilistyczność kontekstu sytuacyjnego i trudności z oceną prawdopodobieństwa powstania określonych konsekwencji<sup>45</sup>. Sposób rozstrzygania kolizji obowiązków oraz konfliktu dóbr jest zatem zawsze uwikłany w określone wybory filozoficzne i etyczne. Odnoszące się do tych zagadnień przepisy prawa regulują bowiem metody ich rozwiązywania w sposób zgeneralizowany, wymagający uadekwatnienia poprzez odwołanie się do różnych pozaprawnych systemów reguł i zasad.

12. Niezależnie od preferencji co do filozoficznego podejścia (użyteczne, pluralistyczne, indywidualistyczne) rozstrzygnięcie kolizji obowiązków wymaga odwoła-

---

przyjmując, iż w istocie chodzi tutaj wyłącznie o kolizję interesów (dóbr). Zob. szerzej G. Mangakis, *Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1972/84, s. 455.; J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków...*, s. 36.

<sup>41</sup> Co do kolizji obowiązków zob. w szczególności J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków...*, *passim*.

<sup>42</sup> Tak w szczególności J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków...*, s. 159; A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 589.

<sup>43</sup> Zob. J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków...*, s. 159.

<sup>44</sup> Tak m.in. A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 590.

<sup>45</sup> Zob. w tej kwestii szerzej J. Raz, *Value Incommensurability: Some Preliminaries*, „Proceedings of the Aristotelian Society” 1985/85, s. 117.

nia się do szczególnych dyrektyw optymalizacyjnych<sup>46</sup>, rekonstruowanych z jednej strony z Konstytucji w aspekcie hierarchii wartości chronionych przez system prawny, z drugiej odwołujących się do wiedzy specjalistycznej<sup>47</sup>, ocen społecznych, powszechnie akceptowanej moralności *etc.* Niezbędne jest bowiem określenie wagi dóbr powiązanych z kolidującymi obowiązkami oraz prawdopodobieństwa ich skutecznej ochrony. W odniesieniu do tych reguł wskazuje się, że zasadniczo ich źródłem mogą być:

- a) przepisy prawa (o różnym statusie, zarówno ustawowe, jak i podustawowe);
- b) zasady wiedzy specjalistycznej oraz reguły deontologiczne i etyczne przyjmowane w danej sferze aktywności;
- c) wzorce, standardy lub zasady tworzone *ad hoc*.

**13.** W odniesieniu do czynności diagnostycznych, leczniczych i medycznych podstawowe rozwiązania zawarte są w ustawie o ratownictwie medycznym, w której zamieszczono rozbudowany zestaw regulacji wskazujących kryteria priorytetyzacji pacjentów w sytuacjach braku możliwości udzielenia jednocześnie pomocy medycznej wszystkim potrzebującym<sup>48</sup>. Nie wchodząc w analizę tego typu kryteriów, wskazać należy, że w sytuacjach nadzwyczajnych, takich jak aktualny stan epidemii wirusa COVID-19, kryteria te okazują się niewystarczające. W analizach przedstawianych przez przedstawicieli środowiska medycznego wskazuje się na brak odpowiednio szczególnych i precyzyjnych standardów postępowania w okresie epidemii. Kontrowersje i wątpliwości związane są zarówno z kryteriami, jakie powinny stanowić podstawę decyzji priorytetyzacyjnych, jak i sposobami postępowania.

**14.** W związku z powyższym w literaturze specjalistycznej postuluje się wprowadzenie kryteriów mających postać dyrektyw optymalizacyjnych opartych zasad-

<sup>46</sup> Kryteria te są wykorzystywane do uadekwatnienia norm w procesie wykładni. Nie ma wątpliwości, że interpretacja przepisów prawa w tego typu wypadkach opierać powinna się na koncepcji wykładni prokonstytucyjnej.

<sup>47</sup> Obowiązujące regulacje oparte są bowiem na otwartej formule standardów postępowania, umożliwiającej uadekwatnienie do okoliczności. Dobrym przykładem jest art. 4 ustawy z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2020 r. poz. 514 ze zm.), zgodnie z którym „lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz należytą starannością”.

<sup>48</sup> Istotne znaczenie ma w tych sytuacjach regulacja zawarta w ustawie z 8.09.2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. z 2020 r. poz. 882 ze zm.). W art. 1 tej ustawy wskazuje się, że podstawowym jej celem jest zapewnienie realizacji zadań państwa polegających na zapewnieniu pomocy każdej osobie znajdującej się w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego. W art. 3 ust. 14b określa się definicję pojęcia „segregacja medyczna” – oznaczającego „proces ustalania kolejności udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w szpitalnych oddziałach ratunkowych oraz w zespołach ratownictwa medycznego, realizowanej wobec osób w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego, uwzględniającej stan zdrowia tych osób”. Wstępna segregacja dokonywana jest w ramach tzw. medycyny ratunkowej w oparciu o międzynarodowe standardy, w szczególności zaś TRIAGE (model francuski) lub S.T.A.R.T (model angielski).

niczno na przesłankach jakościowych mierzonych wedle aktualnego stanu wiedzy medycznej, opracowanych przez właściwe organy publiczne lub samorząd lekarski, na kształt rozwiązań przyjętych całkiem niedawno we Włoszech czy w Hiszpanii<sup>49</sup>. Kryteria te zasadniczo miałyby być oparte na założeniach podobnych jak przyjmowane w zakresie modeli optymalizacyjnych medycyny ratunkowej (katastrof), gdzie przyjmuje się, że priorytet przyznać należy pacjentom z zagrożeniem życia przed pacjentami z zagrożeniem zdrowia przy wykorzystaniu kryterium szans skutecznego udzielenia pomocy medycznej. Przyjmuje się również, że kryteria szczegółowe służyć mają realizacji zasadniczego celu, jakim jest udzielenie pomocy medycznej (wyleczenie lub poprawa stanu zdrowia) tych pacjentów, w stosunku do których istnieje podstawa przyjęcia, że działania diagnostyczne i lecznicze prowadzić będą do udzielenia pomocy jak największej liczbie osób<sup>50</sup>.

15. Rozważając status, charakter oraz zawartość treściową tego typu dyrektyw optymalizacyjnych, wskazać można, że zasadniczo są ujęte albo jako sformalizowane elementy systemu normatywnego, albo jako niesformalizowane standardy postępowania<sup>51</sup>. Niezależnie od statusu i normatywnego charakteru odgrywają istotną rolę w procesie interpretacji przepisów prawa, a w konsekwencji determinują zakres i sposób ich aplikacji w praktyce. Z tego względu ich kształt może być oceniany z uwzględnieniem aksjologii konstytucyjnej. Można przyjąć, że rekonstruowany z Konstytucji RP system wartości uporządkowanych hierarchicznie stanowić powinien jeden z ważniejszych punktów odniesienia w procesie kształtowania oraz interpretacji i stosowania kryteriów priorytetyzacyjnych. Spojrzenie z perspektywy konstytucyjnej ujawnia jednak pewien dylemat, związany z konstrukcją dobra wspólnego. W wypadkach stanów zagrożeń o skali masowej wszelkie podejmowane działania specjalistyczne ukierunkowane są na ochronę dobra, jakim jest zdrowie publiczne. Nie w każdym zarazem przypadku ochrona tak rozumianej wartości pozostawać będzie w pełnej koherencji z wartościami, jakim są zdrowie, a nawet życie poszczególnych osób potrzebujących pomocy specjalistycznej<sup>52</sup>. Na tym tle dostrzec można, że w zależności od tego, w jaki sposób kształtować się będzie poszczególne przesłanki priorytetyzacyjne, tj. w oparciu o kryteria medyczne ukierunkowane na

<sup>49</sup> Ocena regulacji nakazującej udzielanie pomocy młodszym osobom zarażonym oraz pozostawienie bez opieki i wsparcia osób starszych, jeśli pozostające w dyspozycji jednostki leczniczej środki medyczne uniemożliwiają jednoczesne lub sukcesywne udzielenie pomocy wszystkim, stawia lekarzy, a także prawników, w sytuacji prawdziwej *hard case*, w której dylematy prawnicze bezpośrednio splatają się z najpoważniejszymi problemami moralnymi. Zob. m.in. J. Pawlikowski, *Etyczny wymiar decyzji priorytetyzacyjnych...*; E.J. Emanuel, G. Persad, R. Upshur, B. Thome, M. Parker, A. Glickman, C. Zhang, C. Boyle, M. Smith, J.P. Phillips, *Fair Allocation...*

<sup>50</sup> Zob. m.in. E.J. Emanuel, G. Persad, R. Upshur, B. Thome, M. Parker, A. Glickman, C. Zhang, C. Boyle, M. Smith, J.P. Phillips, *Fair Allocation...*; J. Pawlikowski, *Etyczny wymiar decyzji priorytetyzacyjnych...*

<sup>51</sup> Interesujące jest to, że jakkolwiek ustawa o Państwowym Ratownictwie Medycznym posługuje się pojęciem „segregacji medycznej”, to zarazem nie określa kryteriów, w oparciu o które miałyby być ona przeprowadzana. Szczegółowe procedury w tym zakresie określane są poprzez odwołanie się do międzynarodowych standardów, niestanowiących jednak części obowiązującego systemu prawnego.

<sup>52</sup> Zob. w tym zakresie szerzej T. Sroka, *Ograniczenia praw i wolności...*, s. 75.

poszczególnych potrzebujących, czy w oparciu o nieco bardziej zgeneralizowane kryterium zdrowia publicznego, inaczej przedstawiać się będzie system szczególnych dyrektyw optymalizacyjnych. Priorytet zdrowia publicznego może bowiem prowadzić do sytuacji kolizji między interesem indywidualnym poszczególnych pacjentów a interesem ogólnym. Z perspektywy filozoficznej i etycznej prowadzić to może do rozbieżności między podejściem indywidualistycznym a podejściami zbliżonymi do komunitaryzmu. Dążenie do ochrony przed zagrożeniami i udzieleniem pomocy największej możliwej w danych okolicznościach liczbie osób rzutować będzie bowiem na treść poszczególnych kryteriów priorytetyzacyjnych.

**16.** W sytuacjach skrajnych poważnym problemem jest pytanie, w jakim stopniu decyzje podejmowane powinny być w oparciu o wypracowane wcześniej standardy medyczne i etyczne oraz doświadczenie zawodowe przez poszczególnych lekarzy lub przedstawicieli medycznego personelu pomocniczego, w jakim zaś zakresie na podstawie kryteriów normatywnych, określonych w sposób formalny przez właściwy podmiot. W przypadku kryteriów normatywnych chodzi oczywiście o zestandaryzowane, zobiektywizowane przesłanki. Dylemat tego typu dotychczas nie ujawnił się w Polsce, jest jednak przedmiotem poważnej debaty, a także decyzji objawiających się w postaci różnorodnych zestawów przesłanek opisanych w aktach normatywnych, choć nie zawsze dających się łatwo zaliczyć do elementów powszechnie obowiązującego systemu źródeł prawa, w innych krajach. Interesujące i zarazem w najwyższym stopniu kontrowersyjne przykłady uregulowania tych kryteriów dostarczają działania organów, stowarzyszeń lub zrzeszeń medycznych we Włoszech, w Hiszpanii czy Stanach Zjednoczonych. Wybór sposobu postępowania uzależniony jest od podejścia, w tym m.in. opcji na rzecz modelu paternalistycznego lub indywidualistycznego co do pozycji i sposobu działania lekarzy oraz przedstawicieli medycznego personelu pomocniczego wobec pacjenta, a także wyboru filozofii społecznej: indywidualistycznej lub komunitarnej. Im więcej elementów związanych z podejściem wykazującym pewne elementy paternalistyczne oraz uwzględniającym interesy zbiorowości (w pewnym sensie komunitarnym), tym silniejsza tendencja do normatywizowania kryteriów oraz nadawania im charakteru wiążących dla lekarzy w sytuacjach trudnych. Przyjęcie priorytetu ochrony zdrowia publicznego w stanach nadzwyczajnych oznaczać może także preferencje dla normatywizacji kryteriów. Jest zarazem zupełnie oczywiste, że wprowadzenie normatywnych przesłanek priorytetyzacyjnych, w szczególności zaś odwołanie się w nich do kryteriów wieku, społecznej użyteczności (jak ma to miejsce w rozwiązaniach przyjętych we Włoszech i w Hiszpanii), generuje napięcia na poziomie konstytucyjnym, a także na płaszczyźnie jednostkowych wypadków.

**17.** Błędne decyzje priorytetyzacyjne tworzą zagrożenie odpowiedzialności na wszystkich poziomach systemu prawnego, w tym odpowiedzialności cywilnej oraz odpowiedzialności karnej. Nie wydaje się, by remedium na tego typu zagrożenia było przyjęcie modelu amerykańskiego, gdzie w niektórych stanach wprowadzono regulację

zwalniającą lekarzy zwalczających epidemię wirusa SARS-CoV-2 i choroby COVID-19 z wszelkiej odpowiedzialności za ewentualne decyzje oraz niepowodzenia.

**18.** Z perspektywy etycznej sytuacji wymagające dokonania wyboru między wymagającymi udzielenia pomocy pacjentami generują nierozwiązywalne dylematy. Każde rozwiązanie, niezależnie od tego, na jakich posadowione zostanie przesłankach, rodzić będzie rezyduum moralne. Niewiele pomagają w sytuacjach skrajnych ogólne wskazania etyków, podkreślających, że wybory powinny opierać się jedynie na tych okolicznościach, które są istotne, z pominięciem nieistotnych. W perspektywie zagrożenia życia pozwala to kontestować przyjęte w Hiszpanii kryterium społecznej użyteczności, jako niedające się pogodzić z założeniem niewspółmierności życia ludzkiego. Stwarza też możliwość kontestowania kryterium wieku, a także pominięcia względów utylitarnych.

**19.** Istotne znaczenie ma wskazywane przez przedstawicieli środowiska medycznego znaczenie sformalizowanych i zarazem zobiektywizowanych kryteriów priorytetyzacyjnych z punktu widzenia obciążenia moralnego lekarza w chwili podejmowania decyzji. Eliminując ryzyko paraliżu związanego z koniecznością dokonywania jednostkowych analiz, stanowić może czynnik istotnie odciążający psychicznie lekarzy. Stwarza też możliwość uwzględnienia społecznych oczekiwań oraz akceptacji kryteriów i konsekwencji ich wykorzystywania. Standardy przyjmowane przez stowarzyszenia lub zrzeszenia lekarzy, jak miało to miejsce we Włoszech lub w Hiszpanii, mają zasadniczo charakter sugestywny, wspierający.

**20.** Gdyby przyjąć perspektywę zasadności wypracowania zestandaryzowanych, zobiektywizowanych i społecznie akceptowanych kryteriów priorytetyzacyjnych, istotne jest uświadomienie, że obowiązujące aktualnie kryteria kształtowane były bez uwzględnienia nawet realiów funkcjonowania służby zdrowia poza epidemią. W szczególności nie brano pod uwagę stanu permanentnego niedoboru służby zdrowia, zarówno w aspekcie jakościowym, tj. dostępności do specjalistycznego sprzętu medycznego, jak i ilościowym, tj. dostępności do wyspecjalizowanych jednostek leczniczych.

**21.** Biorąc pod uwagę skalę epidemii, liczbę rodzących konieczność podejmowania decyzji priorytetyzacyjnych przypadków, związane z nimi napięcia, a także zdarzenia związane z niedostatecznym organizacyjnym przygotowaniem służby zdrowia do zapobiegania i zwalczania epidemii, czego wyrazem są przypadki wyłączenia na okres kwarantanny całych oddziałów, a nawet szpitali, braki w zakresie kadrowym w domach pomocy społecznej, dramatyczne historie związane z funkcjonowaniem tych jednostek w okresie epidemii, nie wydaje się rozwiązaniem trafnym pominięcie próby ukształtowania w sposób sformalizowany kryteriów priorytetyzacyjnych. Jeśli bowiem konstytucyjnym priorytetem w stanie epidemii, niezależnie od niewprowadzenia w sposób formalny stanu klęski żywiołowej,

jest zapobieganie i powstrzymanie rozprzestrzeniania się epidemii w sytuacji nadzwyczajnego poziomu zagrożenia społeczeństwa, to raczej trudno przyjąć, by rozstrzygnięcie sytuacji rodzących etyczne napięcie na podstawie pochodzących z okresu sprzed epidemii kryteriów oraz wedle indywidualnego wyboru lekarza było prawidłowe<sup>53</sup>. Poszukując właściwego ujęcia kryteriów preferencji udzielania pomocy, nie można stracić z pola widzenia, że poza zakresem pozostawać powinny kwestie związane z organizacją systemu opieki zdrowotnej. Jednak wśród przesłanek preferencji nie sposób pominąć kwestii racjonalnego dysponowania zasobami ludzkimi, co oznaczać powinno preferencje w zakresie pomocy medycznej dla lekarzy i pomocniczego personelu medycznego<sup>54</sup>. Nie ma bowiem możliwości realizacji celów związanych z zapobieganiem i zwalczaniem epidemii wirusa SARS-CoV-2 i choroby COVID-19, ochrony zdrowia publicznego bez dysponowania odpowiednimi kadrami. Przedstawiane publicznie sytuacje braku obsady personelu medycznego w szpitalach lub oddziałach „dziesiątkowanych” przez wirusa, kłopoty w domach pomocy społecznej, wskazują, że w tym przypadku ochrona służby zdrowia jest niezbędna. Paradoksalnie w tego typu wypadkach o preferencji decydować powinny względy użyteczności społecznej, rozumianej jako niezbędny ludzki element systemu ochrony zdrowia.

22. W kontekście prowadzonych powyżej analiz dostrzec trzeba problem możliwości odmowy świadczenia pomocy medycznej w przypadku osobistego zagrożenia zdrowia lub życia personelu medycznego. W tego typu sytuacjach ujawnia się kolizja dóbr: zdrowia lub życia lekarza zobowiązanego do udzielenia pomocy oraz zdrowia lub życia pacjenta. Jej rozstrzygnięcie wiąże się integralnie z kilkoma grupami zagadnień, w tym w szczególności statusem zawodowym, prawnym i społecznym lekarza oraz personelu pomocniczego, normatywnym charakterem powinności świadczenia pomocy medycznej, źródłami i zakresem obowiązku takiego działania, przesłankami, których spełnienie przesądza o społecznym oczekiwaniu postępowania lekarzy i personelu pomocniczego zgodnie z określonymi w prawie dyrektywami (nakazami), wreszcie kwestią konsekwencji w razie odmowy świadczenia pomocy podyktowanej oceną stanu zagrożenia dla zdrowia lub życia lekarza. Nie wchodząc w szerszą analizę, wskazać należy, że w procesie rozstrzygnięcia omawianej problematyki warto wziąć pod uwagę następujące przesłanki.

Po pierwsze, uwzględnić znaczenie i funkcję prawnego statusu i charakteru zawodów medycznych, immanentnie związanych z określonym poziomem zagrożenia, którego minimalizacji służą m.in. standardy ostrożności, dla określenia zawartości treściowej i funkcji reguł postępowania określających zasady wykonywania tych zawodów. W przypadku zawodów o szczególnym znaczeniu publicznym (takich jak zawód lekarza lub medycznego personelu pomocniczego) mamy do czynienia

<sup>53</sup> Zob. w tym zakresie T. Sroka, *Ograniczenia praw i wolności...*, s. 75.

<sup>54</sup> Zob. w tej kwestii interesujące uwagi E.J. Emanuel, G. Persad, R. Upshur, B. Thome, M. Parker, A. Glickman, C. Zhang, C. Boyle, M. Smith, J.P. Phillips, *Fair Allocation...*; J. Pawlikowski, *Etyczny wymiar decyzji priorytetizacyjnych...*; M. Bielski, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza...*, s. 52.

z podwójną funkcją reguł ostrożności: z jednej strony określają zasady właściwego postępowania z chorymi, służąc ochronie życia i zdrowia pacjentów poprzez minimalizację do akceptowanego wedle aktualnego stanu wiedzy medycznej poziomu ryzyka wystąpienia negatywnych skutków na życiu lub zdrowiu pacjenta; z drugiej służą ochronie życia lub zdrowia personelu medycznego, minimalizując do poziomu akceptowanego wedle aktualnego stanu wiedzy medycznej ryzyko immanentnie związane z wykonywaniem czynności w zakresie pomocy medycznej<sup>55</sup>.

Po wtóre, należy dostrzec, że funkcje zasad ostrożności w aspekcie ochrony dóbr personelu medycznego przesądzają o istnieniu po stronie podmiotów odpowiedzialnych za organizację służby zdrowia obowiązku zapewnienia właściwego standardu organizacyjnego, środków ochrony osobistej dla personelu medycznego oraz stosownych procedur.

Po trzecie, wziąć pod uwagę, że reguły ostrożności służące minimalizacji ryzyka związanego z wykonywaniem czynności zawodowych przez przedstawicieli personelu medycznego wyznaczają granicę obowiązku wykonywania czynności zawodowych. Z uwagi na status gwaranta w przypadku personelu medycznego obowiązek ratowania życia lub zdrowia rozciąga się na sytuacje, w których istnieje ryzyko narażenia się gwaranta na niebezpieczeństwo osobiste<sup>56</sup>. Działania zgodne z obowiązującymi standardami postępowania lekarzy lub personelu pomocniczego, przy wykorzystywaniu wymaganych środków ochrony osobistej, mieścić się będą co do zasady w zakresie normatywnego obowiązku świadczenia pomocy medycznej „z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste”<sup>57</sup>.

Po czwarte, uwzględnić, że akceptowany poziom ryzyka personelu medycznego przedstawia się inaczej w sytuacjach normalnego funkcjonowania państwa, inaczej

<sup>55</sup> W tym zakresie służą również ochronie pacjentów, lekarz, działając niezgodnie ze standardami lub bez odpowiednich środków zabezpieczających, tworzy zagrożenie dla pacjentów. Generować to może także problem odpowiedzialności karnej, np. na podstawie art. 161 k.k.

<sup>56</sup> Pomijam w tym miejscu przedstawianie szerszej analizy zagadnienia źródeł obowiązku statusu gwaranta po stronie lekarza, trzeba jednak wskazać, że samoistnie nie statuuje go art. 30 ustawy z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Z perspektywy prawnokarnej kwestie te reguluje art. 26 § 4 k.k. Na tle tego przepisu w piśmiennictwie przyjmuje się, że „jeżeli dobro, które dana osoba ma szczególny obowiązek chronić, pozostaje w kolizji z dobrem osobistym zobowiązanego i nie przedstawia w stosunku do tego dobra wartości niższej, to bez względu na zagrożenie dobra osobistego zobowiązany ma chronić dobro powierzone jego pieczy. Lekarz nie będzie więc mógł odmówić zbadania swojego pacjenta, powołując się na niebezpieczeństwo zarażenia” – A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, t. 1, s. 587. Zob. też J. Kulesza, *Granice obowiązku gwaranta w świetle art. 162 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2006/7–8, s. 108; J. Kulesza, *Kolizja obowiązków pomocy (art. 162 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2007/2, s. 31. Co do znaczenia tej regulacji w zakresie rozwiązywania kwestii odmowy leczenia w związku z zagrożeniem zarażeniem wirusem COVID-19 zob. M. Bielski, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza...*, s. 52.

<sup>57</sup> Odrębną kwestią jest odpowiedź na pytanie, czy w przypadkach zagrożeń nieznanymi co do etiologii, sposobu przebiegu i zagrożeń takich jak epidemia wirusa COVID-19, dysponujemy odpowiednią wiedzą specjalistyczną umożliwiającą określenie gwarantujących odpowiedni poziom bezpieczeństwa osobistego lekarzy standardów postępowania. Brak takiej możliwości sprawia, że nie jest możliwe wyznaczenie granic nieprzekraczającego akceptowanego ryzyka sposobu postępowania lekarzy i personelu pomocniczego. Generuje to trudności w zakresie zapewnienia jednolitości kryteriów oceny z perspektywy *ex ante* oraz perspektywy *ex post*.

zaś w konstytucyjnych stanach nadzwyczajnych. Oznacza to, że nieco inaczej oceniać należy stan „narażenia się na niebezpieczeństwo osobiste” w sytuacji normalnej inaczej zaś w sytuacji epidemii lub pandemii.

Po piąte, dostrzec, że w odniesieniu do lekarzy i personelu pomocniczego system prawny przewiduje podwyższone wymogi w sytuacji konfliktu dóbr: pacjenta z jednej strony oraz lekarza lub przedstawiciela personelu pomocniczego z drugiej, wyłączając możliwość odmowy leczenia w sytuacji ochrony własnego życia lub zdrowia, jeżeli udzielenie pomocy nie generuje zagrożenia przekraczającego poziom „narażenia się na niebezpieczeństwo osobiste” lekarza lub członka pomocniczego personelu medycznego.

Po szóste, wziąć pod uwagę, że ocena możliwości odstąpienia od udzielania pomocy medycznej w sytuacji braku środków ochrony osobistej wymaga ustalenia poziomu zagrożenia dla pacjentów oraz charakteru i poziomu zagrożenia dla lekarza lub przedstawiciela pomocniczego personelu medycznego w razie podjęcia działań diagnostycznych lub leczniczych bez niezbędnych, wymaganych przez obowiązujące standardy postępowania środków ochrony osobistej<sup>58</sup>.

Po siódme, dostrzec, że w procesie oceny konsekwencji odmowy leczenia w tego typu wypadkach konieczne jest uwzględnienie niewypełnienia przez podmiot organizujący system pomocy medycznej obowiązku zapewnienia lekarzom oraz personelowi pomocniczemu niezbędnych środków umożliwiających wypełnienie powinności zawodowych bez narażenia się na przekraczające akceptowaną w świetle aktualnego stanu wiedzy ryzyko skutków na zdrowiu lub życiu udzielających pomocy medycznej<sup>59</sup>.

Po ósme, dostrzec, że przy ocenie prawnej odmowy leczenia uwzględniać należy stan zagrożenia dla udzielających pomocy medycznej. Jeśli w konkretnej sytuacji okoliczności wskazują, że ryzyko przekracza poziom „narażenia siebie na niebezpieczeństwo osobiste”, np. ze względu na poziom śmiertelności w przypadku zakażenia określoną chorobą, nie sposób przyjąć, iż aktualny pozostaje obowiązek udzielenia pomocy, którego niedopełnienie stanowić może podstawę odpowiedzialności prawnej<sup>60</sup>.

**23.** Przedstawienie w tym opracowaniu chociażby propozycji całościowego rozwiązania sygnalizowanych zagadnień nie jest możliwe. Wymaga to szerokiej debaty, prowadzonej przez prawników z udziałem przedstawicieli środowiska medycznego oraz etyków. Zarysowane wyżej uwagi stanowić mogą co najwyżej wstęp do analiz, bez przeprowadzenia których podejmowane przez prawników decyzje interpretacyjne narażone będą na poważne ryzyko błędu.

<sup>58</sup> Kwestia ta w przypadku wirusa COVID-19 wywołuje poważne komplikacje. Zob. w tej kwestii m.in. R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za narażenie...*, s. 113.

<sup>59</sup> Niedopełnienie powinności zapewnienia lekarzom i personelowi medycznemu odpowiednich środków ochrony i sprzętu medycznego modyfikuje klauzulę limitacyjną przewidzianą w art. 26 § 4 k.k.

<sup>60</sup> W odniesieniu do wirusa COVID-19 wskazuje się, że poziom śmiertelności w tzw. przypadkach zamkniętych wynosi około 20%, co mogłoby wskazywać, że podejmowanie czynności diagnostycznych lub leczniczych bez należytych środków ochrony osobistej generuje w stosunku do lekarzy lub personelu pomocniczego ryzyko przekraczające poziom „narażenia się na niebezpieczeństwo osobiste”.



## ABSTRACT

**prof. dr hab. Piotr Kardas**

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), Head of the Department of Comparative Criminal Law of Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University, Alexander von Humboldt Foundation Fellow, v-ce President of the Polish Bar Council, member of the Legal Studies Committee at the Polish Academy of Arts and Sciences, member of the Legal Studies Committee at the Polish Academy of Science, Head in the Polish Delegation to CCBE; President of ELF Advisory Board.

**Constitutional basis for the resolution of collision of duty and conflicts of values arising in times of the epidemic**

*The work is dedicated to the analysis of constitutional basis for the resolution of collision of duty and conflicts of values arising in times of the epidemic.*

*It is important to take into account constitutional principles for the resolution of such situations. They provide four possible ways of understanding of the current situation; it may be:*

- 1) concluded that we are currently dealing with a de facto state of emergency, which is not, nevertheless, a de iure state of emergency;*
- 2) concluded that we are dealing with material state of emergency, in which all the constitutional criteria for introducing a state of emergency were met, yet the state of emergency was not formally declared;*
- 3) concluded that the concept of a hybrid state of emergency should be used, updating the constitutional norms guaranteeing human rights and liberties, not treating the acts of public authorities as encompassed in the of state of emergency due to the fact that a state of emergency was not formally declared*
- 4) concluded that the current situation is a state of emergency in law and in fact, in which all the state of emergency norms concerning human rights and liberties and acts of public authorities are binding.*

*All of these interpretations provide a different approach to resolving the conflicts of duty and values. In the context of these possible interpretations of the current situation this work presents reflections on the resolution of conflict of values related the dilemmas about the right of medical professionals to refuse the provision of medical help due to personal risk.*

*It pertains to the problem of creating formal, objective prioritization criteria and their meaning in the context of statutory interpretation and implementation in the situation of lack of sufficient resources and medical supplies to provide medical help to everyone in need. The text also proposes an update for standards of resolution of conflicts of norms and conflicts of goods in times of an epidemic, taking into account both the individual freedoms and utilitarian goals.*

**Keywords:** *collision of duty, conflict of values, guarantor position, epidemic, human rights and freedoms, citizen's rights and freedoms, proportionality principle, state of higher need, limitation clause, de facto state of emergency, state of emergency in law, material state of emergency, hybrid state of emergency*

**prof. dr hab. Piotr Kardas**

ORCID: 0000-0002-8903-2417; e-mail: pkardas@kardas.com.pl

Autor jest adwokatem (ORA w Krakowie), kierownikiem Zakładu Prawa Karnego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, stypendystą Fundacji Alexandra von Humboldta, członkiem Komisji Prawnej Polskiej Akademii Umiejętności, członkiem Komisji Prawnej Oddziału Krakowskiego Polskiej Akademii Nauk, wiceprezesem Naczelnej Rady Adwokackiej, przewodniczącym polskiej delegacji do CCBE; Prezydentem Rady Doradczej Fundacji Prawników Europejskich.

#### BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

**Alexy Robert**, *Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010

**Benítez-Rojas Vicente F.**, *Hercules Leaves (But Does Not Abandon) the Forum of Principle: Courts, Judicial Review, and COVID-19*, <http://www.icconnectblog.com/hercules-leaves-but-does-not-abandon-the-forum-of-principle-courts-judicial-review-and-covid-19>

**Bielski Marek**, *Granice odpowiedzialności karnej lekarza za uchylenie się od leczenia. Kilka uwag o wykładni art. 26 § 4 k.k.*, „Palestra” 2020/6, s. 52

**Brzeziński Michał**, *Stany nadzwyczajne w Polsce w latach 1918–1989. Szkic ustrojowo-polityczny*, Toruń 2005

**Brzeziński Michał**, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007

**Chyrowicz Barbara**, *O sytuacjach bez wyjścia w etyce*, Kraków 2008

**Dąbrowska-Kardas Małgorzata**, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012

**Dąbrowska-Kardas Małgorzata**, *Kara jako konflikt dóbr i kolizja norm w świetle koncepcji Roberta Alexy'ego konfliktu reguł i kolizji norm. Rozważania na tle konstytucyjnych zasad stanowienia i stosowania prawa*, „Przegląd Sejmowy” 1996/4, s. 124

**Dickson Julie**, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford 2001

**Emanuel Ezekiel J., Persad Govind, Upshur Ross, Thome Beatriz, Parker Michael, Glickman Aaron, Zhang Cathy, Boyle Connor**,

- Smith Maxwell, Phillips James P.**, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of COVID-19*, „The New England Journal of Medicine” 2020/4
- Giezek Jacek**, *Kolizja obowiązków spoczywających na pracownikach opieki medycznej w dobie wirusa COVID-19*, „Palestra” 2020/6, s. 29
- Gizbert-Studnicki Tomasz**, *Filozofia polityczna a pozytywistyczna teoria prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017/110, s. 15
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji RP*, Warszawa 2017
- Jakobs Günter**, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlin–New York 1991
- Kardas Piotr**, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, „Przegląd Sądowy” 2005/10, s. 55
- Kardas Piotr**, *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowa okoliczność wyłączająca bezprawność czynu (kontratyp) czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?*, „Przegląd Sądowy” 2009/1, s. 7
- Koehler Michael**, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg 1997
- Królikowski Michał (w:)** *System prawa karnego*, t. 4, *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2013
- Kubiak Rafał**, *Odpowiedzialność karna za narażenie na zakażenie wirusem SARS-CoV-2. Ewolucja rozwiązań prawnych dotyczących karania osób zakażonych chorobą zakaźną*, „Palestra” 2020/6, s. 113
- Kulesza Jan**, *Granice obowiązku gwaranta w świetle art. 162 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2006/7–8, s. 108
- Kulesza Jan**, *Kolizja obowiązków pomocy (art. 162 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2007/2, s. 31
- Łętowska Ewa**, *Co chciałam powiedzieć publicznie, ale mi się nie udało (cz. I)*, konstytucyjny.pl
- Łętowska Ewa**, *Co chciałam powiedzieć publicznie, ale mi się nie udało (cz. II)*, konstytucyjny.pl
- Łętowska Ewa**, *Za głupstwa królów płacą ich narody – indemnizacja w czasie zarazy (cz. I)*, konstytucyjny.pl
- Łętowska Ewa**, *Za głupstwa królów płacą ich narody (cz. II). Reżim prawny indemnizacji w ustawie z 2002 r. r. – przegląd*, konstytucyjny.pl
- Majewski Jarosław**, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002
- Mangakis Georgios A.**, *Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des*

*Strafrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1972/84, s. 455

**Pawlikowski Jakub**, *Etyczny wymiar decyzji priorytetyzacyjnych i alokacyjnych dotyczących stosowania zaawansowanych technologii medycznych w kontekście pandemii COVID-19*, „Medycyna Praktyczna”. [https://www.mp.pl/etyka/terapia\\_chorob/231724,etyczny-wymiar-w-kontekscie-pandemii-covid-19](https://www.mp.pl/etyka/terapia_chorob/231724,etyczny-wymiar-w-kontekscie-pandemii-covid-19)

**Prokop Krzysztof**, *Modele stanu nadzwyczajnego*, Białystok 2012

**Rakowska-Trela Anna**, *Nie głosowanie: kradzież czy wybór?*, konstytucyjny.pl

**Raz Joseph**, *Value Incommensurability: Some Preliminaries*, „Proceedings of the Aristotelian Society” 1985/85, s. 117

**Ross David W.**, *The Right and the Good*, Oxford 2002

**Sroka Tomasz**, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013

**Sroka Tomasz**, *Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego*, „Palestra” 2020/6, s. 75

**St-Hilaire Maxime**, *Are Quebec and Canada Having a “Schmittian” (or Iheringian) Moment?*, <http://www.iconnectblog.com/2020/05/are-quebec-and-canada-having-a-schmittian-or-iheringian-moment>

**Steinborn Sławomir** (w:): *Konstytucja RP. t. 2, Komentarz. Art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016

**Szczucki Krzysztof**, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015

**Szydło Marek** (w:): *Konstytucja RP, t. 1, Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016

**Tuleja Piotr**, *Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne*, „Przeгляд Konstytucyjny” (w druku).

**Tuleja Piotr**, *Wprowadzenie stanu nadzwyczajnego nie uniemożliwi ani nie utrudni walki z epidemią (w odpowiedzi Tymonowi Nowinię Konopce)*, konstytucyjny.pl

**Wojtyczek Krzysztof**, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999

**Wronkowska Sławomira**, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2002

**Wronkowska-Jaśkiewicz Sławomira**, *Kilka uwag o sporze kompetencyjnym między Sejmem RP i Sądem Najwyższym oraz Prezydentem RP i Sądem Najwyższym*, „Palestra” 2020/5, s. 46

**Ziemiński Zygmunt**, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980

**Zoll Andrzej**, *Konstytucyjne aspekty prawa karnego (w:) System prawa karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011

**Zoll Andrzej**, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982

**Zoll Andrzej (w:)** *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016

**Pojęcia kluczowe:** *stan wyższej konieczności, kolizja obowiązków, kryteria optymalizacyjne, oceny etyczne, ochrona zdrowia i życia, reguły postępowania z dobrem prawnym, zdrowie publiczne*

# Artykuły

*Jacek Giezek*

## KOLIZJA OBOWIĄZKÓW SPOCZYWAJĄCYCH NA PRACOWNIKACH OPIEKI MEDYCZNEJ W DOBIE PANDEMII COVID-19

Pandemia wirusa COVID-19, stwarzająca zagrożenie dla zdrowia i życia milionów ludzi na całym świecie, stanowi ekstremalne obciążenie dla służb medycznych, w tym zwłaszcza lekarzy oraz szpitalnego personelu pomocniczego. Gwałtowny wzrost liczby osób potrzebujących specjalistycznej opieki medycznej prowadzi – w powiązaniu z ograniczonymi możliwościami jednoczesnego jej świadczenia – do rozmaitych sytuacji kolizyjnych. Dramatycznie brzmi w tych warunkach pytanie, czyje życie i zdrowie ratować, komu zaś natychmiastowej pomocy odmówić. Wypracowanie kryteriów, które ułatwiałyby optymalizację podejmowanych przez lekarzy decyzji, nie jest sprawą prostą. Oczekując ich wskazania od prawników, często niestety nie dostrzega się, że nie mają oni żadnych szczególnych kompetencji, aby rozstrzygać dylematy etyczne, wynikające z kolizji obowiązków nienadających się do jednoczesnego wykonania. Trudno także przesądzić, czy kryteria optymalizacyjne powinny być tworzone: a) z perspektywy dobra ogólnego lub dobra jednostki; b) przy wykorzystaniu przesłanek etycznych, prakseologicznych, ekonomicznych czy jakichkolwiek innych; c) *ad hoc*, a więc z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sytuacji. Trafny wydaje się pogląd, że niedostosowanie zachowania do tego rodzaju kryteriów stanowi co najwyżej poszlakę wskazującą na to, że doszło do naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, będącego jedną z podstaw obiektywnego przypisania negatywnego skutku. „Poszlakowość” kryteriów optymalizacyjnych oparta jest jednak na innych podstawach, niezwiązanych z probabilistycznym charakterem powiązań kauzalnych, z których czerpią

swe uzasadnienie reguły postępowania z dobrem prawnym. Wynika ona bowiem z relatywizacji ocen etycznych, jakie rodzą się przy rozwiązywaniu dylematów związanych z kolizją obowiązków. Z uwagi na różnorodność kryteriów optymalizacyjnych, niekiedy wzajemnie sprzecznych, a więc nakazujących podejmowanie zachowań wykluczających się, nie sposób zarzucić podejmującemu decyzję lekarzowi, że pewna ich część została przez niego zlekceważona. Jeżeli zatem lekarz nie naruszy normy wynikającej z art. 26 § 5 Kodeksu karnego, a więc w sytuacjach kolizyjnych ograniczy się do wykonania tylko jednego z ciężących na nim obowiązków, jego odpowiedzialność karna – o ile skoncentruje się na ratowaniu dobra, którego wartość nie była oczywiście mniejsza od wartości dobra poświęcanego – powinna zostać wykluczona.

Zapewnienie skutecznej ochrony dóbr prawnych, w tym zwłaszcza tak cennych jak życie i zdrowie, wymaga podejmowania – zarówno w przestrzeni publicznej, jak i w wymiarze indywidualnym – wielu działań stanowiących wypełnienie obowiązków nakładanych na podmioty, którym ochrona taka została powierzona. Nie ulega wątpliwości, że szczególną w tym zakresie rolę mają do spełnienia pracownicy opieki medycznej – lekarze oraz współpracujący z nimi personel pomocniczy – od których w warunkach normalnie oraz prawidłowo funkcjonującego systemu ochrony zdrowia oczekuje się przede wszystkim gotowości do rzetelnego wykonywania spoczywających na nich obowiązków. Oczekiwanie takie – którego podstawę prawną można by odnaleźć także w normie konstytucyjnej – opiera się na założeniu, że stworzone zostały warunki zewnętrzne (w tym organizacyjne), umożliwiające udzielenie pomocy medycznej każdej osobie, która jej potrzebuje. W stanach nadzwyczajnych, gdy liczba osób potrzebujących specjalistycznej pomocy medycznej gwałtownie wzrasta, sytuacja może jednak ulec radykalnej zmianie, czego potwierdzeniem jest ogólnoswiatowa pandemia wirusa COVID-19. Charakterystyczna dla pandemii masowość oraz jednoczesność zachorowań powoduje bowiem, że uprawnienia do otrzymania pomocy medycznej, korelujące wszak z obowiązkiem jej udzielania, zaczynają wzajemnie kolidować<sup>1</sup>. Pogodzenie sprzecznych, a niekiedy nawet dramatycznie krzyżujących się interesów wymaga wówczas nie tylko refleksji natury etycznej, ale także odpowiedzi na pytania prawne, nie wyłączając takich, które odnosić się mogą do ewentualnej odpowiedzialności karnej.

Zdając sobie sprawę, że kwestię wyboru akceptowalnego zachowania w sytuacjach kolizyjnych rozważać można na różnych płaszczyznach, w tym zwłaszcza na płaszczyźnie etycznej, ekonomicznej czy prawnej, a także w makro- oraz mikroskali, analizę zarysowanego tutaj zagadnienia warto jednak rozpocząć od kilku uwag natury czysto jurydycznej. Otóż kolizji obowiązków w prawie karnym

<sup>1</sup> Na temat kolizji obowiązków w medycynie w jednym z najnowszych na ten temat opracowań obszernie wypowiedzieli się P. Konieczniak oraz M. Boratyńska (indywidualnie lub we współautorstwie) – zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Regulacja prawna czynności medycznych* (w:) *System prawa medycznego*, red. E. Zielińska, Warszawa 2019, t. 2, cz. 1, s. 577 oraz cała powołana tam literatura.

– której ustawową regulację znaleźć można w art. 26 § 5 Kodeksu karnego<sup>2</sup> – nie poświęcano w literaturze nadmiernie dużo uwagi, jeśli nie liczyć doskonalej na jej temat monografii Jarosława Majewskiego<sup>3</sup>. Teoretyczna atrakcyjność tego tematu – ukazana w bardzo pogłębionym oraz kompleksowym, a zarazem krytycznym ujęciu, jakie zaproponowane zostało w przywołanym opracowaniu – nie szła bowiem chyba w parze z jego praktyczną doniosłością. Obecnie jednak sytuacja uległa zasadniczej zmianie, a przyczynił się do tego stan ogólnoświatowej pandemii, obnażając nie tylko brak przygotowania do jej skutecznego zwalczania ale także wszelkie inne słabości – w tym zwłaszcza zaopatrzeniowe – polskiej służby zdrowia.

Na rozważania dotyczące teoretycznych aspektów, jakie dostrzegaliśmy dotychczas w kontekście kolizji lub jedynie tak zwanej kolizji obowiązków, przyszło nam zatem spojrzeć z zupełnie nowej perspektywy. Nie oznacza to oczywiście, że pytanie o to, jaki charakter ma wspomniana kolizja, nie jest już aktualne, choć bez wątpienia przestało być najważniejsze. Warto jednak przypomnieć – bo może to być całkiem użyteczny punkt wyjścia – że teza o możliwości zaistnienia kolizji obowiązków, przez ustawodawcę uregulowanej właśnie w art. 26 § 5 k.k., została przez J. Majewskiego w interesujący sposób zakwestionowana. Jego podstawową tezę sprowadzić można by do stwierdzenia, że kolizja obowiązków jest jedynie pozorna, w każdej bowiem sytuacji, w której zdaje się ona występować, problem sprowadza się do przeprowadzenia dostatecznie wnikliwej egzegezy obowiązujących norm, sformułowanych przez modelowo racjonalnego prawodawcę w sposób w gruncie rzeczy bezkolizyjny. Teza ta zdaje się stopniowo zyskiwać coraz liczniejsze grono zwolenników<sup>4</sup>, nikt rozsądny nie zakwestionuje bowiem twierdzenia bazowego, że nie da się w sposób racjonalny i skuteczny zobowiązać kogokolwiek do czynienia rzeczy niemożliwych, to jednak radykalne negowanie możliwości pojawienia się kolidujących obowiązków ma również pewne punkty „słabe”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

<sup>3</sup> J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002.

<sup>4</sup> Zob. np. W. Zontek (w.): *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 545.

<sup>5</sup> W sposób mniej lub bardziej przekonujący – dostrzegając oczywiście argumenty przemawiające za pozornością kolizji obowiązków, ale również pewne problemy wynikające z takiego jej postrzegania – starałem się zarysować i uzasadnić polemiczny punkt widzenia. Por. Recenzja pracy J. Majewskiego, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003/1, s. 251. Rezygnując z przypominania w tym miejscu argumentów polemicznych na jedną kwestię w omawianym kontekście warto jednak zwrócić uwagę. Otóż jeśli na podmiocie spoczywają dwa jednakowej wagi obowiązki (np. ratowania życia dwóch ciężko rannych pacjentów), których nie da się zrealizować jednocześnie, to zaniechanie wykonania jednego z nich usprawiedliwić można tylko wykonaniem kolidującego z nim obowiązku drugiego. Jeśli bowiem lekarz zaniecha wykonania obu obowiązków, to w istocie znajdzie się przecież w sytuacji, w której mógłby wedle swego wyboru (oczywiście odpowiednio zrjonalizowanego) wykonać każdy z nich. Nie ratując wszak życia pacjenta A, może przecież nieść pomoc pacjentowi B i odwrotnie – jeśli nie ratuje pacjenta B, to nie ma przeszkód, aby walczył o życie pacjenta A. Rzecz bowiem w tym, że coś uczynić powinien.



Nie przesądając zatem teoretycznej poprawności tego czy innego poglądu, trudno jednocześnie oprzeć się wrażeniu, że to nie kwestia realności albo pozorności kolizji obowiązków staje się w obliczu konieczności dokonywania dramatycznych, decydujących o ludzkim życiu wyborów zagadnieniem dla personelu medycznego kluczowym. Niezależnie bowiem od tego, jak zdekodowana zostanie treść normy nakładającej określony obowiązek niesienia pomocy medycznej osobom tego wymagającym, aktualny pozostanie dylemat, któremu z pacjentów pomocy tej udzielić, a wobec kogo z jej świadczenia zrezygnować. Dylematu tego w najmniejszym nawet stopniu nie złagodzi konstatacja, że kolizja obowiązków faktycznie istnieje lub że jest jedynie pozorna. Mamy bowiem tutaj do czynienia ze swoistym problemem, jaki powstaje już na przedpolu ustalania treści normy sankcjonowanej stanowiącej podstawę kwalifikowania zachowania sprawcy (lekarza). Jeśli wszak pomocy wymagałoby jednocześnie dwóch pacjentów, każdy z nich powinien bowiem zostać podłączony do jedynego dostępnego respiratora, to przecież z punktu widzenia tego rodzaju obiektywnej, chciałoby się powiedzieć – empirycznie potwierdzonej konieczności zupełnie nie ma znaczenia, czy wybór, który padnie na jednego z nich, będzie następstwem dania posłuchu normie sankcjonowanej, którą udało się uzyskać dzięki wytrwałemu stosowaniu w procesie egzegezy rozmaitych zabiegów interpretacyjnych. Nawet jeśli posłużenie się regułami kolizyjnymi miałyby prowadzić do ustalenia, że w sytuacji S dla podmiotu P aktualizuje się obowiązek O1, wyznaczony przez normę N1, nie aktualizuje się natomiast obowiązek O2, wyznaczony przez formalnie niezgodną z tą pierwszą normą normę N2<sup>6</sup>, to pacjentowi pozostawionemu bez właściwej opieki medycznej konstatacja ta zupełnie nic nie da. To na przedpolu wyznaczania treści normy sankcjonowanej trzeba bowiem rozstrzygnąć, jaki obowiązek – formalnie niekolidujący, jak postrzega to J. Majewski, z żadnym innym obowiązkiem, względnie z kolizji takiej wychodzący „zwycięsko” – należy wykonać.

Mające niewątpliwie swój teoretyczny urok rozważania na temat realności lub pozorności kolizji obowiązków schodzą zatem na plan dalszy – a nawet stają się zupełnie nieistotne – wówczas, gdy rozstrzygnąć ostatecznie trzeba o treści podlegającego wykonaniu nakazu. Przyjmijmy zatem dla potrzeb dalszych rozważań, że – zwłaszcza w pozbawionej precedensu dobie pandemii koronawirusa – lekarze są niestety konfrontowani z sytuacjami kolizyjnymi, i zgódźmy się tym samym co do tego, że spór o sposób eliminowania tych (rzeczywistych lub pozornych) kolizji na płaszczyźnie normatywnej pozostawić można na uboczu. Zresztą jego rozstrzygnięcia, zwłaszcza obecnie, lekarze od prawników zapewne wcale nie oczekują. Chcieliby natomiast być może usłyszeć – a istnieje obawa, że prawdopodobny brak klarownej odpowiedzi wywoła zrozumiałe rozczarowanie – jak w sytuacji kolizyjnej powinni się zachowywać.

Podjmując próbę wyjścia naprzeciw tego rodzaju oczekiwaniom, należałoby już na wstępie zadać pytanie, czy jesteśmy w stanie wygenerować jakieś w miarę uniwersalne reguły, do których w sytuacjach kolizyjnych, a jednocześnie – pod

<sup>6</sup> Tak właśnie kwestię tę postrzega J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, s. 118.

względem etycznym – bardzo złożonych lekarz powinien się odwołać. Zrozumiały chyba sceptycyzm wynika przede wszystkim stąd, że – po pierwsze – nie bardzo wiadomo, dlaczego reguły takie mieliby tworzyć specjaliści zajmujący się prawem karnym. Przychodzi bowiem na myśl dość oczywista, choć dla osób uczestniczących w tworzeniu (interpretowaniu) oraz stosowaniu prawa trudna do zaakceptowania refleksja, że prawnik zajmujący się prawnokarnymi normami postępowania – a niektórzy wszak twierdzą, że są to wyłącznie normy sankcjonujące – nie posiada żadnych wyjątkowych kompetencji, aby na tak formułowane pytanie odpowiadać<sup>7</sup>. Równie dobrze można by je przecież zadać filozofowi, etykowi, lekarzowi czy po prostu „zwyčajnemu” i „przeciętnemu” człowiekowi z ulicy, który być może na strukturze i sposobie obowiązywania norm prawnych w ogóle się nie zna, ma jednak wycucie tego, co etycznie akceptowalne, słuszne i sprawiedliwe.

Zanim jednak przystąpimy do rozważań nad kryteriami, przy których zastosowaniu dekodowane byłyby obowiązki lekarza w sytuacji kolizyjnej, warto zadać pytanie, dlaczego właściwie personel medyczny postawiony został w sytuacji wymuszającej konieczność podejmowania niezwykle trudnych, a niekiedy dramatycznych decyzji. Stan pandemii – niewątpliwie noszący wszelkie znamiona stanu nadzwyczajnego, który w Konstytucji określony został jako stan klęski żywiołowej, nawet jeśli do pewnego momentu nieprzewidywalny, nie ma przecież charakteru zdarzenia nagłego, lecz wcześniej rozpoznanego i – dzięki gromadzeniu napływających z różnych źródeł informacji – z prawdopodobieństwem sięgającym granic pewności spodziewanego. Pandemia nie wybucha bowiem z godziny na godzinę, lecz jest efektem stopniowego narastania liczby zakażeń w skali globalnej, co nawet systemom niedostosowanym do funkcjonowania w stanach nadzwyczajnych pozwala na wykonanie pewnych czynności przygotowawczych. Jeśli tego czasu odpowiednio nie wykorzystano, to można by dyskutować, czy pojawiające się w tego rodzaju okolicznościach sytuacje kolizyjne, wynikające przykładowo z braku odpowiedniego przygotowania sprzętowego i materiałowego służb medycznych, stanowią następstwo rodzącego potencjalną odpowiedzialność niedopełnienia obowiązków na wcześniejszych etapach przeciwdziałania skutkom pandemii. Podstaw prawnych, dla zdekodowania obowiązków, których naruszenie mogło doprowadzić do stawiania pracowników opieki medycznej w niezwykle dla nich trudnych sytuacjach kolizyjnych, szukać można przede wszystkim w Konstytucji<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Tkwiąc w przeświadczeniu o wyłącznej kompetencji prawników do profesjonalnego konstruowania norm prawnych, często zapominamy o tym, że przy wyznaczaniu aksjologicznych podstaw pożądanego (właściwego, społecznie akceptowanego) zachowania nie zawsze trzeba, a niekiedy także nie zawsze można, sięgać do argumentacji, którą określilibyśmy jako naukową. Wszak umiejętność odróżniania dobra i zła nie jest zastrzeżona dla osób zgłębiających istotę prawa. Szerzej na temat naukowości prawa oraz granic, do jakich sięgają szczególne kompetencje prawników do tworzenia jego podstaw, zob. J. Giezek, *O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo” 2017/2, s. 3–19.

<sup>8</sup> Szerzej na ten temat zob. P. Kardas, *Konstytucyjne podstawy rozstrzygnięcia kolizji obowiązków i konfliktów dóbr w czasie epidemii*, „Palestra” 2020/6, s. 5.

Pytanie wstępne i zarazem podstawowe nie powinno zatem dotyczyć tego, czy lekarz dokonał prawidłowego wyboru pacjenta, którego należałoby podłączyć do ratującego życie sprzętu medycznego albo poddać testowi na obecność koronawirusa, lecz zmierzać powinno do ustalenia, dlaczego wybór takiego w ogóle musiał dokonywać. Można założyć, że nie byłoby to konieczne, gdyby władza publiczna w sposób odpowiedni zadbała o zdrowie i życie obywateli, wykonując swoje w tym zakresie obowiązki.

Sięgając do norm konstytucyjnych, zauważymy od razu, że – niezależnie od przepisu zawierającego zapewnienie prawnej ochrony życia (art. 38) oraz wysławiającego jedno z najbardziej podstawowych praw, czyli prawo do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1) – na władzę publiczną nałożony został obowiązek zwalczania chorób epidemicznych (art. 68 ust. 4). Jest rzeczą najzupełniej zrozumiałą, że w Konstytucji nie znajdziemy przepisów, które zawierałyby konkretyzację tak ujętego obowiązku. Można ich natomiast poszukiwać m.in. w ustawie z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi<sup>9</sup> lub – alternatywnie – w ustawie z 18.04.2002 r. o stanie kłęski żywiolowej<sup>10</sup>. W rozdziale siódmym pierwszej z wymienionych ustaw, której przepisy obecnie są przecież stosowane, uregulowane zostały działania administracji publicznej (w tym w szczególności ministra właściwego do spraw zdrowia) dotyczące realizacji zadań z zakresu ochrony zdrowia, obejmujące zapobieganie zakażeniom i chorobom zakaźnym i ich zwalczanie. Niezależnie od tego, że stopień konkretyzacji zawartych w niej regulacji z oczywistych powodów nie pozwala na to, aby wprost określać w nich przykładowo ilość respiratorów lub wszelkich innych środków służących do udzielania profesjonalnej pomocy medycznej, jakimi szpitale lub oddziały zakaźne na wypadek epidemii powinny dysponować, to nie ulega wątpliwości, że obowiązki w tym zakresie obciążają właśnie władzę (administrację) publiczną. Jeśliby zatem lekarz został postawiony w sytuacji kolizyjnej, gdyż ze względu na brak odpowiedniej liczby respiratorów musiał decydować o tym, którego z pacjentów – narażając jego zdrowie i życie na bezpośrednie niebezpieczeństwo – urządzenie tego pozbawić, to przecież właśnie dlatego, że pierwotnego w tym zakresie obowiązku, a więc obowiązku zapewnienia odpowiedniego wyposażenia nie wykonała władza publiczna. Jest przy tym obojętne, czy tego rodzaju niewykonanie nastąpiło z przyczyn usprawiedliwionych, skoro obiektywnie stan taki – oznaczający brak odpowiedniej ilości sprzętu – w istocie powstał.

Można by zatem mówić o pewnej kaskadzie obowiązków, która wyraża się w tym, że w pierwszej kolejności władza publiczna musi wykonać ciężące na niej obowiązki (mające charakter zgeneralizowany), aby swoje obowiązki (odpowiednio zindywidualizowane) wykonywać mogli pracownicy opieki medycznej, w tym zwłaszcza lekarze. Nawiązując raz jeszcze do przykładu respiratorów – gdyby władza (administracja) publiczna nie zapewniła odpowiedniej ich liczby w dowolnym szpitalu zakaźnym, zajmującym się pacjentami zarażonymi koronawirusem, to lekarze,

<sup>9</sup> Ustawa z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2008 r. nr 234 poz. 1570).

<sup>10</sup> Ustawa z 18.04.2002 r. o stanie kłęski żywiolowej (Dz.U. z 2002 r., nr 62, poz. 558).

którzy znaleźliby się w konkretnych sytuacjach kolizyjnych, stanęliby w obliczu konieczności dokonywania wyboru pacjentów leczonych za ich pomocą. Gdyby zaś respiratorów nie było wcale, albo gdyby ich liczba okazała się wystarczająca, to odpadałaby tym samym kolizja i związany z nią obowiązek podejmowania optymalizowanej wedle rozmaitych kryteriów decyzji o ich przeznaczeniu. Albo respiratora nie otrzymaliby wówczas żaden pacjent, albo otrzymaliby go wszyscy potrzebujący.

Uświadomienie sobie tej w gruncie rzeczy banalnie oczywistej okoliczności istotne jest z jednego zasadniczego powodu. Otóż zanim zechcemy rozpatrywać kwestię odpowiedzialności karnej lekarza, który postawiony został w sytuacji ekstremalnie trudnej – zmuszającej bowiem do zaniechania ratowania pacjenta, a w rezultacie nawet do poświęcenia jednego z najcenniejszych dóbr prawnie chronionych, jakim jest jego zdrowie lub życie – musimy uwzględnić, że doszło do niedopełnienia obowiązku spoczywającego na organach władzy publicznej, które pracę służby zdrowia powinny odpowiednio zorganizować, a w szczególności zapewnić środki, dzięki którym świadczenie pomocy medycznej stanie się możliwe. Nie należy przecież tracić z pola widzenia, że sytuacje kolizyjne, w jakich stawiany jest personel medyczny, nie zawsze są wynikiem zdarzeń od człowieka niezależnych, czyli przykładowo katastrof czy kataklizmów wynikających z działania sił przyrody. Niekiedy bowiem błędy ludzkie popełniane na poziomie centralnym – a w szczególności zła organizacja pracy, brak umiejętności prognozowania zdarzeń wymagających podejmowania działań ekstraordynaryjnych, czy wreszcie niewłaściwa ocena ich rozmiarów – mogą sprawić, że jedynym wyjściem staje się wybieranie mniejszego zła.

Fakt, że szwankuje alokacja środków ochrony medycznej, w tym również takich, które – tak jak np. wspomniane już respiratory – ratują pacjentom życie, nie zwalnia jednak lekarzy z konieczności dokonywania wyborów związanych z redukcją obowiązków nadających się do wykonania. Intuicja podpowiada natomiast, że inaczej – w kategoriach etycznych, a być może również jurydycznych – postrzegać będziemy wybór lekarza w sytuacji kolizyjnej wynikającej z niezawinionego przez nikogo kataklizmu (powodzi, trzęsienia ziemi itp.), a inaczej, gdy wyboru tego trzeba dokonać ze względu na ludzkie błędy, w tym w szczególności błędy popełniane przez władzę publiczną, których można było uniknąć. W pierwszym przypadku wybór taki staje się bowiem minimalizowaniem negatywnych następstw tego, co nieuniknione, w drugim zaś – oznacza konieczność brania odpowiedzialności za generujące dylematy etyczne działania innych osób (decydentów wyższego szczebla). Trudno oprzeć się wrażeniu, że sytuując lekarza (pracownika opieki medycznej) w sytuacji, z której nie ma satysfakcjonującego wyjścia, próbuje się go osadzić w roli „kozła ofiarnego”, a więc tego podmiotu, który będzie można obarczyć całą odpowiedzialnością za konsekwencje wynikające z czynów popełnianych przez innych, w tym również ze zwyczajnych przestępstw urzędniczych.

Nie oznacza to jednak, że wykonując zawód powiązany z misją<sup>11</sup> opieki nad

<sup>11</sup> Realizowanie misji nie oznacza jednak, że lekarze w każdej sytuacji zobowiązani są do prezentowania postaw heroicznych, poświęcając własne zdrowie i życie lub chociażby narażając je na niebezpieczeństwo.

chorymi, można w sytuacjach krytycznych powstrzymać się od jakiegokolwiek działania, a niedowład organizacyjny na szczeblach władzy będzie dostatecznym usprawiedliwieniem dla zaniechań i zaniedbań w tym zakresie. Stąd też formułowana wyżej refleksja nie zwalnia z poszukiwania kierunkowych dyrektyw czy też kryteriów (nazywanych niekiedy optymalizacyjnymi<sup>12</sup>) ułatwiających rozwiązywanie rozmaitych – niekiedy nawet dramatycznych – sytuacji kolizyjnych, w jakich lekarz może się znaleźć. Raz jeszcze trzeba jednak powtórzyć, że prawnik nie ma na tym polu żadnych szczególnych kompetencji czy predyspozycji, a jego przewaga nad osobami prawniczego wykształcenia pozbawionymi polega jedynie na tym, że w przypadku, gdyby merytoryczna zawartość tego rodzaju kryteriów została wypracowana, lepiej poradziłby sobie z nadaniem im odpowiedniej formy oraz normatywnego kształtu. Spróbujmy zatem ustalić, jaką decyzję w przypadku kolizji spoczywających na lekarzu obowiązków mógłby podjąć ów – w pewnym sensie modelowy – człowiek z ulicy, wyposażony jednak w dość elementarne dla naszego kręgu kulturowego wyczucie etyczne. Rozważania te można by uporządkować, przyjmując jako punkt wyjścia dwie grupy sytuacji, a mianowicie:

- 1) taką, w której kolidują obowiązki równej wagi;
- 2) taką, w której kolidują obowiązki różnej wagi<sup>13</sup>.

Dzielenie obowiązków według ich wagi – bez konkretyzacji obszarów, jakich mogą one dotyczyć – *prima facie* wydać się może mało klarowne. Każdy zrozumie jednak, co znaczy, że lekarz ratuje życie jednego pacjenta, poświęcając życie pacjenta drugiego, tak samo jak oczywiste są dylematy, które pojawiają się wówczas, gdy życie ratować trzeba kosztem zdrowia. Mógłby ktoś jednak zapytać, dlaczego mielibyśmy sięgać do etycznie zabarwionych intuicji potocznych, jakie nie są wszak obce każdej dostatecznie wrażliwej jednostce, skoro dysponujemy przecież regulacją ustawową, wynikającą z art. 26 § 5 k.k. Rzecz jednak w tym, że kolizja obowiązków, o jakiej mowa w kontekście kodeksowego stanu wyżej konieczności, nawet prawnikom przysparza niemało problemów interpretacyjnych, a wątpliwości dotyczą nie tylko jej realności lub pozorności, pełnionej funkcji jako okoliczności wyłączającej bezprawność albo w niektórych sytuacjach jedynie winę<sup>14</sup>, czy wreszcie – co w tym miejscu najistotniejsze – kryteriów innych niż sama

<sup>12</sup> Na marginesie warto odnotować, że używanie pojęcia „optymalizacja” do określania kryteriów, które miałyby ułatwiać podejmowanie decyzji w sytuacjach dramatycznych kolizji, niejednokrotnie przesądających wszak o ludzkim życiu, wydaje się dość niefortunne, a z pewnych względów nawet niestosowne.

<sup>13</sup> Podział taki jest w literaturze znany, jakkolwiek w sposób najbardziej pogłębiony, wskazujący na szereg wynikających zeń konsekwencji, wykorzystany został przez J. Majewskiego, *Tak zwana kolizja...*

<sup>14</sup> Od pewnego czasu przewagę zdaje się zyskiwać pogląd, że kolizja obowiązków, o jakiej mowa w art. 26 § 5 k.k., stanowić może wyłącznie okoliczność wyłączającą bezprawność – por. np. J. Kulesza, *Kolizja obowiązków pomocy (art. 162 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2007/2, s. 30 i n., jakkolwiek w początkowym okresie obowiązywania tej regulacji odczytywano z niej również okoliczność wyłączającą winę. Taką funkcję przypisuje się jednak zazwyczaj kolizji obowiązków równej wagi. Pisał już o tym przed laty A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 1999, t. 1, s. 354. Ekskulpacja wchodziłaby w rachubę w szczególności wówczas, gdyby podmiot rozwiązujący kolizję obowiązków zdecydował się na ratowanie dobra przedstawiającego mniejszą wartość, pod warunkiem jednak, że nie byłaby to

tylko proporcja, w jakiej pozostaje wartość dóbr, których jednoczesnemu obowiązkowi ochrony nie sposób uczynić zadość.

Koncentrując się na ostatnim ze wskazanych zagadnień, zauważymy od razu, że w sytuacji, gdy kolidują obowiązki równej wagi, nie da się z art. 26 k.k. wyczytać żadnego kryterium ułatwiającego czy też racjonalizującego wybór obowiązku podlegającego wykonaniu, co mogłoby *prima facie* oznaczać, że wedle swobodnego uznania dokonuje go sam gwarant<sup>15</sup>. Tak raczej jednak nie jest, skoro w doktrynie podejmowane są próby wskazania jakichś kryteriów dodatkowych, z ustawy bynajmniej niewynikających. Dość rozpowszechniony jest przykładowo pogląd, że wykonaniu podlega obowiązek na rzecz tego dobra, którego uratowanie jest bardziej prawdopodobne<sup>16</sup>. Jeżeli zatem lekarz znalazłby się w sytuacji wymagającej jednoczesnego ratowania dwóch ciężko rannych, a nie miałby możliwości zorganizowania ratunku dla obu, to najpierw powinien ratować tego rannego, który daje większe szanse przeżycia. Pojawiają się także sugestie, aby przy ustalaniu sekwencji, w jakiej udzielana będzie pomoc osobom znajdującym się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, brać pod uwagę właśnie ową bezpośredniość, która jest zapewne stopniowalna. Od konkretnego stanu ratowanego człowieka zależy wszak, w jakim czasie niebez-

---

wartość oczywiście mniejsza. W odniesieniu do nieco innej sytuacji T. Dukiet-Nagórska, *Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej*, „Prawo i Medycyna” 2004/16, s. 15, stwierdza natomiast, że „uwzględnienie kolizji obowiązków, jakiej doświadcza lekarz, któremu pracodawca zakazuje podejmowania interwencji z uwagi na przekroczenie limitu świadczeń zdrowotnych ustalonego w umowie z kasą chorych, nie pozwala na przyjęcie tezy, że zachowanie lekarza nie podejmującego działania w sytuacji niecierpiącej zwłoki, nie narusza prawa”.

<sup>15</sup> Już przed laty A. Zoll sformułował na kanwie kolizji ciężących na lekarzu obowiązków pogląd, którego trafność trudno byłoby zakwestionować. Otóż z jednej strony dał on wyraz temu, że w sytuacji, gdy „lekarz ma ratować życie dwóch ciężko rannych w wypadku, którym brak natychmiastowej pomocy zagraża utratą życia w takim samym stopniu, a może to uczynić tylko w stosunku do jednego poszkodowanego, to powinien udzielić pomocy tej osobie, której szanse na przeżycie są większe. To samo może dotyczyć stosowania aparatury utrzymującej życie, gdy nie można jej stosować u wszystkich potrzebujących tego pacjentów. Kierowanie się szansą uratowania życia prowadzi, pomimo równej wartości kolidujących ze sobą dóbr, do usprawiedliwienia zaniechania ratowania jednego z dóbr chronionych prawem i wyłączenia bezprawności takiego zaniechania”. Z drugiej jednak strony A. Zoll całkowicie trafnie skorygował nieco ten pogląd, stwierdzając, że „jest zupełnie oczywiste, że dyrektywa postępowania zawarta w art. 26 § 5 k.k. jest bardzo ogólna i abstrakcyjna. Nie uwzględnia wielu cech indywidualizujących sytuację i wskazujących lekarzowi kierunek postępowania. W tym wypadku szczególnie wyraźnie na plan pierwszy wysuwa się sumienie lekarza jako instrument wskazujący mu sposób dokonania wyboru, który z obowiązków ma wykonać w pierwszej kolejności, a którego wykonania ma w danym czasie zaniechać. Prawo jest w takich wypadkach instrumentem zbyt mało precyzyjnym, by móc dostarczyć lekarzowi właściwą dyrektywę postępowania”. Wypowiedź ta pochodzi z wygłoszonego w 2008 r. wykładu A. Zolla, *Niektóre etyczne i prawne dylematy związane z zaniechaniem świadczeń medycznych*, wygłoszonego w ramach sympozjum „Dylematy etyczne w praktyce lekarskiej – czy lekarz może odmówić pacjentowi pomocy”, Warszawa, 24.04.2008 r.

<sup>16</sup> Tak np. A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, t. 1, cz. 1, s. 590; A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 374.

pieczeństwo takie miałyby się ziścić. Inaczej rzecz ujmując – nawet w przypadku osób równie ciężko rannych lub chorych rozwój wypadków prowadzących do ich prawdopodobnej śmierci nie musi być przecież równie gwałtowny.

Łatwo zauważyć, przyglądając się przedstawianym wyżej kryteriom, że ich kreowanie w gruncie rzeczy nie wymaga wiedzy prawniczej, jest to bowiem kwestia kompetencji innego rodzaju, zdeterminowanych nie tylko kulturowo, ale także aksjologicznie (etycznie) i – być może – prakseologicznie<sup>17</sup>. Jeśli zajmują się nimi prawnicy, to – stwarzając niekiedy pozory naukowości proponowanych rozwiązań – czynią to jednocześnie w sposób nader hermetyczny. Tymczasem kompetencję do ich wyznaczania – niezależnie od poziomu wykształcenia – może posiadać ów wspomniany już człowiek z ulicy. Przyjmując zatem jego perspektywę, wróćmy do analizy pierwszej ze wskazanych sytuacji, której najprostszą ilustrację można by przedstawić następująco: dwaj zarażeni koronawirusem pacjenci, przebywający na oddziale szpitala zakaźnego, są oddechowonie wydolni w stopniu bezpośrednio zagrażającym ich życiu, co w odniesieniu do każdego z nich wymaga zastosowania jedyne go dostępnego w tym czasie respiratora<sup>18</sup>. Skoro od decyzji lekarza zależy wybór pacjenta, któremu respirator powinien zostać podłączony, to nieuchronnie musi pojawić się pytanie o możliwe precyzyjne kryteria, wedle których wyboru tego należałoby dokonywać.

Próbuje odpowiedzi na tak sformułowane pytanie – zdając sobie oczywiście sprawę z najrozmaitszych relatywizmów etycznych – trzeba jednak poprzedzić rozważaniem kwestii zasadniczej, a mianowicie czy rozwiązywanie sytuacji kolizyjnych, oznaczające w przypadku kolizji obowiązków przyznawanie priorytetu jakiemuś z nich, powinno mieć charakter optymalizujący. Trzeba bowiem zdawać sobie sprawę, że „optymalizacja” jest pojęciem raczej rzadko towarzyszącym refleksji etycznej, silnie wydaje się natomiast jego zabarwienie prakseologiczne<sup>19</sup>. Warto w tym kontekście przypomnieć, że oznacza ona wybór najlepszego rozwiązania jakiegoś zadania ze względu na przyjęte kryterium, przy uwzględnieniu istnieją-

<sup>17</sup> Zdaniem niektórych filozofów prakseologia – ze względu na swoje założenia i metody badań – zajmuje się wyłącznie kwestią skuteczności działania, z pominięciem wszystkich ocen etycznych czy estetycznych, które związane są z emocjonalnymi lub moralnymi upodobaniami. Zob. T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Warszawa 1972, s. 501.

<sup>18</sup> Podany przykład jest teoretyczny, a w pewnym sensie nawet metaforyczny (wszak pod symbolicznym pojęciem „respirator” może się kryć każdy środek służący do ratowania zdrowia i życia pacjenta), szczęśliwie się bowiem składa, że – zgodnie z oficjalnymi informacjami, a także tymi, które pochodzą od lekarzy z „pierwszej linii frontu” walki z pandemią – respiratorów obecnie nie brakuje, co nie oznacza, że prawidłowa jest ich alokacja oraz że niedobory w bliższej lub dalszej perspektywie – w zależności od liczby zachorowań – jednak nie wystąpią. Kolizja obecnie teoretyczna może się więc stać jak najbardziej realna, zwłaszcza że jej przykłady pojawiają się już w innych państwach zmagających się z pandemią.

<sup>19</sup> Najważniejsze pytanie, wynikające z konfrontacji etyki z prakseologią, dotyczy związku – jaki zachodzi lub nie – między działaniem skutecznym, słusznym i godziwym. Wszystkie te rodzaje czynów i odpowiadające im oceny wiążą ze sobą wspólny sposób rozumienia etyki jako nauki o samospelnieniu się człowieka. Por. E. Podrez, *Etyczna i prakseologiczna koncepcja działania i jego oceny*, „Annales. Etyka w życiu gospodarczym” 2007/1, s. 57.

cych ograniczeń<sup>20</sup>. Nie o samą terminologię oczywiście tutaj chodzi, ani o wynikającą z określonej konwencji językowej etykietowanie poszukiwanych kryteriów, lecz przede wszystkim o wyznaczenie kierunków, w jakich prowadzone miałyby być ich poszukiwania<sup>21</sup>. Jeśli mielibyśmy się odwołać do intuicji człowieka z ulicy (nie zawsze odpowiadającego wzorcowi jakiegoś przeciętnego obywatela czy też członka danej społeczności), to zapewne kryteria różnicowane będą w zależności od tego, czy przy kształtowaniu jego predyspozycji do formułowania określonego rodzaju ocen przewagę zyska orientacja etyczna, czy może raczej orientacja prakseologiczna (utyliitarna)<sup>22</sup>.

Dystansując się nieco od wywodów czysto jurydycznych i zastępując je przede wszystkim odczuciami oraz wyobrażeniami, jakie towarzyszyć mogą przeciętnemu (także potencjalnemu) pacjentowi, którego preferencje są zazwyczaj mniej lub bardziej egoistyczne, podejmiemy próbę – posługując się przykładem respiratora – wskazania szeregu kryteriów, które z perspektywy dostatecznie rozbudowanej, a jednocześnie kulturowo zdeterminowanej aksjologii mogłyby uchodzić za akceptowalne. Oto one:

- respirator należy podłączyć pacjentowi młodszemu, bo – statystycznie rzecz biorąc – mniej przeżył, a w przypadku wyleczenia więcej pozostałoby mu do przeżycia niż pacjentowi starszemu<sup>23</sup>;

<sup>20</sup> Pojęcie „optymalizacja” pochodzi wszak od łacińskiego słowa *optimus*, czyli najlepszy. Chodzić oczywiście może przede wszystkim o najlepszy środek do celu. Jest to również pojęcie dość silnie powiązane z matematyką i ekonomią – por. *Encyklopedia popularna PWN*, Warszawa 2013.

<sup>21</sup> „Cel nigdy nie usprawiedliwia środków złych, nawet niezbędnych, jeśli tylko odstępianie od tego celu nie byłoby czymś jeszcze gorszym. Celów do wyboru jest bezmiar, nie obieramy zatem takich celów, dla których byłoby konieczne tracić to, co od tychże celów cenniejsze. A jeśli trzeba naprawdę iść do celu chociażby drogą ofiar, które dlań ponieść warto, okażmy należytą stanowczość”. T. Kotarbiński, *Cel czynu a zadanie wykonawcy* (w:) *Dzieła wszystkie – Prakseologia*, Warszawa 1999, cz. 1, s. 445. Czy moglibyśmy zatem wyobrazić sobie i zaakceptować zasadę, zgodnie z którą nie ma nic bardziej etycznego niż skuteczne dążenie do osiągnięcia opłacalnego celu, przy założeniu, że opłacalność mierzymy – wedle swobodnego wyboru dokonanego przez podmiot oceniający – w kategoriach etycznych, ekonomicznych lub prawnych.

<sup>22</sup> Nie powinniśmy tracić z pola widzenia, że normy moralne opierają się na zasadzie, zgodnie z którą wobec innych należy postępować tak, jak chciałoby się, aby inni postępowali wobec ciebie. Przywołany tutaj imperatyw Kantowski można by również ująć następująco: postępuj tak, byś człowieczeństwa tak w twojej osobie, jak też w osobie każdego innego, używał zawsze zarazem jako celu, nigdy tylko jako środka. Można by uznać, że zasada wyrażająca się w zakazie „nie instrumentalizuj nikogo” obejmuje wszystkie normy szczegółowe. Niektórzy etycy powątpiewają jednak, czy zasada ta obowiązuje na terenie prakseologii. „Czy więc postępowanie idealne z punktu widzenia techniki czynu – prakseologii musi być negatywnie oceniane z punktu widzenia etyki? Konieczność i praktyka życiowa zmusza, zdaniem T. Kotarbińskiego, człowieka do tego, by dobierał środki do powziętego celu jak najbardziej skuteczne”, A. Drabarek, *Czyn i jego ocena moralna w poglądach etyków ze szkoły lwowsko-warszawskiej*, „Annales. Universitas Marie Curie-Skłodowska Lublin-Polonia” 2004/2, s. 48.

<sup>23</sup> W literaturze stawia się niekiedy pytanie, czy udzielający pomocy lekarz może kierować się tym, że jedna z ofiar jest młoda, wobec czego więcej czasu – przynajmniej teoretycznie – zostało jej do przeżycia albo jest osobą wybitną, której śmierć byłaby niepowetowaną stratą dla całego społeczeństwa. Zdaniem J. Kuleszy w istocie tylko przy młodszej ofierze można zastępczo użyć argumentu, zgodnie



- respirator należy podłączyć pacjentowi młodszemu, bo szansa na jego uratowanie jest większa<sup>24</sup>;
- respirator należy podłączyć pacjentowi starszemu, bo pacjent młodszy – nawet jeśli wyjściowo jego stan jest równie poważny – ma większą szansę na przeżycie bez respiratora;
- respirator należy podłączyć temu z pacjentów, którego szansa na przeżycie bez respiratora jest mniejsza ze względu na ogólny stan zdrowia, w tym zwłaszcza choroby współistniejące;
- respirator należy podłączyć temu z pacjentów, którego szansa uratowania jest większa ze względu na ogólny stan zdrowia, w tym zwłaszcza brak obciążenia chorobami współistniejącymi;
- respirator należy podłączyć temu z pacjentów, który jako pierwszy znalazł się w sytuacji bezpośredniego zagrożenia życia (jako pierwszy trafił do szpitala).

Za każdym ze wskazanych wyżej kryteriów przemawiają racje, które można by – patrząc oczywiście z różnych perspektyw – uznać za całkiem dobrze uzasadnione, a w każdym razie nadające się do obrony przed ewentualnymi próbami ich kontestowania. Dodać od razu należy, że nie tworzą one – co chyba oczywiste – katalogu wyczerpującego, a lekarze konfrontowani z różnymi sytuacjami dramatycznymi potrafiliby zapewne wskazać jeszcze wiele innych opcji<sup>25</sup>. Są one bowiem konstruowane wyłącznie ze względu na wiek pacjentów oraz stan ich zdrowia, przy czym – jak widać – niektóre z nich wzajemnie się wykluczają w tym znaczeniu, że wykorzystanie jednego z nich czyni niemożliwym zastosowanie innego. Wspólną cechą wymienionych kryteriów jest natomiast to, że w sposób pozytywny pozwalają one wyznaczyć tego pacjenta, któremu respirator powinien zostać podłączony. Dałoby się natomiast poszerzyć prowadzoną w tym zakresie analizę, gdyby jej przedmiotem uczynić również kryteria negatywne, których przykłady mogłyby być następujące:

---

z którym jej reanimacja rokuje większe szanse powodzenia, skoro mamy do czynienia z młodym organizmem, o większych zdolnościach do regeneracji – zob. J. Kulesza, *Kolizja obowiązków...*, s. 28.

<sup>24</sup> Na kryterium powiązane z większą szansą na uratowanie jednego z pozostających w kolizji dóbr zwraca się uwagę także w szerszej perspektywie, a więc nie tylko ze względu na wiek pacjentów. Por. np. J. Kulesza, *Kolizja obowiązków...*, s. 28; W. Zontek (w:) *Kodeks karny...*, s. 546. Inna sprawa, że nie znajduje ono żadnego normatywnego oparcia w treści art. 26 § 5 k.k. Rację ma bowiem P. Konieczniak, gdy twierdzi, że logika tego przepisu dopuszcza jedynie ważenie dóbr, ale nie szans stojących za jednym lub drugim wyborem. Nie jest w nim bowiem przewidziany składnik probabilistyczny, a jego oparciem jest ważenie dóbr prawnych, których wartość nie ulega zmianie w zależności od tego, jakie są dla nich prognozy – zob. P. Konieczniak, *Regulacja prawna...*, s. 582.

<sup>25</sup> Można wszak konstruować – zresztą nie tylko w medycynie – wiele kryteriów optymalizujących wybór najbardziej pożądanego zachowania, kierując się względami etycznymi, prakseologicznymi lub jakimikolwiek innymi. Dałoby się zapewne obronić pogląd, że przykładowo należy postępować tak, by: (a) uniknąć negatywnych konsekwencji dla samego siebie, (b) spełniać oczekiwania bliższego lub dalszego otoczenia, (c) spełniać społeczne oczekiwania, jakie wynikają z obowiązującego prawa, (d) osiągnąć społeczny konsensus dotyczący sytuacji konfliktowych, (e) postępować w zgodzie z akceptowanymi przez podmiot (zinternalizowanymi) zasadami moralnymi.

- nie należy decydować o wyborze pacjenta podłączanego do respiratora ze względu na jego płeć, wyznanie, poglądy polityczne czy pozycję społeczną lub zawodową;
- nie należy decydować o wyborze pacjenta podłączanego do respiratora ze względu na jakakolwiek osobistą z nim relację (w takiej sytuacji lekarz powinien być wykluczony od podejmowania decyzji)<sup>26</sup>;
- nie należy decydować o wyborze pacjenta podłączanego do respiratora pod wpływem czy naciskiem innych osób niebędących lekarzami, zwłaszcza jeśli nie kierują się one wskazanymi wyżej kryteriami pozytywnymi.

Łatwo sobie wyobrazić, że sytuacja staje się znacznie bardziej skomplikowana, gdy wyliczone wyżej kryteria zaczynają się na siebie nakładać, co prawdopodobnie zdarza się nierzadko, a być może nawet stanowi regułę.

Dość oczywistym modyfikacją będą one podlegać zwłaszcza wówczas, gdy kolidujące obowiązki okażą się nie równej, lecz różnej wagi, a więc gdy przykładowo obowiązek ratowania życia jednocześnie współwystępować będzie z obowiązkiem ratowania zdrowia. Dla utrzymania klarowności wyводу warto posłużyć się podobnym, nieco tylko zmodyfikowanym przykładem. Wyobraźmy sobie zatem, że dwaj zarażeni koronawirusem pacjenci, przebywający na oddziale szpitala zakaźnego, są oddechowo niewydolni w takim stopniu, że brak respiratora w przypadku pierwszego z nich stwarza zagrożenie życia, a w przypadku drugiego spowodować „jedynie” może mniej lub bardziej poważny uszczerbek na zdrowiu. Sformułowanie kryteriów zdaje się być wówczas znacznie bardziej oczywiste, gdyż nierównocенność podlegających ochronie dóbr – niejako z natury rzeczy – determinuje sposób postępowania z nimi. Gotowi bylibyśmy zatem zaakceptować nieodparcie nasuwające się kryterium, zgodnie z którym respirator należałoby przeznaczyć dla pacjenta, którego życie jest zagrożone, rezygnując z jego udostępnienia pacjentowi narażonemu jedynie na uszczerbek na zdrowiu. Takie rozwiązanie jawi się również jako dobrze uzasadnione w kontekście normy wynikającej z art. 26 § 5 k.k., jeśliby oczywiście uznać, że rozstrzygające znaczenie ma w tym przypadku relacja, w jakiej pozostaje wartość dóbr, których jednoczesna ochrona okazuje się niemożliwa. Gdy się jednak głębiej nad tym zagadnieniem zastanowić, to sprawa wcale nie jest taka oczywista, zwłaszcza jeśli prawdopodobieństwo uratowania życia ocenione zostałoby jako niezwykle niskie przy jednoczesnym wysokim prawdopodobieństwie zapobieżenia poważnemu uszczerbkowi na zdrowiu lub gdyby skutki te występować miały w różnym czasie, umożliwiając sekwen-

<sup>26</sup> Wskazane tutaj kryterium negatywne, wiążące się z relacją wynikającą z faktu, że wymagający podłączenia do respiratora pacjent jest dla lekarza osobą bliską, można by oczywiście kwestionować. Jeśli wszak osobą taką jest przykładowo dziecko, którym lekarz winien się opiekować, to mamy wówczas do czynienia z dwoma kumulującymi się obowiązkami lekarza jako gwaranta, a mianowicie – obowiązkiem wobec własnego dziecka oraz wobec pacjenta, którym się ono stało. W innym nieco kontekście A. Wąsek już przed laty zauważył, że w sytuacji kolizyjnej ojciec ma prawo i obowiązek ratować w pierwszej kolejności swoje dziecko, a nie osobę trzecią – zob. A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 354.

cyjne reagowanie na grożące pacjentom niebezpieczeństwo<sup>27</sup>. Mogłyby się tutaj również pojawić – w postaci odpowiednio zmodyfikowanej – niektóre z kryteriów wchodzących w rachubę w przypadku kolizji obowiązków równej wagi.

Zastanawiając się nad wyborem właściwej perspektywy, z jakiej ustalano by sposoby radzenia sobie z dylematami pojawiającymi się w sytuacjach kolizyjnych, trzeba zadać również pytanie, czy powinniśmy mieć wówczas na względzie preferencje wynikające z konieczności ochrony dóbr ponadindywidualnych, do jakich zalicza się niekiedy tzw. zdrowie publiczne, skoro celem zasadniczym jest zwalczanie pandemii oraz jej skutków. Próbując tę kwestię rozstrzygnąć, zwróćmy uwagę na fakt, że – niezależnie od liczby zachorowań oraz skali pandemii – w każdym z indywidualnych przypadków analizowanej tutaj kolizji mamy z reguły do czynienia z relacją bardzo intymną, zamykającą się w trójkącie: podejmujący decyzję lekarz oraz dwaj pacjenci, z których tylko jeden – w pewnym sensie kosztem drugiego – poddany zostanie zabiegom ratującym życie. Sytuacja, w której lekarz musi odpowiedzieć sobie na pytanie, jaka jest treść ciężącego na nim obowiązku bądź też jaki obowiązek powinien wykonać, nie wydaje się prowadzić do kolizji, której rozwiązanie miałyby następować przede wszystkim z uwzględnieniem potrzeb tzw. zdrowia publicznego, definiowanego przecież przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) jako zorganizowany wysiłek społeczny, realizowany głównie przez wspólne działania instytucji publicznych, mający na celu polepszenie, promocję, ochronę i przywracanie zdrowia ludności<sup>28</sup>. Wszak nie o taką skalę tutaj chodzi, skoro od lekarza – jeśli miałby on wykazać więcej empatii niż pragmatyzmu – oczekivalibyśmy chyba, aby kierował się przede wszystkim tym, co istotne dla jednostki, a nie dla zbiorowości. Nie należy bowiem tracić z pola widzenia, że sytuacja kolizyjna rozgrywa się wyłącznie w gronie pacjentów, których interesy są wzajemnie sprzeczne, oraz lekarza (pracownika służby zdrowia), zobowiązanego do opieki nad nimi. Zazwyczaj również pacjenci nie mają żadnego wpływu na to, w jaki sposób sytuacja kolizyjna zostanie rozwiązana, nie uczestniczą bowiem w procesie decyzyjnym, mieszczącym się wszak w sferze kompetencji, a także wyłącznych uprawnień i obowiązków lekarza, nie są w stanie ocenić jej trafności, nie wchodzą też ze sobą w jakiegokolwiek interakcje. Kierowanie się w takiej sytuacji kryterium zdrowia publicznego grozić mogłoby więc uprzedmiotowieniem pacjenta oraz odhumanizowaniem jego relacji z lekarzem, a nawet stanowiłoby przejaw trudnych do zaakceptowania w demokratycznym państwie prawnym

<sup>27</sup> Można by się chyba zgodzić z J. Kuleszą, że w przypadku kolizji obowiązku ratowania życia zagrożonego wprawdzie bezpośrednio, ale nie ze skutkiem natychmiastowym, z obowiązkiem ratowania zdrowia w sytuacji natychmiastowego zagrożenia właściwą decyzją może być ratowanie najpierw zdrowia, a potem zagrożonego życia – zob. J. Kulesza, *Kolizja obowiązków...*, s. 28. Trudność polega wówczas oczywiście na tym, że trzeba dokonać oceny, które z bezpośrednich zagrożeń jest bardziej, a które mniej bezpośrednie, co oczywiście nie jest wykluczone, choć niekiedy bardzo trudne.

<sup>28</sup> Obejmuje między innymi takie rodzaje działalności, jak analizę sytuacji zdrowotnej, nadzór zdrowotny, promocję zdrowia, zapobieganie, zwalczanie chorób zakaźnych, ochronę środowiska i sanitację, działania przygotowawcze na wypadek katastrof i nagłych sytuacji zdrowotnych, a także medycynę pracy.

zachowań autorytarnych w sferze tak wrażliwej jak ludzkie zdrowie i życie. Dodać także należy, że to chyba nie na jednostkowo postrzeganym pracowniku opieki medycznej (lekarzu, medycznym personelu pomocniczym) ciążyć powinny dylematy wynikające z makroskali, w jakiej zdrowie publiczne jest przecież postrzegane, lecz że koncentrować się na nim powinna przede wszystkim władza, wszak – *nomen omen* – określana właśnie jako publiczna.

Inny wymagający rozważenia aspekt wiąże się ze spostrzeżeniem, że skutki decyzji podejmowanej w sytuacji kolizji obowiązków – a przez pryzmat tychże skutków – również jej trafność moglibyśmy poddawać ocenie *ex ante* oraz *ex post*. Zważywszy, że w pierwszej z perspektyw byłyby one wyłącznie prognozowane, a w perspektywie drugiej (a więc *ex post*) – diagnozowane, ich ocena mogłaby się – niekiedy nawet dość zasadniczo – różnić. Wracając do analizowanych wyżej przykładów, wyobraźmy sobie, że lekarz decydujący o wykorzystaniu jedynego dostępnego na oddziale szpitalnym respiratora – w sytuacji kolizyjnej między dwoma wymagającymi intensywnego leczenia pacjentami – kierował się uznanym za akceptowalne kryterium, zgodnie z którym respirator należy podłączyć pacjentowi młodszemu, bo szansa na jego uratowanie jest większa. Czy taką decyzję – być może trafną *ex ante* – ocenilibyśmy tak samo również *ex post*, jeśli okazałoby się, że obaj pacjenci zmarli, a potencjalnie mniej poważne powikłania (związane z chorobami współistniejącymi) u starszego z nich dawały większą szansę na jego przeżycie? Rzecz bowiem w tym, że dynamika zdarzeń oraz różnica perspektyw, z jakich są one postrzegane, sprzyja niewątpliwie temu, by modyfikować ocenę zachowań, których celem jest wybór mniejszego zła. Nawet najbardziej trafnie dobrane kryteria, jakimi kierować się będzie lekarz podejmujący decyzję w sytuacji kolizyjnej, nie gwarantują przecież tego, że podjęta w zgodzie z nimi decyzja *ex post* okaże się prawidłowa. Nie zmienia to jednak faktu, że oceny zachowania lekarza, formułowanej zwłaszcza z punktu widzenia jego ewentualnej odpowiedzialności, trzeba dokonywać z perspektywy *ex ante*, w przeciwnym bowiem razie przewidywalność następstw straciłaby jakiegokolwiek znaczenie, a ich uniknięcie zależałoby już tylko od przypadku. Wątpliwe jest jednak, czy zlekceważenie kryteriów optymalizacyjnych, zwłaszcza jeśli *ex post* okazałoby się, że ostateczny skutek jest jednak pozytywny, mogłoby *ex ante* oznaczać realizację znamion narażenia na niebezpieczeństwo i stanowić podstawę stawianych lekarzowi zarzutów. Często zapominamy również, że sytuacja kolizyjna – pod wieloma względami anormalna – charakteryzuje się wysokim poziomem związanego z nią stresu. Jest też zazwyczaj bardzo dynamiczna oraz wymagająca niezwłocznego podjęcia kategorycznej decyzji, niejednokrotnie w oparciu o przesłanki, których wystąpienie można rozpoznawać albo przewidywać jedynie z pewnym stopniem prawdopodobieństwa, bez możliwości pogłębionej weryfikacji. Łatwo wówczas o popełnienie błędu. Z perspektywy zmuszonego do podjęcia takiej decyzji lekarza prowadzone przez prawników – w zaciszu gabinetów czy bibliotek – rozważania jurydyczne na temat kryteriów jej podejmowania mogą się wydawać czysto akademicką, a w pewnym sensie nawet groteskową analizą sztucznie kreowanych sytuacji,

całkowicie wypreparowanych z okoliczności składających się na stan faktyczny konkretnej sprawy<sup>29</sup>.

Interesujące zagadnienie jurydyczne zdaje się natomiast wyłaniać przy analizie relacji, w jakiej kryteria optymalizacyjne pozostają do reguł postępowania z dobrem prawnym. Sprawa jest o tyle skomplikowana, że istota i charakter reguł postępowania – mimo że w rozważaniach dotyczących coraz popularniejszej w polskiej nauce prawa karnego koncepcji obiektywnego przypisania skutku przestępnego reguły te odgrywają rolę niezwykle istotną – nie są do końca określone. Przyjmuje się niekiedy, że służyć one mają przede wszystkim temu, by ich adresat nie stwarzał swym zachowaniem niedającego się zaakceptować ryzyka negatywnego skutku<sup>30</sup>. Pojawia się pytanie, czy w takim samym celu miałyby być tworzone kryteria optymalizacyjne. Otóż nieco bardziej wnikliwy ogląd obu porównywanych elementów zdaje się wskazywać na to, że cel tzw. optymalizacji jest zupełnie inny. Po pierwsze – zwrócić należy uwagę, że wybierając obowiązek, który powinien zostać spełniony, a jednocześnie rezygnując z wykonania obowiązku, którego jednocześnie spełnić się nie da, gwarant zachowuje się zgodnie z regułą postępowania w stosunku do tego dobra prawnego, które chroni, natomiast nie podejmuje żadnego aktywnego zachowania, które naruszałoby regułę postępowania z poświęcanym dobrem prawnym, ograniczając się wyłącznie do zaniechania<sup>31</sup>. Po drugie – kryterium optymalizacyjne racjonalizować ma jedynie wybór obowiązku i – w konsekwencji – realizowanej (zgodnej z tymże obowiązkiem) reguły postępowania z dobrem, ale samo w sobie regułą taką przecież nie jest. Kategorialną odmienność obu porównywanych elementów łatwiej zrozumieć, gdy uświadomimy sobie, że nie da się wykluczyć, iż gwarant zastosuje prawidłowe kryterium optymalizacyjne, lecz naruszy aktu-

<sup>29</sup> Dynamika i złożoność sytuacji kolizyjnych powodują, że lekarz – zmuszony do podjęcia natychmiastowej decyzji – często dokonuje wyboru na podstawie częściowych informacji. Rację ma zatem P. Konieczniak, gdy zauważa, że „medycyna praktyczna działa na podstawie wiedzy cząstkowej, diagnozy i prognozy stawia się w kategoriach statystycznych, lekarz musi antycypować możliwą dynamikę sytuacji i niekiedy działać na podstawie samych tylko podejrzeń (diagnozy wstępnej)” – P. Konieczniak, *Regulacja prawna...*, s. 582.

<sup>30</sup> Problematyka reguł postępowania z dobrem prawnym obecna jest w polskim piśmiennictwie karnistycznym już od wielu lat – także w kontekście nauki o obiektywnym przypisaniu skutku, a jej kompletne wyliczenie nie jest chyba w tym miejscu nieodzowne. Można zatem ograniczyć się do wskazania następujących prac: A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982; J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 111; J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 78; M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, rozprawa doktorska niepubl. Natomiast z nowszych na ten temat monografii warto wskazać: S. Tarapata, *Przypisania sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, s. 187; M. Byczyk, *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2015.

<sup>31</sup> Można oczywiście twierdzić, że racjonalizowanie (ograniczanie albo eliminowanie) ryzyka wystąpienia negatywnego skutku do takich granic, jakie uznać można za akceptowalne – a temu wszak służyć mają reguły postępowania z dobrem prawnym – dałoby się porównać z charakterystycznym dla sytuacji kolizyjnej wyborem mniejszego zła (lub większego dobra).

alizującą się wówczas regułą lub – odwrotnie – kierując się jednym z kryteriów na płaszczyźnie etycznej czy prakseologicznej kontestowanych (postrzeganych jako niewłaściwe), zachowa się przy wykonywaniu wybranego w ten sposób obowiązku zgodnie z regułą postępowania z chronionym dobrem prawnym. Dobrą ilustracją analizowanej kwestii może być sytuacja, w której lekarz – stosując się do wszelkich obowiązujących w medycynie reguł postępowania, a nawet wykorzystując swoją wiedzę szczególną (której posiadania od wzorca osobowego lekarza nie oczekiwalibyśmy) – ratuje życie pacjenta znacznie starszego i gorzej rokującego, poświęcając jednocześnie – z uwagi na niemożność jednoczesnego wykonania identycznego obowiązku – życie pacjenta młodego, którego szansa na wyzdrowienie *ex ante* zdawała się być większa. Dokonując natomiast oceny *ex post*, stwierdzamy, że lekarz mógł uratować i uratował jedno tylko życie, robiąc wszystko, co dla jego ochrony można było uczynić. Po trzecie – kryterium optymalizacyjne nie mówi nic o tym, w jaki sposób gwarant miałby realizować obowiązki wynikające z reguł postępowania z dobrem prawnym (co robić, by ratować ludzkie życie), lecz zawiera jedynie dość niekiedy „miękkie” wskazanie, który z obowiązków wybrać (które życie ratować), skoro nie da się wykonać (uratować) wszystkich. Oznacza to, że rodząca rozmaite wątpliwości natury etycznej optymalizacja decyzji lekarza w przypadku kolizji obowiązków równej wagi nie jest w ścisłym tego słowa znaczeniu regułą postępowania z dobrem prawnym. Tego rodzaju optymalizacji można by przypisać walor reguły postępowania z dobrem prawnym jedynie wówczas, gdyby zgodzić się ze stwierdzeniem, że decydowanie o wyborze obowiązku podlegającego realizacji podporządkowane jest klarownie określonym dyrektywom, wskazującym na to, które z obowiązków wynikających z reguł postępowania z dobrem prawnym powinny zostać wykonane. Z różnych powodów tak niestety nie jest. W przypadku kryteriów optymalizacyjnych w istocie mamy bowiem do czynienia ze swoistymi metaregułami, które w sposób dość niestanowczy wskazują nie tyle na to, co należy zrobić, lecz raczej na to, czego nie wolno zaniechać, jeśli czegoś zaniechać trzeba.

Czy w takich warunkach może pojawić się zarzut niewłaściwej optymalizacji, sprowadzający się do skądinąd nieakceptowalnego, a nawet kuriozalnego stwierdzenia, że lekarz uratował nie tę osobę, którą ratować powinien? Zarzut taki – z uwagi na treść normy wynikającej z art. 26 § 5 k.k. – mógłby się pojawić jedynie wówczas, gdyby w przypadku kolizji obowiązków różnej wagi (ratowanie zdrowia *versus* ratowanie życia) lekarz uznał, że należy w pierwszej kolejności realizować obowiązek „słabszy”, dotyczący ochrony dobra przedstawiającego wartość oczywiście mniejszą. Nawet jednak w takiej sytuacji źle zoptymalizowaną decyzję można by usprawiedliwiać niezawinionym błędem, jeśli lekarz dostrzegał *ex ante* możliwość sekwencyjnego podejmowania czynności, co było następstwem niewłaściwej oceny stopnia bezpośredniości zagrożenia, opartej na stanowiącym efekt selektywnie przeprowadzonej diagnozy przekonaniu, że znacznie dłuższy jest czas na ratowanie życia niż na ratowanie zdrowia.

Charakteryzując istotę reguł postępowania z dobrem prawnym, w doktrynie

wskazuje się niekiedy na poszlakowy ich charakter w tym przede wszystkim znaczeniu, że naruszenie takich reguł (zwłaszcza nieskodyfikowanych) wcale nie musi oznaczać, że zachowanie sprawy było w konkretnym przypadku nadmiernie ryzykowne, tak samo jak ich dochowanie bynajmniej nie musiałoby kwantyfikowanego w taki sposób ryzyka eliminować<sup>32</sup>. Pojawia się pytanie – także w kontekście pojawiających się ostatnio wypowiedzi<sup>33</sup> – czy w tym samym znaczeniu poszlakowy lub wskaźnikowy charakter mają również kryteria optymalizacyjne. Otóż z jednego zasadniczego powodu ich „poszlakowość” – nawet gdyby tego rodzaju cechę kryteriom tym zechcieć przypisać – oznacza jednak zupełnie coś innego. Rzecz bowiem w tym, że reguły postępowania z dobrem prawnym – opierając się na nieustannie gromadzonym doświadczeniu kauzalnym, umożliwiającym dostrzeganie oraz przewidywanie występujących w otaczającym nas świecie zagrożeń – wskazują na to, co w określonego typu sytuacjach (w różnych dziedzinach ludzkiej aktywności, w tym także w medycynie) należy czynić, by zagrożenia te eliminować lub je odpowiednio zmniejszyć<sup>34</sup>. Ich status ma zatem wyraźne podłoże ontologiczne, podczas gdy optymalizacja – jakkolwiek by jej nie ujmować – w znacznie większym stopniu wywodzi się z aksjologii. Odpowiedź na pytanie, jak w zgodzie z regułami przeprowadzić zabieg operacyjny, aby pacjentowi nie zaszkodzić, wynika wszak ze zgromadzonej wiedzy i wcześniejszego doświadczenia, podczas gdy o rozstrzygnięciu, któremu z pacjentów nieść pomoc, przesądzać będą głównie rozmaite oceny, których racjonalizacji zazwyczaj nie da się zinstrumentalizować<sup>35</sup>. Można oczywiście podjąć

<sup>32</sup> Uzasadniony wydaje się pogląd, że prowadzące do negatywnego skutku naruszenie reguł postępowania – niezależnie od tego, czy zostały one wcześniej w jakiegokolwiek formie unormowane, czy też stosownie do okoliczności konkretnej sytuacji *ad hoc* skonstruowane – samo przez się nie powinno decydować o ujemnej wartości zachowania, a w rezultacie – o przypisaniu realizacji znamion czynu zabronionego. Reguły ujęte w postaci norm prawnych różnej rangi, norm technicznych lub technologicznych, a także sformułowanych w sposób zgeneralizowany przez praktykę, mają w istocie znaczenie jedynie „wskaźnikowe”, gdyż ich naruszenie może sugerować niedochowanie wymaganej ostrożności, z różnych powodów nie jest jednak z nią jednoznaczne. Bez obawy o nadmierne deprecjonowanie rangi owych reguł należałoby więc przyjąć, że stwierdzenie ich naruszenia – mając znaczenie czysto poszlakowe – uprawdopodobnia jedynie realizację znamion, co nawet przy wystąpieniu negatywnego skutku nie wyklucza oczywiście przeprowadzenia dowodu przeciwnego – por. np. J. Giezek, *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania* (w:) *System prawa karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, s. 497.

<sup>33</sup> O poszlakowym charakterze kryteriów optymalizacyjnych wspominał w trakcie dyskusji na forum Katedry Prawa Karnego UJ w kwietniu 2020 r. M. Bielski.

<sup>34</sup> Szerzej na ten temat J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 97; J. Giezek, *Teorie...*, s. 487; M. Bielski, *Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej dogmatyki prawa karnego* (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, t. 2. Por. także interesujące w tym zakresie rozważania S. Tarapaty, *Przypisanie sprawstwa...*, s. 196.

<sup>35</sup> Gdyby – upraszczając nieco zagadnienie statusu ocen – podzielić je na zasadnicze wyrażające wartościowanie pierwotne lub zrelacjonowane systemowo, albo oceny czysto instrumentalne, to należałoby uznać, że w przypadku dylematów towarzyszących sytuacjom kolizyjnym w medycynie, związanym z koniecznością wyboru mniejszego zła, kryteria wpływające na proces decyzyjny opierają się przede wszystkim na ocenach zasadniczych o wyraźnie etycznej konotacji.

próbę weryfikowania poprawności założenia, że wiek pacjenta albo szansa na uratowanie jego życia decydować powinny o pierwszeństwie w niesieniu pomocy, jeśli w kryteriach tego rodzaju odnajdziemy choćby namiastkę jakiejś empirycznie potwierdzającej się prawidłowości, ale przecież ostatecznie o tym, którego z pacjentów lekarz będzie ratować, w większym stopniu niż wiedza o zależnościach przyczynowych rozstrzygać będzie lekarskie sumienie, konfrontowane z sytuacją, w której wybierać trzeba między podlegającymi ochronie dobrami<sup>36</sup>. Sygnalizowana tutaj subtelność wyraża się zatem w tym, że reguły postępowania w przeważającej mierze wywodzimy z naszej wiedzy oraz doświadczenia kauzalnego, podczas gdy kryteria optymalizacyjne – jeśli pominąć ich drugoplanową warstwę prakseologiczną – mają podłoże przede wszystkim aksjologiczne, czerpią bowiem swe uzasadnienie z rozmaitych ocen, w tym zwłaszcza takich, które wiążą się z wartościowaniem etycznym.

Odpowiadając na zasadnicze z punktu widzenia prowadzonych rozważań pytanie o to, czy zlekceważenie kryteriów, z których przestrzeganiem generalnie skłonni bylibyśmy wiązać jakąś postać optymalizacji decyzji prowadzących do rozwiązywania sytuacji kolizyjnych, miałyby otwierać możliwość obiektywnego przypisania wynikających stąd negatywnych skutków, a – tym samym – stanowić podstawę odpowiedzialności karnej lekarza (pracownika personelu medycznego), trzeba raczej przy uwzględnieniu wszystkich przedstawionych wyżej argumentów możliwość taką ostatecznie wykluczyć. Osobom ratującym nasze zdrowie i życie trudno byłoby zrozumieć, dlaczego obiektywne ograniczenia, stanowiące konsekwencję kumulacji niedających się jednocześnie wykonać obowiązków, których waga jest co najmniej bardzo zbliżona, miałyby prowadzić do ich przestępczej stygmatyzacji.

Wnioski wynikające z przedstawionej wyżej analizy można by podsumować w pięciu następujących punktach.

Po pierwsze – prawnik nie ma żadnych szczególnych kompetencji, aby narzucać lekarzowi jakiegokolwiek pozaustawowe kryteria akceptowalnego zachowania w sytuacji kolizyjnej, czyli – aby decydować o tym, który z obowiązków nienadających się do jednoczesnego wykonania winien być realizowany.

Po drugie – nie da się jednoznacznie przesądzić, czy konstruowanie tzw. kryteriów optymalizacyjnych następować powinno: a) z perspektywy dobra ogólnego lub dobra jednostki; b) przy wykorzystaniu przesłanek etycznych, prakseologicznych, ekonomicznych czy jakichkolwiek innych; c) w sposób zbliżony do stanowienia norm powszechnie obowiązujących, zwłaszcza gdyby przyjąć, że kryteria te ustalone są raczej *ad hoc*, a więc przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sytuacji.

Po trzecie – dyskusyjne jest twierdzenie, że niedostosowanie zachowania do tego rodzaju kryteriów stanowi „poszlakę” wskazującą na potencjalne naruszenie reguł

<sup>36</sup> Jeśli podmiot oceniający (np. sędzia) będzie dokonywać oceny dobrze osadzonej w spójnym systemie wartości, to niezwykle trudne stanie się stwierdzenie, że niewłaściwie zastosowano kryteria optymalizacyjne, nawet jeśli ich wybór uznamy za wątpliwy. W sporze o wartości – zwłaszcza gdy o naszych preferencjach rozstrzygamy w sytuacjach kolizyjnych – bardzo często nie ma jednoznacznych odpowiedzi.



postępowania z dobrem prawnym, będące wszak jedną z podstaw obiektywnego przypisania negatywnego skutku. Rzecz bowiem w tym, że kryteriów optymalizacyjnych nie da się oprzeć na wynikającej z wiedzy lub doświadczenia znajomości powiązań kauzalnych, z której czerpią swe uzasadnienie reguły postępowania, skoro kryteria te zdają się przede wszystkim stanowić pochodną ocen etycznych, jakie brane są pod uwagę przy rozstrzyganiu związanych z kolizją obowiązków dylematów. Ich „poszlakowość” („wskaźnikowość”) nie wynika zatem z braku pełnej wiedzy, lecz raczej z niemożności sformułowania jednoznacznej oceny. Podłoże owych kryteriów nie jest bowiem empiryczne, lecz raczej aksjologiczne.

Po czwarte – z uwagi na możliwość konstruowania kryteriów, między którymi może zachodzić logiczna sprzeczność albo przeciwieństwo (np. w pierwszej kolejności należy ratować życie pacjenta młodszego – w pierwszej kolejności należy ratować życie pacjenta lepiej rokującego), a więc takich, które w pewnych okolicznościach nakazywałyby podejmowanie zachowań wykluczających się (nienadających się do jednoczesnego wykonania), to nie sposób zarzucić podejmującemu decyzję lekarzowi, że niektóre z nich zostały przez niego zlekceważone.

Po piąte wreszcie – jeżeli lekarz nie naruszył normy wynikającej z art. 26 § 5 k.k., a więc w przedstawianych wyżej sytuacjach kolizyjnych ograniczył się do wykonania tylko jednego z ciężących na nim obowiązków, jego odpowiedzialność karna – o ile koncentrował się na ratowaniu dobra, którego wartość nie była oczywiście mniejsza od wartości dobra poświęcanego – powinna zostać wykluczona, nawet jeśli kryteria dokonanego wyboru byłyby kontestowane z punktu widzenia ich optymalizacji, jaka byłaby dokonywana na podstawach etycznych, prakseologicznych lub ekonomicznych.

## ABSTRACT

### **prof. dr hab. Jacek Giezek**

The author is an advocate (District Bar Association in Wrocław), Head of the Department of Criminal Law at the Faculty of Law and Administration of the University of Wrocław and chairman of the Ethics Committee of the Polish Bar Council.

### **Conflicting obligations of medical staff in the age of COVID-19 pandemic**

*The COVID-19 pandemic, having endangered the health and safety of millions of people worldwide, imposed an unprecedented burden upon healthcare systems, particularly physicians and hospital support staff. The rapid growth of people in need of specialized medical care in conjunction with limited options for its simultaneous provision leads to various situations of conflict. Dramatic questions emerge in these circumstances: whose life and health to save, whom to refuse immediate help? Proposing criteria facilitating the optimization of decisions made by doctors is no easy task. Asking lawyers for guidance one frequently does not realize that they are in no way particularly well equipped to resolve moral dilemmas emerging from*

*a conflict between obligations which cannot be fulfilled simultaneously. It is also difficult to determine whether such optimization criteria should be created: a) with regards to the common good or the benefit of individuals b) incorporating moral, practical, economic or any other considerations c) ad hoc, depending on the particular circumstances at hand. It seems reasonable that failure to meet such criteria should be considered at most circumstantial evidence that the rules of dealing with legal interests have been violated, which is one of the bases for objective attribution of a negative outcome. The circumstantiality of optimization criteria rests upon different bases, unrelated to the probabilistic nature of causal links, from which the rules of dealing with legal interests are derived. It stems from the relativity of moral judgements emerging while solving dilemmas related to conflicting obligations. Due to the diversity of - often contradictory, i.e. prescribing behaviors that cannot be undertaken jointly - optimization criteria, it is impossible to accuse a doctor of neglecting a portion of his duty. As long as the doctor does not violate the norm following from article 26 § 5 of the Penal Code, that is, faced with conflicting obligations limits himself to fulfilling only one of them, and the interest he sacrifices does not represent a manifestly greater value than the interest being rescued, his legal responsibility should be ruled out.*

**Keywords:** *state of necessity, conflicting obligations, optimization criteria, moral judgements, protection of heart and safety, rules of dealing with legal interests, public health*

**prof. dr hab. Jacek Giezek**

ORCID: 0000-0002-0907-5346; e-mail: jacek.giezek@uwr.edu.pl

Autor jest adwokatem (ORA we Wrocławiu), kierownikiem Katedry Prawa Karnego Materialnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego, przewodniczącym Komisji Etyki Naczelnej Rady Adwokackiej.

#### BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

**Bielski Marek**, *Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej dogmatyki prawa karnego* (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, t. 2

**Bielski Marek**, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, rozprawa doktorska niepubl.

**Boratyńska Maria, Konieczniak Przemysław**, *Regulacja prawna czynności medycznych* (w:) *System prawa medycznego*, red. E. Zielińska, Warszawa 2019, t. 2, cz. 1

**Byczyk Marcin**, *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2015

**Drabarek Anna**, *Czyn i jego ocena moralna w poglądach etyków ze szkoły lwowsko-warszawskiej*, „*Annales. Sectio I*” 2004/2, s. 48

- Dukiet-Nagórska Teresa**, *Prawnokarne konsekwencje niepodjęcia interwencji lekarskiej lub udzielenia świadczenia zdrowotnego w sposób niewłaściwy na skutek niedostatku środków finansowych w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej*, „Prawo i Medycyna” 2004/16, s. 15
- Encyklopedia popularna PWN, Warszawa 2013*
- Giezek Jacek**, *O możliwości naukowego uzasadnienia zmiany modelu odpowiedzialności karnej*, „Państwo i Prawo” 2017/2, s. 3
- Giezek Jacek**, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994
- Giezek Jacek**, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, recenzja pracy Jarosława Majewskiego, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003/1, s. 251
- Giezek Jacek**, *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania (w:) System prawa karnego, t. 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, red. R. Dębski, Warszawa 2017
- Kardas Piotr**, *Konstytucyjne podstawy rozstrzygania kolizji obowiązków i konfliktów dóbr w czasie epidemii*, „Palestra” 2020/6, s. 5
- Kotarbiński Tadeusz**, *Cel czynu a zadanie wykonawcy (w:) Dzieła wszystkie – Prakseologia*, Warszawa 1999, cz. 1, s. 445
- Kotarbiński Tadeusz**, *Traktat o dobrej robocie*, Warszawa 1972, s. 501
- Kulesza Jan**, *Kolizja obowiązków pomocy (art. 162 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2007/2, s. 30
- Majewski Jarosław**, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997
- Majewski Jarosław**, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002
- Podrez Ewa**, *Etyczna i prakseologiczna koncepcja działania i jego oceny*, „Annales. Etyka w życiu gospodarczym” 2007/1, s. 57
- Tarapata Szymon**, *Przypisania sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019
- Wąsek Andrzej**, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 1999, t. 1
- Zoll Andrzej**, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982
- Zoll Andrzej (w:) Kodeks karny. Komentarz**, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, t. 1, cz. 1
- Zontek Witold (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116**, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017

Pojęcia kluczowe: odpowiedzialność karna lekarza, stan wyższej konieczności, art. 26 k.k.

# Artykuły

*Marek Bielski*

## GRANICE ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ LEKARZA ZA UCHYLENIE SIĘ OD LECZENIA – KILKA UWAG O WYKŁADNI ART. 26 § 4 K.K.

Artykuł został poświęcony analizie podstaw i zakresu odpowiedzialności karnej lekarza za uchylenie się od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi zarażonemu chorobą zakaźną ze względu na możliwość wystąpienia zagrożenia dla jego własnego życia lub zdrowia. W publikacji przedstawiono analizę przesłanek, które muszą zostać spełnione, aby lekarz mógł powołać się w takich sytuacjach kolizyjnych na stan wyższej konieczności. Szczególną uwagę poświęcono omówieniu zakresu zastosowania art. 26 § 4 k.k., który ogranicza możliwość powołania się na stan wyższej konieczności wyłączający winę, gdy sprawca poświęca dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.

W okresie zwalczania epidemii koronawirusa SARS-CoV-2, mogącego wywoływać ostrą chorobę zakaźną układu oddechowego COVID-19, pojawiało się w otaczającej nas rzeczywistości społecznej wiele sytuacji faktycznych generujących istotne wątpliwości dotyczące prawnokarnej oceny zachowań przedstawicieli zawodów medycznych, polegających na uchyleniu się od udzielenia świadczeń zdrowotnych z uwagi na towarzyszące im obawy zarażenia się koronawirusem oraz łączące się z tym niebezpieczeństwo wystąpienia choroby zakaźnej grożącej powikłaniami zdrowotnymi mogącymi skutkować uszczerbkiem na zdrowiu, a w skrajnych przypadkach nawet ich śmiercią. Realność tych obaw jawi się jako szczególnie uzasadniona w tych wszystkich przypadkach, gdy udzielanie pomocy medycznej miało mieć miejsce w sytuacjach, w których przedstawiciele zawodów medycznych nie

mieli zapewnionych dostatecznych warunków wykonywania ciężących na nich obowiązków w zakresie udzielania świadczeń zdrowotnych w związku z niedoborem personelu medycznego, środków ochrony indywidualnej, a także niezapewnieniem im właściwej organizacji i warunków pracy. Szczególne wątpliwości budzą sytuacje, w których od przedstawicieli zawodów medycznych państwo czy też społeczeństwo oczekuje wypełniania ciężących na nich obowiązków zawodowych z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste, jednocześnie nie zapewniając takich warunków i organizacji pracy, które pozwalałyby minimalizować występujące w związku z wykonywaniem czynności zawodowych zagrożenie zarażenia się chorobą zakaźną.

Co prawda w perspektywie niewątpliwie heroicznej postawy całości środowiska medycznego, w szczególności lekarzy, pielęgniarek oraz ratowników medycznych, jako grup kierujących się etosem wykonywanego zawodu, który jest podporządkowany ochronie wartości, jakimi są życie i zdrowie pacjenta, sytuacje polegające na uchylaniu się od udzielania świadczeń zdrowotnych zdarzają się sporadycznie, niemniej jednak ze względu na skalę niedoborów materiałowych, organizacyjnych i ludzkich, z jakimi mierzy się służba zdrowia w okresie epidemii koronawirusa, suma takich jednostkowych przypadków uchylania się od świadczenia pomocy medycznej staje się na tyle istotna, że daje impuls do podjęcia pogłębionej analizy zagadnień dotyczących zakresu i granic ewentualnej odpowiedzialności karnej przedstawicieli zawodów medycznych za zachowania polegające na uchylaniu się od udzielenia świadczeń zdrowotnych w sytuacjach, w których realizacja ciężących na nich obowiązków łączyć się będzie z niebezpieczeństwem dla ich dóbr osobistych w postaci życia lub zdrowia.

W tym kontekście jako istotne jawią się odpowiedzi na następujące pytania. Jak dużego heroizmu, w świetle obowiązującego porządku prawnego, oczekuje się od przedstawicieli zawodów medycznych w niesieniu pomocy pacjentowi z narażeniem własnego życia lub zdrowia na niebezpieczeństwo? Czy przedstawiciele zawodów medycznych mogą uchylić się od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi z uwagi na występujące po ich stronie niebezpieczeństwo zarażenia się chorobą zakaźną, jednocześnie nie narażając się na odpowiedzialność karną, w razie gdyby konsekwencją takiej decyzji były negatywne następstwa dla życia lub zdrowia pacjenta? W końcu jaki jest zakres i granice odpowiedzialności karnej lekarza w związku z ewentualną decyzją o zaniechaniu udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi z obawy o własne życie lub zdrowie? Zagadnienia te zostaną omówione na kanwie sytuacji łączących się z niebezpieczeństwem zarażenia się przez lekarzy chorobą zakaźną w związku z udzielaniem przez nich świadczeń zdrowotnych. Jednak przedstawione uwagi znajdują odniesienie do innych przedstawicieli zawodów medycznych, na których ciążyą obowiązki zawodowe związane z podejmowaniem czynności nakierowanych na ratowanie życia lub zdrowia pacjentów. Przy czym szczególny kontekst sytuacyjny związany z epidemią koronawirusa daje podstawę do sformułowania bardziej ogólnych wniosków dotyczących zakresu i granic odpowiedzialności karnej w tych wszystkich

sytuacjach kolizyjnych związanych ze stanem wyższej konieczności, w których sprawca ma szczególny obowiązek chronić dobro prawne nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.

## PODSTAWA POTENCJALNEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ LEKARZA W RAZIE UCHYLENIA SIĘ OD UDZIELENIA ŚWIADCZENIA ZDROWOTNEGO

Punktem wyjścia dla prawnokarnej analizy zakresu i granic odpowiedzialności karnej lekarza za zachowanie polegające na uchyleniu się od udzielenia świadczenia zdrowotnego jest poczynienie niezbędnych uwag dotyczących potencjalnej podstawy i ogólnych przesłanek takiej odpowiedzialności<sup>1</sup>. Sensowna analiza prawnokarnych konsekwencji uchylenia się od udzielenia przez lekarza świadczenia zdrowotnego w związku z niebezpieczeństwem zarażenia się chorobą zakaźną musi zostać z istoty rzeczy nabudowana na założeniu, że co do zasady takie zachowanie może stanowić podstawę przypisania lekarzowi odpowiedzialności karnej. Z perspektywy dalszych rozważań dotyczących prawnokarnych konsekwencji uchylenia się lekarza od leczenia istotne znaczenie ma poczynienie rozróżnienia na sytuacje, w których lekarz będzie występował jako gwarant nienastąpienia skutku przestępnego z uwagi na ciężący na nim prawny, szczególnie obowiązek zapobiegania skutkowi przestępnemu na życiu lub zdrowiu pacjenta, i sytuacje, w których na lekarzu będzie spoczywał jedynie ogólnoludzki obowiązek udzielenia pomocy człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, który może stanowić podstawę odpowiedzialności karnej za przestępstwo nieudzielenia pomocy<sup>2</sup>.

W interesującym w tym opracowaniu aspekcie podstawą potencjalnej odpowiedzialności karnej lekarza, występującego w roli gwaranta nienastąpienia skutku przestępnego<sup>3</sup>, będą stanowiły nieumyślne<sup>4</sup> przestępstwa przeciwko życiu lub

<sup>1</sup> Odnośnie do podstaw odpowiedzialności karnej lekarza zob. m.in. A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000; A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013.

<sup>2</sup> Zob. M. Filar, *Lekarskie...*, s. 42; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna...*, s. 141; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna...*, s. 149.

<sup>3</sup> Ogólnie o figurze 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; J. Majewski, *O pożytkach i szkodach dotychczasowych dociekań nad problematyką źródeł obowiązku gwaranta*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004/4, s. 116; M. Bielski, *Normatywne podstawy dekodowania znamion przedmiotowych przestępstw materialnych z zaniechania jako przestępstw indywidualnych właściwych – przyczynek do wykładni art. 2 k.k. (w:) Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017, s. 179 i cytowana tam literatura.

<sup>4</sup> Charakterystycznym rysem odpowiedzialności karnej lekarza za skutki niewłaściwego leczenia jest to, że co do zasady możliwe jest przypisanie mu odpowiedzialności za nieumyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Dla przypisania przestępstwa umyślnego konieczne byłoby wykazanie lekarzowi, że obejmował zamiarem spowodowania skutku przestępnego na dobrze prawnym, jakim

zdrowiu<sup>5</sup> popełnione przez zaniechanie<sup>6</sup>. Na lekarzu będzie ciążył szczególnie i prawny obowiązek gwarancyjny w rozumieniu art. 2 Kodeksu karnego<sup>7</sup>, gdy na podstawie umowy o pracę, umowy kontraktowej lub innych umów cywilnoprawnych przyjmie on na siebie obowiązki w zakresie zapobiegania negatywnym następstwom na życiu lub zdrowiu konkretnego pacjenta lub pacjentów<sup>8</sup>. W polskim systemie prawa karnego brak jest typów czynów zabronionych, które stanowiłyby podstawę szczególnej odpowiedzialności karnej lekarza w związku z niewłaściwym leczeniem także w takim aspekcie, w jakim zaniechanie podjęcia leczenia wobec pacjenta miałyby skutkować negatywnymi następstwami dla jego życia lub zdrowia. W analizowanym kontekście odpowiedzialność karna lekarza za wskazaną kategorię przestępstw materialnych będzie się opierać na zaniechaniu podjęcia wymaganych w świetle zasad wiedzy medycznej zachowań, które pozwoliłyby zapobiec wystąpieniu negatywnych następstw dla życia lub zdrowia pacjenta<sup>9</sup>. Za jedną z rudymetrycznych reguł postępowania z dobrem prawnym, wynikających z wiedzy medycznej, należy uznać nakaz udzielania pomocy lekarskiej w sytuacjach, w których wymaga tego stan zdrowia pacjenta, zwłaszcza gdy znajduje się on w stanie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia<sup>10</sup>. Lekarz może zadośćuczynić ciążącym na nim z tego tytułu obowiązkom gwarancyjnym w zakresie ochrony dóbr prawnych pacjenta, udzielając mu świadczenia zdrowotnego zgodnie ze współczesnymi zasadami wiedzy medycznej<sup>11</sup>. W konsekwencji

jest życie lub zdrowie pacjenta. Z istoty rzeczy w przypadku spraw o tzw. błąd w sztuce medycznej brak podstaw faktycznych do przyjęcia, że lekarz mógłby chcieć negatywnych następstw dla życia lub zdrowia pacjenta lub godzić się na ich wystąpienie.

<sup>5</sup> W praktyce podstawą takiej odpowiedzialności będą zazwyczaj stanowić przestępstwa z art. 160 § 3 k.k., art. 156 § 3 k.k., art. 157 § 3 k.k. bądź z art. 155 k.k. Zob. T. Sroka, *Odpowiedzialność karna...*, s. 49.

<sup>6</sup> Zob. m.in. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975; J. Majewski, *Prawnokarne...*, *passim*.

<sup>7</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

<sup>8</sup> Poglębione rozważania na temat statusu lekarza jako gwaranta nienastąpienia skutku przestępnego w zakresie rozumienia zarówno prawnego, jak i szczególnego charakteru ciążącego na nim obowiązku zob. T. Sroka, *Odpowiedzialność karna...*, s. 149.

<sup>9</sup> Odnośnie do treści obowiązku gwarancyjnego ciążącego na lekarzu w związku z zaniechaniem leczenia zob. M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z 3.06.2004 r. (V KK 37/04)*, „Przegląd Sądowy” 2005/4, s. 119; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna...*, s. 173.

<sup>10</sup> Przedmiotowa norma postępowania ma na tyle fundamentalne znaczenie, że ten podstawowy nakaz deontyczny został wyrażony wprost w art. 30 ustawy z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty (Dz.U. z 2020 r. poz. 514). Wynika on również z art. 7 i 69 Kodeksu etyki lekarskiej z 14.12.1991 r., <https://sip.lex.pl/akty-prawne/akty-korporacyjne/kodeks-etyki-lekarskiej-286454095>.

<sup>11</sup> W kontekście analizowanego zagadnienia nie powinno się abstrahować od faktu, że lekarze i personel medyczny są nie tylko zobowiązani do zachowywania obowiązujących w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym, minimalizujących niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta, ale również wypracowanych i obowiązujących w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych reguł postępowania służących minimalizacji niebezpieczeństwa dla ich własnego życia lub zdrowia, jak również życia lub zdrowia innych przedstawicieli zawodów medycznych oraz innych pacjentów, nad którymi sprawują opiekę medyczną. Dobrze ilustrują to obowiązujące reguły postępowania służące zapobieganiu rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej związane z obowiązkiem

zaniechanie realizacji przez lekarza ciężącego na nim obowiązku gwarancyjnego udzielenia pomocy medycznej pacjentowi może narazić go na odpowiedzialność karną za któreś z przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu w zależności od konsekwencji zdrowotnych po stronie pacjenta. Warunkiem przypisania w takich sytuacjach odpowiedzialności karnej lekarzowi będzie obiektywne przypisanie mu skutku przestępnego<sup>12</sup>. Tym samym punktem wyjścia dla omówienia problematyki zakresu i granic odpowiedzialności karnej lekarza za uchylenie się od udzielenia świadczenia zdrowotnego ze względu na istnienie realnej obawy zarażenia się chorobą zakaźną od pacjenta jest konstatacja, że w sytuacjach, w których lekarz będzie gwarantem nienastąpienia skutku przestępnego, takie zaniechanie może stanowić potencjalną podstawę do przypisania mu odpowiedzialności karnej za przestępstwo materialne przeciwko życiu lub zdrowiu popełnione przez zaniechanie w zależności od zakresu negatywnych następstw na dobrach prawnych pacjenta.

W sytuacjach, w których lekarz nie występuje jako gwarant nienastąpienia skutku przestępnego, uchylenie się przez niego od udzielenia pomocy medycznej człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu może zostać co najwyżej ocenione z punktu widzenia realizacji znamion typu z art. 162 § 1 k.k. Przy czym stanowiący podstawę tego typu ogólnoludzki<sup>13</sup> obowiązek niesienia pomocy człowiekowi, któremu grozi niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia, nie aktualizuje się wówczas, gdy udzielenie pomocy narażałoby sprawcę lub inną osobę na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. W związku z powyższym w takich sytuacjach dla wykluczenia odpowiedzialności karnej za przestępstwo nieudzielenia pomocy nie jest konieczne odwoływanie się do instytucji służących rozstrzygnięciu kolizji dóbr, gdyż w takich wypadkach odpo-

---

odsunięcia lekarzy i personelu medycznego od wykonywania czynności zawodowych oraz poddania się kwarantannie w razie uzasadnionego podejrzenia zarażenia się chorobą zakaźną. Nie da się więc wykluczyć, że w pewnych przypadkach uchylenie się przez lekarza od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi zarażonemu chorobą zakaźną lub co do którego istnieje podejrzenie zarażenia taką chorobą może zostać uznane za zachowanie zgodne z obowiązującymi *in concreto* regułami postępowania w zakresie, w jakim zobowiązują one do minimalizacji zagrożeń związanych z możliwością rozpowszechniania się choroby zakaźnej.

<sup>12</sup> Odnośnie do ogólnych 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:) System prawa karnego*, t. 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 419; J. Majewski, *Prawnokarne...*; 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, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 503; S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, a także teksty zamieszczone w pracy zbiorowej *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016. W kontekście odpowiedzialności karnej lekarza zob. T. Sroka, *Odpowiedzialność karna... passim*.

<sup>13</sup> Zob. J. Kulesza, *Lekarski obowiązek pomocy na tle obowiązku ogólnoludzkiego (art. 162 k.k.)*, „Prawo i Medycyna” 2006/22, s. 104.



wiedzialność została przez ustawodawcę wyłączona już na płaszczyźnie znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego z art. 162 § 1 k.k.<sup>14</sup>

### STAN WYŻSZEJ KONIECZNOŚCI JAKO MECHANIZM ROZSTRZYGNIĘCIA KOLIZJI ZACHODZĄCEJ POMIĘDZY DOBRAMI PRAWNYMI LEKARZA I PACJENTA

W sytuacjach, w których lekarz, będący gwarantem nienastąpienia skutku, miałby uchylić się od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi z uwagi na niebezpieczeństwo zarażenia się chorobą zakaźną, może zachodzić kolizja dóbr pomiędzy dobrami prawnymi lekarza i dobrami prawnymi pacjenta. Lekarz znajduje się w sytuacji kolizyjnej, wynikającej z ciężącego na nim obowiązku ochrony życia lub zdrowia pacjenta, a jednocześnie naturalnej dla każdego człowieka potrzeby ochrony własnych dóbr prawnych w związku z wystąpieniem stanu zagrożenia dla jego życia lub zdrowia. Nie budzi wątpliwości, że na lekarzu, jako na gwarancie nienastąpienia skutku przestępnego, spoczywa prawny i szczególny obowiązek ochrony życia lub zdrowia pacjenta zarażonego chorobą zakaźną, który konkretyzuje się w powinności udzielenia pacjentowi świadczenia zdrowotnego, zaniechanie zaś takiego obowiązku może stanowić podstawę do pociągnięcia lekarza do ewentualnej odpowiedzialności karnej za przestępstwo materialne przeciwko życiu lub zdrowiu. Z drugiej jednak strony uwzględnienia wymaga okoliczność, że realizacja ciężącego na lekarzu obowiązku gwarancyjnego może prowadzić do konieczności poświęcenia jego własnych prawnie chronionych dóbr prawnych. W tym kontekście najbardziej oczywiste jest stwierdzenie, że ewentualne zarażenie się chorobą zakaźną może generować stan bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia samego lekarza udzielającego pomocy medycznej. Perspektywę tę warto jednak rozszerzyć, zauważając, że udzielenie pomocy lekarskiej pacjentowi zarażonemu chorobą zakaźną może łączyć się też z wystąpieniem bezpośrednio niebezpieczeństwa dla innych dóbr prawem chronionych. Trudno pominąć, że w szczególnych okolicznościach stanu epidemicznego, w którym występują niedobory ludzkie w służbie zdrowia, uchylenie się od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi zakażonemu chorobą zakaźną może pewnych sytuacjach zostać poddane wartościowaniu nie tylko w aspekcie ratowania życia lub zdrowia samego lekarza, ale także jako zachowanie służące ochronie dóbr innych pacjentów, a nawet w kategoriach ochrony szczególnie pojętego dobra społecznego związanego z możliwością należytego funkcjonowania poszczególnych jednostek służby zdrowia. W tych szczególnych warunkach podjęcie decyzji o uchyleniu się od udzielenia świadczenia zdrowotnego może być motywowane nie tyle obawą o własny stan zdrowia, ile troską lekarza o możliwość udzielania pomocy innym pacjentom pozostającym w podobnej sytuacji.

<sup>14</sup> Zob. A. Zoll, *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, „Prawo i Medycyna” 2000/5, s. 37; A. Zoll, *Prawo lekarza do odmowy udzielania świadczeń zdrowotnych i jego granice*, „Prawo i Medycyna” 2003/13, s. 23; J. Kulesza, *Granice obowiązku gwaranta w świetle art. 162 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2006/7–8, s. 113–114 i cytowana tam literatura.

stającym pod jego opieką. Tak ogólnie zakreślona sytuacja kolizyjna wymaga jednak każdorazowego uadekwatnienia do realiów konkretnego przypadku.

Na gruncie systemu prawa karnego instytucją pozwalającą określić zakres i granice odpowiedzialności karnej w razie zachodzenia tego rodzaju sytuacji kolizyjnych jest uregulowany w art. 26 k.k. stan wyższej konieczności<sup>15</sup>. Instytucja ta stanowi podstawę do wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego, który działając w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, poświęca inne dobro prawne w sytuacji, gdy niebezpieczeństwa dla dobra ratowanego nie można było inaczej uniknąć<sup>16</sup>. Przy czym w zależności od proporcji dóbr zachodzących pomiędzy dobrami ratowanym i poświęcanym stan wyższej konieczności może prowadzić do przesądzenia, że takie zachowanie nie jest bezprawne w sytuacjach, gdy dobro poświęcane przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego (art. 26 § 1 k.k.) bądź że sprawcy nie można przypisać winy ze względu niemożność podstawienia mu zarzutu, iż dopuścił się czynu zabronionego, w sytuacji gdy dobro poświęcane nie przedstawiało wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego (art. 26 § 2 k.k.)<sup>17</sup>. Jak się powszechnie przyjmuje, możliwość powołania się na regulację art. 26 § 1 lub 2 k.k. determinowana jest spełnieniem dwóch grup przesłanek, określanych jako znamiona stanu wyższej konieczności.

Do pierwszej grupy tych znamion należą przesłanki charakteryzujące sytuację usprawiedliwiającą poświęcenie dobra chronionego prawem. Powołanie się na działanie w stanie wyższej konieczności jest w tej perspektywie uzależnione od wystąpienia sytuacji bezpośredniego niebezpieczeństwa dla ratowanego dobra prawnego<sup>18</sup>. Sytuacja uzasadniająca poświęcenie jednego dobra w celu ochrony innego dobra prawnego występuje wyłącznie w przypadkach, w których niebezpieczeństwo dla dobra ratowanego będzie zachodziło obiektywnie, a jednocześnie takie niebezpieczeństwo będzie charakteryzować się dostatecznym poziomem prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnych następstw dla dobra ratowanego. W tym drugim aspekcie konieczne jest dokonanie oceny niebezpieczeństwa grożącego dobru ratowanemu z uwzględnieniem potencjału ryzyka wynikającego z danego źródła niebezpieczeństwa, a także z uwzględnieniem wartości oraz charakterystyki dobra ratowanego. Warto zaznaczyć, że niebezpieczeństwo dla dobra

<sup>15</sup> Zob. J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005; J. Lachowski (w:) *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej. System prawa karnego*, t. 4, red. L. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 319.

<sup>16</sup> Za trafny należy przyjąć pogląd wskazujący, że w sytuacji, w której dochodzi do kolizji dóbr, polegającej na tym, że zrealizowanie cięższego na sprawcy obowiązku wobec dobra prawnego skutkowało by zagrożeniem dla jego własnego dobra prawnego, nie zachodzi kolizja obowiązków, a stan wyższej konieczności. Zob. J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002, s. 34.

<sup>17</sup> Zob. J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności...*, s. 163; A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 575–578.

<sup>18</sup> Zob. J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności...*, s. 79; J. Lachowski (w:) *Nauka o przestępstwie...*, s. 341; A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 579–580; W. Zontek (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Artykuły 1–116*, Warszawa 2017, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, s. 535–537.

ratowanego można ocenić jako bezpośrednie nie tylko w przypadkach, w których istnieje sytuacja grożąca wystąpieniem natychmiastowego uszczerbku dla tego dobra. Niebezpieczeństwo należy uznać za bezpośrednie także w przypadkach, gdy poświęcenie jednego dobra prawnego pozwala uchylić lub zminimalizować zagrożenie, które z wysokim stopniem prawdopodobieństwa w przyszłości doprowadziłoby do uszczerbku dla dobra ratowanego. Zachowania w stanie wyższej konieczności mogą więc polegać na wyeliminowaniu źródła niebezpieczeństwa, które zagraża dobru ratowanemu, albo na uniknięciu zetknięcia się dobra ratowanego z takim źródłem niebezpieczeństwa.

Przełożenie powyższych przesłanek na analizowaną sytuację lekarza uchylającego się od udzielenia świadczenia zdrowotnego z uwagi na niebezpieczeństwo zarażenia się od pacjenta chorobą zakaźną wymaga ustalenia, że zachodziła sytuacja uzasadniająca podjęcie działań zmierzających do uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra ratowanego. Bezwzględny warunkiem rozważania w takiej sytuacji działania przez lekarza w stanie wyższej konieczności jest ustalenie, że obiektywnie istniało niebezpieczeństwo wynikające z możliwości zarażenia się od pacjenta chorobą zakaźną. W sytuacjach, w których takie bezpośrednie niebezpieczeństwo nie zachodziło ze względu na to, że obiektywnie pacjent nie był zarażony chorobą zakaźną, odpowiedzialność karna lekarza za skutki na życiu lub zdrowiu pacjenta związane z uchyleniem się od udzielenia świadczenia zdrowotnego mogą być rozważane na płaszczyźnie usprawiedliwionego błędu co do okoliczności wyłączonej bezprawność lub wyłączającej winę (art. 29 k.k.).

Przesądzenie, że zaistniał stan bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra lub dóbr ratowanych, wynikający z zagrożenia zarażeniem się przez lekarza chorobą zakaźną, niewątpliwie jest warunkowane wystąpieniem takich konkretnych okoliczności, które dawałyby podstawę do uznania, że istnieje dostatecznie wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia takiego przebiegu przyczynowego, w którym dobro lub dobra ratowane mogłyby doznać uszczerbku lub ulec zniszczeniu. Ocena w tym zakresie powinna zostać uzależniona od ustalenia konkretnych okoliczności faktycznych, mających istotne znaczenie dla weryfikacji, czy zachodzi stan bezpośredniego niebezpieczeństwa dla ratowanego dobra lub dóbr prawnych. Istotne znaczenie ma w tej perspektywie dokonanie ustaleń faktycznych dotyczących charakterystyki źródła niebezpieczeństwa wynikającego z zagrożenia zarażenia się konkretną chorobą zakaźną, charakterystyki dobra prawnego w postaci życia lub zdrowia zindywidualizowanej osoby, która może doznać uszczerbku w związku z zagrożeniem zarażenia się chorobą zakaźną, a w końcu charakterystyki okoliczności faktycznych, w których zachodzi ryzyko zarażenia się chorobą zakaźną przez konkretną osobę.

W pierwszej kolejności uwzględnienia wymagają okoliczności pozwalające ocenić stopień niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia, wynikające zarówno z ryzyka zarażenia się chorobą zakaźną, jak i ryzyka związanego z przechodzeniem takiej choroby przez osobę, która mogłaby się nią zarazić. Ustalenia w tym zakresie są determinowane stanem wiedzy medycznej dotyczącej charakterystyki i zagrożeń

związanych z konkretną chorobą zakaźną. W kontekście panującej obecnie epidemii koronawirusa SARS-CoV-2 oraz wynikającego z zarażenia tym wirusem zagrożenia przechodzenia ostrej choroby zakaźnej układu oddechowego COVID-19 dokonanie z perspektywy *ex ante* jednoznacznych ocen dotyczących stopnia niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia człowieka jest o tyle trudne, że brak jest aktualnie dostatecznej wiedzy medycznej dotyczącej śmiertelności tej choroby zakaźnej, aby pozwolić sobie na jednoznaczne zdefiniowanie związanego z nią ryzyka dla życia lub zdrowia. O ile w świetle obecnej wiedzy medycznej zdaje się nie budzić wątpliwości fakt, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo zarażenia się koronawirusem SARS-CoV-2 przy zetknięciu się z patogenem, o tyle trudne do jednoznacznej oceny są obecnie współczynnik śmiertelności oraz prawdopodobieństwo ciężkiego przechodzenia przez osobę zarażoną koronawirusem ostrej choroby zakaźnej układu oddechowego COVID-19. Ten stan deficytu poznawczego niewątpliwie utrudnia w chwili obecnej dokonanie jednoznacznych ocen prawnych dotyczących tego, jak z punktu widzenia badania istotnej na gruncie art. 26 k.k. przesłanki wystąpienia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra ratowanego traktować samo niebezpieczeństwo zarażenia się koronawirusem oraz związane z tym zagrożenia dla życia lub zdrowia. Wydaje się jednak, że z punktu widzenia ocen prawnych już przy obecnym stanie wiedzy medycznej dotyczącej tej choroby zakaźnej, przy uwzględnieniu skali epidemii, a także wywołanych przez nią skutków zdrowotnych i społecznych, na pewno nie można w żadnym razie bagatelizować wiążących się z nią zagrożeń dla życia lub zdrowia, nawet wobec wiedzy, że duża część osób zarażonych koronawirusem nie ma objawów chorobowych<sup>19</sup>.

W drugiej kolejności przy ocenie, czy *in concreto* wystąpił stan bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra ratowanego, uwzględnienia wymagają okoliczności związane z oceną ryzyka dla życia lub zdrowia występujące po stronie lekarza, personelu medycznego czy innych pacjentów, którzy mogliby się zarazić chorobą zakaźną w związku z udzieleniem świadczenia zdrowotnego zarażonemu nią pacjentowi. W tym kontekście dla ustalenia, że zachodzi sytuacja bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra lub dóbr ratowanych, istotne znaczenie mogą mieć właściwości indywidualne osób narażonych na zarażenie się chorobą zakaźną. Właściwości konkretnej osoby mogą determinować, że takie niebezpieczeństwo nie będzie w ogóle zachodzić (np. w wypadkach, gdy będzie ona odporna na zarażenie konkretną chorobą) albo że będzie się ono kształtować na mniejszym lub większym poziomie. W szczególności za istotnie większe należy uznać ryzyko dla życia lub zdrowia osób kwalifikujących się do tzw. grup ryzyka, to jest do kręgu osób, u których ze względu na określone cechy osobnicze w świetle aktualnej wiedzy medycznej przebieg konkretnej choroby zakaźnej generuje istotnie większe zagrożenia powikłań zdrowotnych, a nawet śmierci.

<sup>19</sup> Należy zwrócić uwagę, że stan deficytu poznawczego w zakresie okoliczności istotnych z punktu widzenia oceny stopnia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra lub dóbr ratowanych może mieć istotne znaczenie z punktu widzenia ustalenia, że sprawca działał w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności wyłączającej bezprawność lub wyłączającej winę (art. 29 k.k.).

W końcu przy ocenie, czy zachodzi sytuacja bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra lub dóbr ratowanych, uwzględnienia wymagają skonkretyzowane okoliczności związane z sytuacją faktyczną, w której miałyby dojść do uchylenia się przez lekarza od udzielenia świadczenia zdrowotnego. Kluczowe znaczenie dla oceny prawnej w tym zakresie mogą mieć wszelkie okoliczności faktyczne związane z udzielaniem świadczeń zdrowotnych przez lekarzy i innych przedstawicieli zawodów medycznych w warunkach braków materiałowych, osobowych i organizacyjnych, które prowadzić będą do sytuacji zwiększenia ryzyka zarażenia się chorobą zakaźną w porównaniu do sytuacji, gdyby zostały im zapewnione odpowiadające wymaganym standardom warunki wykonywania pracy, pozwalające na zminimalizowanie niebezpieczeństwa osobistego po stronie osób udzielających świadczeń zdrowotnych. Wydaje się, że te okoliczności mają szczególnie doniosłe znaczenie w stanie epidemii, gdy zagrożenia dla lekarzy i personelu medycznego związane z zarażeniem się chorobą zakaźną mają charakter permanentny. Najbardziej oczywistym przykładem jest niezapewnienie lekarzom lub innym przedstawicielom zawodów medycznych odpowiednich środków ochrony indywidualnej stanowiących podstawowe zabezpieczenie przed zarażeniem się chorobą zakaźną. W takich przypadkach zarówno prawdopodobieństwo zarażenia się, jak i ciężkiego przebiegu choroby zakaźnej powinno zostać ocenione jako istotnie większe. Ryzyko, że w konkretnej sytuacji faktycznej zaistniał stan bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo dobra ratowanego w postaci życia lub zdrowia lekarza lub osób trzecich oraz jaki poziom takie niebezpieczeństwo osiągnęło, powinno zostać ocenione przy uwzględnieniu wszystkich wskazanych okoliczności.

Do drugiej grupy przesłanek określających stan wyższej konieczności należą znamiona dotyczące działań zmierzających do uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Stan wyższej konieczności zachodzi wówczas, gdy sprawca działający w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra lub dóbr ratowanych będzie zmuszony poświęcić inne dobro prawem chronione, w związku z czym dojdzie do realizacji znamion czynu zabronionego. Z perspektywy analizowanej w tym opracowaniu problematyki warto skupić się na dwóch kluczowych przesłankach stanu wyższej konieczności, to jest na przesłance subsydiarności oraz przesłance proporcjonalności. Subsydiarny charakter stanu wyższej konieczności<sup>20</sup> oznacza, że poświęcenie jednego dobra w celu ratowania drugiego jest warunkowane tym, aby niebezpieczeństwa dla dobra ratowanego nie dało się inaczej uniknąć niż przez poświęcenie innego dobra. Z przesłanki subsydiarności wyprowadza się dyrektywę wyboru takiego sposobu ratowania dobra lub dóbr prawnych, który spowoduje najmniejsze z możliwych szkód dla dobra poświęconego. W kontekście rozważania możliwości powołania się na stan wyższej konieczności przez lekarza uchylającego się od udzielenia świadczenia zdrowotnego zarażonemu chorobą zakaźną pacjentowi tak rozumiana przesłanka subsydiarności jest ściśle powiązana z ustaleniem możliwości podjęcia przez lekarza działań minimalizujących

<sup>20</sup> Zob. J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności...*, s. 134; J. Lachowski (w:) *Nauka o przestępstwie...*, s. 351; A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 581; W. Zontek (w:) *Kodeks karny...*, s. 540–541.

niebezpieczeństwo dla chronionych dóbr prawnych, a jednocześnie umożliwiającą realizację ciężącego na nim obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej. Nie da się wykluczyć, że *in concreto* podjęcie innych niż udzielenie świadczenia zdrowotnego działań minimalizujących niebezpieczeństwo zarażenia chorobą zakaźną będzie niemożliwe lub okaże się nieskuteczne. W takich wypadkach jedynym racjonalnym sposobem uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla chronionego dobra lub dóbr prawnych będzie uchylenie się od udzielenia świadczenia zdrowotnego zarażonemu pacjentowi. W końcu zupełnie fundamentalne znaczenie z punktu widzenia omawianej problematyki ma przesłanka proporcjonalności stanu wyższej konieczności<sup>21</sup>. W perspektywie przyjętego w art. 26 § 1 i § 2 k.k. rozwiązania różnicującego prawnokarne konsekwencje działania w stanie wyższej konieczności w zależności od proporcji dóbr zachodzącej pomiędzy dobrem ratowanym a dobrem poświęcanym możliwe jest wyłączenie odpowiedzialności karnej z uwagi na brak bezprawności lub brak winy po stronie sprawcy działającego w sytuacji kolizyjnej. W przypadkach ratowania dobra prawnego o wartości większej od dobra poświęcanego takie zachowanie uznaje się za legalne z uwagi na jego społeczną opłacalność. W przypadkach ratowania dobra prawnego o wartości równej lub mniejszej, ale nie oczywiście mniejszej od dobra poświęcanego zachowanie uznaje się za bezprawne, ale popełnione w warunkach zachodzenia okoliczności wyłączającej winę ze względu na działanie sprawcy w szczególnej sytuacji motywacyjnej wynikającej z sytuacji kolizyjnej. W tej drugiej kategorii przypadków w świetle regulacji art. 26 § 2 k.k. zasadą jest wyłączenie odpowiedzialności karnej ze względu na przyjęcie aksjologicznego założenia, że nie można postawić sprawcy zarzutu, iż zachował się sprzecznie z normą prawną w sytuacjach, w których zdecydował się na ratowanie dobra przedstawiającego taką samą wartość jak dobro poświęcane, a nawet w sytuacjach, w których dobro ratowane jest mniejszej wartości od dobra poświęcanego, o ile tylko dysproporcja nie jest rażąca. W świetle założeń aksjologicznych stanowiących podstawę regulacji art. 26 § 2 k.k. na usprawiedliwienie zasługuje w szczególności sprawca czynu zabronionego, który ratuje własne dobro prawne równej lub mniejszej wartości niż dobro poświęcane. Równocześnie od tej zasady ustawodawca czyni istotny wyjątek w art. 26 § 4 k.k., wskazując na wyłączenie możliwości powoływania się na stan wyższej konieczności tych kategorii osób, na których ciąży szczególny obowiązek ochrony dobra poświęcanego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste. Artykuł 26 § 4 k.k. ma fundamentalne znaczenie dla określenia granic odpowiedzialności karnej lekarza w razie uchylenia się od udzielenia świadczenia zdrowotnego w wypadku zaistnienia bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia się chorobą zakaźną ze względu na fakt, że wówczas, gdy przedstawiciele tej grupy zawodowej pełnią rolę gwarantów nienastąpienia skutku przestępnego, ciąży na nich jednocześnie szczególny obowiązek ochrony dobra poświęcanego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.

<sup>21</sup> Zob. J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności...*, s. 120; J. Lachowski (w:) *Nauka o przestępstwie...*, s. 347; A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 582–585; W. Zontek (w:) *Kodeks karny...*, s. 537–540.

## OGRANICZENIE MOŻLIWOŚCI POWOŁYWANIA SIĘ NA STAN WYŻSZEJ KONIECZNOŚCI WYŁĄCZAJĄCY WINĘ PRZEZ TZW. GWARANTÓW OCHRONY (ART. 26 § 4 K.K.)

Regulacja art. 26 § 4 k.k. wyraża tzw. zasadę wyłączenia<sup>22</sup>. Normatywny sens tej zasady sprowadza się do ograniczenia możliwości powołania się na stan wyższej konieczności wyłączający winę z art. 26 § 2 k.k., jeżeli sprawca poświęca dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste. Przyjmuje się, że takie wyłączenie możliwości powoływania się na stan wyższej konieczności znajduje swoje aksjologiczne uzasadnienie w tym, że od pewnych kategorii podmiotów (sprawców mających szczególny obowiązek chronić dobro poświęcane nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste) w określonych kategoriach sytuacji faktycznych (w przypadkach ratowania dobra prawnego o wartości równej lub mniejszej, ale nie oczywiście mniejszej od dobra poświęcanego) społeczeństwo oczekuje podejmowania zachowań ratujących dobro poświęcane także w takich sytuacjach, gdy łączy się to z niebezpieczeństwem wystąpienia uszczerbku na dobrach prawnych osoby, na której taki obowiązek gwarancyjny ciąży. Społeczne uzasadnienie obowiązywania w systemie prawnym takich regulacji wynika z powierzenia gwarantom ochrony szczególnie doniosłej roli, zadań i łączących się z tym obowiązków w zakresie ochrony określonych dóbr prawnych<sup>23</sup>.

Racjonalizacja klauzuli wyłączenia sprowadza się więc do twierdzenia, że występowanie w określonej roli społecznej może stanowić źródło obowiązku podejmowania takich zachowań, które będą wiązać się z koniecznością narażenia dóbr osobistych na niebezpieczeństwo. Obowiązek gwarancyjny może wynikać w szczególności z wykonywania przez sprawcę zawodu, z którym jednocześnie łączy się niebezpieczeństwo osobiste dla osób go wykonujących. W tym kontekście należy jednak od razu zaznaczyć, że racjonalna wykładnia art. 26 § 4 k.k. musi uwzględniać, że tak uzasadniony szczególny obowiązek ochrony poświęcanego dobra prawnego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste nie może mieć charakteru nieograniczonego. Trudno bowiem znaleźć dostatecznie uzasadnione podstawy do twierdzenia, że społeczeństwo może od pewnych kategorii osób, zwłaszcza grup

<sup>22</sup> Zob. J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności...*, s. 139; J. Lachowski (w:) *Nauka o przestępstwie...*, s. 347; A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 586–587; W. Zontek (w:) *Kodeks karny...*, s. 537–540.

<sup>23</sup> Podobny charakter ma art. 210 § 5 Kodeksu pracy wyłączający prawa pracownika powstrzymania się od pracy niebezpiecznej, gdy do obowiązków pracowniczych należy ratowanie życia ludzkiego lub mienia. Warto jednak zwrócić w tym kontekście uwagę, że w doktrynie prawa pracy wskazuje się, że wyłączenie to nie jest bezwzględne i nie dotyczy sytuacji, gdy zostaną przekroczone granice dopuszczalnego ryzyka. Na przykład w sytuacji, gdy pracodawca nie zapewni pracownikowi niezbędnych środków ochrony indywidualnej – zob. J. Jankowiak, *Prawo powstrzymania się od wykonywania niebezpiecznej pracy przez pracowników zobowiązanych do ratowania życia ludzkiego lub mienia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997/4, s. 93; J. Jankowiak, *Glosa do wyroku SN z 15.05.2001 r. (II UKN 395/00)*, OSP 2003/7–8, poz. 87; T. Wyka (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 2, *Artykuły 114–304<sup>5</sup>*, red. K. Baran, Warszawa 2020, teza 6 do art. 210.

zawodowych świadczących pracę wiążącą się z narażaniem dóbr osobistych na niebezpieczeństwo, oczekiwać nieograniczonego poświęcenia własnych dóbr w celu ratowania innych dóbr prawnych, zwłaszcza dóbr społecznych. Tym trudniej znaleźć uzasadnienie dla nakładania takiego bezgranicznego obowiązku heroizmu, gdy jednocześnie państwo czy społeczeństwo nie zapewnia wskazanym grupom zawodowym takich warunków i organizacji pracy, które w związku z obowiązującymi w tym zakresie standardami minimalizowałyby niebezpieczeństwo osobiste wynikające z wykonywania zawodu, czy też nie zapewnia tym grupom zawodowym należnego im statusu społecznego, w tym godziwego wynagrodzenia, niejako rekompensując tym samym wypełnianie pewnych szczególnie istotnych zadań w zakresie ochrony dóbr indywidualnych lub społecznych nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.

W związku z powyższym nie kwestionując co do zasady twierdzenia, że z wypełnianiem określonych ról społecznych mogą łączyć się szczególne obowiązki gwarancyjne, sprowadzające się do podejmowania zachowań ratujących chronione dobro prawne nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste, za uzasadnioną należy przyjąć zawężającą interpretację zakresu zastosowania zasady wyłączenia.

Wykładnia art. 26 § 4 k.k. daje podstawę do przyjęcia, że zakres ustawowego wyłączenia możliwości powoływania się na stan wyższej konieczności z art. 26 § 2 k.k. został oparty na kryteriach mieszanych o charakterze podmiotowo-przedmiotowym.

Na płaszczyźnie podmiotowej zastosowanie zasady wyłączenia zostało ograniczone do sprawców, na których spoczywa szczególny obowiązek ochrony dobra poświęcanego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste. W pewnym uproszczeniu osoby, na których taki obowiązek gwarancyjny wobec dobra poświęconego spoczywa, można określić gwarantami ochrony<sup>24</sup>. Zasadnicze znaczenie dla określenia kryteriów pozwalających uznać sprawcę działającego w warunkach stanu wyższej konieczności za gwaranta ochrony ma zdefiniowanie szczególnego charakteru ciążącego na nim obowiązku, przy jednoczesnym uwzględnieniu, że jest to obowiązek kwalifikowany w tym sensie, że pozostaje zaktualizowany również w sytuacjach, w których ochrona dobra prawnego wymaga narażenia się przez gwaranta na niebezpieczeństwo osobiste. Szczególny charakter obowiązku przejawia się więc z jednej strony w tym, że w danych okolicznościach faktycznych na gwarancie ciąży obowiązek ochrony poświęcanego dobra prawnego, a po drugie w tym, że obowiązek ten rozciąga się także na sytuacje, w których realizacja ciążących na gwarancie powinności może łączyć się z zagrożeniem dla jego własnych dóbr prawnych, w szczególności dóbr osobistych, jakimi są życie lub zdrowie. Szczególny obowiązek ochrony dobra poświęcanego jest uzależniony od istnienia po stronie sprawcy zaktualizowanej w konkretnych okolicznościach faktycznych powinności przeciwdziałania występowaniu stanu zagrożenia lub uszczerbku dla tego dobra,

<sup>24</sup> Podmioty, do których odnosi się art. 26 § 4 k.k., nazywane są również gwarantami kwalifikowanymi. Zob. A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 586.



które miałyby zostać poświęcone w celu ratowania dóbr osobistych gwaranta<sup>25</sup>. Na sprawcy ciąży szczególnie obowiązek ochrony dobra poświęcanego w rozumieniu art. 26 § 4 k.k., gdy istnieje uzasadnione oczekiwanie, że z uwagi na rolę społeczną, w jakiej w danym kontekście sytuacyjnym występuje, będzie podejmował zachowania zmierzające do ochrony dobra poświęcanego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste<sup>26</sup>. To rola społeczna, w jakiej sprawca występuje, determinuje ocenę prawną, że w konkretnych okolicznościach faktycznych łączy go z danym dobrem prawnym taka szczególna więź, która stanowi podstawę do nałożenia na niego obowiązku ochrony tego dobra nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste<sup>27</sup>. Podkreślić należy, że taki szczególny obowiązek ochrony musi być *in concreto* obowiązkiem zaktualizowanym, aby sprawcę można było uznać za gwaranta ochrony. W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że w literaturze przedmiotu wskazuje się, że w art. 26 § 4 k.k. ustawodawca zdefiniował ciężący na gwarancie ochrony obowiązek przez wskazanie, że ma mieć on charakter szczególny, bez stawiania wymogu, że obowiązek ten musiał mieć charakter prawny<sup>28</sup>. Pomimo to przedstawiciele doktryny, analizując status normatywny gwarantów ochrony, wskazują, że w procesie wykładni pewne znaczenie ma również określenie prawnego źródła ciężącego na nich obowiązku<sup>29</sup>. Zwraca się w szczególności uwagę na koniecz-

<sup>25</sup> Ustalenie granic szczególnego obowiązku ochrony dobra poświęconego wymaga każdorazowo określenia zakresu takiego obowiązku poprzez przesądzenie, że na zindywidualizowanym gwarancie ciąży obowiązek ochrony konkretnego dobra prawnego oraz określenia zakresu treściowego takiego obowiązku poprzez ustalenie, jakie zachowania zobligowany był podjąć gwarant w konkretnym układzie sytuacyjnym w celu ochrony dobra poświęcanego. Naruszenie obowiązków spoczywających na gwarancie ochrony może polegać zarówno na działaniu godzącym w poświęcane dobro prawne, jak i na zaniechaniu takich ciężących na nim obowiązków, które pozwoliłyby uchronić dobro poświęcane przed grożącym mu uszczerbkiem lub zniszczeniem. Tym samym treść obowiązku spoczywającego na gwarancie ochrony w istotny sposób determinuje zastosowanie zasady wyłączenia.

<sup>26</sup> W przypadkach, gdy sprzeniewierzenie się obowiązkowi gwarancyjnemu będzie polegało na zaniechaniu działań zapobiegających wystąpieniu skutku przestępnego na dobrze poświęcanym, gwarant ochrony w rozumieniu art. 26 § 4 k.k. równocześnie będzie gwarantem nienastąpienia skutku przestępnego w rozumieniu art. 2 k.k.

<sup>27</sup> Przy definiowaniu na gruncie art. 26 § 4 k.k. pojęcia szczególnego obowiązku ochrony dobra poświęcanego zasadne wydaje się wykorzystanie dorobku doktryny w zakresie rozumienia na gruncie art. 2 k.k. szczególnego obowiązku zapobieżenia skutkowi przestępnemu przez gwaranta nienastąpienia skutku przestępnego. Zob. m.in. J. Majewski, *Prawnokarne...*, s. 98; J. Majewski, *O pożytkach...*, s. 116; M. Bielski, *Normatywne podstawy...*, s. 196.

<sup>28</sup> Przez kumulatywne użycie przymiotników „prawny” i „szczególny” ustawodawca określa zakres spoczywających na gwarancie obowiązków zapobieżenia skutkowi przestępnemu, określając podmiot odpowiedzialności karnej za przestępstwa materialne z zaniechania (art. 2 k.k.), oraz niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego, określając z kolei podmiot odpowiedzialności karnej za przestępstwo pomocnictwa przez zaniechanie (art. 18 § 3 k.k.).

<sup>29</sup> W doktrynie uznaje się, że źródło obowiązku gwarancyjnego może wynikać z ustawy, umowy, orzeczenia sądu lub decyzji administracyjnej. W tym kontekście sporne jest, czy za takie źródło obowiązku ochrony dobra poświęconego można uznać wcześniejsze stworzenie przez gwaranta stanu zagrożenia dla tego dobra prawnego. Natomiast odrzuca się pogląd, że za źródło takiego obowiązku mogą zostać uznane zwyczaj czy zasady współżycia społecznego - zob. J. Lachowski, *Stan wyższej*

ność wskazania podstaw normatywnych uzasadniających uznanie za gwarantów ochrony przedstawicieli określonych kategorii zawodów, których wykonywanie z jednej strony sprowadza się do ochrony społecznie doniosłych dóbr prawnych, a z drugiej strony ochrona dóbr może się łączyć z narażaniem się na niebezpieczeństwo osobiste ze strony gwaranta. Takie zabiegi interpretacyjne można uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim służą one do uzasadnienia poglądu, że na określonych grupach zawodowych ciążyą szczególne obowiązki chronienia dobra poświęcanego, które aktualizują się w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych. Natomiast ograniczenie się przez ustawodawcę w art. 26 § 4 k.k. do wskazania wyłącznie na szczególny charakter obowiązku ochrony dobra poświęcanego, z pominięciem, że ten obowiązek musi mieć również charakter prawny, nie wydaje się być zabiegiem przypadkowym. W razie gdyby zawężono podmiotowo art. 26 § 4 k.k. poprzez ograniczenie pojęcia gwaranta ochrony tylko do sprawców, na których ciążył szczególnie i zarazem prawny obowiązek ochrony dobra poświęconego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste, to wynikająca z tego przepisu zasada wyłączenia mogłaby znaleźć zastosowanie tylko do przypadków, w których status normatywny gwaranta ochrony znajdowałby wprost podstawę w aktach normatywnych, umowach lub decyzjach indywidualnych, wskazujących wyraźnie na ciężące na danej grupie zawodowej lub konkretnej osobie obowiązki w zakresie ochrony dobra poświęcanego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste<sup>30</sup>. Okoliczność, że w art. 26 § 4 k.k. użyto wyłącznie przesłanki szczególnego charakteru obowiązku ochrony dobra ratowanego, pozwala zaliczyć do gwarantów ochrony także przedstawicieli tych grup zawodowych, w przypadku których ustawodawca wprost nie przewidział w przepisach prawa formalnego obowiązku ochrony dobra poświęconego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste, ale jednocześnie nałożenie na te grupy zawodowe takich powinności będzie materialnie wynikać z istoty zawodu, którego wykonywanie może łączyć się z niebezpieczeństwem dla dóbr osobistych<sup>31</sup>.

W oparciu o kryteria przedmiotowe zasada wyłączenia z art. 26 § 4 k.k. doznaje ograniczeń na kilku płaszczyznach. Najbardziej oczywiste jest przedmiotowe ograniczenie zastosowania zasady wyłączenia tylko do sytuacji faktycznych, w któ-

---

*konieczności...*, s. 140–145; J. Lachowski (w:) *Nauka o przestępstwie...*, s. 783–785; A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 586; W. Zontek (w:) *Kodeks karny...*, s. 541.

<sup>30</sup> Tylko w przypadku niektórych grup zawodowych, których przedstawiciele doktryna prawa karnego zalicza do gwarantów ochrony, można odnaleźć wyraźne normatywne zakotwiczenia dla twierdzenia, że przyjęli oni na siebie szczególnie obowiązek ochrony dobra prawnego nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste. Wynika to w szczególności z rot ślubowań strażaka (art. 30 ust. 1 zd. 1 ustawy z 24.08.1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej, Dz.U. z 2019 r. poz. 1499), policjanta (art. 27 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji, Dz.U. z 2020 r. poz. 360) oraz żołnierza (art. 1 ustawy z 3.10.1992 r. o przysiędze wojskowej, Dz.U. z 1992 r. nr 77 poz. 386).

<sup>31</sup> Do takich zawodów należą zawody medyczne, w których regulacjach ustawowych próżno szukać przepisów zobowiązujących do wykonywania obowiązków zawodowych z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste. Nie budzi jednak wątpliwości w doktrynie, że również przedstawiciele zawodów medycznych, w przypadkach gdy ciąży na nich szczególnie obowiązek ochrony dobra poświęconego, są zobowiązani chronić je nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.

rych z uwagi na proporcję pomiędzy dobrem ratowanym a dobrem poświęcanym sprawca miałby potencjalną możliwość powołania się na stan wyższej konieczności wyłączający winę. W świetle literalnego brzmienia art. 26 § 4 k.k. nie budzi wątpliwości stwierdzenie, że zasada wyłączenia nie odnosi się w ogóle do sytuacji, w których gwarant ochrony będzie działał w stanie wyższej konieczności wyłączającym bezprawność. Nie ma więc przeszkód, żeby gwarant ochrony powołał się na stan wyższej konieczności z art. 26 § 1 k.k. wówczas, gdy nie wypełni ciężącego na nim obowiązku ochrony dobra poświęcanego, decydując się na ratowanie własnego dobra prawnego o większej wartości od dobra poświęcanego<sup>32</sup>.

Wykładnia językowa art. 26 § 4 k.k. daje podstawę do dalszego przedmiotowego zawężenia stosowania zasady wyłączenia tylko do sytuacji, w której sprawca podejmie zachowania zmierzające do ratowania własnego dobra prawnego narażanego na niebezpieczeństwo uszczerbku lub zniszczenia w związku z wypełnieniem ciężącego na nim obowiązku gwarancyjnego. Zasada wyłączenia odnosi się przedmiotowo tylko do sytuacji, w których sprawca miałby poświęcić dobro prawne, które ma szczególnie obowiązek chronić, w celu ratowania własnych dóbr osobistych<sup>33</sup>, a tym bardziej innych przynależnych mu dóbr niemających charakteru osobistego<sup>34</sup>. Prowadzi to do konstatacji, że sprawca będący gwarantem ochrony może się powołać na stan wyższej konieczności wyłączający winę także wówczas, gdy poświęci dobro, które miał szczególnie obowiązek chronić, w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego innym dobrom prawnym niż jego własne dobra<sup>35</sup>. Ponadto wydaje się, że art. 26 § 4 k.k. może znajdować zastosowanie tylko w tych przypadkach, gdy osobiste niebezpieczeństwo dla gwaranta będzie wynikało z takiego źródła zagrożenia, przed którym będzie on zobowiązany chronić dobro prawne ze względu na rolę społeczną, w jakiej w danym kontekście występuje<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Zob. A. Zoll (w:) *Kodeks karny...*, s. 585.

<sup>33</sup> Przyjmuje się, że pojęcie dóbr osobistych na gruncie art. 26 § 4 k.k. powinno się rozumieć w sposób przyjęty w art. 23 i 24 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.), dalej k.c. W kontekście art. 26 § 4 k.k. najistotniejsze znaczenie ma wyłączenie możliwości powoływania się na stan wyższej konieczności wyłączający winę z powołaniem się na ratowanie przez sprawcę takich własnych dóbr osobistych jak życie, zdrowie, wolność, nietykalność cielesna.

<sup>34</sup> Należy się zgodzić z tymi przedstawicielami doktryny, którzy zwrot „nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste” rozumieją w ten sposób, że wyłączenie możliwości powoływania się na stan wyższej konieczności wyłączający winę tym bardziej nie zachodzi w przypadkach, w których sprawca miałby nie zrealizować swojego obowiązku gwarancyjnego ze względu na zaistnienie sytuacji, kiedy narażone na niebezpieczeństwo byłyby inne jego dobra prawne niż dobra osobiste.

<sup>35</sup> Przykładowo gwarant ochrony może powołać się na art. 26 § 2 k.k. wówczas, gdy odstąpi od realizacji ciężącego na nim obowiązku gwarancyjnego, mającego za przedmiot ochronę życia w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia innej osoby, wobec której nie ciążył na nim obowiązek gwarancyjny.

<sup>36</sup> Można to zilustrować na przykładzie lekarza – nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że zagrożenie zarażenia się chorobą zakaźną od pacjenta jest immanentnie związane z wykonywaniem przynajmniej niektórych specjalizacji w ramach tego zawodu. Trudno natomiast uznać, że w ramach obowiązków gwarancyjnych, o których mowa w art. 26 § 4 k.k., lekarz miałby być szczególnie zobowiązany do działań umożliwiających sobie udzielanie pomocy medycznej po wcześniejszym

W końcu wykładnia art. 26 § 4 k.k. daje asumpt do wyrażenia poglądu, że zakres przedmiotowy zasady wyłączenia jest ograniczony do sytuacji, w których gwarant ochrony będzie narażał się na niebezpieczeństwo osobiste. *A contrario* oznacza to, że zasada wyłączenia nie znajduje zastosowania, gdy realizacja obowiązku gwarancyjnego łączyłaby się po stronie gwaranta ochrony z koniecznością poświęcenia swoich dóbr osobistych<sup>37</sup>. Ciążący na gwarancie ochrony obowiązek nie aktualizuje się w sytuacjach, w których zachodziłoby na tyle wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia uszczerbku na dobrach osobistych gwaranta, że ewentualna realizacja ciężącego na nim obowiązku musiałaby zostać uznana za zachowanie powodujące uszczerbek na jego własnym życiu lub zdrowiu<sup>38</sup>. Tym samym wykładnia art. 26 § 4 k.k. powinna zakładać, że w treść zasady wyłączenia wpisana jest swoista klauzula limitująca obowiązki gwaranta ochrony do zachowań, z którymi łączy się niebezpieczeństwo osobiste, ale nieobejmująca już zachowań polegających na poświęceniu własnych dóbr prawnych. Racjonalnie ukształtowany porządek prawny nie może zobowiązywać żadnej osoby pod groźbą sankcji karnych do podejmowania takich zachowań, które w danym kontekście sytuacyjnym stwarzają tak wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia uszczerbku na własnych dobrach prawnych, że w istocie rzeczy wypełnienie obowiązku gwarancyjnego oznaczałoby podjęcie przez gwaranta zachowania samodestrukcyjnego, skutkującego wyrządzeniem sobie uszczerbku na własnych dobrach prawnych. W takich przypadkach należy uznać, że gwarant ochrony nie działa już w sytuacji narażenia się na niebezpieczeństwo osobiste, ale w sytuacji poświęcenia swoich dóbr osobistych. W tej drugiej kategorii sytuacji nie znajduje zastosowania zasada wyłączenia z art. 26 § 4 k.k.

Przyjęcie takiej ograniczającej zastosowanie art. 26 § 4 k.k. wykładni tego przepisu opiera się na założeniu, że w kontekście wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasady proporcjonalności ustawodawca nie ma kompetencji do tak daleko idącej ingerencji w konstytucyjnie chronione prawa i wolności obywatelskie, aby za pomocą sankcji karnych wymuszać na pewnych kategoriach osób szczególnie zobowiązanych do ochrony określonych dóbr prawnych podejmowanie zachowań, które nie tylko prowadziłyby do narażenia się na niebezpieczeństwo osobiste, ale oznaczałyby, że realizacja obowiązku gwarancyjnego będzie z wysokim stopniem prawdopodobieństwa skutkowałą uszczerbkiem na życiu lub zdrowiu gwaranta. Postulat wąskiej wykładni tego zwrotu na gruncie art. 26 § 4 k.k. prowadzi do wniosku, że na sprawcy

---

narażeniu się na niebezpieczeństwo sytuacyjne, np. po wyciągnięciu ofiary wypadku z płonącego samochodu – zob. J. Kulesza, *Granice obowiązku...*, s. 110 i cytowana tam literatura.

<sup>37</sup> W tym kierunku idą M. Berent, M. Filar (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, nb 14 do art. 26; M. Kulik (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015, teza 23 do art. 26; E. Zatyka, *Lekarski obowiązek udzielenia pomocy a ryzyko związane z wykonywaniem zawodu (zarys problemu)* (w:) *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006, s. 285; E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 359–361.

<sup>38</sup> Zob. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 266; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 213.

nie ciąży obowiązek gwarancyjny wówczas, gdy poziom prawdopodobieństwa, że dojdzie do uszczerbku na jego dobrach osobistych (życiu lub zdrowiu), będzie tak wysoki, że wykonanie ciężącego na nim obowiązku w istocie rzeczy oznaczałoby poświęcenie własnych dóbr prawnych.

### ROZSTRZYGANIE KOLIZJI POMIĘDZY DOBREM PRAWNYM PACJENTA I LEKARZA W KONTEKŚCIE PRZESŁANEK STANU WYŻSZEJ KONIECZNOŚCI

Przedstawiona analiza wskazuje na to, że w praktyce przesądzenie, czy lekarz uchylający się od udzielenia świadczenia zdrowotnego może uniknąć odpowiedzialności karnej ze względu na działanie w granicach stanu wyższej konieczności, z reguły wymaga przeprowadzenia skomplikowanych zabiegów wykładniczych i subsumcyjnych, które muszą uwzględniać realia konkretnego stanu faktycznego. Wydaje się jednak, że możliwe jest sformułowanie wskazówek interpretacyjnych, pozwalających na poczynienie kilku uwag o charakterze bardziej ogólnym.

Fundamentalne znaczenie dla rozważania możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo skutkowe przeciwko życiu lub zdrowiu z powołaniem się na działanie w stanie wyższej konieczności ma dokonanie ustaleń świadczących o tym, że uchylenie się od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi z obawy przed zarażeniem chorobą zakaźną nastąpiło w sytuacji, w której wystąpił stan bezpośredniego niebezpieczeństwa dla jego dóbr osobistych w postaci życia lub zdrowia. Ocena, czy taki stan zagrożenia dla dóbr osobistych lekarza faktycznie wystąpił, wymaga poczynienia ustaleń dotyczących nie tylko prawdopodobieństwa zarażenia się przez lekarza chorobą zakaźną, ale przede wszystkim wystąpienia u niego w wyniku zarażenia chorą zakaźną stanu mogącego skutkować uszczerbkiem na jego zdrowiu, a nawet życiu. Dokonanie ustaleń w tym zakresie ma istotne znaczenie z dwóch perspektyw. Z jednej strony wystąpienie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia lekarza jest wyjściową przesłanką do dokonania oceny prawnej, że lekarz mógł podjąć działania uchylające bezpośrednio niebezpieczeństwo dla swoich dóbr prawnych poprzez zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego zarażonemu pacjentowi. Z drugiej strony ustalenie bardzo wysokiego stopnia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych lekarza, wynikającego z dokonanej *in concreto* oceny ryzyka oraz potencjalnych konsekwencji zarażenia się chorobą zakaźną dla jego życia lub zdrowia, ma istotne znaczenie dla dokonania oceny prawnej, że nie znajdzie w takim wypadku zastosowania regulacja art. 26 § 4 k.k., ograniczająca możliwość powołania się na stan wyższej konieczności wyłączający winę. W świetle prezentowanego w tym opracowaniu poglądu art. 26 § 4 k.k. nie znajduje zastosowania w przypadkach, w których stopień niebezpieczeństwa dla dóbr osobistych lekarza, wynikający z realizacji przez niego obowiązku gwarancyjnego wobec pacjenta, byłby tak wysoki, że udzielenie mu świadczenia zdrowotnego z dużym stopniem prawdopodobieństwa skutkowałoby uszczerbkiem

na zdrowiu lub śmiercią lekarza<sup>39</sup>. Na lekarzu ciąży bowiem obowiązek udzielania świadczeń zdrowotnych z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste, ale nie ciąży obowiązek poświęcania własnego życia lub zdrowia w celu realizacji obowiązku gwarancyjnego.

Dokonanie prawnokarnej oceny możliwości powołania się przez lekarza na stan wyższej konieczności w sytuacji uchylenia się od udzielenia świadczenia zdrowotnego zarażonemu chorobą zakaźną pacjentowi jest każdorazowo uzależnione od wyników procedury wagiowej, zmierzającej do określenia proporcji dóbr pomiędzy dobrem poświęcanym, jakim jest życie lub zdrowie pacjenta, oraz dobrem ratowanym w postaci życia lub zdrowia lekarza. Stanowiące istotę przesłanki proporcjonalności stanu wyższej konieczności porównanie wartości dobra poświęcanego z dobrem ratowanym nie może ograniczać się tylko do porównania ze sobą generalno-abstrakcyjnie rozumianych wartości społecznych, jakimi są życie lub zdrowie. Ustalenia w tym zakresie wymagają uwzględnienia całokształtu okoliczności faktycznych konkretnego zdarzenia, mających znaczenie dla określenia proporcji pomiędzy kolidującymi dobrami lekarza oraz pacjenta. Wartościowanie w tym zakresie powinno mieć wymiar konkretno-indywidualny warunkowany okolicznościami, w jakich dochodzi do sytuacji kolizyjnej. W tym kontekście kluczowe znaczenie będą miały determinowane okolicznościami konkretnego przypadku ustalenia dotyczące stopnia narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo dobra poświęconego w postaci życia lub zdrowia pacjenta, wynikające z zaniechania udzielenia mu świadczenia zdrowotnego przez lekarza, w porównaniu do stopnia zagrożenia dla dobra ratowanego w postaci życia lub zdrowia lekarza, w razie gdyby ten zdecydował się na udzielenie pomocy medycznej pacjentowi zarażonemu chorobą zakaźną. Podobnie istotne znaczenie dla ustalenia proporcji między kolidującymi dobrami będzie miało dokonanie z perspektywy *ex ante* porównania z jednej strony prawdopodobieństwa wystąpienia

<sup>39</sup> Przykładem takiej sytuacji byłoby uchylenie się przez lekarza od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi choremu na charakteryzującą się tak wysoką śmiertelnością chorobą zakaźną, że w świetle obiektywnej wiedzy medycznej zarażenie się nią w konkretnych okolicznościach faktycznych z bardzo wysokim stopniem prawdopodobieństwa skutkowałoby śmiercią lekarza. Sytuacja taka zachodziłaby na przykład w przypadku bezpośredniego niebezpieczeństwa zarażenia się wirusem Ebola wywołującym gorączkę krwotoczną o wskaźniku śmiertelności wynoszącym, jak się szacuje na poziomie badań, około 70–80%. Z uwagi na istotne deficyty w wiedzy medycznej dotyczące zaraźliwości koronawirusa SARS-CoV-2 i śmiertelności wywoływanej przez niego ostrej choroby zakaźnej układu oddechowego COVID-19 trudno w chwili obecnej jednoznacznie wypowiedzieć się o statystycznym prawdopodobieństwie negatywnych następstw wynikających z zarażenia się tą chorobą. Warto jednak raz jeszcze podkreślić, że ocenę stopnia prawdopodobieństwa negatywnych następstw na życiu lub zdrowiu należy oceniać nie tylko przez pryzmat kryteriów zaraźliwości i śmiertelności konkretnej choroby zakaźnej, ale również kryteriów podmiotowych związanych z potencjalnymi skutkami zarażenia się konkretną chorobą u zindywidualizowanej osoby (np. zaliczenie się takiej osoby do grupy ryzyka ze względu na jej stan zdrowia), jak również kryteriów sytuacyjnych (np. związanych z zapewnionymi *in concreto* środkami ochrony indywidualnej, procedur bezpieczeństwa oraz rozwiązań organizacyjnych minimalizujących ryzyko zarażenia wśród przedstawicieli służby zdrowia).

oraz zakresu potencjalnych negatywnych następstw dla życia lub zdrowia pacjenta w razie uchylenia się przez lekarza od udzielenia mu świadczenia zdrowotnego, a z drugiej strony prawdopodobieństwa wystąpienia oraz zakresu potencjalnych negatywnych skutków zdrowotnych w razie zarażenia się przez lekarza od pacjenta chorobą zakaźną. Taki uadekwatniający charakter procedury ważenia dóbr ma szczególnie znaczenie dla dokonania ustaleń dotyczących wzajemnych relacji pomiędzy dobrem poświęcanym, jakim jest życie lub zdrowie pacjenta, a dobrem ratowanym, jakim jest życie lub zdrowie lekarza. Prawidłowe ustalenia dotyczące proporcji pomiędzy kolidującymi *in concreto* dobrami mają fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zaktualizowania się w konkretnym przypadku zasady wyłączenia z art. 26 § 4 k.k.

W świetle jednoznacznej w tym względzie regulacji art. 26 § 1 w zw. z § 4 k.k. lekarz uchylający się od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi zarażonemu chorobą zakaźną będzie mógł powołać się na stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność w tych wypadkach, w których poświęci dobro pacjenta niższej wartości w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jego własnemu dobru prawnemu wyższej wartości. W szczególności możliwe będzie powołanie się na stan wyższej konieczności z art. 26 § 1 k.k. w sytuacjach, w których zaniechanie pomocy medycznej pacjentowi będzie ograniczało się do spowodowania negatywnych następstw w zakresie jego zdrowia, jeśli pozwoli to na uchylenie bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lekarza<sup>40</sup>. Natomiast ze względu na przewidzianą w art. 26 § 4 k.k. zasadę wyłączenia lekarz nie będzie mógł skutecznie uchylić się od odpowiedzialności karnej za negatywne następstwa na życiu lub zdrowiu pacjenta spowodowane zaniechaniem udzielenia świadczenia zdrowotnego z uwagi na obawę zarażenia się chorobą zakaźną w tych sytuacjach, w których będąc gwarantem ochrony, miałby poświęcić dobro pacjenta o równej lub większej wartości jak jego własne dobro ratowane.

W szczególności brak będzie podstaw do powołania się na stan wyższej konieczności wyłączający winę w tych wszystkich przypadkach, w których lekarz jako osoba zobowiązana do ratowania dobra nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste uchyliłby się od udzielenia świadczenia zdrowotnego, poświęcając dobro prawne w postaci życia pacjenta, nawet wówczas, gdyby działał w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla własnego życia. Regulacje art. 26 § 4 k.k. czy też art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry dają asumpt do twierdzenia, że w przypadkach, w których uchylenie się od udzielenia świadczenia zdrowotnego zarażonemu chorobą zakaźną pacjentowi zagrażałoby

<sup>40</sup> Przykładem ilustrującym taką sytuację będzie uchylenie się przez lekarza należącego do grupy podwyższonego ryzyka wystąpienia ciężkich lub śmiertelnych powikłań związanych z przechodzeniem ostrej choroby zakaźnej układu oddechowego COVID-19 (np. lekarz po 65. roku życia leczący się na chorobę nowotworową) od udzielenia świadczenia zdrowotnemu pacjentowi zarażonemu koronawirusem w sytuacji, w której zaniechanie takiego świadczenia ograniczałoby się do zagrożenia zdrowia pacjenta, ale nie zagrażałoby jego życiu.

jego życiu, przyjęc należy, że na lekarzu ciąży bezwzględny obowiązek udzielenia mu pomocy medycznej, nawet jeśli realizacja obowiązku gwarancyjnego łączyła się ze stworzeniem zagrożenia dla jego najbardziej wartościowego dobra prawnego, jakim jest życie. Przy czym, jak już była o tym mowa, w świetle przyjmowanego w tym opracowaniu poglądu zasada wyłączenia z art. 26 § 4 k.k. nie odnosi się do sytuacji, w których realizacja obowiązku gwarancyjnego wykraczałaby już poza narażenie się lekarza w związku z wykonywaniem zawodu na niebezpieczeństwo osobiste, a generowałaby tak wysokie prawdopodobieństwo spowodowania u niego negatywnych konsekwencji zdrowotnych, a nawet śmierci, że realizacja obowiązku gwarancyjnego przekształcałaby się w poświęcenie jego własnych dóbr prawnych.

W kontekście dokonywania ustaleń dotyczących zaistnienia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych, których ratowanie może uzasadniać uchylenie się przez lekarza od udzielenia świadczenia zdrowotnego zarażonemu chorobą zakaźną pacjentowi, nie da się wykluczyć tego, że w konkretnym układzie okoliczności faktycznych zaniechanie realizacji ciężącego na lekarzu obowiązku gwarancyjnego będzie mogło zostać jednocześnie ocenione w perspektywie uchylania bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia innych pacjentów, wobec których lekarz będzie gwarantem nienastąpienia skutku przestępnego<sup>41</sup>. Nie da się też *a priori* wykluczyć powoływania się przez lekarza na twierdzenie, że uchylenie się od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi chroniło dobra prawne o charakterze ponadindywidualnym, związane z zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania danej jednostki służby zdrowia<sup>42</sup>. W świetle prezentowanego w tym opracowaniu wąskiego modelu wykładni art. 26 § 4 k.k. istotne jest podkreślenie, że zasada wyłączenia znajduje zastosowanie tylko w tych sytuacjach, w których lekarz miałby poświęcać dobro prawne pacjenta kosztem ratowania własnych dóbr osobistych. Ograniczenie to nie znajduje natomiast zastosowania w sytuacjach, w których lekarz uchylałby się od udzielenia świadczenia zdrowotnego w celu ratowania innych dóbr prawnych niż jego własne. W związku z powyższym w sytuacjach, w których doszłoby do zaniechania przez lekarza udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla innych dóbr niż jego własne dobra osobiste, może on powołać się na stan wyższej konieczności wyłączający winę z art. 26 § 2 k.k. bez ograniczeń wynikających z art. 26 § 4 k.k.

<sup>41</sup> Na przykład w sytuacji uchylenia się przez lekarza od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi zarażonemu chorobą zakaźną, ale nieznajdującemu się w stanie zagrożenia życia, np. ze względu na zachodzące *in concreto* niebezpieczeństwo zarażenia chorobą zakaźną innych pacjentów oraz personelu medycznego.

<sup>42</sup> Na przykład w sytuacji uchylenia się od udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi zarażonemu chorobą zakaźną, ale nieznajdującemu się w stanie zagrożenia życia, gdy udzielenie takiego świadczenia zdrowotnego w tej konkretnej jednostce służby zdrowia mogłoby prowadzić do istotnych zakłóceń w jej funkcjonowaniu, a w konsekwencji możliwości udzielania świadczeń zdrowotnych innym pacjentom.



## ABSTRACT

**dr Marek Bielski**

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), assistant professor at the Department of Criminal Law of the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University.

**Limits of doctor's criminal liability for avoiding treatment. A few notes about the interpretation of the Article 26 § 4 Criminal Code**

*The article is devoted to the analysis of the grounds and scope of doctor's criminal liability for not providing health care to a patient infected with an infectious disease due to the possible threat to his own life or health. The text presents an analysis of the conditions that must be met to enable the doctor to invoke a state of necessity in such collision situations. Particular attention has been given to discuss the scope of application of the Article 26 § 4 Criminal Code, which limits the possibility to invoke a state of necessity which excludes guilt, when the perpetrator sacrifices the interest he had a special duty to protect even by exposing himself to personal danger.*

**Keywords:** *criminal liability of a doctor, state of necessity, Article 26 Criminal Code*

**dr Marek Bielski**

ORCID: 0000-0003-0915-7648; e-mail: marek.bielski@uj.edu.pl

Autor jest adwokatem (ORA w Krakowie), adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

## BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

**Berent Marcin, Filar Marian** (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016

**Bielski Marek**, *Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego* (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012

**Bielski Marek**, *Normatywne podstawy dekodowania znamion przedmiotowych przestępstw materialnych z zaniechania jako przestępstw indywidualnych właściwych – przyczynek do wykładni art. 2 k.k. (w:) Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017

**Bielski Marek**, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia Sądu*

Najwyższego z 3.06.2004 r. (V KK 37/04), „Przegląd Sądowy” 2005/4, s. 119

**Buchała Kazimierz**, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989

**Buchała Kazimierz, Zoll Andrzej**, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997

**Filar Marian**, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000

**Giezek Jacek**, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994

**Giezek Jacek**, *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania (w:) System prawa karnego, t. 3, Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013

**Jankowiak Jarosław**, *Glosa do wyroku SN z 15.05.2001 r. (II UKN 395/00)*, OSP 2003/7–8, poz. 87

**Jankowiak Jarosław**, *Prawo powstrzymania się od wykonywania niebezpiecznej pracy przez pracowników zobowiązanych do ratowania życia ludzkiego lub mienia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997/4, s. 93

**Kędziora Renata**, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009

**Kubicki Leszek**, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975

**Kulesza Jan**, *Granice obowiązku gwaranta w świetle art. 162 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2006/7–8, s. 113

**Kulesza Jan**, *Lekarski obowiązek pomocy na tle obowiązku ogólnoludzkiego (art. 162 k.k.)*, „Prawo i Medycyna” 2006/22, s. 104

**Kulik Marek (w:)** *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015

**Lachowski Jerzy (w:)** *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej. System prawa karnego, t. 4*, red. L. Paprzycki, Warszawa 2016

**Lachowski Jerzy**, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005

**Liszewska Agnieszka**, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998

**Majewski Jarosław**, *O pożytkach i szkodach dotychczasowych dociekań nad problematyką źródeł obowiązku gwaranta*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004/4, s. 116

**Majewski Jarosław**, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu (zagadnienia węzłowe)*, Kraków 1997

- Majewski Jarosław**, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002
- Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016
- Sroka Tomasz**, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013
- Tarapata Szymon**, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019
- Wyka Teresa** (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 2, Artykuły 114–304<sup>5</sup>, red. K. Baran, Warszawa 2020
- Zatyka Elżbieta**, *Lekarski obowiązek udzielenia pomocy a ryzyko związane z wykonywaniem zawodu (zarys problemu)* (w:) *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006
- Zielińska Eleonora**, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001
- Zoll Andrzej** (w:) *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016
- Zoll Andrzej**, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988
- Zoll Andrzej**, *Prawo lekarza do odmowy udzielania świadczeń zdrowotnych i jego granice*, „Prawo i Medycyna” 2003/13, s. 23
- Zoll Andrzej**, *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, „Prawo i Medycyna” 2000/5, s. 37
- Zontek Witold** (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Artykuły 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017

**Pojęcia kluczowe:** *prawo do ochrony zdrowia, zasada proporcjonalności, epidemia, COVID-19, powstrzymanie się od wykonywania pracy, ograniczenia praw pacjenta*

# Artykuły

*Tomasz Sroka*

## OGRANICZENIA PRAW I WOLNOŚCI KONSTYTUCYJNYCH ORAZ PRAW PACJENTA W ZWIĄZKU Z WYSTĄPIENIEM ZAGROŻENIA EPIDEMICZNEGO<sup>1</sup>

W artykule poruszono kwestię, w jaki sposób zasada proporcjonalności powinna znaleźć zastosowanie do wprowadzania ograniczeń praw i wolności konstytucyjnych lub praw pacjenta w celu przeciwdziałania zagrożeniu epidemicznemu. Zwrócono uwagę na zagrożenia dla właściwego rozwiązania konfliktu między ochroną zdrowia publicznego a ochroną praw i wolności jednostek w czasie pandemii, takie jak np. stosowany język prawny i prawniczy, zjawisko sekurytyzacji zdrowia publicznego czy też ryzyko stygmatyzacji członków społeczeństwa. Jako przykład sfery, w której właściwego wyważenia wymaga ochrona interesów indywidualnych i zbiorowych, wskazano warunki pracy personelu medycznego oraz problematykę możliwości powstrzymania się od świadczenia pracy w razie niezapewnienia przez pracodawcę odpowiednich środków ochrony osobistej. Przeciwdziałanie epidemii niekiedy wymaga, także przy zastosowaniu zasady proporcjonalności, ograniczenia praw pacjentów. Mając na uwadze znaczenie prawa do ochrony zdrowia, w artykule wskazano, w jakim kierunku należy interpretować art. 5 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, zezwalający na ograniczenie praw pacjenta z uwagi na wystąpienie zagrożenia epidemicznego.

<sup>1</sup> Zamieszczone w tym artykule analizy są efektem badań przeprowadzonych w ramach projektu „Restrykcje i represje stanu epidemii (prawne aspekty funkcjonowania społeczeństwa w trakcie i po pandemii)”. Projekt finansowany ze środków konkursu SocietyNow!#1 w ramach programu Inicjatywa Doskonałości w Uniwersytecie Jagiellońskim.

Jednym z konstytucyjnych obowiązków państwa w zakresie szeroko rozumianej ochrony zdrowia jest podejmowanie działań w kierunku zwalczania chorób epidemicznych (art. 68 ust. 4 Konstytucji<sup>2</sup>). Powyższa norma programowa nakłada na władze publiczne obowiązek ochrony zdrowia nie tylko w wymiarze indywidualnym, ale i ogólnospołecznym, wskazując tym samym jeden z kierunków działań państwa w zakresie zdrowia publicznego. Także z treści art. 9 i art. 168 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>3</sup> można wyprowadzić obowiązek państw członkowskich i samej Unii Europejskiej zapewnienia wysokiego poziomu ochrony zdrowia publicznego m.in. w celu zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych, w tym podczas działań polegających na zarządzaniu ryzykiem związanym z COVID-19<sup>4</sup>.

Obowiązek ochrony zdrowia publicznego, wywodzony z art. 68 ust. 4 Konstytucji, szczególnie w połączeniu z gwarancjami wynikającymi z konstytucyjnych praw do ochrony życia i zdrowia (art. 38 i art. 68 ust. 1 Konstytucji), obejmuje również konieczność podejmowania przez władze publiczne działań ukierunkowanych na wyeliminowanie lub co najmniej minimalizowanie zagrożenia związanego z występującymi na terenie kraju zakażeniami i chorobami zakaźnymi<sup>5</sup>, w tym w drodze zapewnienia rzeczywistego dostępu do systemu ochrony zdrowia ukierunkowanego na diagnozowanie i leczenie chorób epidemicznych. Ochrona zdrowia na gruncie art. 68 ust. 1 Konstytucji obejmuje bowiem również zdrowie publiczne<sup>6</sup>.

Ochrona zdrowia publicznego w aspekcie zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych to nie tylko opieka zdrowotna nad osobami chorymi lub podejrzanymi o zakażenie, ale także działania mające na celu zapobieganie dalszemu rozprzestrzenianiu się zakażenia. W tym aspekcie ochrona zdrowia publicznego często jednak łączy się z ograniczaniem praw lub wolności jednostek, czego najlepszym przykładem jest problematyka obowiązkowych szczepień ochronnych<sup>7</sup>. Rodzi to pytanie, jak daleko władza publiczna może ograniczać prawa i wolności jednostek w celu zwalczania chorób epidemicznych, mając na uwadze, że stosowane rozwiązania powinny gwarantować sprawne i rzetelne realizowanie zadania z art. 68 ust. 4 Konstytucji<sup>8</sup>. Pytanie to jest tym bardziej istotne w dobie pandemii

<sup>2</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

<sup>3</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2), dalej TFUE.

<sup>4</sup> Zob. A.M. Paces, M. Weimer, *From Diversity to Coordination: A European Approach to COVID-19*, „European Journal of Risk Regulation” 2020, s. 3, <https://doi.org/10.1017/err.2020.36>.

<sup>5</sup> Zob. W. Lis, *Działania podejmowane w przypadkach zakażeń i chorób zakaźnych ze względu na ochronę bezpieczeństwa obywateli*, „Studia Prawnicze KUL” 2017/3, s. 33.

<sup>6</sup> Zob. L. Bosek, *Prawa pacjenta (w:) System prawa medycznego*, t. 1, Instytucje prawa medycznego, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018, s. 755.

<sup>7</sup> Zob. P. Dąbrowska-Kłosińska, *Wyzwania dla państwa prawa wobec etyki kwarantanny: analiza działań organów USA w celu ochrony zdrowia publicznego (studium przypadku)*, „Państwo i Prawo” 2018/9, s. 22.

<sup>8</sup> Zob. L. Bosek, J. Roszkiewicz, *Konstytucyjne uwarunkowania systemu udzielania świadczeń zdrowotnych (w:) System prawa medycznego*, t. 3, *Organizacja systemu ochrony zdrowia*, red. D. Bach-Golecka, R. Stankiewicz, Warszawa 2020, s. 234.

wirusa SARS-CoV-2 i choroby COVID-19, gdy zakres ograniczeń sfery wolności jednostek przybrał dotychczas niespotykaną skalę.

Realizacja zadania polegającego na ochronie zdrowia publicznego w aspekcie zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych wykorzystuje zasadniczo dwa modele działań: mikrobiologiczny i behawioralny. Wedle modelu mikrobiologicznego zakażenie i choroba zakaźna są postrzegane przede wszystkim jako efekt działania patogenu, podstawowym zaś zadaniem działań państwa z zakresu zdrowia publicznego jest identyfikacja patogenów oraz ich eliminacja lub powstrzymanie rozprzestrzeniania się. Najczęściej aktywność państwa w modelu mikrobiologicznym ma charakter prewencyjny (zapobiegawczy), czego przykładem są obowiązkowe szczepienia ochronne czy też dbanie o standard sanitarny w podmiotach wykonujących działalność leczniczą. Niemniej w wypadku zaistnienia epidemii lub pandemii działania oparte wyłącznie o model mikrobiologiczny są niewystarczające do powstrzymania rozprzestrzeniania się zakażenia. Konieczne jest wdrożenie przez państwo rozwiązań opartych na modelu behawioralnym, który zwalczanie zakażeń i chorób zakaźnych postrzega głównie przez pryzmat redukcji zachowań ryzykownych, mogących prowadzić do dalszego rozprzestrzeniania się zakażenia. Działania redukcyjne obejmują zarówno eliminację zachowań ryzykownych poszczególnych jednostek czy całych grup społecznych, jak i odpowiednią modyfikację sposobu organizacji funkcjonowania całego społeczeństwa<sup>9</sup>.

Efektywne zwalczanie epidemii lub pandemii za pomocą działań typowych dla modelu behawioralnego ochrony zdrowia publicznego, szczególnie w razie rozprzestrzeniania się zakażenia lub choroby zakaźnej powodującej istotne zagrożenie dla życia lub zdrowia członków społeczeństwa, z natury rzeczy musi prowadzić do ograniczenia, w mniejszym lub większym stopniu, praw i wolności jednostek, w celu eliminacji lub co najmniej minimalizacji zachowań ryzykownych. Mając dodatkowo na uwadze, że ochrona zdrowia publicznego obejmuje także odpowiednie gwarancje prawa do ochrony życia lub zdrowia jednostek, regulacje prawne dotyczące zwalczania chorób epidemicznych, w tym epidemii COVID-19, powinny być analizowane co najmniej z dwóch perspektyw.

Po pierwsze, obowiązkiem państwa jest ochrona interesów zbiorowych (zdrowia publicznego), czyli zdrowia wszystkich członków społeczeństwa. Obowiązek ten obejmuje zarówno działania mające na celu wyeliminowanie sytuacji lub zachowań ryzykownych, powodujących rozprzestrzenianie się zakażenia lub choroby zakaźnej, jak i zapewnienie jednostkom dostępu do systemu ochrony zdrowia, w ramach którego ludzie będą mogli uzyskać rzeczywistą pomoc medyczną. Po drugie, także w okresie epidemii czy pandemii obowiązkiem państwa pozostaje ochrona indywidualnych praw i wolności poszczególnych jednostek, które – jak wspomniano wyżej – z natury rzeczy będą podlegały ograniczeniom

<sup>9</sup> Na temat modelu mikrobiologicznego i behawioralnego zob. szerzej S. Burris, L.O. Gostin, Z. Lazarini, *The Law and the Public's Health: A Study of Infectious Disease Law in the United States*, „Columbia Law Review” 1999/59, s. 70–74.

w toku działań podejmowanych w celu ochrony zdrowia publicznego, w tym zwalczania chorób epidemicznych<sup>10</sup>. W tym zakresie istotne wydają się zwłaszcza gwarancje prawa do ochrony zdrowia, gdyż ochrona zdrowia publicznego przede wszystkim skoncentrowana jest na zdrowiu społeczeństwa jako takiego, a nie poszczególnych jednostek<sup>11</sup>, zaś indywidualne prawo do ochrony zdrowia w okresie epidemii czy pandemii nie jest i nie może być sprowadzone jedynie do opieki zdrowotnej związanej ze zwalczaniem choroby epidemicznej.

Powyższe dwie perspektywy obowiązków państwa oraz sposobu ochrony praw i wolności jednostek wskazują, że realizacja przez władze publiczne zadania polegającego na ochronie zdrowia publicznego poprzez zwalczanie zakażeń i chorób zakaźnych nieuchronnie prowadzi do konfliktu (kolizji) z prawami i wolnościami jednostek. Co więcej, w wypadku wystąpienia epidemii lub pandemii możliwości jednoczesnego zwalczania zakażenia lub choroby zakaźnej oraz zapewnienia odpowiedniej ochrony wszystkich interesów indywidualnych i zbiorowych są znacznie ograniczone<sup>12</sup>. Tymczasem państwo pozostaje zobowiązane do ochrony i gwarancji wszystkich praw i wolności jednostek, niemniej występowanie epidemii powoduje konieczność zwiększonej ochrony obywateli przed zagrożeniami dla ich życia lub zdrowia. Sytuacja ta może prowadzić do napięć społecznych<sup>13</sup>.

W konsekwencji ustawodawca powinien, przynajmniej w podstawowym zakresie, rozwiązać powyższy konflikt między ochroną zdrowia publicznego a ochroną praw i wolności jednostek na poziomie norm generalno-abstrakcyjnych. W systemie prawa medycznego obowiązuje bowiem zasada ochrony zdrowia publicznego, która – o ile jest to uzasadnione szczególnymi okolicznościami – może usprawiedliwiać ograniczenie wolności jednostki w interesie całej populacji<sup>14</sup>. Znajduje to oparcie w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji, który zezwala na ograniczenia praw lub wolności konstytucyjnych m.in. w celu ochrony zdrowia, natomiast jako jeden z istotnych aspektów ochrony zdrowia wskazuje się właśnie niebezpieczeństwo związane z zakaże-

<sup>10</sup> Zob. B.M. Meier, D.P. Evans, A. Phelan, *Rights-Based Approaches to Preventing, Detecting, and Responding to Infectious Disease* (w:) *Infectious Diseases in the New Millennium. Legal and Ethical Challenges*, red. M. Eccleston-Turner, I. Brassington, Springer 2020, s. 219 i 226.

<sup>11</sup> Zob. B.M. Meier, D.P. Evans, A. Phelan, *Rights-Based Approaches...*, s. 219.

<sup>12</sup> Zob. A. Spadaro, *COVID-19: Testing the Limits of Human Rights*, „European Journal of Risk Regulation” 2020, s. 3, <https://doi.org/10.1017/err.2020.27>.

<sup>13</sup> Zob. R. Coker, *Public health, civil liberties, and tuberculosis. How society encourages compliance reflects society's approach to the vulnerable*, „BMJ. British Medical Journal” 1999/318, s. 1434; R. Coker, *Civil liberties and public good: Detention of tuberculous patients and the Public Health Act 1984*, „Medical History” 2001/45, s. 342.

<sup>14</sup> Zob. J. Jończyk, *Zasady i modele ochrony zdrowia*, „Państwo i Prawo” 2010/8, s. 4; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Zasady prawa medycznego. Podstawy i przesłanki legalności czynności medycznych* (w:) *System prawa medycznego*, t. 2, cz. 1, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 36.

niami i chorobami zakaźnymi<sup>15</sup> czy też ogólniej ochronę zdrowia publicznego<sup>16</sup>. Zwalczanie zakażeń i chorób zakaźnych to bowiem przykład sytuacji, w której potrzeby zbiorowe (społeczeństwa) przewyższają prawa indywidualne, gdyż czasami tylko wspólne działania są mechanizmem, za pomocą którego jednostki mogą chronić siebie nawzajem<sup>17</sup>.

Jak wspomniano, skuteczne zwalczanie zakażeń i chorób zakaźnych, wymagane dla prawidłowej realizacji przez państwo obowiązku z art. 68 ust. 4 Konstytucji, w tym w razie wystąpienia epidemii lub pandemii, a także obowiązków wynikających z art. 38 i art. 68 ust. 1 Konstytucji, w sposób nieuchronny wymaga ograniczenia praw lub wolności zarówno pacjentów, jak i podmiotów wykonujących działalność leczniczą oraz osób wykonujących zawody medyczne<sup>18</sup>. W świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia te, także w czasie epidemii lub pandemii, muszą spełniać wymagania wynikające z wyrażonej w tym przepisie zasady proporcjonalności. Jedynie w razie wprowadzenia jednego z konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych, w szczególności stanu klęski żywiołowej, którego jedną z przesłanek jest m.in. masowe występowanie chorób zakaźnych, możliwe byłoby odmienne określenie zakresu i sposobu ograniczenia praw lub wolności konstytucyjnych, stosownie do art. 228 ust. 3 i 5 Konstytucji. Podobny mechanizm, pozwalający na możliwości czasowego zawieszenia (derogacji) ochrony niektórych praw człowieka z uwagi na niebezpieczeństwo publiczne zagrażające życiu Narodu, przewiduje art. 15 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>19</sup> i art. 4 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>20</sup>.

Kwestia, czy konieczność zwalczania ogólnopaństwowej pandemii, zagra-

<sup>15</sup> Zob. R. Kubiak, *Przymus przeciwepidemiczny* (w:) *System prawa medycznego*, t. 2, cz. 1, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 713.

<sup>16</sup> Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, „przesłanka «ochrony zdrowia» może być rozumiana w dwóch aspektach. Ograniczenia mające na celu ochronę zdrowia można z jednej strony usprawiedliwić ochroną praw innych osób w kontekście szeroko rozumianego zdrowia publicznego, z drugiej zaś ochroną zdrowia osoby, której to ograniczenie dotyczy (...) Trybunał Konstytucyjny uważa, że przewidziana w art. 31 ust. 3 Konstytucji możliwość ograniczenia przez ustawodawcę zakresu korzystania z wolności ze względu na ochronę zdrowia może się odnosić zarówno do ochrony zdrowia całego społeczeństwa czy poszczególnych grup, jak i zdrowia poszczególnych osób” [wyrok TK z 9.07.2009 r. (SK 48/05), OTK-A ZU 2009/7, poz. 108]. Zob. także L. Bosek (w:) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1562; M. Szydło (w:) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 788; L. Bosek, *Prawa pacjenta...*, s. 765.

<sup>17</sup> Zob. L.F. Wiley, *Infectious Disease* (w:) *Climate Change, Public Health, and the Law*, red. M. Burger, J. Gundlach, Nowy Jork 2018, s. 265.

<sup>18</sup> Zob. R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2017, s. 363; K. Pałka, *Świadczenia zdrowotne związane z chorobami zakaźnymi, w tym obowiązkowe i zalecane szczepienia* (w:) *System prawa medycznego*, t. 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2018, s. 602–603.

<sup>19</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.), dalej EKPC.

<sup>20</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38 poz. 167), dalej MPPOiP.



zającej życiu jednostek, może uzasadniać czasową derogację niektórych praw człowieka, czy też usprawiedliwiać tylko możliwość ich ograniczenia na zasadach ogólnych, jest dyskusyjna. Jakkolwiek w literaturze nie budzi wątpliwości, że ochrona zdrowia publicznego całego społeczeństwa jako taka w świetle prawa międzynarodowego może niekiedy uzasadniać czasową derogację niektórych praw człowieka<sup>21</sup>, to wątpliwości budzi, czy występująca epidemia lub pandemia, w szczególności obecna pandemia COVID-19, sama w sobie jest ku temu wystarczającym powodem. Wątpliwość ta jest związana przede wszystkim z brakiem dowodów na to, jakiego rodzaju ograniczenia sfery wolności jednostek, w sposób najmniej restrykcyjny ingerujące w tę sferę, są odpowiednie do przezwyciężenia pandemii. Z jednej strony twierdzi się, że państwo może derogować niektóre prawa człowieka, nawet gdyby zwykle ograniczenia okazały się wystarczające dla przeciwdziałania pandemii, jeżeli państwo miałoby jednak wątpliwości, czy podjęte środki nie będą naruszać pozytywnych obowiązków państwa w zakresie ochrony życia lub zdrowia jednostek. Z drugiej strony jednak wskazuje się, że dopuszczalność derogacji praw człowieka w sytuacji, gdy w rzeczywistości zwykle ograniczenia okazują się być wystarczające dla właściwej ochrony zdrowia publicznego, mogłaby prowadzić do nadużycia przez państwo uprawnień o charakterze nadzwyczajnym, właśnie poprzez nieuprawnione zawieszenie niektórych praw człowieka<sup>22</sup>.

Jak zaznaczono, w sytuacji braku formalnego wprowadzenia stanu nadzwyczajnego z art. 228 Konstytucji lub czasowego zawieszenia ochrony praw człowieka na podstawie art. 15 EKPC lub art. 4 MPPOiP ograniczenia praw lub wolności jednostek, także w czasie epidemii lub pandemii, muszą spełniać wymagania wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Oznacza to, że muszą być wprowadzone w drodze ustawy, być konieczne i pozostawać w funkcjonalnym związku z ochroną wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji (m.in. zdrowia oraz wolności i praw innych osób), a także nie naruszać istoty danego prawa lub wolności. Ponadto ograniczenia te są dopuszczalne tylko wtedy, gdy są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków (zasada przydatności), są wymagane (konieczne) dla ochrony danego interesu publicznego (zasada niezbędności) oraz korzyści wynikające z ograniczeń pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywateli (zasada proporcjonalności *sensu stricto*)<sup>23</sup>.

W wypadku zwalczania epidemii lub pandemii zakażenia lub choroby zakaźnej dopuszczalne są tylko takie sposoby ograniczeń praw lub wolności jednostek, które są w stanie doprowadzić do celu, jakim jest opanowanie epidemii (pandemii) oraz uniemożliwienie dalszego rozprzestrzeniania się zakażenia lub

<sup>21</sup> Zob. B.M. Meier, D.P. Evans, A. Phelan, *Rights-Based Approaches...*, s. 222–223.

<sup>22</sup> Zob. A. Spadaro, *COVID-19...*, s. 6.

<sup>23</sup> Zob. np. wyrok TK z 11.04.2000 r. (K 15/98), OTK ZU 2000/3, poz. 86; wyrok TK z 11.04.2006 r. (SK 57/04), OTK-A ZU 2006/4, poz. 43; wyrok TK z 2.07.2007 r. (K 41/05), OTK-A ZU 2007/7, poz. 72; wyrok TK z 2.07.2009 r. (K 1/07), OTK-A ZU 2009/7, poz. 104; wyrok TK z 4.11.2014 r. (SK 55/13), OTK-A ZU 2014/10, poz. 111.

choroby zakaźnej, które są niezbędne do osiągnięcia tego celu (brak możliwości osiągnięcia tego samego lub podobnego efektu środkami łagodniejszymi), zaś stopień ograniczeń sfery wolności jednostek jest w odpowiedniej proporcji do korzyści wynikających z ochrony zdrowia publicznego. W konsekwencji stopień ograniczeń praw lub wolności jednostek powinien być proporcjonalny do zagrożenia wynikającego z danego zakażenia lub choroby zakaźnej, a zatem zarówno stopnia i ryzyka dla życia i zdrowia człowieka, jak i stopnia zakaźności oraz mechanizmów rozprzestrzeniania się. Ponadto należy mieć na uwadze, że „wszelkie działania podejmowane przez władze publiczne zapobiegające chorobom epidemicznym (...) mają charakter subsydiarny (pomocniczy, uzupełniający, dodatkowy) wobec osobistej odpowiedzialności każdego człowieka za jego stan zdrowia (...)”<sup>24</sup>.

Także podczas pandemii COVID-19 ograniczenia praw człowieka muszą być dokonane w zakresie przewidzianym przez prawo, dla realizacji prawnie uzasadnionego celu, przy zastosowaniu zasady konieczności i proporcjonalności<sup>25</sup>. Niemniej w wypadku pandemii wirusa SARS-CoV-2 istotnym i dodatkowym problemem dla władzy publicznej jest niepewność i brak konkluzywności wiedzy medycznej (naukowej), skutkiem czego prawodawca musi działać w warunkach nie tylko niekompletnych, ale i szybko zmieniających się danych<sup>26</sup>. Z jednej strony w większym stopniu wskazuje to na potrzebę odwołania się przy ustalaniu granic dopuszczalnych ograniczeń praw lub wolności jednostek do zasady ostrożności (tzw. *precautionary principle*), szczególnie istotnej na gruncie ochrony zdrowia publicznego<sup>27</sup>. Z drugiej jednak brak rzetelnej wiedzy naukowej na temat zagrożenia epidemicznego oraz adekwatnych i skutecznych mechanizmów działania wskazywany jest jako powód dla restrykcyjnej wykładni dopuszczalności ograniczeń praw lub wolności jednostek<sup>28</sup>. Takie nadzwyczajne okoliczności podają zatem w wątpliwość, czy i na ile w ogóle możliwa jest prawidłowa realizacja zasady proporcjonalności w czasie epidemii (pandemii)<sup>29</sup>.

Przestrzeganiu zasady proporcjonalności w ograniczaniu praw lub wolności

<sup>24</sup> L. Bosek, J. Roszkiewicz, *Konstytucyjne uwarunkowania systemu udzielania świadczeń zdrowotnych* (w: *System prawa medycznego*, t. 3, *Organizacja systemu ochrony zdrowia*, red. D. Bach-Golecka, R. Stankiewicz, Warszawa 2020, s. 234.

<sup>25</sup> Zob. A. Spadaro, *COVID-19...*, s. 4.

<sup>26</sup> Zob. A.M. Paces, M. Weimer, *From Diversity to Coordination...*, s. 2–3.

<sup>27</sup> Zob. art. 168 ust. 1 TFUE. Jak wskazał TSUE „zasada ostrożności stanowi ogólną zasadę prawa wspólnotowego nakładającą na odpowiednie władze, w ściśle określonych ramach realizowania uprawnień przyznanych im na mocy odpowiednich przepisów, obowiązek podjęcia stosownych środków w celu zapobieżenia określonemu potencjalnemu ryzyku dla zdrowia publicznego, bezpieczeństwa i środowiska naturalnego, nadając przy tym pierwszeństwo wymogom związanym z ochroną tych interesów przed interesami gospodarczymi. Ponieważ instytucje Wspólnoty są odpowiedzialne, we wszystkich dziedzinach działalności, za ochronę zdrowia publicznego, bezpieczeństwa i środowiska, zasadę ostrożności można uznać za autonomiczną zasadę wynikającą z postanowień Traktatu (...)” – wyrok TSUE z 21.10.2003 r. w sprawie T-392/02, *Solvay Pharmaceuticals bv v. Rada Unii Europejskiej*.

<sup>28</sup> Zob. C. Katzenmeier, *Grundrechte in Zeiten von Corona*, „Medizinrecht” (MedR) 2020/38, s. 4.

<sup>29</sup> Zob. A.M. Paces, M. Weimer, *From Diversity to Coordination...*, s. 4.

jednostek podczas zwalczania chorób epidemicznych nie sprzyjają także zarówno język prawny, jak i język prawniczy stosowany w sferze ochrony zdrowia publicznego. W języku prawnym powszechnie bowiem używa się sformułowania „zwalczanie zakażeń i chorób zakaźnych”, co – jakkolwiek miało zwracać uwagę na szeroki zakres czynności, jakie są wymagane do przezwyciężenia epidemii, nieograniczonych jedynie do udzielania świadczeń zdrowotnych – może sugerować istnienie jakiegoś nadzwyczajnego zagrożenia, które wymaga zwalczania podobnie jak agresja zbrojna na państwo nadzwyczajnych środków. Takie podejście można teoretycznie odczytywać jako przyzwolenie na szersze czy bardziej intensywne ograniczenie wolności i praw jednostek dla realizacji tego celu. Podobnie w języku prawniczym używa się sformułowań odwołujących się do retoryki wojny. Twierdzi się bowiem, że epidemia wirusa SARS-CoV-2 to „wojna z niewidzialnym wrogiem”, pracownicy ochrony zdrowia znajdują się zaś na „pierwszej linii frontu”. Takie przedstawienie pandemii może sugerować, że przeciwdziałanie epidemii (pandemii) może uzasadniać zastosowanie ograniczeń praw lub wolności jednostek podobnych do tych podczas wojny, dodatkowo przez ostatnie lata niespotykanych w poszczególnych krajach<sup>30</sup>. Przekaz ten jest wzmacniany przez działania polityków, szczególnie te o charakterze populistycznym, w ramach których pojawia się niebezpieczeństwo manipulowania faktami na temat zagrożenia czy wręcz dopuszczalności wprowadzania ograniczeń praw lub wolności jednostek, które nie mają uzasadnienia medycznego, prawnego lub etycznego<sup>31</sup>.

Problemem przy ocenie zasady proporcjonalności w dobie epidemii (pandemii) jest również zjawisko określane mianem sekurytyzacji podejścia do chorób zakaźnych (tzw. *securitisation*). W jego ramach zagrożenia dla zdrowia publicznego, w tym wynikające z zakażeń i chorób zakaźnych, postrzegane są jako egzystencjalne zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego, wymagające podjęcia środków nadzwyczajnych i działania poza normalnymi granicami<sup>32</sup>. Kwalifikowanie niektórych chorób zakaźnych jako zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego może stanowić sposób usprawiedliwiania stosowania takich ograniczeń praw lub wolności jednostek, które przy braku takiej kwalifikacji traktowane byłyby jako nieproporcjonalne<sup>33</sup>. W konsekwencji „prosta” sekurytyzacja zdrowia publicznego prowadzi do napędzania takich działań państwa w odpowiedzi na ryzyko związane z rozprzestrzenianiem się zakażeń czy chorób zakaźnych, które – w dalszej perspektywie – szkodzą zarówno prawom człowieka, jak i zdrowiu publicznemu<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Zob. P. Dąbrowska-Kłosińska, *Wyzwania dla państwa prawa...*, s. 23; A. Spadaro, *COVID-19...*, s. 1.

<sup>31</sup> Zob. P. Dąbrowska-Kłosińska, *Wyzwania dla państwa prawa...*, s. 36.

<sup>32</sup> Zob. T. Murphy, N. Whitty, *Is human rights prepared? Risk, rights and public health emergencies*, „Medical Law Review” 2009/17, s. 220–221; P. Dąbrowska-Kłosińska, *Wyzwania dla państwa prawa...*, s. 23; B.M. Meier, D.P. Evans, A. Phelan, *Rights-Based Approaches...*, s. 245.

<sup>33</sup> Zob. B.M. Meier, D.P. Evans, A. Phelan, *Rights-Based Approaches...*, s. 246.

<sup>34</sup> Zob. B.M. Meier, D.P. Evans, A. Phelan, *Rights-Based Approaches...*, s. 247.

Wszystkie powyższe czynniki powodują, że w czasach epidemii lub pandemii oraz podejmowanych na szeroką skalę działań mających na celu zwalczanie zakażeń lub chorób zakaźnych pojawia się szersza społecznie akceptacja dla ograniczania praw lub wolności jednostek. Jest to związane przede wszystkim z trudnością precyzyjnej oceny rodzaju i skali zagrożenia oraz koniecznością ochrony fundamentalnych wartości jak życie i zdrowie ludzkie. Niemniej właśnie ten efekt społeczny zwalczania chorób epidemicznych prowadzi do wniosku, że tym bardziej w sytuacjach kryzysowych kwestia sposobu i zakresu dopuszczalnego ograniczania konstytucyjnych praw i wolności jednostek jest istotnym zagadnieniem<sup>35</sup>. Przewrotnie nawet twierdzi się, że powszechna akceptacja dla wszelkich ograniczeń praw i wolności jednostek w czasie epidemii (pandemii), bez dogłębnej analizy proporcjonalności zarówno ich wprowadzenia, jak i kontynuacji stosowania, może prowadzić wręcz do przeobrażenia demokratycznego państwa prawa w „faszystowsko-histeryczne państwo higieny”<sup>36</sup>.

Konieczność właściwego wyważenia ograniczeń praw i wolności konstytucyjnych w czasie epidemii (pandemii) związana jest również z niebezpieczeństwem stygmatyzowania członów społeczeństwa czy wręcz ostracyzmu społecznego lub wrogości społecznej, szczególnie gdy epidemia trwa dłuższy czas<sup>37</sup>. Już obecnie przeciwdziałanie stygmatyzacji określonych grup społecznych, szczególnie pracowników ochrony zdrowia, wskazuje się jako jeden z istotnych celów związanych ze zwalczaniem np. COVID-19<sup>38</sup>. Co więcej, owa stygmatyzacja określonych grup społecznych może także oddziaływać negatywnie na samo zwalczanie zakażeń lub chorób zakaźnych. W kontekście COVID-19 wskazuje się przykładowo, że stygmatyzowanie osób z zamkniętych populacji czy bezdomnych może wręcz prowadzić do dalszego rozprzestrzeniania się choroby<sup>39</sup>. Osoby te bowiem, ze względu na nieproporcjonalnie wysokie potrzeby w zakresie ochrony zdrowia, ograniczony dostęp do wysokiej jakości opieki zdrowotnej oraz uwarunkowania środowiskowe, są narażone na zwiększone zagrożenie dla życia lub zdrowia<sup>40</sup>.

Ponadto trzeba mieć na uwadze, że przygotowane na ewentualny okres epidemii regulacje prawne do czasu pandemii choroby COVID-19 w większości przypadków nie przeszły jakiegokolwiek testu pod kątem skuteczności przeciwdziałania zagrożeniu oraz proporcjonalności ingerencji w sferę wolności jednostek w obecnych czasach, gdyż mniej więcej od połowy lat 50. XX wieku

<sup>35</sup> Zob. C. Katzenmeier, *Grundrechte...*, s. 3.

<sup>36</sup> Zob. C. Katzenmeier, *Grundrechte...*, s. 3 („faschistoid-hysterischen Hygienestaat”).

<sup>37</sup> Zob. S. Burris, L.O. Gostin, Z. Lazzarini, *The Law and the Public's Health...*, s. 92–93; R. Coker, *Civil Liberties...*, s. 344.

<sup>38</sup> Zob. B.M. Meier, D.P. Evans, A. Phelan, *Rights-Based Approaches...*, s. 230.

<sup>39</sup> Zob. B.M. Meier, D.P. Evans, A. Phelan, *Rights-Based Approaches...*, s. 231.

<sup>40</sup> Zob. B.F. Henry, *Social Distancing and Incarceration: Policy and Management Strategies to Reduce COVID-19 Transmission and Promote Health Equity Through Decarceration*, „Health Education & Behavior” 2020, s. 1, <https://doi.org/10.1177/1090198120927318>.

większość zakażeń i chorób zakaźnych została co do zasady wyeliminowana, opanowana lub kontrolowana<sup>41</sup>. Tymczasem w literaturze zwracano uwagę, że reżim prawny i organizacyjny zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych jest przestarzały i niedofinansowany<sup>42</sup>. Jakkolwiek zatem mechanizmy wykorzystywane obecnie do przeciwdziałania COVID-19 są zasadniczo takie same, jak te stosowane niemal sto lat temu do zwalczania epidemii grypy<sup>43</sup> i opierają się przede wszystkim na izolacji społecznej, w tym izolacji i kwarantannie osób zakażonych lub podejrzanych o zakażenie, to proste stosowanie mechanizmów prawnych, wykreowanych niemal sto lat temu, do zwalczania obecnej pandemii zdaje się nie brać pod uwagę znaczących przemian społecznych czy rozwoju nauki i techniki, a także rozpoznania w systemie prawnym konieczności ochrony istotnych interesów jednostek.

W związku z powyższym nie można się zgodzić z poglądem prezentowanym w doktrynie, że w wypadku zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych „nie można (...) koncentrować się nadmiernie na demokratycznych procedurach i ochronie wolności człowieka, skoro, wyjątkowo, konkretna sytuacja zmusza, by człowieka traktować jako potencjalne lub istniejące źródło znacznego zagrożenia zdrowia publicznego”<sup>44</sup>. Wręcz przeciwnie, to właśnie silna ochrona praw człowieka osób chorych zakaźnie, zakażonych lub podejrzanych o zakażenie jest gwarantem efektywnego stosowania mechanizmów zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych<sup>45</sup>, a także gwarantem funkcjonowania demokratycznego państwa prawa, właściwie chroniącego konstytucyjne prawa i wolności jednostek. Epidemia lub pandemia oraz jej zwalczanie jest zatem okresem, w którym – z uwagi na nadzwyczajne okoliczności – tym bardziej należy dbać o to, aby ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności jednostek następowały zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Przykładem sfery, w której m.in. w okresie zagrożenia epidemicznego właściwe zbalansowanie chronionych przez państwo interesów jest niezwykle istotne, są warunki świadczenia pracy przez personel medyczny. Powszechnym zjawiskiem w czasie pandemii COVID-19 jest bowiem np. niedobór środków ochrony osobistej. Braki w tym zakresie, w określonych okolicznościach faktycznych, mogą stwarzać lub stwarzają bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub nawet życia pracowników ochrony zdrowia. Jakkolwiek co do zasady pracownik ma prawo powstrzymać się od wykonywania pracy, „gdy warunki pracy nie odpowiadają przepisom bezpieczeństwa i higieny pracy i stwarzają bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia pracownika albo gdy wykonywana przez niego praca grozi takim niebezpieczeństwem innym osobom”, to – zgodnie z art. 210

<sup>41</sup> Zob. R. Coker, *Civil liberties...*, s. 349.

<sup>42</sup> Zob. L.F. Wiley, *Infectious Disease...*, s. 242.

<sup>43</sup> Zob. A. Alemanno, *Taming COVID-19 by Regulation: An Opportunity for Self-Reflection*, „European Journal of Risk Regulation” 2020, s. 1, <https://doi.org/10.1017/err.2020.43>.

<sup>44</sup> M. Świdwerska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 276.

<sup>45</sup> Zob. S. Burris, L.O. Gostin, Z. Lazzarini, *The Law and the Public's Health...*, s. 113.

§ 5 Kodeksu pracy<sup>46</sup> – uprawnienie to nie dotyczy pracownika, którego obowiązkiem pracowniczym jest m.in. ratowanie życia<sup>47</sup>.

Sąd Najwyższy niemal 20 lat temu postawił tezę, że „personelowi lekarsko-pielęgniarskiemu w zakresie obowiązków pracowniczych nie przysługuje uprawnienie do powstrzymania się od wykonywania pracy niebezpiecznej (art. 210 § 5 w związku z art. 210 § 1 k.p.)”<sup>48</sup>, która często cytowana jest przez komentatorów jako aprobowany kierunek wykładni powyższego przepisu, wykluczający generalnie możliwość powstrzymania się od wykonywania pracy przez pracowników ochrony zdrowia<sup>49</sup>. Proste przeniesienie tej tezy na czas zagrożenia epidemicznego, dodatkowo przy podejściu sekurytyzacyjnym do ochrony zdrowia publicznego oraz stawianiu personelu medycznego „na pierwszej linii frontu walki z epidemią”, mogłoby prowadzić do konkluzji, że także w czasie pandemii COVID-19 pracownicy wykonujący zawody medyczne, jako osoby zobowiązane m.in. do ratowania życia ludzkiego, nie mogą powstrzymać się od wykonywania pracy w razie niezapewnienia środków ochrony indywidualnej.

Tymczasem takie podejście pomija obowiązek państwa zapewnienia gwarancji także dla prawa do ochrony życia i zdrowia personelu medycznego oraz poszanowania godności ludzkiej, której elementem jest m.in. brak możliwości nałożenia przez władze publiczne na jednostkę obowiązku, którego wykonanie z dużym stopniem prawdopodobieństwa lub z pewnością prowadziłoby np. do śmierci czy też bardzo poważnego uszczerbku na zdrowiu. Nie bierze również pod uwagę, że stopień zagrożenia dla życia lub zdrowia pracowników ochrony zdrowia może w czasie epidemii (pandemii) wykroczać poza ryzyko powszechnie akceptowane na danym stanowisku pracy<sup>50</sup>. Ochrona zdrowia publicznego, a także związana z nią ochrona życia i zdrowia poszczególnych członków społeczeństwa, w warunkach epidemii (pandemii) nie może sprowadzać się do nałożenia na osoby wykonujące zawody medyczne bezwzględnego obowiązku udzielania świadczeń zdrowotnych, gdyż podejście takie nie zapewnia minimalnych gwarancji ochrony życia i zdrowia personelu medycznego, a w dalszej perspektywie, w razie niedo-

<sup>46</sup> Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.), dalej k.p.

<sup>47</sup> W literaturze wskazuje się, że w przypadku pracowników wskazanych w art. 210 § 5 k.p. „mamy do czynienia z ustawowym ograniczeniem prawa do ochrony życia i zdrowia, ze względu na konieczność ochrony innych dóbr (wartości) wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w tym praw i wolności innych osób, którym w określonej sytuacji należy dać pierwszeństwo przed ochroną życia i zdrowia pracownika” – T. Liszcz (w:) *System prawa pracy*, t. 1, *Część ogólna*, red. K.W. Baran, Warszawa 2017, rozdz. 4.8.

<sup>48</sup> Wyrok SN z 15.05.2001 r. (II UKN 395/00), OSNP 2003/3, poz. 70. Zob. także wyrok SN z 13.04.2000 r. (I PKN 584/99), OSNP 2001/21, poz. 636.

<sup>49</sup> Zob. np. M. Raczkowski (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. M. Gersdorf, M. Raczkowski, K. Rączka, Warszawa 2014, teza 8 do art. 210; P. Wojciechowski (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. L. Florek, Warszawa 2017, teza 7 do art. 210; A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018, nb 14 do art. 210; E. Maniewska (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K. Jaśkowski, E. Maniewska, Warszawa 2019, teza 10 do art. 210. Zob. także T. Nycz, *Dyżur medyczny i gotowość do udzielania świadczeń medycznych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2000/10, s. 27.

<sup>50</sup> Zob. K. Walczak (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Muszalski, Warszawa 2019, teza 8 do art. 210.

boru kadry medycznej, może niweczyć także obowiązek ochrony zdrowia publicznego. Właściwe zastosowanie zasady proporcjonalności, szczególnie w czasie epidemii (pandemii), powinno prowadzić do zupełnie odmiennego odczytania treści art. 210 § 1 i 5 k.p., w kierunku dopuszczającym w niektórych sytuacjach powstrzymanie się od wykonywania pracy w warunkach określonych w art. 210 § 1 k.p. także przez personel lekarsko-pielęgniarski<sup>51</sup>.

Artykuł 210 § 5 k.p. stanowi szczególny rodzaj stanu wyższej konieczności, w ramach którego ustawodawca rozstrzygnął na poziomie generalno-abstrakcyjnym potencjalną sytuację kolizyjną między ochroną życia i zdrowia pracownika a ochroną życia innych osób. Niemniej, jak każdy mechanizm służący do rozwiązywania sytuacji kolizyjnych, także art. 210 § 1 i 5 k.p. znajduje zastosowanie jedynie do konkretnych okoliczności faktycznych i konkretnego obowiązku wykonywanego przez pracownika, a nie stanowi podstawy generalnego wykluczenia prawa do powstrzymania od wykonywania pracy przez określoną grupę pracowników, niezależnie od rodzaju wykonywanego obowiązku pracowniczego. Właściwe wyważenie z jednej strony ochrony zdrowia publicznego oraz w dalszej kolejności życia i zdrowia poszczególnych osób, a z drugiej strony poszanowanie godności oraz prawa do ochrony życia lub zdrowia członka personelu medycznego, w szczególności w czasie pandemii COVID-19, powinno prowadzić do wniosku, że art. 210 § 5 k.p. nie stanowi podstawy do generalnego wykluczenia prawa powstrzymania się od wykonywania pracy przez członka personelu medycznego, ale wyłącznie w tych sytuacjach, w których *in concreto* w stosunku do określonych pracowników ochrony zdrowia aktualizuje się obowiązek ratowania życia ludzkiego<sup>52</sup>. W konsekwencji w sytuacji, gdy pracownik ochrony zdrowia nie realizuje lub ma nie realizować w danym momencie obowiązku polegającego *in concreto* na ratowaniu życia ludzkiego, zachowuje uprawnienie do powstrzymania się od wykonywania pracy w warunkach określonych w art. 210 § 1 k.p., niemniej przy spełnieniu ewentualnych dodatkowych wymagań wynikających z przepisów szczególnych, w tym np. art. 38 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry<sup>53</sup>, gdyż sytuacja taka nie jest objęta wyjątkiem z art. 210 § 5 k.p. Tylko takie odczytanie treści art. 210 § 5 k.p. zdaje się być prawidłowym zastosowaniem testu proporcjonalności w systemie ochrony zdrowia. Dodatkowo, ze względu na obowiązek poszanowania godności ludzkiej oraz minimalnych gwarancji ochrony życia, art. 210 § 5 k.p. nie może być odczytywany jako obligujący pracownika medycznego do udzielenia pomocy także wówczas, gdy jej udzielenie wiązałoby się w sposób pewny lub niemal

<sup>51</sup> Sugestie, że personel medyczny, w sytuacji niezapewnienia środków ochrony indywidualnej, mógłby skorzystać z uprawnienia z art. 210 § 1 k.p., wskazała np. T. Wyka (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K.W. Baran, Warszawa 2020, teza 6 do art. 210.

<sup>52</sup> W tym kierunku J. Jankowiak, *Glosa do wyroku SN z 15.05.2001 r.(II UKN 395/00)*, OSP 2003/7–8, poz. 87.

<sup>53</sup> Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2020 r. poz. 514 ze zm.). Zob. A. Miętek, Ł. Pisarczyk, *Pravo pracy w ochronie zdrowia (w:) System prawa medycznego*, t. 3, *Organizacja systemu ochrony zdrowia*, red. D. Bach-Golecka, R. Stankiewicz, Warszawa 2020, s. 833.

pewny z pozbawieniem życia lub poważnym uszczerbkiem na zdrowiu<sup>54</sup>. Demokratyczne państwo prawa nie może bowiem nakładać na pracowników ochrony zdrowia prawnego i bezwzględnie obowiązującego poświęcenia własnego życia.

Ochrona praw i wolności konstytucyjnych winna następować zarówno w relacjach wertykalnych (państwo–jednostka), jak i horyzontalnych (jednostka–jednostka). Nie budzi wątpliwości, że w czasach pokoju czy też braku ogólnokrajowego lub ogólnoświatowego zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego ochrona ta jest przede wszystkim realizowana i analizowana w perspektywie wertykalnej. Gwarancje wynikające z praw człowieka postrzegane są głównie jako mechanizm obrony jednostki przed państwem i działaniami władczymi. Nie oznacza to oczywiście, że aspekt horyzontalny ochrony praw lub wolności konstytucyjnych jest bez znaczenia, ale pozostaje na dalszym planie.

Tymczasem epidemia (pandemia) zakażenia lub choroby zakaźnej, które rodzą istotne zagrożenie dla życia lub zdrowia całego społeczeństwa, zmienia owo klasyczne spojrzenie na ochronę praw i wolności jednostki, gdyż konieczność zapewnienia wzajemnego bezpieczeństwa członków społeczeństwa zaczyna przeważać nad wolnością. Jest to konsekwencją podstawowego celu działań środków z zakresu zdrowia publicznego, takich jak kwarantanna czy izolacja społeczna, które są przede wszystkim skierowane na ochronę rozprzestrzeniania się zakażenia między osobami<sup>55</sup>. Punkt ciężkości ochrony praw lub wolności jednostek przesuwa się tym samym z perspektywy wertykalnej na horyzontalną oraz z gwarancji pozytywnych praw człowieka na możliwe usprawiedliwienie ich ograniczenia dla ochrony interesu wspólnego (zdrowia publicznego)<sup>56</sup>.

Ograniczenia praw lub wolności konstytucyjnych na potrzeby zwalczania chorób epidemicznych w aspekcie horyzontalnym mogą być efektem zarówno stosowania na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów klauzul generalnych, pozwalających na dostosowanie przez jednostki łączącego je stosunku prawnego, czy też szerzej, relacji do konkretnej sytuacji faktycznej, jak i szczególnych regulacji prawnych, które wiążą w okresie epidemii lub pandemii. Najważniejszym przykładem tej drugiej sytuacji są ograniczenia praw i wolności jednostek podyktowane interesem zdrowotnym zbiorowości, zawarte w ustawie o przeciwdziałaniu i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych<sup>57</sup>. W dalszej części rozważań zostanie pominięta problematyka owych rozwiązań szczególnych i w tym zakresie należy odesłać do literatury przedmiotu<sup>58</sup>. Kilka uwag zostanie

<sup>54</sup> Zob. B. Bury, *Prawo personelu medycznego (lekarskiego) do powstrzymania się od wykonywania pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2016/4, s. 187–188; K. Walczak (w:) *Kodeks...*, teza 8 do art. 210.

<sup>55</sup> Zob. A. Wilder-Smith, D.O. Freedman, *Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak*, „Journal of Travel Medicine” 2020, s. 1, <https://doi.org/10.1093/jtm/taaa020>.

<sup>56</sup> Zob. C. Katzenmeier, *Grundrechte...*, s. 3.

<sup>57</sup> Zob. M. Świdorska, *Zgoda pacjenta...*, s. 276; N. Karczewska-Kamińska, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*, Warszawa 2018, s. 195–196.

<sup>58</sup> Zob. np. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 292–299; M. Świdorska, *Zgoda pacjenta...*, s. 277–290; D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009, s. 428–433; M. Paszkowska,



natomiast sformułowanych w stosunku do jednej z klauzul generalnych, zawartej w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta<sup>59</sup>.

Artykuł 5 u.p.p. stanowi ogólną podstawę do możliwości ograniczenia praw pacjenta. Zgodnie z tym przepisem kierownik podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważniony przez niego lekarz może ograniczyć korzystanie z praw pacjenta m.in. w przypadku wystąpienia zagrożenia epidemicznego. Przepis ten nie był dotychczas przedmiotem pogłębionej analizy zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. W jego interpretacji nie jest również pomocna wykładnia historyczna, gdyż przepis ten nie miał swojego odpowiednika w pierwotnym brzmieniu poselskiego projektu ustawy o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta, ale dodany został na etapie prac w komisjach sejmowych. W projekcie zaś możliwość ograniczenia praw pacjenta zawężona była jedynie do trzech praw: do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej, do kontaktu osobistego, telefonicznego lub korespondencyjnego oraz do opieki duszpasterskiej<sup>60</sup>. Niemniej nawet ten wąski katalog praw, które mogą być ograniczone, był poddany krytyce. Wskazywano m.in., że możliwość ograniczenia prawa pacjenta do kontaktu telefonicznego i korespondencyjnego czy też do opieki duszpasterskiej nie jest uzasadniona ani względami ochrony dóbr innych pacjentów, ani argumentami pozaprawnymi, a nawet rodzi ryzyko naruszenia gwarancji konstytucyjnych praw i wolności jednostek<sup>61</sup>.

Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że art. 5 u.p.p. daje uprawnienie do ograniczenia każdego z praw pacjenta ze wskazanych w ustawie o prawach pacjenta, o ile jest to uzasadnione jednym z powodów wskazanych w art. 5 u.p.p., w tym ze względu na wystąpienie zagrożenia epidemicznego. Po pierwsze, przepis ten w warstwie językowej w żaden sposób nie ogranicza katalogu praw pacjenta, których ograniczenie może nastąpić ze względu na zagrożenie epidemiczne. Po drugie, przepis ten zawarty jest w rozdziale 1 „Przepisy ogólne”, poprzedzającym dalsze rozdziały regulujące poszczególne prawa pacjenta, co może oznaczać, że jako przepis ogólny powinien znaleźć zastosowanie do wszystkich praw pacjenta uregulowanych w kolejnych rozdziałach. Po trzecie, można odnaleźć nawet pewne argumenty celowościowe, potwierdzające taką interpretację.

---

*Przymus medyczny stosowany w zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009/7–8, s. 107–119; M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 519–535; K. Michalak, J.G. Firlus, *Administrative Limitations of Patient's Autonomy – Remarks on Involuntary Treatment*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017/2, s. 139–159; B. Sygit, D. Wąsik, *Prawo ochrony zdrowia*, Warszawa 2016, s. 215–244; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, s. 363–372; N. Karczewska-Kamińska, *Przymus leczenia...*, s. 218–224; K. Pałka, *Świadczenia zdrowotne...*, s. 616–624; R. Kubiak, *Przymus przeciwepidemiczny...*, s. 712–740.

<sup>59</sup> Ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2020 r. poz. 849 ze zm.), dalej ustawa o prawach pacjenta lub u.p.p.

<sup>60</sup> Zob. art. 4 ust. 3 poselskiego projektu ustawy o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta (druk sejmowy nr 283).

<sup>61</sup> Zob. U. Drozdowska, *Opinia do projektu ustawy o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta (w części dotyczącej praw pacjenta)*, 22.02.2008 r., s. 5.

Epidemia lub pandemia jest bowiem sytuacją dynamiczną, wymagającą niejednokrotnie natychmiastowego dostosowania warunków i zasad udzielania świadczeń zdrowotnych do charakteru i rodzaju grożącego niebezpieczeństwa. Nie jest zatem możliwe precyzyjne określenie zamkniętego katalogu praw pacjenta, których ograniczenie może uzasadniać występujące zagrożenie epidemiczne, a przepisy powinny zapewniać możliwość dostosowywania tych warunków *in concreto* do występującego zagrożenia.

Stanowisko przedstawicieli doktryny w tym zakresie nie jest konsekwentne. Przykładowo można odnaleźć tezę, że „artykuł przewiduje możliwość ograniczenia każdego prawa pacjenta”, niemniej ta sama Autorka kilka zdań dalej wskazuje, iż „bez ustawowej podstawy pacjent nie może być pozbawiony praw do poszanowania integralności czy prywatności. Artykuł ten nie stanowi podstawy ograniczania np. prawa pacjenta do wyrażania zgody, prawa do uzyskania informacji czy dostępu do dokumentacji medycznej, jeżeli ustawodawca nie przewidział takiej możliwości w wyraźnie wskazanych okolicznościach”<sup>62</sup>. Dodatkowo podkreśla się, że art. 5 u.p.p. zezwala jedynie na ograniczenie, ale nie całkowite wyłączenie możliwości korzystania z poszczególnych praw pacjenta<sup>63</sup>.

Pogląd, według którego każde z praw pacjenta wskazanych w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta może być ograniczone decyzją kierownika podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważnionego przez niego lekarza, nie znajduje jednak uzasadnienia w silniejszych argumentach natury systemowej, jak i przede wszystkim funkcjonalnej.

Po pierwsze, kompetencja do ograniczenia praw pacjenta nie została przyznana każdemu lekarzowi czy też każdej osobie wykonującej zawód medyczny, ale wyłącznie „kierownikowi podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważnionemu przez niego lekarzowi”. Sformułowania „kierownik podmiotu” czy „upoważniony przez niego lekarz” wskazują, że w przepisie tym chodzi o możliwość ograniczenia takich praw pacjenta, które są realizowane wyłącznie w podmiotach mających zorganizowaną strukturę, na czele których stoi kierownik. Celem art. 5 u.p.p. nie było zatem zezwolenie na możliwość ograniczania każdego prawa pacjenta w każdym podmiocie wykonującym działalność leczniczą, ale tylko takich praw pacjenta, których gwarancja ciąży na kierowniku podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych. Analiza przepisów ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wskazuje tym samym, że art. 5 u.p.p. znajduje zastosowanie wyłącznie do praw uregulowanych w rozdziałach 9–11 ustawy.

Po drugie, powyższe potwierdza dalsza wykładnia systemowa ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. W odniesieniu do praw pacjenta, które są gwarantowane niezależnie od miejsca udzielania świadczeń zdrowotnych,

<sup>62</sup> D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 140–142.

<sup>63</sup> Zob. M. Śliwka (w:) *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2009, s. 41; T. Rek (w:) *Pravo publiczne ochrony zdrowia*, red. M. Dercz, Warszawa 2013, s. 330.

a zatem których przestrzeganie jest konieczne w każdym podmiocie wykonującym działalność leczniczą i przez każdą osobę wykonującą zawód medyczny, ustawodawca zdecydował się na odrębną regulację sytuacji, w których istnieje możliwość ich ograniczenia z uwagi na zagrożenie epidemiczne. Tytułem przykładu można wskazać prawo pacjenta do obecności osoby bliskiej przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych, które – w świetle art. 21 ust. 2 u.p.p. – może być ograniczone (wyłączone) m.in. w przypadku istnienia prawdopodobieństwa wystąpienia zagrożenia epidemicznego.

Po trzecie, w perspektywie funkcjonalnej należy zwrócić uwagę, że w katalogu praw pacjenta zostały skodyfikowane różne prawa, z których część pozostaje w silnej korelacji z prawami i wolnościami konstytucyjnymi oraz prawami człowieka, stanowiąc element ich gwarancji w systemie ochrony zdrowia. Tytułem przykładu można wskazać prawo do świadczeń zdrowotnych, prawo do wyrażenia zgody, prawo do informacji czy prawo do poszanowania intymności i godności, które mają swoje źródło w konstytucyjnym poszanowaniu godności ludzkiej, prawie do ochrony życia i zdrowia oraz prawie do ochrony życia prywatnego i rodzinnego oraz decydowania o życiu osobistym<sup>64</sup>. Prawa te mają charakter praw bezwzględnych (*ius cogens*), skutecznych *erga omnes*, ich ograniczenie zaś jest dopuszczalne jedynie w sytuacjach i na zasadach ściśle określonych w przepisach rangi ustawowej<sup>65</sup>. Z konstytucyjnego punktu widzenia nie sposób przyjąć, aby kierownik podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważniony przez niego lekarz dyskrecyjną decyzją mogli ograniczyć niepodlegającą ograniczeniom zasadę poszanowania godności ludzkiej (prawo pacjenta do poszanowania intymności i godności) czy też zakorzenioną w godności ludzkiej autonomię jednostki (prawo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych).

W związku z powyższym należy przyjąć, że kompetencja kierownika podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważnionego przez niego lekarza do ograniczenia korzystania z praw pacjenta w wypadku zagrożenia epidemicznego dotyczy jedynie tych praw pacjenta, które są realizowane w podmiotach leczniczych, a zatem uregulowanych w rozdziałach 9–11 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Powyższa teza rodzi jednak problemy interpretacyjne, dotyczące przede wszystkim zakresu i możliwości korzystania przez pacjentów z prawa do świadczeń zdrowotnych w okresie epidemii (pandemii), skoro na gruncie art. 5 u.p.p. ograniczenie praw z art. 6–8 u.p.p. nie jest dopuszczalne.

Ewentualne ograniczenie praw pacjenta w celu zwalczania zakażeń lub chorób zakaźnych uzasadnione jest co najmniej dwoma celami. Po pierwsze, zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego wynikające z rozprzestrzeniającego się zakażenia lub choroby zakaźnej wymaga zapewnienia należytej ochrony przed zakażeniem zarówno samych pacjentów i personelu medycznego, jak i osób

<sup>64</sup> Zob. wyrok TK z 7.01.2004 r. (K 14/03), OTK-A ZU 2004/1, poz. 1; wyrok TK z 11.10.2011 r. (K 16/10), OTK-A ZU 2011/8, poz. 80; wyrok TK z 5.03.2013 r. (U 5/11), OTK-A ZU 2013/3, poz. 24; L. Bosek, *Prawa pacjenta...*, s. 702–706 oraz cytowana tam literatura.

<sup>65</sup> Zob. L. Bosek, *Prawa pacjenta...*, s. 714–715.

trzecich. Celem ograniczeń jest zatem ochrona interesu społecznego, przez wyeliminowanie lub zminimalizowanie możliwości zakażenia innych osób<sup>66</sup>. Wprowadzone w tym zakresie rozwiązania prewencyjne mogą zaś wiązać się, bezpośrednio lub pośrednio, z ograniczeniem niektórych praw pacjenta. Po drugie, epidemia lub pandemia łączy się z zapotrzebowaniem na uzyskanie świadczeń zdrowotnych przez większą liczbę pacjentów, niejednokrotnie znajdujących się w stanie zagrożenia dla życia lub zdrowia, a przy tym przy ograniczonych możliwościach organizacyjnych i kadrowych po stronie podmiotów wykonujących działalność leczniczą.

Powyższe cele realizowane są m.in. przez izolację życia społecznego, która – teoretycznie – może dotyczyć także ograniczenia dostępności do podmiotów wykonujących działalność leczniczą i w konsekwencji dostępu do świadczeń zdrowotnych dla pacjentów. Takie podejście w wypadku systemu ochrony zdrowia pozwala bowiem na lepsze przygotowanie się poszczególnych podmiotów wykonujących działalność leczniczą na udzielanie adekwatnej pomocy osobom podejrzewanym lub będącym zakażonymi w odpowiednich warunkach, a także na przygotowanie odpowiedniej liczby miejsc, szczególnie na oddziałach szpitalnych, w celu zagwarantowania możliwości udzielenia niezwłocznej pomocy medycznej osobom potrzebującym. Izolacja życia społecznego, jakkolwiek wprowadzana w sposób specyficzny w poszczególnych krajach, jest zatem podyktowana dwoma podstawowymi celami: redukcją przenoszenia zakażeń i chorób zakaźnych oraz zmniejszaniem zapotrzebowania na usługi zdrowotne<sup>67</sup>.

Niemniej taki sposób postępowania, jakkolwiek w racjonalny sposób mający zapewnić właściwą ochronę życia lub zdrowia pacjentów w związku z zagrożeniem epidemicznym, jednocześnie negatywnie wpływa na zapewnienie ochrony tych samych dóbr prawnych (życie i zdrowie ludzkie) z punktu widzenia zagrożeń wynikających z innych jednostek chorobowych. W szczególności zwraca się uwagę, że publiczna izolacja oraz związana z nią zmiana paradygmatu świadczenia pomocy medycznej dla potrzeb zagrożenia epidemicznego może wręcz ignorować właściwą ochronę praw osób znajdujących się w różnych grupach ryzyka, np. osób starszych<sup>68</sup> czy też osób z chorobami kardiologicznymi lub nowotworowymi. W konsekwencji stosowanie mechanizmów, które ukierunkowane są na absolutyzację ochrony życia lub zdrowia w związku z zagrożeniem konkretnym zakażeniem lub chorobą zakaźną, w tym np. COVID-19, oraz które mają na celu walkę z epidemią (pandemią) za wszelką cenę, finalnie nie prowadzi do właściwej ochrony praw i wolności konstytucyjnych, w tym prawa do ochrony życia i zdrowia<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Zob. M. Boratyńska, *Wolny wybór...*, s. 519.

<sup>67</sup> Zob. A. Alemanno, *The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?*, „European Journal of Risk Regulation” 2020, s. 2–3, <https://doi.org/10.1017/err.2020.44>.

<sup>68</sup> Zob. M. Häyry, *The COVID-19 Pandemic: A Month of Bioethics in Finland*, „Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics” 2020, s. 4, <https://doi.org/10.1017/S0963180120000432>.

<sup>69</sup> Zob. C. Katzenmeier, *Grundrechte...*, s. 3.

Tymczasem właściwa gwarancja prawa do ochrony zdrowia w aspekcie realizacji prawa do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymogom aktualnej wiedzy medycznej i należytej staranności, udzielanych w czasie uzasadnionym względami medycznymi, w okresie epidemii (pandemii) wymaga dwutorowych działań zarówno władz publicznych, jak i podmiotów wykonujących działalność leczniczą.

Po pierwsze, konieczne jest zapewnienie jednostkom dostępu do świadczeń zdrowotnych służących ratowaniu lub poprawie stanu zdrowia w związku z zakażeniem lub chorobą zakaźną. Po drugie, konieczne jest zapewnienie adekwatnego dostępu do świadczeń zdrowotnych pozostałym pacjentom z pozostałymi problemami zdrowotnymi, w celu zapewnienia właściwych gwarancji konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia, którego realizacja w okresie epidemii (pandemii) bynajmniej nie jest i nie może być ograniczona jedynie do zwalczania zakażenia lub choroby zakaźnej<sup>70</sup>. Z art. 68 ust. 1 Konstytucji należy bowiem wywieść „nakaz podejmowania przez władze publiczne działań, które są konieczne dla należytej ochrony i realizacji tego prawa”<sup>71</sup> niezależnie od źródła zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego. Zwalczanie epidemii lub pandemii w drodze ograniczania praw lub wolności konstytucyjnych, w tym praw pacjenta, w demokratycznym państwie prawa musi bowiem brać pod uwagę, że „medycyna nie może być bardziej niebezpieczna od choroby”<sup>72</sup>.

Jakkolwiek art. 5 u.p.p. nie daje podstaw do ograniczenia decyzją kierownika podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważnionego przez niego lekarza prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych, a wręcz przeciwnie – osoby te tym bardziej w okresie epidemii (pandemii) powinny podjąć działania umożliwiające rzeczywistą realizację tego prawa przez wszystkich pacjentów, to nie można tracić z pola widzenia, że konieczność zwalczania zakażenia lub choroby zakaźnej, z uprzednio wskazanych powodów, może rodzić poważne trudności w umożliwieniu pacjentom korzystania z tego prawa. Należy zatem przyjąć, że okres epidemii (pandemii) może wymagać od podmiotów wykonujących działalność leczniczą odmiennego sposobu realizacji przez pacjentów prawa do świadczeń zdrowotnych, ale nie ograniczenia lub wyłączenia możliwości korzystania z tego prawa. Takie rozwiązanie byłoby możliwe jedynie decyzją ustawodawcy, podjętą zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trafnie wskazuje się zatem, że „uzasadnieniem szczególnego ukształtowania indywidualnego prawa do ochrony zdrowia może być w szczególności ochrona zdrowia publicznego”<sup>73</sup>.

Uznanie, że ze względu na wystąpienie zagrożenia epidemicznego kierownik podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważniony przez niego lekarz może na podstawie art. 5 u.p.p. ograniczyć korzystanie z praw pacjenta skodyfikowanych w rozdziałach 9–11 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw

<sup>70</sup> Zob. A. Spadaro, *COVID-19...*, s. 3, <https://doi.org/10.1017/err.2020.27>.

<sup>71</sup> Zob. wyrok TK z 9.07.2009 r., SK 48/05, OTK-A ZU 2009/7, poz. 108.

<sup>72</sup> C. Katzenmeier, *Grundrechte...*, s. 5 („Die Medizin darf nicht gefährlicher sein als die Krankheit”).

<sup>73</sup> Zob. L. Bosek, *Prawa pacjenta...*, s. 765.

Pacjenta, nie oznacza bynajmniej dowolności w tym zakresie. Szeroka dyskrekcja oraz brak kryteriów przy podejmowaniu działań w zakresie zdrowia publicznego, szczególnie tych ingerujących w sferę praw lub wolności jednostek, może bowiem prowadzić do zarzutów o nadużycie działań władczych czy też dyskryminowanie, marginalizowanie lub stygmatyzowanie poszczególnych osób lub grup społecznych, szczególnie osób podatnych na negatywne konsekwencje<sup>74</sup>.

Należy zatem pamiętać, że wskazania wynikające z konstytucyjnej zasady proporcjonalności nie są adresowane jedynie do prawodawcy, ale także do organów lub podmiotów stosujących prawo, jeżeli została pozostawiona im pewna uznaniowość lub dyskrecjonalność w podejmowaniu decyzji prowadzących do ingerencji w prawa lub wolności jednostek. Także w obszarze związanym ze zwalczaniem zakażeń i chorób zakaźnych niezbędne jest respektowanie zasady proporcjonalności w ograniczaniu wolności jednostek w celu ochrony zdrowia publicznego całego społeczeństwa, aby owe ograniczenia miały jedynie charakter przydatny, konieczny i proporcjonalny *sensu stricto* oraz zawsze wiązały się z poszanowaniem godności człowieka<sup>75</sup>. Należy dodatkowo przyjąć, że – podobnie jak prawodawca lub organ władzy publicznej – także kierownik podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważniony przez niego lekarz, podejmując decyzję o ograniczeniu korzystania z prawa pacjenta, powinien stosować tzw. uzasadniający model ważenia wartości, a zatem za każdym razem w sposób racjonalny i obiektywny uargumentować, dlaczego – stosując wskazania wynikające z zasady proporcjonalności – *in concreto* opowiedział się za pierwszeństwem ochrony zdrowia publicznego kosztem ograniczenia praw pacjenta<sup>76</sup>.

Poza wskazaniami *stricte* wynikającymi z konstytucyjnej zasady proporcjonalności można wskazać kilka dodatkowych kryteriów, którymi należy posługiwać się przy ograniczaniu praw pacjenta w trybie art. 5 u.p.p. z uwagi na wystąpienie zagrożenia epidemicznego, w tym w dobie zwalczania epidemii COVID-19.

Po pierwsze, przepis ten, jako wyjątek od obowiązku respektowania praw pacjenta, należy interpretować w takim kierunku, że decyzja o ograniczeniu korzystania z praw pacjenta powinna być podjęta *in concreto*, w odniesieniu do określonego pacjenta, a nie *in abstracto*. Kierownik podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważniony przez niego lekarz nie mają bowiem kompetencji do tworzenia norm generalno-abstrakcyjnych, które miałyby wiązać wszystkich pacjentów, ale jedynie decydowania o ograniczeniu korzystania z praw pacjentów w konkretnych okolicznościach faktycznych przez konkretnych pacjentów. W konsekwencji ograniczenie możliwości korzystania z praw pacjenta na gruncie art. 5 u.p.p. jest możliwe jedynie wówczas, gdy w wypadku danego pacjenta, który chciałby skorzystać z określonego prawa, zachodziłoby niebezpieczeństwo „zagrożenia epidemicznego”, a zatem ryzyko, że w wyniku

<sup>74</sup> Zob. S. Burris, L.O. Gostin, Z. Lazzarini, *The Law and the Public's Health...*, s. 116.

<sup>75</sup> Zob. R. Kubiak, *Przymus przeciwepidemiczny...*, s. 713.

<sup>76</sup> Szerzej na temat tzw. uzasadniającego modelu ważenia wartości zob. M. Szydło (w:) *Konstytucja RP...*, s. 801–804.

realizacji określonego uprawnienia w konkretnej sytuacji faktycznej mogłyby dojść do rozprzestrzeniania się zakażenia lub choroby zakaźnej.

Po drugie, konieczne jest także uwzględnienie rodzaju prawa pacjenta, które miałyby być ograniczone na podstawie art. 5 u.p.p. Zupełnie bowiem inaczej (szerzej) kształtuje się możliwość ograniczania np. prawa pacjenta do kontaktu osobistego z innymi osobami (art. 33 ust. 1 u.p.p.), a zupełnie inaczej (zdecydowanie wąsko) prawa małoletniego pacjenta do pobytu w szpitalu z przedstawicielem ustawowym (art. 34 ust. 3 u.p.p.), ze względu na silne zakorzenienie tego prawa w konstytucyjnym prawie do ochrony życia rodzinnego (art. 47 ust. 1 Konstytucji), konstytucyjnym obowiązku zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom (art. 68 ust. 3 Konstytucji) czy też konstytucyjnych gwarancjach ochrony opieki rodzicielskiej nad dzieckiem (art. 48 i 72 Konstytucji). Co więcej, należy pamiętać, że art. 5 u.p.p. daje możliwość jedynie ograniczenia korzystania z praw pacjenta, a nie ich całkowitego pozbawienia.

Po trzecie, należy brać pod uwagę, że w wypadku ochrony zdrowia publicznego lepszym rozwiązaniem jest położenie nacisku na wsparcie poszczególnych członków społeczeństwa, przykładowo w walce z COVID-19, a nie wprowadzanie kolejnych i daleko idących ograniczeń ich praw i wolności<sup>77</sup>. Wydaje się, że podobny mechanizm należy stosować w wypadku ewentualnego ograniczania praw pacjenta. Skuteczniejsze dla ochrony zdrowia publicznego nie jest bowiem rygorystyczne i drastyczne ograniczenie szeregu praw pacjenta, ale realizowanie szerokiej polityki informacyjnej, a przede wszystkim udzielenie wsparcia pacjentom w taki sposób, aby w jak najszerszym zakresie, aczkolwiek z zapewnieniem odpowiedniego bezpieczeństwa dla siebie i innych osób, mogli realizować przysługujące im uprawnienia. Konieczne jest także uwzględnianie indywidualnej odpowiedzialności za społeczeństwo<sup>78</sup>.

W końcu stosowanie środków mających przeciwdziałać zagrożeniu epidemiologicznemu, jeżeli ma być efektywne i użyteczne, musi nie budzić wątpliwości pod względem legalności, dobór zaś konkretnych środków i sposób ich wykonania musi budować zaufanie społeczne, w tym na linii pacjenci–personel medyczny, a nie prowadzić do stygmatyzacji, sytuacji konfliktowych czy wręcz wrogości społecznej<sup>79</sup>. Decyzje podejmowane na podstawie art. 5 u.p.p. powinny prowadzić do harmonijnego współdziałania personelu medycznego, pacjentów i osób trzecich w zapewnieniu dostępu do właściwej opieki zdrowotnej dla wszystkich grup pacjentów, szczególnie pacjentów małoletnich i osób starszych, oraz należytego poszanowania ich innych interesów, a nie antagonizowania społeczeństwa i osłabienia ochrony sfery praw lub wolności jednostki. Jest to szczególnie istotne w okresie ogólnokrajowej epidemii lub pandemii zakażenia lub choroby zakaźnej.

<sup>77</sup> Zob. W.E. Parmet, M.S. Sinha, *Covid-19 – The Law and Limits of Quarantine*, „The New England Journal of Medicine” 4.04.2020 r.

<sup>78</sup> Zob. B.M. Meier, D.P. Evans, A. Phelan, *Rights-Based Approaches...*, s. 229.

<sup>79</sup> Zob. S. Burris, L.O. Gostin, Z. Lazzarini, *The Law and the Public's Health...*, s. 114.

## ABSTRACT

**dr Tomasz Sroka**

The author is an assistant professor at the Faculty of Bioethics and Medical Law of the Jagiellonian University in Krakow.

**Limitations of constitutional rights and freedoms and patient's rights  
in relation to the occurrence of an epidemic threat**

*The article deals with the question of how the principle of proportionality should apply to the introduction of limitations of constitutional rights and freedoms or patient's rights in order to counteract an epidemic threat. The attention was drawn to threats to the proper resolution of the conflict between the protection of public health and the protection of the rights and freedoms of individuals during a pandemic. The examples of such threats are: the legal language used in a public debate, the phenomenon of public health securitization or the risk of stigmatization of members of society. As an example of a sphere, in which the protection of individual and collective interests requires proper balancing, are the working conditions of medical staff and the issue of the possibility of refraining from providing work in the situation of the lack of personal protective equipment. Preventing an epidemic sometimes requires, also by applying the principle of proportionality, to limit patient's rights. Taking into account the importance of the right to health protection, this article indicates in which direction should be interpreted art. 5 of the Act on Patient Rights and the Patient Ombudsman, authorizing the limitations of patient's rights due to an epidemic threat.*

**Keywords:** *right to health protection, proportionality principle, epidemic, COVID-19, refraining from work, limitations of patient's rights*

**dr Tomasz Sroka**

ORCID: 0000-0002-5724-9531; e-mail: tomasz.sroka@uj.edu.pl

Autor jest adiunktem w Zakładzie Bioetyki i Prawa Medycznego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

**BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA**

**Alemanno Alberto**, *Taming COVID-19 by Regulation: An Opportunity for Self-Reflection*, „European Journal of Risk Regulation” 2020, s. 1, <https://doi.org/10.1017/err.2020.43>

**Alemanno Alberto**, *The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?*, „European Journal of Risk Regulation” 2020, s. 2–3, <https://doi.org/10.1017/err.2020.44>



- Boratyńska Maria**, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012
- Boratyńska Maria, Konieczniak Przemysław**, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001
- Boratyńska Maria, Konieczniak Przemysław**, *Zasady prawa medycznego Podstawy i przesłanki legalności czynności medycznych (w:) System prawa medycznego, t. 2, Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, cz. 1
- Bosek Leszek (w:)** *Konstytucja RP, t. 1, Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016
- Bosek Leszek**, *Prawa pacjenta (w:) System prawa medycznego, t. 1, Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018
- Bosek Leszek, Roszkiewicz Janusz**, *Konstytucyjne uwarunkowania systemu udzielania świadczeń zdrowotnych (w:) System prawa medycznego, t. 3, Organizacja systemu ochrony zdrowia*, red. D. Bach-Golecka, R. Stankiewicz, Warszawa 2020
- Burris Scott, Gostin Lawrence O., Lazzarini Zita**, *The Law and the Public's Health: A Study of Infectious Disease Law in the United States*, „Columbia Law Review” 1999/59, s. 70
- Bury Beata**, *Prawo personelu medycznego (lekarskiego) do powstrzymania się od wykonywania pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2016/4, s. 187
- Coker Richard**, *Civil liberties and public good: Detention of tuberculous patients and the Public Health Act 1984*, „Medical History” 2001/45, s. 342
- Coker Richard**, *Public health, civil liberties, and tuberculosis. How society encourages compliance reflects society's approach to the vulnerable*, „BMJ. British Medical Journal” 1999/318, s. 1434
- Dąbrowska-Kłosińska Patrycja**, *Wyzwania dla państwa prawa wobec etyki kwarantanny: analiza działań organów USA w celu ochrony zdrowia publicznego (studium przypadku)*, „Państwo i Prawo” 2018/9, s. 22
- Drozdowska Urszula**, *Opinia do projektu ustawy o ochronie indywidualnych i zbiorowych praw pacjenta oraz o Rzeczniku Praw Pacjenta (w części dotyczącej praw pacjenta)*, 22.02.2008 r., s. 5
- Häyry Matti**, *The COVID-19 Pandemic: A Month of Bioethics in Finland*, „Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics” 2020, s. 4, <https://doi.org/10.1017/S0963180120000432>.
- Henry Brandy F.**, *Social Distancing and Incarceration: Policy and Management Strategies to Reduce COVID-19 Transmission and Promote Health Equity Through Decarceration*, „Health Education & Behavior” 2020, s. 1, <https://doi.org/10.1177/1090198120927318>

- Jankowiak Jarosław**, *Glosa do wyroku SN z 15.05.2001 r. (II UKN 395/00)*, OSP 2003/7–8, poz. 87
- Jończyk Jan**, *Zasady i modele ochrony zdrowia*, „Państwo i Prawo” 2010/8, s. 4
- Karczewska-Kamińska Natalia**, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*, Warszawa 2018
- Karkowska Dorota**, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2009
- Karkowska Dorota**, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016
- Katzenmeier Christian**, *Grundrechte in Zeiten von Corona*, „Medizinrecht” (MedR) 2020/38, s. 4
- Kubiak Rafał**, *Prawo medyczne*, Warszawa 2017
- Kubiak Rafał**, *Przymus przeciwepidemiczny (w:) System prawa medycznego*, t. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, cz. 1
- Lis Wojciech**, *Działania podejmowane w przypadkach zakażeń i chorób zakaźnych ze względu na ochronę bezpieczeństwa obywateli*, „Studia Prawnicze KUL” 2017/3, s. 33
- Liszczy Teresa (w:) System prawa pracy, t. 1, *Część ogólna*, red. K.W. Baran, Warszawa 2017, rozdz. 4.8.**
- Maniewska Eliza (w:) Kodeks pracy. Komentarz, red. K. Jaśkowski, E. Maniewska, Warszawa 2019**
- Meier Benjamin Mason, Evans Dabney P., Phelan Alexandra**, *Rights-Based Approaches to Preventing, Detecting, and Responding to Infectious Disease (w:) Infectious Diseases in the New Millennium. Legal and Ethical Challenges*, red. M. Eccleston-Turner, I. Brassington, Springer 2020
- Michalak Krzysztof, Firlus Jakub Grzegorz**, *Administrative Limitations of Patient's Autonomy – Remarks on Involuntary Treatment*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017/2, s. 139
- Miętek Agata, Pisarczyk Łukasz**, *Prawo pracy w ochronie zdrowia (w:) System prawa medycznego*, t. 3, *Organizacja systemu ochrony zdrowia*, red. D. Bach–Golecka, R. Stankiewicz, Warszawa 2020
- Murphy Thérèse, Whitty Noel**, *Is human rights prepared? Risk, rights and public health emergencies*, „Medical Law Review” 2009/17, s. 220
- Nycz Tadeusz**, *Dyżur medyczny i gotowość do udzielania świadczeń medycznych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2000/10, s. 27
- Paccès Alessio M., Weimer Maria**, *From Diversity to Coordination: A European Approach to COVID-19*, „European Journal of Risk Regulation” 2020, s. 3, <https://doi.org/10.1017/err.2020.36>

- Pałka Katarzyna**, *Świadczenia zdrowotne związane z chorobami zakaźnymi, w tym obowiązkowe i zalecane szczepienia (w:) System prawa medycznego*, t. 2, *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2018
- Parmet Wendy E., Sinha Michael S.**, *Covid-19 –The Law and Limits of Quarantine*, „The New England Journal of Medicine” 4.04.2020 r.
- Paszowska Małgorzata**, *Przymus medyczny stosowany w zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009/7–8, s. 107
- Raczkowski Michał** (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. M. Gersdorf, M. Raczkowski, K. Rączka, Warszawa 2014
- Rek Tomasz** (w:) *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, red. M. Dercz, Warszawa 2013, s. 330
- Spadaro Alessandra**, *COVID-19: Testing the Limits of Human Rights*, „European Journal of Risk Regulation” 2020, s. 3 <https://doi.org/10.1017/err.2020.27>
- Sygit Bogusław, Wąsik Damian**, *Prawo ochrony zdrowia*, Warszawa 2016
- Szydło Marek** (w:) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–86*, Warszawa 2016
- Śliwka Marcin** (w:) *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, red. M. Nesterowicz, Warszawa 2009
- Świątkowski Andrzej M.**, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018
- Świdarska Małgorzata**, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007
- Wiley Lindsay F.**, *Infectious Disease (w:) Climate Change, Public Health, and the Law*, red. M. Burger, J. Gundlach, Nowy Jork 2018
- Walczak Krzysztof** (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Muszalski, Warszawa 2019
- Wilder-Smith Annelies, Freedman David O.**, *Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak*, „Journal of Travel Medicine” 2020, s. 1, <https://doi.org/10.1093/jtm/taaa020>
- Wojciechowski Piotr** (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. L. Florek, Warszawa 2017
- Wyka Teresa** (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K.W. Baran, Warszawa 2020

# Artykuły

Dominik Zajac

## MODYFIKACJA REGUŁ SZTUKI LEKARSKIEJ W CZASACH EPIDEMII COVID-19 – PERSPEKTYWA PRAWNOKARNA

W trakcie trwania epidemii COVID-19 uwypukleniu ulegają deficyty, z którymi boryka się system ochrony zdrowia. Funkcjonowanie w warunkach niedoboru sprzętu i kadr wymusza modyfikacje reguł postępowania. Stosowanie standardowych metod leczenia, wypracowanych w zwyczajnych warunkach, okazuje się bowiem albo nieoptymalne z perspektywy celu ochrony życia i zdrowia, albo niemożliwe.

Niniejszy artykuł stanowi analizę wpływu deficytu sprzętu i wiedzy na treść norm postępowania, stanowiących podstawę przypisania bezprawności. Autor wykazuje, że treść reguły wiążącej podmiot uzależniona jest nie tyle od formalnych wskazań, ile od realnych możliwości działania. Do opisu normy sankcjonowanej posługuje się nalezycie uadekwatnionym wzorcem lekarza<sup>1</sup>.

Ostatnie dekady przyzwyczyły medyków do działania na podstawie stosunkowo precyzyjnych procedur leczniczych<sup>2</sup>. Istotną rolę w tym procesie odegrali prawnicy<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Zamieszczone w tym artykule analizy są efektem badań przeprowadzonych w ramach projektu „Restrykcje i represje stanu epidemii (prawne aspekty funkcjonowania społeczeństwa w trakcie i po pandemii)”. Projekt finansowany ze środków konkursu SocietyNow!#1 w ramach programu Inicjatywa Doskonałości w Uniwersytecie Jagiellońskim.

<sup>2</sup> Zob. m.in. W. Leśniak, M.M. Bała, R. Jaeschke, J.L. Brożek, *Od danych naukowych do praktycznych zaleceń – tworzenie wytycznych według metodologii GRADE*, „Polskie Archiwum Medycyny Wewnętrznej” 2015/125, s. 26; M. Boratyńska, *Miejsce standardów lekarskich w systemie prawa medycznego – teoria i praktyka* (w:) *Standard wykonywania zawodów medycznych*, red. A. Górski, Warszawa 2019, s. 4.

<sup>3</sup> P.Kardas, *Błąd w sztuce medycznej a odpowiedzialność karna lekarza*, „Bioetyczne Zeszyty Pediatrji” 2007/4, s. 83.

traktującą owe instrukcje jako podstawę orzekania o ich odpowiedzialności karnej za spowodowanie uszczerbku na zdrowiu bądź śmierci<sup>4</sup>. Epidemia, z którą przyszło nam się zmierzyć, wymusza zmianę takiego podejścia. Brak wystarczającej ilości środków ochrony, respiratorów, testów, wreszcie brak należytej obsady oddziałów sprawiły, że w krajach owładniętych walką z wirusem lekarze zmuszeni są działać poza procedurami, by ratować ludzkie życie.

Stan nadzwyczajny, w jakim może znaleźć się także polska ochrona zdrowia, wymusza uadekwatnienie kryteriów przypisania odpowiedzialności karnej w przypadku wywołania skutku w postaci naruszenia zdrowia bądź śmierci. To, co normalnych warunkach zostałoby uznane za błąd w sztuce, w czasie epidemii może okazać się zachowaniem akceptowalnym.

Niniejsze opracowanie zawiera analizę wpływu powyższych nadzwyczajnych okoliczności na kształt reguł postępowania wiążących lekarzy w zakresie świadczenia opieki medycznej, stanowiących podstawę oceny ich zachowania z perspektywy bezprawności<sup>5</sup>.

## DEFICYTY SPRZĘTU I WIEDZY

Funkcjonowanie w warunkach deficytu jest w istocie pewną stałą cechą polskiej służby zdrowia. Epidemia uwypukla jednak istniejące braki i powoduje występowanie nowych, dotychczas nieznanych. To z kolei powoduje, że działanie według wypracowanych zaleceń staje się albo nieopłacalne, albo zwyczajnie niemożliwe.

Występujące w tym zakresie deficyty warto podzielić na trzy grupy – ich uwzględnienie w ramach treści normy postępowania wymagać będzie bowiem zastosowania nieco odmiennych zabiegów interpretacyjnych<sup>6</sup>.

Jako najbardziej oczywisty jawi się deficyt sprzętu, który zachodzi, gdy lekarz nie dysponuje niezbędnymi narzędziami bądź środkami ochrony, formalnie dopuszczono-

<sup>4</sup> Na ten temat szerzej T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 235; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, „Prawo i Medycyna” 1999/3, s. 49; P. Kardas, *Błąd w sztuce...*, s. 80; R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 133; R. Kokot, M. Banasiewicz, *Z problematyki odpowiedzialności karnej za błąd w sztuce lekarskiej*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, Wrocław 2009, s. 108; A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Zakamycze 1998, s. 131; E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 87.

<sup>5</sup> Na temat reguł postępowania z dobrem prawnym jako elementu normy sankcjonowanej, stanowiące kryterium uznania zachowania za bezprawne zob. m.in. P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym*, Warszawa 2011, s. 271; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 175.

<sup>6</sup> Podział taki w pewnym zakresie koresponduje z podziałem reguł postępowania z dobrem prawnym na te określające metodę działania, wykorzystywane narzędzia oraz kwalifikacje podmiotu – zob. m.in. A. Zoll, *Brak wymaganych kwalifikacji działającego podmiotu jako przesłanka odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne*, „Studia Prawnicze” 1988/1–2, s. 247; A. Liszewska, *Odpowiedzialność...*, s. 107.

nymi do użytku medycznego<sup>7</sup>. Braki te w praktyce mogą być łatanie na dwa sposoby. Po pierwsze, przez wykorzystanie sprzętu zastępczego, nieposiadającego atestu, po drugie, przez użycie sprzętu medycznego innego przeznaczenia (np. stosowanie maseczek chirurgicznych, ale bez filtra fpp3).

Z powyższym deficytem łączy się deficyt wiedzy dotyczącej właściwości niestandardowego sprzętu. W modelowym układzie lekarz nie musi dysponować szerszą wiedzą na temat budowy narzędzia, którym się posługuje. Gwarancję należytych parametrów stanowią atesty, o które w zwyczajnych warunkach zabiega producent. Nie ulega też wątpliwości, że wiedza taka nie stanowi wiedzy medycznej w rozumieniu ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry<sup>8</sup>. Brak wystarczającej ilości atestowanego sprzętu i konieczność wykorzystania urządzeń nieatestowanych przerzuca na lekarza ciężar oceny zdadności danego urządzenia do prowadzenia terapii. W przypadku bardziej złożonych sprzętów ocena taka będzie w istocie iluzoryczna. Nie jest bowiem możliwa weryfikacja, czy, przykładowo, respirator pompuje powietrze pod należytym ciśnieniem. Lekarz nie będzie mógł stwierdzić, czy dane urządzenie leczy, czy szkodzi.

Kolejny z wyróżnionych deficytów – prawdopodobnie posiadający najdonioślejsze znaczenie, a sprowadzający się do deficytu wiedzy i umiejętności<sup>9</sup>, wiąże się z przeciążeniem kadr. Model kształcenia lekarzy zakłada wąską specjalizację. Obecny poziom wiedzy medycznej sprawia, że jej całościowe opanowanie pozostaje poza możliwościami jednego człowieka. Co więcej, na sztukę lekarską składają się także umiejętności manualne, niemożliwe do opanowania *ad hoc*, ale wymagające ćwiczeń i regularnego praktykowania. Nagły wzrost liczby osób przebywających na oddziałach intensywnej opieki medycznej może doprowadzić do sytuacji, w której pewne ryzykowne czynności ratunkowe, zastrzeżone dla specjalistów bądź osób dodatkowo przeszkolonych (np. intubacja)<sup>10</sup>, będą musiały być wykonywane przez osoby nie do końca kompetentne (np. stażysta okulistyki, którego skierowano do pomocy na OIT i który nagle będzie musiał zaintubować pod nieobecność anestezjologa pacjenta w stanie ciężkim.

Wyróżnione kategorie deficytów występować mogą łącznie, utrudniając zdekodowanie reguły postępowania z dobrem prawnym.

<sup>7</sup> A. Liszewska, *Odpowiedzialność...*, s. 111; T. Sroka, *Odpowiedzialność...*, s. 291; R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, s. 174.

<sup>8</sup> Na gruncie ustawy z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2020 r. poz. 514 ze zm.), dalej u.z.l., wiedza medyczna rozumiana jest jako ogół informacji dotyczących procesu leczenia. Poza jej zakresem pozostają informacje dotyczące właściwości sprzętu.

<sup>9</sup> T. Sroka, *Odpowiedzialność...*, s. 284; A. Liszewska, *Odpowiedzialność...*, s. 110.

<sup>10</sup> Jak wskazuje T. Gaszyński, „Problemy z zaintubowaniem i właściwą oksigenacją pacjenta stanowią najczęstszą przyczynę zgonów anestezjologicznych. Liczba przypadków może być znacznie większa niż wynika to z oficjalnych danych” – T. Gaszyński, *Wytyczne Difficult Airway Society (zmodyfikowane wg SPUDO) dla postępowania w przypadku nieprzewidzianej „trudnej intubacji” (u pacjentów dorosłych)*, [https://www.machala.info/media/repository/Medycyna/05\\_PTAiIT\\_Gaszynski\\_T\\_Wytyczne\\_SPUDO\\_2009\\_01\\_20.pdf](https://www.machala.info/media/repository/Medycyna/05_PTAiIT_Gaszynski_T_Wytyczne_SPUDO_2009_01_20.pdf) (dostęp: 19.05.2020 r.).

## DWA UJĘCIA OCHRONY DOBRA PRAWNEGO

Analizowane w niniejszym tekście reguły postępowania odnoszą się do dobra prawnego w postaci życia i zdrowia. Rozpatrując je w kontekście epidemii choroby zakaźnej, a taką jest wirus COVID-19, zasadne wydaje się uwzględnienie dwóch perspektyw normatywnej ochrony dobra.

Po pierwsze, w klasycznym ujęciu wskazania sztuki lekarskiej nakierowane są na zabezpieczenie interesów pacjenta, z którym medyk podejmuje interakcje. Wskazując, jak należy się zachować wobec osoby wymagającej pomocy, aby zminimalizować ryzyko dla jej zdrowia i życia.

Po drugie, reguły postępowania nakierowane są także w pewnym zakresie na ochronę personelu medycznego<sup>11</sup>. Środki ochrony osobistej zabezpieczają mają także lekarzy przed zarażeniem chorobą, na którą cierpi pacjent, któremu udziela się pomocy. Przykładowo chirurg, operujący osobę zarażoną wirusem HIV, minimalizuje to ryzyko, stosując rękawice ochronne czy osłonę na oczy. W standardowych warunkach chroni on w ten sposób przede wszystkim siebie.

Perspektywa powyższa ulega przekształceniu w przypadku epidemii choroby zakaźnej. Reguły postępowania nakierowane na ochronę zdrowia lekarza chronią w istocie zdrowie pacjentów, z którymi lekarz ten będzie miał kontakt w przyszłości. Dotyczy to w szczególności tych chorób, które cechuje wysoka zaraźliwość powiązana z długim okresem bezobjawowego rozwoju. Obie te cechy posiada wirus COVID-19<sup>12</sup>. Ochrona zdrowia lekarza stanowi w tym wypadku w istocie metodę zabezpieczenia zdrowia innych pacjentów. W przypadku młodego, dbającego o zdrowie onkologa ryzyka płynące dla niego z zarażenia wirusem COVID-19 będą w istocie niewielkie, jeśli porównać je z zagrożeniem dla osób, które leczy. Nie można także tracić z pola widzenia faktu, że epidemia wirusa COVID-19 w wielu państwach najgroźniejsza okazała się właśnie dla systemu ochrony zdrowia jako pewnej funkcjonującej całości – prowadząc do jego sparaliżowania<sup>13</sup>.

Na tym tle dochodzi do dalszego skomplikowania reguł postępowania, które muszą uwzględniać nie tylko dobro prawne w postaci życia lub zdrowia aktualnie leczonego pacjenta, ale też zdrowie i życie innych (nawet potencjalnych, przyszłych) osób, wymagających udzielenia pomocy medycznej.

<sup>11</sup> Zob. m.in. A. Różańska, *Zakłucia u personelu medycznego – jak zminimalizować ryzyko zakażeń przenoszonych drogą krwi*, „Zakażenia XXI wieku” 2018/1, s. 21.

<sup>12</sup> *Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 73*, World Health Organization, <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200402-sitrep-73-covid-19.pdf> (dostęp: 30.05.2020 r.).

<sup>13</sup> Zob. m.in. R. Truog, C. Mitchell, G. Dalay, *The toughest triage – allocating ventilators in a pandemic*, „The New England Journal of Medicine” marzec 2020, s. 1793; *Health Systems Respond to COVID-19*, raport World Health Organization Europe, 6 April 2020, [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0006/437469/TG2-CreatingSurgeAcuteICUcapacity-eng.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0006/437469/TG2-CreatingSurgeAcuteICUcapacity-eng.pdf) (dostęp: 30.05.2020 r.).

## MODYFIKACJA REGUŁ POSTĘPOWANIA Z DOBREM PRAWNYM

Wskazane wyżej zmienne pociągają za sobą konieczność modyfikacji reguł postępowania. Musi tutaj dojść do uadekwatnienia reguł sztuki lekarskiej w taki sposób, by ich przestrzeganie nie stało się niemożliwe bądź kontrproduktywne z perspektywy dóbr prawnych, które mają zabezpieczać<sup>14</sup>. Należy nadać im taki kształt, by nie wymuszały one na lekarzach stosowania medycyny defensywnej<sup>15</sup>, która nie prowadzi do optymalnego zabezpieczenia dóbr prawnych<sup>16</sup>.

Z perspektywy prawa takie dopasowanie standardu postępowania do warunków, w których działa jednostka, nie jest niczym nadzwyczajnym. Znajduje to zaczepienie w treści art. 4 u.z.l., zgodnie z którym „lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością”<sup>17</sup>. Istotne są tutaj trzy elementy: wiedza, metody oraz środki.

Przepis stanowi wprost, że w przypadku metod i środków ich dostępność ma prymat nad formalnymi wskazaniami. O owej dostępności nie decydują procedury, wypracowane w czasach spokojnego funkcjonowania, ale konkretna sytuacja faktyczna.

W odniesieniu do „wiedzy” ustawodawca *prima facie* nie posłużył się kryterium dostępności. Mając jednak na względzie model kształcenia lekarzy, należy przyjąć, że przepis ten nie odnosi się do całości wiedzy medycznej jako takiej, ale uwzględnia wyłącznie ten jej zakres, którego można wymagać od lekarza danej specjalizacji, na określonym etapie kształcenia<sup>18</sup>. Konieczność uadekwatnienia wynika tu z istoty

<sup>14</sup> M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Kryterium dostępności (w:) System prawa medycznego*, t. 2, cz. 1 i 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 315; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Naruszenie...*, s. 56.

<sup>15</sup> D. Bieńkowska, *Poza wartościami. Relacja lekarza z pacjentem w kontekście praktykowania medycyny defensywnej (w:) Sprawności moralne a wartości*, red. I. Jazukiewicz, E. Rojewska, Szczecin 2017, s. 190. Autorka wskazuje, że z medycyną defensywną mamy do czynienia, „kiedy lekarz zleca nadmierne badania, procedury lub wizyty, czy też unika pacjentów wysokiego ryzyka lub procedur, przede wszystkim (lub wyłącznie) w celu zmniejszenia ryzyka odpowiedzialności związanej z niedbałością”.

<sup>16</sup> Jak wskazuje S. Tarapata, „Trzeba jeszcze raz przypomnieć, że jedną z podstawowych funkcji prawa karnego jest to, by w sposób możliwie najdalej idący chroniło ono cenione przez ustawodawcę wartości. Ochrona dóbr prawnych winna być tym czynnikiem, który będzie stanowić podstawową preferencję adresata normy sankcjonowanej” – S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, s. 153. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku działań leczniczych dobrem takim jest życie i zdrowie pacjentów.

<sup>17</sup> Zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Kryterium dostępności...*, s. 309; L. Ogiegło (w:) *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2015, s. 14–16; P. Daniluk, *Błąd w sztuce lekarskiej – wybrane problemy*, „Prawo i Medycyna” 2004/4, s. 45; R. Kędzióra, *Odpowiedzialność...*, s. 133; T. Widlak, *Interpretacja klauzuli „aktualna wiedza medyczna” w polskim prawie – zarys zagadnień epistemologicznych i metodologicznych*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017/38, s. 603.

<sup>18</sup> M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Kryterium...*, s. 310; T. Sroka, *Odpowiedzialność...*, s. 284; M. Boratyńska, *Miejsce...*, s. 7; T. Widlak, *Interpretacja...*, s. 611.



wiedzy medycznej. Zagadnienie to będzie przedmiotem szerszej analizy w toku rozważań.

Opisane wyżej rozwiązania normatywne uelastyczniają pozornie sztywne procedury lecznicze. Dzieje się tak, ponieważ obowiązek ratowania życia ma zawsze pierwszeństwo przed wymogami formalnymi<sup>19</sup>. W sytuacji, gdy lekarzom brakuje kombinezonów, maseczek, rękawiczek, a część pacjentów nie może liczyć na podpięcie do atestowanych urządzeń wspomagających oddychanie, dopuszczalne staje się użycie wszelkich innych środków czy technik, które choć minimalnie poprawią standard świadczonej pomocy medycznej. Za zgodne z regułami sztuki będzie zatem można uznać każde takie niestandardowe postępowanie, które zostanie ocenione jako korzystne (opłacalne) z perspektywy zdrowia i życia pacjentów<sup>20</sup>. Wyznacznikiem owej „opłacalności” będzie rachunek potencjalnych zysków i strat, wiążących się z zastosowaniem metody leczenia w konkretnym przypadku, oraz szerokiego ujęcia dóbr objętych ochroną, uwzględniającego nie tylko życie i zdrowie konkretnego pacjenta, ale także ochronę zdrowia lekarza, który może stać się transmiterem wirusa.

### „AKCEPTOWALNOŚĆ ZACHOWANIA” JAKO TREŚĆ REGUŁY OSTROŻNOŚCI

Określona w ten sposób dyrektywa ma w istocie charakter prakseologiczny. Jest zbyt ogólna, by mogła zostać wykorzystana jako reguła postępowania (perspektywa lekarza) bądź wzorzec oceny bezprawności (perspektywa sądu)<sup>21</sup>. Konieczne jest jej skonkretyzowanie. „Opłacalność” musi zostać opisana w taki sposób, by dyrektywa postępowania opłacalnego mogła stanowić rzeczywiście sensowną regułę sztuki oraz wzorzec oceny zachowania pod kątem bezprawności.

Reguła taka spełniać musi trzy podstawowe kryteria.

Po pierwsze, jej treść powinna być możliwa do ustalenia na moment zachowania lekarza. Ocena opłacalności zachowania musi być dokonywana w chwili czynu (perspektywa *ex ante*) i w oderwaniu od rezultatu terapii<sup>22</sup>. Gdyby było inaczej, to o legalności zachowania decydowałaby analiza sytuacji *ex post*, uzależniająca ocenę dopuszczalności zachowania od jego przyszłych i niepewnych efektów. Tymczasem lekarz musi wiedzieć, co mu wolno, a czego nie w chwili, w której dochodzi do kontaktu z pacjentem wymagającym natychmiastowej interwencji.

Po drugie, reguła musi cechować się elastycznością. W tak niestandardowym układzie, jakim jest sytuacja drastycznego przeciążenia służby zdrowia, właściwie każda konkretna interwencja medyczna cechuje się istotnymi zmiennymi (rodzaj dostępnego środka, stan pacjenta itd.). Wyklucza to wypracowanie ujednoczonego, abstrakcyjnego standardu o precyzyjnej treści.

<sup>19</sup> A. Zoll, *Brak...*, s. 249; T. Sroka, *Odpowiedzialność...*, s. 285.

<sup>20</sup> M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Kryterium...*, s. 316.

<sup>21</sup> Na temat funkcji normy sankcjonowanej, na którą składają się reguły ostrożności, zob. m.in. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990/23, s. 69; P. Kardas, *Zbieg...*, s. 271; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza...*, s. 134.

<sup>22</sup> R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, s. 111, 167.

Po trzecie, reguła musi mieć charakter zobiektywizowany<sup>23</sup> – to znaczy, że jej treść nie może być bezpośrednio uzależniona od wiedzy czy umiejętności konkretnego lekarza. Inaczej niż w przypadku kryteriów ustalenia karalności, nie ma tutaj miejsca na przesłanki o charakterze subiektywnym.

Konieczne jest zatem wypracowanie takiej dyrektywy postępowania, która z jednej strony będzie cechowała się pewnym obiektywizmem i przewidywalnością, z drugiej zaś elastycznością. Wydaje się, że wymogi takie spełnia reguła odwołująca się do figury modelowego lekarza<sup>24</sup>. Sprowadzić ją można do nakazu takiego postępowania, które za opłacalne uznałby modelowy lekarz, działający w konkretnej sytuacji, w warunkach deficytu wiedzy i sprzętu. Jeśli modelowy lekarz użyłby danego urządzenia czy zastosowałby określoną metodę, oceniając je *ex ante* jako akceptowalne, to takie postępowanie uznać należy za legalne.

W ten sposób treść reguły wywiedziona zostanie wprost ze wskazań wiedzy, dostępnej modelowemu lekarzowi na moment działania, z pominięciem formalizmów<sup>25</sup>. Akceptowalność jest tutaj swoistego rodzaju uadekwatnioną opłacalnością, która traci swój absolutny charakter. W tym ujęciu za zgodny z regułami sztuki uznać należy zatem każdy rodzaj terapii, który zostałby zaakceptowany przez modelowego lekarza jako dopuszczalny sposób obchodzenia się z dobrem prawnym.

#### FIGURA MODELOWEGO LEKARZA JAKO WZORZEC DOOKREŚLAJĄCY STANDARD AKCEPTOWALNOŚCI

„Modelowy lekarz” nie utożsamia idealnego medyka, dysponującego wszelką wiedzą i umiejętnościami, znanymi sztuce lekarskiej. Jest to standard odwołujący się do realnej lekarskiej praktyki<sup>26</sup>. Zachowanie modelowego lekarza nie odzwierciedla zatem zachowania obiektywnie najlepszego z możliwych, ale jedynie takie, które jest rozpoznawalne jako akceptowalne z perspektywy potencjalnego lekarza, działającego w konkretnej sytuacji faktycznej, dysponującego wymaganą wiedzą medyczną oraz określonym rozeznaniem rzeczywistości.

<sup>23</sup> P. Kardas, *Błąd w sztuce...*, s. 81; R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, s. 171.

<sup>24</sup> Posłużenie się figurą wzorca w prawie karnym jest powszechnie akceptowaną metodą – zob. m.in. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 87; K. Lipiński, *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 41; S. Tarapata, *Przypisanie...*, s. 143; R. Kokot, M. Banasiewicz, *Z problematyki...*, s. 115; A. Liszewska, *Odpowiedzialność...*, s. 104; A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenia w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 54; R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, s. 172. Należy wskazać, że możliwość konstruowania reguł ostrożności przez odwołanie się do modelowego lekarza jest kwestionowana przez część przedstawicieli doktryny – zob. m.in. P. Daniluk, *Błąd...*, s. 53; J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu medycznym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 85. Zarzuty podnoszone wobec zarysowanego wyżej rozwiązania odnoszą się do tych jego cech, które w sytuacji niestandardowej, jaką bez wątpienia jest pandemia, stanowią w istocie zalety, a mianowicie do elastyczności oraz silnego powiązania z sytuacją faktyczną.

<sup>25</sup> Na napięcie, jakie występuje między dążeniem prawników do precyzyjnego opisu reguł a opartymi wyłącznie na wiedzy działaniami lekarzy, zwracał uwagę P. Kardas – zob. P. Kardas, *Błąd w sztuce...*, s. 85–86.

<sup>26</sup> M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, s. 109; K. Lipiński, *Wzorce...*, s. 66; R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, s. 173; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Naruszenie...*, s. 55.

Modelowy lekarz nie jest figurą jednolitą. Wysoka specjalizacja w obrębie zawodu, a także podzielenie procesu kształcenia lekarza na etapy wymusza dywersyfikację wzorca. Wydaje się, że konieczne jest tutaj zastosowanie rozróżnienia standardów lekarza specjalisty i niespecjalisty (kryterium rodzaju specjalizacji) bądź lekarza specjalisty i stażysty (kryterium etapu wykształcenia)<sup>27</sup>. W tej perspektywie brak wiedzy specjalistycznej czy określonych umiejętności traktować należy jako niemożliwy do uniknięcia deficyt. Przykładowo modelowy okulista nie będzie potrafił przeprowadzić intubacji w sposób prawidłowy, o ile nie zostanie do tego dodatkowo przeszkolony.

Kwestia powyższa jest o tyle istotna, że sytuacja epidemii może wiązać się z koniecznością przekierowania lekarzy innych specjalizacji do pracy na oddziałach zakaźnych bądź intensywnej terapii<sup>28</sup>. W ramach swojej pracy będą musieli oni podejmować decyzje w zakresie terapii, o której prowadzeniu nie mają pogłębionej wiedzy. Zagrożenia, z którymi zetkną się przy tej okazji, mogą być rozpoznawalne dla lekarza dysponującego wiedzą specjalistyczną, a właściwie niemożliwe do ostrzeżenia przez laryngologa czy okulistę<sup>29</sup>.

Posłużenie się figurą modelowego lekarza pozwoli zatem na uwzględnienie niemożliwych do uniknięcia deficytów wiedzy – a co za tym idzie, nada normie sankcjonowanej walor racjonalności<sup>30</sup>.

#### MODELOWY LEKARZ JAKO WYZNACZNIK SPEKTRUM AKCEPTOWALNYCH DECYZJI

Z perspektywy przypisania odpowiedzialności karnej kluczowe znaczenie będzie miało nie tyle samo zrekonstruowanie wzorca osobowego, ile określenie zbioru możliwych decyzji, które ów wzorec uznać mógłby za akceptowalne<sup>31</sup>. W toku postępowanie to właśnie owo spektrum, a nie sama figura lekarza, będzie wzorcem oceny zachowania sprawcy pod kątem legalności.

Istotne są przy tym dwie okoliczności.

<sup>27</sup> A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 56; R. Kędziora, *Odpowiedzialność...*, s. 174; S. Tarapata, *Przypisanie...*, s. 150.

<sup>28</sup> Przypadki takie już miały miejsce, o czym informowała prasa. Zob. m.in. <https://www.rp.pl/Lekarze-i-pielegniarki/304149963-Koronawirus-braki-kadrowe-w-szpitalach-wymuszaja-delegowanie-personelu.html> (dostęp: 30.05.2020 r.).

<sup>29</sup> Pewną ilustrację może stanowić tu przypadek osoby dostającej ataku serca. Jeśli świadkiem takiego zdarzenia będzie przypadkowy przechodzień, to wiązały go będą inne reguły, niż gdyby jego świadkiem stał się przechodzień-ratownik medyczny. Jeszcze inne reguły postępowania wiązałyby w sytuacji, gdyby do ataku doszło w trakcie badania na oddziale kardiologii bądź w trakcie pobytu na oddziale intensywnej terapii. W każdym z tych przypadków reguła postępowania będzie w istocie pochodną wiedzy i umiejętności podmiotu, przefiltrowanych przez figurę wzorca.

<sup>30</sup> S. Tarapata, *Przypisanie...*, s. 144.

<sup>31</sup> M. Boratyńska, *Miejsce...*, s. 7 – Autorka wskazuje wręcz, że „w medycynie nie wydaje się możliwy ani pożądaný standard jednolity, który byłby wyznaczany przez jedno proste kryterium i na użytek wszystkich możliwych sytuacji”.

Po pierwsze, wskazać należy, że medycyna jest sztuką, a co za tym idzie – ze swojej istoty zakłada istnienie wielu dróg rozwiązania tego samego problemu<sup>32</sup>. Oznacza to, że dla modelowego lekarza istniało będzie stosunkowo szerokie spektrum akceptowalnych zachowań, każde z nich zaś uznane zostanie za korzystne dla pacjenta. Kwestia powyższa ulega uwydatnieniu w sytuacjach, które są punktem wyjścia prowadzonych tu rozważań. Działanie w warunkach deficytu wiedzy wiąże się z brakiem możliwości jednoznacznego i pewnego oszacowania poziomu niebezpieczeństwa, grożącego dobrom prawnym w razie użycia danej metody leczenia – bądź odmowy jej użycia. Niedookreśloność poziomu obu tych zagrożeń sprawia, że w niektórych przypadkach za akceptowalne zostaną uznane dwa zachowania pozostające ze sobą w sprzeczności. Można zobrazować powyższą tezę przykładem: z perspektywy modelowego lekarza tak samo uzasadnione może okazać się podpięcie pacjenta pod urządzenie bez atestu, jak i jego niepodpięcie.

Po drugie, lekarz działający w warunkach choroby zakaźnej musi w szerszym zakresie uwzględniać potrzebę ochrony dóbr prawnych innych pacjentów, pozostających pod jego opieką, których potencjalnie może zarazić bądź którym nie będzie mógł udzielić pomocy, np. ze względu na objęcie go kwarantanną. W ten sposób w treść reguły zostaje niejako wpisana kolizja dóbr. W skrajnych przypadkach, jeśli np. lekarz jest jedynym chirurgiem w promieniu stu kilometrów, a jego kontakt z zakażonym niewymagającym udzielenia natychmiastowej pomocy wyłączyłby możliwość leczenia innych pacjentów, będzie tu mogło dojść do odmowy udzielenia świadczenia zdrowotnego.

Do sprecyzowania figury modelowego lekarza i rekonstruowania spektrum jego możliwych decyzji pomocne może okazać się zasięgnięcie opinii biegłych. Ich zadaniem nie będzie jednak dokonanie oceny działań konkretnego oskarżonego pod kątem ich opłacalności, dokonanej *ex post*, z uwzględnieniem pełnego zestawu informacji dotyczących okoliczności sprawy. Biegli będą musieli natomiast określić owo spektrum możliwych zachowań, akceptowalnych z perspektywy wzorca modelowego lekarza stażysty, anestezjologa czy okulisty, przy uwzględnieniu występującego u nich i niedającego się uniknąć deficytu wiedzy i sprzętu.

Na tej podstawie odpowiedni organ procesowy (prokurator bądź sąd) udzieli odpowiedzi na pytanie, czy konkretne zachowanie, będące przedmiotem postępowania, mieściło się w określonym przez biegłych spektrum akceptowalnych zachowań. Jeśli będzie ona pozytywna, czyn lekarza zostanie uznany za legalny, co wykluczy odpowiedzialność karną<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> M. Boratyńska, *Miejsce...*, s. 8. Przykładowo ten sam zabieg może być przeprowadzony metodą klasyczną bądź laparoskopową – zob. m.in. R. Zollinger jr, R. Zollinger, *Atlas zabiegów chirurgicznych*, tłum. W Kostewicz, Wrocław 2007, s. 118–123.

<sup>33</sup> P. Daniluk, *Błąd...*, s. 52.

## KONSEKWENCJE UWZGLĘDNIENIA DEFICYTÓW W TREŚCI NORMY POSTĘPOWANIA

Uwzględnienie opisanych wyżej deficytów na poziomie treści normy sankcjonowanej<sup>34</sup> pociąga za sobą istotne konsekwencje praktyczne.

Reguła postępowania ma charakter imperatywny: nie określa jedynie możliwości, ale statuuje obowiązek działania. Inaczej niż ma to miejsce w przypadku kontraktów<sup>35</sup>, reguła postępowania działa nie tylko „na korzyść” sprawcy. Zakresowo może prowadzić to do rozszerzenia odpowiedzialności lekarza za skutek spowodowany przez zaniechanie. Przykładowo, jeśli możliwość wykorzystania niestandardowego urządzenia oznaczać będzie w istocie nakaz jego użycia, to zaniechanie leczenia taką metodą uznane zostanie za złamanie normy, implikujące bezprawność zachowania.

Imperatywny charakter normy ulega jednak istotnemu rozmiękczeniu na poziomie jej treści. Figura modelowego lekarza pozwala na zdekodowanie stosunkowo szerokiego spektrum akceptowalnych zachowań. Nie jest zatem tak, że odwołująca się do niej reguła wyznaczy jeden, dopuszczalny sposób działania. Przypomina to w pewnym sensie reguły ruchu drogowego, określające dozwoloną prędkość maksymalną. Kierowcy mogą decydować, czy poruszać będą się z szybkością zbliżoną do maksymalnej, czy też zupełnie spowolnią pojazd – prawo nie określa jednej, właściwej metody postępowania.

Do ustalenia bezprawności zaniechania podjęcia leczenia metodą niestandardową będzie mogło zatem dojść wyłącznie w sytuacjach skrajnych. Za ilustrację niech posłuży przypadek lekarza, który nie podcina pacjenta do respiratora nieposiadającego atestu, choć to konkretne urządzenie było wielokrotnie wykorzystywane z powodzeniem przez innych medyków, o czym lekarz ów wiedział, jedynym zaś powodem zaniechania był brak oficjalnego dopuszczenia do użytku.

Jeśli nietypowa metoda leczenia, zastosowana w konkretnym przypadku, została uznana za akceptowalną przez modelowego lekarza, to nawet w przypadku wystąpienia *prima facie* przestępnego skutku przypisanie sprawstwa spowodowania skutku bądź śmierci nie będzie możliwe. Czyn sprawcy pozostanie

<sup>34</sup> P. Kardas, *Błąd w sztuce...*, s. 89.

<sup>35</sup> Pozornie może wydawać się, że do uelastycznienia kryteriów przypisania bezprawności czynu mogłyby dojść na poziomie kontraktu eksperymenty. Zgodnie z treścią art. 27 § 1 k.k. „nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu przeprowadzenia eksperymentu poznawczego, medycznego, technicznego lub ekonomicznego, jeżeli spodziewana korzyść ma istotne znaczenie poznawcze, medyczne lub gospodarcze, a oczekiwanie jej osiągnięcia, celowość oraz sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy”. Przeciwno takiemu rozwiązaniu przemawiają dwie okoliczności. Po pierwsze, przepis wymaga, by podjęte zachowanie nakierowane było na poszerzenie wiedzy. Ten element nie występuje w przypadku reagowania na deficyty. Po drugie, w analizowanych przypadkach chodzi o ustalenie reguły najbardziej optymalnego postępowania, a nie postępowania nadmiernie ryzykownego. Ryzyko nie jest tu ryzykiem nowatorstwa, ale ryzykiem wymuszonym okolicznościami faktycznymi.

bowiem legalny, a do wykluczenia odpowiedzialności karnej dojdzie już na etapie weryfikacji bezprawności. W perspektywie procesowej oznacza to, że postępowanie dotyczące powyższego czynu powinno zostać umorzony już na etapie przygotowawczym, ze względu na brak realizacji znamion przestępstw. Wynika to wprost z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., według którego „nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy: (...) 2) czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego”<sup>36</sup>. Należy zwrócić uwagę, że w przypadku analizowanych tu okoliczności problemem nie będzie ustalenie stanu faktycznego, ale treści normy, stanowiącej wzorzec opisania bezprawności. Skomplikowany poziom regulacji – za który pośrednio odpowiada ustawodawca, rezygnujący z wprowadzenia zredukowanych standardów postępowania na czas pandemii – nie może działać na niekorzyść obywatela. Wniesienie aktu oskarżenia jawi się zatem jako niedopuszczalne tak długo, aż nie zostanie ustalona treść normy sankcjonowanej, określającej bezprawność.

W tych sytuacjach, w których postępowanie konkretnego lekarza nie będzie mieściło się w spektrum możliwych zachowań akceptowalnych (a co za tym idzie zostanie uznane za bezprawne), konieczne będzie zweryfikowanie czynu sprawcy pod kątem pozostałych elementów struktury przestępstwa: karalności, karygodności oraz zawinienia<sup>37</sup>. Także na tych płaszczyznach będzie mogło dojść do wyłączenia przestępności czynu – kwestie te pozostają jednak poza zakresem niniejszego opracowania.

## PODSUMOWANIE

Zaprezentowane wyżej rozważania sprowadzić można do następujących wniosków:

- 1) treść reguł sztuki ulega modyfikacji pod wpływem zmiany okoliczności faktycznych; okolicznościami takimi są bez wątpienia niedobory sprzętu oraz wiedzy, ujawniające się w sytuacji epidemii;
- 2) niedobór standardowych środków i metod leczenia sprawia, że legalne staje się posłużenie się każdą metodą terapii, którą modelowy lekarz uznałby za opłacalną z perspektywy dóbr prawnych; w ten sposób uzyskuje ona walor akceptowalności;
- 3) w sytuacji gdy obrona metoda leczenia uznana zostanie za nadmiernie ryzykowną (nieakceptowalną), możliwe będzie ustalenie bezprawności zachowania lekarza; do przypisania odpowiedzialności karnej konieczne będzie jednak wykazanie, że zostały zrealizowane także pozostałe elementy struktury przestępstwa.

<sup>36</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.), dalej k.p.k.

<sup>37</sup> Do wyłączenia takiego mogłoby dojść przykładowo ze względu na wystąpienie usprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu, o którym mowa w art. 28 k.k.

## ABSTRACT

**dr Dominik Zając**

The author is an assistant professor at the Department of Criminal Law of the Jagiellonian University in Krakow.

**Modification of medical practice during the COVID-19 epidemic  
– criminal law perspective**

*During the COVID-19 epidemic, the deficits faced by the health care system become particularly noticeable. Functioning in the conditions of a shortage of equipment and staff necessitates modification of the rules of conduct. The use of standard methods of treatment, developed under ordinary conditions, turns out to be either not optimal from the perspective of the goal of protecting life and health, or impossible.*

*This text is an analysis of the impact of a deficit of equipment and knowledge on the content of the standards of conduct, which are the base of attribution of unlawfulness. The author shows that the content of the rule binding the subject depends not so much on formal indications as on real possibilities of action. For the description of the sanctioned norm, he uses a duly adapted standard of a reasonable doctor.*

**Keywords:** *medical art, medical malpractice, COVID-19*

**dr Dominik Zając**

ORCID: 0000-0002-5325-1650; e-mail: d.zajac@uj.edu.pl

Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

## BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

**Bieńkowska Daria**, *Poza wartościami. Relacja lekarza z pacjentem w kontekście praktykowania medycyny defensywnej* (w:) *Sprawności moralne a wartości*, red. I. Jazukiewicz, E. Rojewska, Szczecin 2017

**Boratyńska Maria**, *Miejsce standardów lekarskich w systemie prawa medycznego – teoria i praktyka* (w:) *Standard wykonywania zawodów medycznych*, red. A. Górski, Warszawa 2019

**Boratyńska Maria, Konieczniak Przemysław**, *Kryterium dostępności* (w:) *System prawa medycznego*, t. 2, cz. 1 i 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska P. Konieczniak, Warszawa 2019

**Boratyńska Maria, Konieczniak Przemysław**, *Naruszenie zasad ostrożności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, karnej i zawodowej lekarza*, „Prawo i Medycyna” 1999/3, s. 49

*Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 73, World Health Organization*, <https://www.who.int/docs/default-source/coronavirus/situation-reports/20200402-sitrep-73-covid-19.pdf> (dostęp: 30.05.2020 r.)

**Daniluk Paweł**, *Błąd w sztuce lekarskiej – wybrane problemy*, „Prawo i Medycyna” 2004/4, s. 45

**Dąbrowska-Kardas Małgorzata**, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012

**Gaszyński Tomasz**, *Wytyczne Difficult Airway Society (zmodyfikowane wg SPUDO) dla postępowania w przypadku nieprzewidzianej „trudnej intubacji” (u pacjentów dorosłych)*, [https://www.machala.info/media/repository/Medycyna/05\\_PTAiT\\_Gaszynski\\_T\\_Wytyczne\\_SPUDO\\_2009\\_01\\_20.pdf](https://www.machala.info/media/repository/Medycyna/05_PTAiT_Gaszynski_T_Wytyczne_SPUDO_2009_01_20.pdf) (dostęp: 19.05.2020 r.)

*Health Systems Respond to COVID-19*, raport World Health Organization Europe, 6 April 2020, [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0006/437469/TG2-CreatingSurgeAcuteICUcapacity-eng.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0006/437469/TG2-CreatingSurgeAcuteICUcapacity-eng.pdf) (dostęp: 30.05.2020 r.)

**Kardas Piotr**, *Błąd w sztuce medycznej a odpowiedzialność karna lekarza*, „Bioetyczne Zeszyty Pediatrji” 2007/4, s. 83

**Kardas Piotr**, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym*, Warszawa 2011

**Kędziora Renata**, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009

**Kokot Rajnhard, Banasiewicz Mira**, *Z problematyki odpowiedzialności karnej za błąd w sztuce lekarskiej*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, Wrocław 2009

**Leśniak Wiktoria, Bała Małgorzata, Jaeschke Roman, Brożek Jan L.**, *Od danych naukowych do praktycznych zaleceń – tworzenie wytycznych według metodologii GRADE*, „Polskie Archiwum Medycyny Wewnętrznej” 2015/125, s. 26

**Lipiński Konrad**, *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020

**Liszewska Agnieszka**, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Zakamycze 1998

**Ogiegło Leszek (w:)** *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2015

**Rodzinkiewicz Mateusz**, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998

**Różańska Anna**, *Zakłucia u personelu medycznego – jak zminimalizować ryzyko zakażeń przenoszonych drogą krwi*, „Zakażenia XXI wieku” 2018/1, s. 21



- Sawicki Jerzy**, *Błąd sztuki przy zabiegu medycznym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965
- Sroka Tomasz**, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013
- Tarapata Szymon**, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019
- Truog Robert, Mitchell Christine, Dalay George**, *The toughest triage – allocating ventilators in a pandemic*, „The New England Journal of Medicine” marzec 2020, s. 1793
- Widlak Tomasz**, *Interpretacja klauzuli „aktualna wiedza medyczna” w polskim prawie – zarys zagadnień epistemologicznych i metodologicznych*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017/38, s. 603
- Zielińska Eleonora**, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001
- Zoll Andrzej**, *Brak wymaganych kwalifikacji działającego podmiotu jako przesłanka odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne*, „Studia Prawnicze” 1988/1–2, s. 247
- Zoll Andrzej**, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenia w leczeniu*, Warszawa 1988
- Zoll Andrzej**, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Kra-kowskie Studia Prawnicze” 1990/23, s. 69
- Zollinger jr Robert, Zollinger Robert**, *Atlas zabiegów chirurgicznych*, tłum. W Kostewicz, Wrocław 2007

Pojęcia kluczowe: *wirus SARS-CoV-2, choroba zakaźna, COVID-19, przestępstwo narażenia na zakażenie, szerzenie się choroby zakaźnej*

# Artykuły

*Rafał Kubiak*

## ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA ZA NARAŻENIE NA ZAKAŻENIE WIRUSEM SARS-COV-2

Pandemia wirusa SARS-CoV-2 skłania do zastanowienia się nad odpowiedzialnością karną osoby, która zakażona tym wirusem naraża na zakażenie innych. W szczególności czy do jej zachowania znajduje zastosowanie art. 161 Kodeksu karnego<sup>1</sup>. Rozważania na ten temat mają bardziej uniwersalne znaczenie, gdyż pozwalają na dogłębniejszą analizę tego przepisu, zarówno pod względem systemowym, jak i konstrukcyjnym. W artykule podjęto próbę rozstrzygnięcia, jakie jest pole penalizacji czynu opisanego w art. 161 k.k., zwłaszcza czy znajduje on zastosowanie do osoby zakażonej wspomnianym wirusem.

Na wstępie w artykule omówiono stronę przedmiotową tego występku w kontekście choroby COVID-19. W szczególności rozważono, czy może być ona kwalifikowana jako ciężka choroba nieuleczalna lub realnie zagrażająca życiu. Następnie omówiono podmiot tego przestępstwa, wskazując na jego indywidualny charakter. Wyjaśniono, czy sprawcą może być osoba jedynie podejrzana o zachorowanie na tę chorobę. Kwestie te analizowano również na gruncie strony podmiotowej, cechującej się szczególnymi wymogami dotyczącymi wiedzy sprawcy o swym zachorowaniu. W artykule omówiono także nowo wprowadzany typ kwalifikowany, polegający na narażeniu na zakażenie wielu osób, oraz jego relacje do przestępstwa opisanego w art. 165 § 1 pkt 1 k.k., polegającego na spowodowaniu niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób poprzez sze-

<sup>1</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

zenie choroby zakaźnej. Ponadto rozważono problematykę skuteczności zgody dysponenta dobrem na narażenie na zakażenie wirusem SARS-CoV-2.

## EWOLUCJA ROZWIĄZAŃ PRAWNYCH DOTYCZĄCYCH KARANIA OSÓB ZAKAŻONYCH CHOROBA ZAKAŻNĄ

Już od czasów starożytnych podejmowano działania przeciwepidemiczne i mające uchronić przed szerzeniem się chorób zakaźnych. W szczególności nakazywano wykonywanie określonych zabiegów higienicznych (np. w starożytnym Egipcie kapłani dbali o czystość swego ciała, które skrupulatnie myli i golili). Niekiedy nakazy w tym zakresie były ujmowane w formie prawideł religijnych (np. w Talmudzie opisywano zasady postępowania wobec trędowatych, którzy byli odosobniani, a ich odzież palona, dezynfekowano także ich naczynia i pomieszczenia, w których przebywali). Powstawały też specjalnie urzędy zajmujące się troską o przestrzeganie standardów higienicznych (np. na Sycylii lekarz miejski Empedokles starał się uchronić miasto przed „złośliwą febrą”, zamykając dostęp z pobliskiego wąwozu i osuszając bagna, z których wydobywały się „szkodliwe wiatry”)<sup>2</sup>. Eskalacja takich działań następowała w okresie panowania śmiertelnych epidemii. Wówczas podejmowano niekiedy bardzo drastyczne środki zaradcze. Otaczano kordonem wojskowym miasta, w których przebywali chorzy, a ich samych zamykano w domach i palono wraz z całym dobytkiem<sup>3</sup>. Osoby przybywające „z podejrzanych stron” były poddawane kwarantannie. Wydawano też przepisy „przeciwmorowe”, których przestrzeganie było zabezpieczone surowymi karami. Przykładowo w Królewcu pod koniec XVII w. wieszano osoby, które się nie stosowały do takich regulacji, a w Warszawie, ku przestrodze, stawiano szubienice, które miały odstraszyć niepowołanych przybyszów<sup>4</sup>.

W czasach nowożytnych, wraz z postępem medycyny i poznawaniem etiologii chorób zakaźnych, zaczęto wydawać akty prawne, których celem było uchronienie przed ich rozprzestrzenianiem się<sup>5</sup>. Towarzyszyły im również przepisy karne. Na przykład na terenie XIX-wiecznych państw niemieckich i Szwajcarii przewidywano sankcje dla chorych wenerycznie prostytutek, które świadcząc swe usługi, transmitowały choroby<sup>6</sup>. Z kolei na ziemiach polskich pozostających pod zaborem pruskim, w myśl § 327 Kodeksu karnego Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., karze do dwóch lat więzienia albo grzywnie do dwóch tysięcy marek podlegał ten, kto „świadomie narusza zarządzenia zagrodne lub nadzorcze albo zakazy dowozu, wydane przez właściwą

<sup>2</sup> *Historia medycyny*, red. T. Brzeziński, Warszawa 1988, s. 238–240.

<sup>3</sup> G. Fedorowski, *Człowiek istota poznana?*, Warszawa 1981, s. 52–53; G. Fedorowski, *Poczet wielkich medyków*, Warszawa 1967, s. 25.

<sup>4</sup> J. Kracik, *Pokonać czarną śmierć*, Kraków 1991, s. 106.

<sup>5</sup> Przykładowo na ziemiach polskich na początku XX wieku obowiązywały w tym zakresie akty państw zaborczych, tj. ustawa z 30.06.1900 r. o zwalczaniu chorób zakaźnych (Dz.U. Rzeszy, Nr 306), oraz ustawa z 28.08.1905 r. o zwalczaniu chorób zakaźnych (Zbiór ustaw pruskich, Nr 373).

<sup>6</sup> B. Michalski (w.): *System prawa karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 306.

władzę ku ochronie od zawleczenia lub rozszerzania chorób zakaźnych”. Sankcja była surowsza (kara więzienia od 3 miesięcy do lat 3), w przypadku gdy skutek takiego naruszenia „człowiek nabawił się choroby zakaźnej”<sup>7</sup>.

W okresie międzywojennym polskie władze wydały kilka aktów prawnych dotyczących tej materii. Egzemplifikując, można przywołać ustawę z 25.07.1919 r. w przedmiocie zwalczania chorób zakaźnych oraz innych chorób występujących nagminnie<sup>8</sup> oraz ustawę z 21.02.1935 r. o zapobieganiu chorobom zakaźnym i o ich zwalczaniu<sup>9</sup>. Przewidziane w nich zakazy i nakazy „przeciwepidemiczne” były zabezpieczane sankcjami karnymi. Przykładowo w myśl art. 25 pierwszej z tych ustaw, przekroczenie jej przepisów lub aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie było karane w drodze administracyjnej grzywną do 1.000 złp lub aresztem do 3 miesięcy. Przy czym dopuszczalne było kumulatywne zastosowanie tych kar.

Po II wojnie światowej została uchwalona ustawa z 13.11.1963 r. o zwalczaniu chorób zakaźnych<sup>10</sup>. W jej art. 26 spenalizowano kilka czynów polegających m.in. na nieprzestrzeganiu wskazań lekarskich, nakazów lub zakazów, wydawanych w związku ze zwalczaniem chorób zakaźnych przez organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej; zatrudnianiu, wbrew przepisom o zwalczaniu chorób zakaźnych, chorego zakaźnie, podejrzanego o chorobę zakaźną, podejrzanego o zakażenie, nosiciela lub podejrzanego o nosicielstwo. Analogiczne rozwiązania znalazły się w aktach współczesnych, tj. ustawie z 6.09.2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach<sup>11</sup> i obecnie obowiązującej ustawie z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi<sup>12</sup>.

Obok przepisów poświęconych przeciwdziałaniu chorobom zakaźnym regulacje karne miały też charakter bardziej ogólny i były zamieszczane w Kodeksach karnych. W Kodeksie z 1932 r. inkryminowane zachowanie było opisane w art. 245. Spenalizowane w nim zostało narażenie innej osoby na zarażenie chorobą weneryczną. Przystępstwo to co do zasady było ścigane z oskarżenia publicznego. Jeśli jednak sprawcą był małżonek pokrzywdzonego, ściganie następowało w trybie wnioskowym. Sprawcą tego czynu mogła być tylko osoba, która była dotknięta taką chorobą. Było to przestępstwo z narażenia, dla jego dokonania wystarczało bowiem stworzenie stanu zagrożenia zakażeniem wspomnianą chorobą. Jeśli natomiast sprawca doprowadził do zakażenia taką chorobą, uznawaną za „ciężką chorobę nieuleczalną”, mógł odpowiadać na podstawie art. 235 k.k.

<sup>7</sup> *Kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z 15.05.1871 r. z późniejszymi zmianami i uzupełnieniami po rok 1918 wraz z ustawą wprowadzącą do kodeksu karnego dla Związku Północno-Niemieckiego (Rzeszy Niemieckiej) z 31.05.1870 r.*, Poznań 1920, s. 132.

<sup>8</sup> Dz.U. R.P. nr 6 poz. 402.

<sup>9</sup> Dz.U. nr 27 poz. 198 ze zm.

<sup>10</sup> Dz.U. nr 50 poz. 279 ze zm.

<sup>11</sup> Dz.U. nr 126 poz. 1384 ze zm. W art. 35 ustawy stypizowano wykroczenie polegające na m.in. na niezgłaszaniu przypadków zakażenia, zachorowania, podejrzenia o zakażenie, zachorowanie lub zgonu na chorobę zakaźną oraz na niezastosowaniu się do obowiązków wynikających z art. 5 i 13, nakazów lub zakazów określonych w art. 25. Za czyny te groziła grzywna.

<sup>12</sup> Dz.U. z 2019 r. poz. 1239 ze zm.

z 1932 r., czyli za ciężki uszczerbek na zdrowiu<sup>13</sup>. Analogiczne rozwiązanie ustawodawca przyjął w Kodeksie karnym z 1969 r., przy czym rozszerzono zakres stosowania wnioskowego trybu ścigania, który miał miejsce w przypadku, gdy pokrzywdzonym była „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” (a nie tylko małżonek). Nadal jednak ograniczano karalność do narażenia na zakażenie jedynie chorobą weneryczną, pomijając inne choroby zakaźne. W sytuacji gdy sprawca doprowadził do infekcji (co było jego zamiarem), odpowiadał za spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 155 k.k. z 1969 r.), jeśli natomiast do zakażenia doszło nieumyślnie, stosowano kumulatywną kwalifikację z przepisami typizującymi nieumyślną odmianę ciężkiego uszczerbku na zdrowiu albo średniego bądź lekkiego uszkodzenia ciała (odpowiednio art. 155 § 2 i art. 156 § 3 k.k. z 1969 r.)<sup>14</sup>.

Regulacje te stały się pierwowzorem obecnych unormowań. Aczkolwiek ich kształt istotnie odbiega od omówionych rozwiązań. W Kodeksie karnym z 1997 r. problematyce narażenia na zakażenie poświęcono art. 161. W porównaniu do swych poprzedników jest on znaczenie bardziej rozbudowany i kazuistyczny. W § 1 stypizowano bowiem narażenie na zarażenie wirusem HIV. Z kolei w § 2 opisano czyn polegający na narażeniu na zakażenie innymi chorobami. Oprócz dotychczasowej choroby wenerycznej dodano choroby zakaźne, nieuleczalne oraz realnie zagrażające życiu. Przepisy te są ścigane na wniosek pokrzywdzonego (bez względu na to, w jakich relacjach pozostawał on ze sprawcą). Pierwotne brzmienie tych przepisów zostało znowelizowane ustawą z 31.03.2020 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<sup>15</sup>. W jej wyniku znacząco zaostrzono ustawowe zagrożenie karą (za narażenie na zakażenie wirusem HIV grozi obecnie kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8, uprzednio zaś występował ten był zagrożony karą pozbawienia wolności od miesiąca do lat 3<sup>16</sup>).

Ponadto wprowadzono typ kwalifikowany opisywanych czynów. Okolicznością podwyższającą społeczną szkodliwość czynu jest narażenie na wspomniane

<sup>13</sup> J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 343–344.

<sup>14</sup> I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 473.

<sup>15</sup> Ustawa z 31.03.2020 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).

<sup>16</sup> Nie jest zrozumiałe takie posunięcie legislacyjne. Uznając, że nowelizacja ta jest odpowiedzią na zagrożenie powstające w wyniku zakażenia wirusem SARS-CoV-2 i zachorowania na COVID-19 (na co wskazuje intytucja ustawy nowelizującej i okoliczności uchwalenia tej ustawy, co nastąpiło w okresie pandemii tego wirusa), trudno dostrzec racjonalność ustawodawcy w zaostrzaniu (niezwykle dużym) kary za narażenie na zakażenie wirusem HIV. Poza tym tak rażąco surowa sankcja za czyn z narażenia pozostaje w dysproporcji do sankcji za inne czyny z naruszenia, np. taka sama sankcja grozi za bójkę i pobicie skutkujące ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu (art. 158 § 2 k.k.). W przypadku jednak tego przestępstwa dochodzi już do efektywnego naruszenia zdrowia pokrzywdzonego, stopień szkodliwości tego czynu jest zatem wyższy niż spowodowanie „jedynie” zagrożenia zakażeniem wirusem HIV. Posunięcie to wskazuje zatem na brak refleksji nad spójnością Kodeksu karnego i doraźne oraz wybiórcze jego modyfikacje.

zakażenia „wielu osób” (art. 161 § 3 k.k.). Przepięstwo to jest zagrożone karą pozbawienia wolności od roku do lat 10 i ścigane z urzędu. Biorąc pod uwagę okoliczności uchwalenia tej nowelizacji – pandemię wirusa SARS-CoV-2 – można przyjąć, że rozwiązania te są podyktowane chęcią penalizacji zachowań, które mogą doprowadzić do zakażenia tą chorobą. W dalszej części artykułu regulacja ta zostanie zatem przybliżona. W sytuacji natomiast, gdy dojdzie do zakażenia, sprawca może odpowiadać za przestęstwo z naruszenia przeciwko zdrowiu (a nawet życiu). W zależności od ustaleń co do charakteru choroby wywołanej wirusem SARS-CoV-2 możliwa będzie kwalifikacja na podstawie art. 156 albo 157 k.k. Kwestie te będą poruszone w kolejnym fragmencie opracowania.

### **NARAŻENIE NA ZAKAŻENIE WIRUSEM SARS-COV-2 JAKO CZYNNOŚĆ SPRAWCZA CZYNU STYPIZOWANEGO W ART. 161 § 2 K.K.**

Czynność sprawcza występku opisanego w art. 161 § 2 k.k. polega na narażeniu na zakażenie chorobami, wymienionymi w omawianym przepisie. W kontekście wirusa SARS-CoV-2 należy dokładniej przeanalizować dyspozycję tej normy.

W myśl tej regulacji sprawca ma narazić na zakażenie „chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu”. Taka redakcja powoduje rozbieżności interpretacyjne. Zdaniem niektórych autorów ustawodawca wskazał odrębne 4 typy chorób. Odpowiedzialność jest więc możliwa, gdy sprawca narazi na zakażenie chorobą zakaźną, która nie musi być jednocześnie nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu. I odwrotnie, dla poniesienia odpowiedzialności wystarczające jest narażenie na zakażenie chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu, choć niekoniecznie zakaźną<sup>17</sup>. Wydaje się jednak dominować inne stanowisko, mianowicie że choroba zakaźna musi być jednocześnie ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażać życiu<sup>18</sup>. Rozstrzygnięcie tych wątpliwości jest trudne, gdyż do innych wniosków może prowadzić wykładnia gramatyczna, a innych teleologiczna i systemowa.

Opierając się na literalnym brzmieniu omawianego przepisu, należałoby przyjąć ten pierwszy pogląd, gdyż określenie „choroba zakaźna” zostało oddzielone od pozostałych, wymienionych dalej chorób, przecinkiem. Są to więc odrębne kategorie. Takie rozumowanie niepomierne rozszerzałoby jednak zakres penalizacji. Warto zaś zauważyć, że na gruncie analizowanego przepisu pojęcie „choroby zakaźnej” jest pojmowane dość ogólnie. Wskazuje się bowiem, że nie należy ograniczać go do wykazu chorób zakaźnych, znajdującego się w przepisach dotyczących przeciwdziałania chorobom zakaźnym (obecnie załącznik do ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi), lecz obejmuje wszelkie choroby, które mogą być wywołane przez biologiczny czynnik chorobotwórczy

<sup>17</sup> Por. B. Michalski (w:) *System...*, s. 310–311.

<sup>18</sup> Np. O. Górniok (w:) O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 1999, t. 3, s. 111; L. Tyszkiewicz (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2004, s. 469; A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, t. 2, s. 426.

(w tym pochodzenia odzwierzęcego)<sup>19</sup>. Zbiór takich chorób byłby zatem bardzo szeroki i zmieniający się w zależności od sytuacji epidemicznej. Powstaje jednak pytanie, czy w istocie prawo karne powinno sankcjonować narażenie na każdą chorobę zakaźną, nawet o błahym i mało niebezpiecznym przebiegu. Mając na względzie, że pełni ono funkcję *ultima ratio*, można sięgać po jego instrumenty jedynie w sytuacji, gdy zostaje poważnie narażone/naruszone cenne dobro prawne i nie może być ono skutecznie zabezpieczone normami innych dziedzin prawa.

W takim ujęciu należałoby przyjąć zawężającą interpretację omawianego przepisu. Za takim stanowiskiem przemawiają również wyniki wykładni systemowej. Warto bowiem zauważyć, że omawiany występki jest czynem z narażenia. Porównując jego konstrukcję do innych przestępstw z narażenia przeciwko życiu i zdrowiu, można dostrzec, że ustawodawca ogranicza pole penalizacji jedynie do tych sytuacji, gdy zagrożenie dla dobra prawnego jest bezpośrednio i dostatecznie poważne – m.in. gdy grozi niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (np. art. 160 § 1 k.k.). Formą takiego uszczerbku jest zaś m.in. ciężka choroba nieuleczalna lub długotrwała oraz choroba realnie zagrażająca życiu. Można z tego wywieść, że ustawodawca dostrzega potrzebę penalizacji jedynie takich zachowań, które stwarzają zagrożenie w tak poważnym stopniu. Dopiero jeżeli dojdzie do naruszenia dobra w postaci zdrowia, możliwa jest odpowiedzialność za mniej drastyczne postaci (średnie i lekkie uszkodzenie ciała).

Systemowo niezrozumiałe byłoby więc, że odpowiedzialność za narażenie na chorobę zakaźną może powstać bez względu na jej charakter i wynikające z niej niebezpieczeństwo, a w przypadku innych zagrożeń reakcja karnoprawna jest możliwa jedynie wówczas, gdy zagrożenie to jest poważniejsze: występuje co najmniej niebezpieczeństwo spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Wydaje się zatem, że trafniejsze jest zawężające interpretowanie analizowanego przepisu. Aby więc sprawca mógł ponieść odpowiedzialność na jego podstawie, musi wywołać stan zagrożenia zakażeniem chorobą zakaźną, która jednocześnie jest ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu. Bez wątplenia jednak redakcja art. 161 § 2 k.k. jest mało doskonała i powinna być zmodyfikowana (szkoda więc, że ustawodawca, dokonując nowelizacji w 2020 r., kwestie te całkowicie pominął).

Uwzględniając dotychczasowe ustalenia, trzeba je odnieść do zagrożenia zakażeniem wirusem SARS-CoV-2. Należy jednak na wstępie zauważyć, że na obecnym etapie poznania tego wirusa i przebiegu wywołanej nim choroby nie jest możliwe precyzyjne określenie jego karnoprawnego znaczenia. Poczynione uwagi mogą się zatem zdezaktualizować wraz z postępem wiedzy medycznej w tym zakresie. Bazując jednak na dotychczasowych obserwacjach, można przyjąć, że wirus ten wywołuje chorobę zakaźną. Co prawda wirus SARS-CoV-2 nie został ujęty w załączniku do ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, ale jak wspomniano, pojęcie choroby zakaźnej na gruncie art. 161 § 2 k.k. jest traktowane szeroko. Taka interpretacja jest słuszna, gdyż mogą pojawiać się wirusy, których zakażenie może wywołać poważną, zagrażającą życiu chorobę, a nieuwzględnione

<sup>19</sup> B. Michalski (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, t. 1, s. 392.

w aktach normatywnych (choćby z powodu opieszałości prawodawcy i długości procesu legislacyjnego). Znaczenie ma zatem zjadliwość wirusa, a nie jego „prawny status”.

W odniesieniu do wirusa SARS-CoV-2 i dróg zakażenia nim nie ma wątpliwości, że może on być zaliczony do omawianej kategorii. Ponadto taką kwalifikację pośrednio potwierdzają przepisy przeciwepidemiczne. W myśl bowiem art. 2 pkt 3 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi chorobą zakaźną jest choroba, która została wywołana przez biologiczny czynnik chorobotwórczy. Warunek ten jest spełniony. Poza tym, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 6.04.2020 r. w sprawie chorób zakaźnych powodujących powstanie obowiązku hospitalizacji, izolacji lub izolacji w warunkach domowych oraz obowiązku kwarantanny lub nadzoru epidemiologicznego<sup>20</sup>, obowiązkowej hospitalizacji podlegają osoby, u których stwierdzono zakażenie wirusem SARS-CoV-2 lub zachorowanie na chorobę wywołaną wirusem SARS-CoV-2 (COVID-19) lub podejrzenie zakażenia lub zachorowania. Z kolei z § 1 pkt 1 tego rozporządzenia wynika, że określa ono m.in. choroby zakaźne powodujące powstanie obowiązku hospitalizacji. Można z tego wywieść, że choroba wywołana omawianym wirusem należy do chorób zakaźnych.

Powstaje jednak pytanie, czy spełnia ona pozostałe warunki, wynikające z art. 161 § 2 k.k., tj. czy jest ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu. Dla wyjaśnienia tych terminów można skorzystać z dorobku doktryny i judykatury dotyczącego znamion ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. W piśmiennictwie z zakresu medycyny sądowej wskazuje się, że choroba nieuleczalna to „poważny proces patofizjologiczny, który albo nie ustępuje w ogóle pod wpływem leczenia, albo też cofa się po dłuższym czasie”. Ocena nieuleczalności jest zaś zmienna i zorientowana na aktualny stan wiedzy medycznej. Czy więc choroba jest nieuleczalna, zależeć będzie od „możliwości terapeutycznych w określonych rodzajach schorzeń”<sup>21</sup>. Podobnie zagadnienie to jest postrzegane w doktrynie karnoprawnej. Podnosi się bowiem, że choroba taka powoduje „takie zakłócenie organizmu, które w sposób istotny uniemożliwia lub znacznie ogranicza wypełnianie zwykłych czynności życiowych chorego i które – zgodnie ze współczesną wiedzą medyczną – nie da się usunąć przy stosowaniu dostępnych procedur medycznych”<sup>22</sup>.

Można też znaleźć nieco inne ujęcie, mianowicie akcentuje się, że dla bytu takiej choroby konieczne jest wystąpienie potrzeby stałej opieki ze strony otoczenia, a skutkiem choroby jest takie upośledzenie organizmu, które uniemożliwia choremu wykonywanie pracy i prowadzi do stałego leczenia<sup>23</sup>. Jeśli się odniesie te usta-

<sup>20</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 6.04.2020 r. w sprawie chorób zakaźnych powodujących powstanie obowiązku hospitalizacji, izolacji lub izolacji w warunkach domowych oraz obowiązku kwarantanny lub nadzoru epidemiologicznego (Dz.U. poz. 607 ze zm.).

<sup>21</sup> T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1982, s. 596.

<sup>22</sup> A. Zoll (w:) *Kodeks...*, s. 362.

<sup>23</sup> K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 313.



lenia do omawianego wirusa i wywołanej nim choroby, nie ulega wątpliwości, że współczesna medycyna nie zna metod wyleczenia tego schorzenia. W tym sensie można przyjąć, że jest to choroba nieuleczalna. Przebieg choroby może prowadzić do nieodwracalnych zmian w organizmie chorego, upośledzających istotnie jego funkcjonowanie (np. uszkodzenia układu oddechowego). Jest to zatem choroba ciężka. Aczkolwiek z doniesień medycznych wynika, że duża grupa chorych nie ma objawów tej choroby albo przechodzi ją skąpoobjawowo.

Ponadto nawet w przypadku ciężkiego przebiegu odnotowuje się liczne wyzdrowienia. W takim sensie można by mieć wątpliwości, czy ma zatem cechy ciężkiej choroby nieuleczalnej. Warto więc przeanalizować drugi z członów prezentowanego przepisu, tj. chorobę realnie zagrażającą życiu. W doktrynie wyjaśnia się, że jest to taki stan, „w którym następuje poważne zaburzenie podstawowych czynności układów narządów, np. (...) układu oddechowego”<sup>24</sup>. Analogicznie zagadnienie to postrzegane jest w judykaturze. Egzemplifikując, można przywołać tezy z postanowienia Sądu Najwyższego z 21.04.2005 r. Sąd poinstruował, że „choroba realnie zagrażająca życiu, to takie następstwo obrażeń ciała czy rozstroju zdrowia, które nawet w wypadku szybkiego i intensywnego postępowania leczniczego z reguły i w każdej chwili prowadzić może do śmierci”<sup>25</sup>.

Warto zauważyć, że zagrożenie to musi być „realne”. Takie określenie powoduje, że ocena musi być zindywidualizowana i odnosić się do konkretnego ryzyka dla życia danego pokrzywdzonego. Jak zatem się podnosi w literaturze, „nie wystarczy więc samo teoretyczno-statystyczne zagrożenie”<sup>26</sup>. Takie zapatrywanie akcentuje się również w orzecznictwie. Należy zatem ocenić, czy *in concreto* dany uraz lub rozstrój zdrowia stanowi rzeczywiste zagrożenie dla życia pacjenta. Ponadto wyjaśnia się, że choroba ta nie musi być ani długotrwała, ani ciężka, ale może być nieuleczalna<sup>27</sup>. Znamię „realności” choroby wydaje się właściwe w przypadku przestępstwa stypizowanego w art. 156 § 1 k.k. Pozwala na bardziej sprawiedliwą ocenę zachowania sprawcy i adekwatną reakcję karnoprawną w zależności od stopnia społecznej szkodliwości jego czynu. Jednakże na gruncie art. 161 § 2 k.k. może nastęrczać trudności praktycznych i dowodowych. Należy bowiem przypomnieć, że jest to przestępstwo z narażenia. Trudno zatem ustalić, czy pokrzywdzony, który został narażony na zakażenie taką chorobą, faktycznie na nią zapadnie i jakie będą jej następstwa, tj. czy wystąpi realne zagrożenie dla jego życia. W doktrynie dostrzega się zatem błąd ustawodawcy, który – prawdopodobnie dążąc do synchronizacji używanej terminologii, posłużył się takim określeniem zarówno w art. 156 § 1 jak i art. 161 § 2 k.k. Trafniejsze byłoby zaś użycie sformułowania „choroba zazwyczaj zagrażająca życiu”<sup>28</sup>. To sformułowanie w piśmiennictwie z zakresu

<sup>24</sup> B. Michalski (w:) *System...*, s. 227.

<sup>25</sup> Postanowienie SN z 21.04.2005 r. (IV KO 19/05), R-OSNKW 2005 r. poz. 824.

<sup>26</sup> R. Kokot (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2017, s. 953.

<sup>27</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu z 16.12.2013 r. (II K 35/12), LEX nr 1716843.

<sup>28</sup> A. Zoll (w:) *Kodeks...*, s. 426.

medycyny sądowej rozumiane jest jako „ciężki proces chorobowy połączony na ogół z groźbą utraty życia”<sup>29</sup>. Analogiczne wyjaśnienia można znaleźć w wypowiedziach judykatury. Na przykład w wyroku z 30.08.1976 r. Sąd Najwyższy wskazał, że dla wyczerpania tego znamienia „nie jest konieczne, by sprawca spowodował chorobę zagrażającą życiu w konkretnym wypadku, lecz by choroba ta należała do rzędu tak ciężkich, które w przeważającej ilości wypadków, w typowym ich przebiegu, stanowią zagrożenie dla życia człowieka (...)”<sup>30</sup>. Na rozróżnienie omawianych terminów wskazał też Sąd Najwyższy w wyroku z 4.02.2000 r. Wyjaśnił w nim, że „określenie: «choroba zazwyczaj zagrażająca życiu» nie może być uznane za synonim określenia: «choroba realnie zagrażająca życiu». Słowo: «zazwyczaj» może być uznane za synonim określeń: «najczęściej», «w przeważającej liczbie wypadków» (co oznacza, że mogą być wypadki odmienne), podczas gdy słowo: «realnie» nie odnosi się do przeważającej liczby wypadków, lecz do konkretnego, jednostkowego wypadku, w którym owa realność zagrożenia życia musi być jednoznacznie ustalona”<sup>31</sup>.

Odnosząc te tezy do narażenia na zakażenie wirusem SARS-CoV-2, można z łatwością zauważyć, że posłużenie się kryterium pewnego statystycznego ryzyka byłoby procesowo dużo łatwiejsze. Z dotychczasowych doświadczeń medycznych wynika bowiem, że choroba wywołana tym wirusem w wielu przypadkach zagraża życiu. Jednak nawet takie ujęcie pozwoliłoby na zakwestionowanie twierdzenia o stworzeniu przez sprawcę wskazanego zagrożenia. W lwiej części zakażeń wirus ten nie prowadzi bowiem do poważniejszego niebezpieczeństwa dla życia, trudno zatem uznać, że jest to choroba „zazwyczaj” powodująca takie zagrożenie. Trudności te potęgują się jeszcze bardziej przy obecnym brzmieniu przepisu. Udowodnienie bowiem, że sprawca spowodował rzeczywiste niebezpieczeństwo dla danej osoby, może okazać się niemożliwe. Abstrahując jednak od zagadnień praktyczno-procesowych, można zaryzykować twierdzenie, że omawiana choroba faktycznie jest groźna dla życia. Przy takim podejściu narażenie na zakażenie nią odpowiadałoby znamionom opisywanego czynu.

### PODMIOT PRZESTĘPSTWA NARAŻENIA NA ZAKAŻENIE WIRUSEM SARS-COV-2

Po omówieniu elementów strony przedmiotowej warto przyjrzeć się podmiotowi tego występku. W doktrynie powszechnie uznaje się, że jest to przestępstwo indywidualne właściwe<sup>32</sup>. Jego sprawcą może być bowiem wyłącznie osoba, która jest dotknięta chorobą wskazaną w dyspozycji art. 161 § 2 k.k. Ustawodawca posłużył się określeniem „dotknięty” chorobą. Warto zaś zauważyć, że w art. 161 § 1 k.k. użył innego określenia, mianowicie „zarażony” wirusem HIV. Abstrahując od niepoprawności

<sup>29</sup> T. Marcinkowski, *Medycyna...*, s. 597.

<sup>30</sup> Wyrok z 30.08.1976 r. (II KR 167/76), OSNPG 1976/11, poz. 99.

<sup>31</sup> Wyrok SN z 4.02.2000 r. (V KKN 137/99), OSNKW 2000/3–4, poz. 31.

<sup>32</sup> Zob. np. B. Michalski (w:) *Kodeks...*, s. 394; R. Kokot (w:) *Kodeks...*, s. 990; L. Tuszkiewicz (w:) *Kodeks...*, s. 469; V. Konarska-Wrzošek (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2016, s. 786.

medycznej tego sformułowania – wirusem można się bowiem zakazić, a nie zarażić, można przyjąć, że zastosowanie w powołanym przepisie takiego określenia jest uzasadnione. Natomiast formuła „dotknięty” wydaje się szersza. Z semantycznego punktu widzenia „dotknięty chorobą” to „ktoś chory”<sup>33</sup>. Kwestia ta wydaje się istotna, gdyż w Kodeksie karnym terminu tego nie zdefiniowano.

Konieczne jest zatem dokonanie wykładni systemowej i odwołanie się do ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Posługuje się ona kilkoma określeniami w tym zakresie, mianowicie „nosiciel”<sup>34</sup> (art. 2 pkt 17), „ozdrowieniec”<sup>35</sup> (art. 2 pkt 19) oraz „podejrzany o chorobę zakaźną”<sup>36</sup> (art. 2 pkt 20), a ponadto „chory na chorobę zakaźną” (art. 37 ust. 1) i osoba, u której „rozpoznano chorobę szczególnie niebezpieczną” (art. 36 ust. 1). W literaturze wyjaśnia się, że sprawcą czynu stypizowanego w art. 161 § 2 k.k. może być wyłącznie osoba, która może indukować rzeczywiste zagrożenie zakażeniem chorobą, a więc spośród wymienionych podmiotów – jedynie chory oraz nosiciel (choć ten stwarza jedynie „potencjalne” zagrożenie). Natomiast wykluczony jest ozdrowieniec oraz – co istotne z punktu widzenia zakażenia wirusem SARS-CoV-2 – osoba podejrzana o chorobę zakaźną.

Ustalenia w tym zakresie mają doniosłe znaczenie także w kontekście strony podmiotowej omawianego występku. Nawiązanie do nich nastąpi więc w dalszej części opracowania. Wracając do podmiotu omawianego przestępstwa, należy zatem podkreślić, że jego sprawcą nie może być – *a contrario* – osoba, która nie jest „dotknięta” tą chorobą. Powstaje więc pytanie o ewentualną odpowiedzialność osób, które co prawda bezpośrednio narażają na zakażenie inne osoby, ale same nie są chore.

Zagadnienie to ma istotne znaczenie w kontekście tezy, że analizowany czyn może być popełniony zarówno przez działanie, jak i zaniechanie (uznając jego skutkowy charakter – przez osobę, która ma status gwaranta). Przykładowo więc można rozważyć odpowiedzialność osoby, która będąc odpowiedzialną za wdrożenie odpowiednich procedur bezpieczeństwa, dostarczenie niezbędnego sprzętu ochronnego, wykonanie czynności ukierunkowanych na uniemożliwienie transmisji wirusa, nie realizuje takich powinności (wiedząc, że może dojść do narażenia na zakażenie innej osoby i na to się godząc). Kwestia ta ma wymierny aspekt praktyczny w szczególności w ochronie zdrowia, np. jeśli zakażony lekarz, który poinformował o swej infekcji przełożonego, nie zostaje przez niego odsunięty od udzielania świadczeń zdrowotnych pacjentom. Z uwagi na to, że analizowany występki ma charakter indywidualny, w takich sytuacjach możliwa byłaby odpowiedzialność za współdziałanie przestępne na zasadach art. 21 § 2 i 3 k.k. Oznacza to, że *extraneus* musiałby wiedzieć o cesze sprawcy, tzn. że jest on zakażony wirusem SARS-CoV-2.

<sup>33</sup> *Wielki słownik języka polskiego PWN*, t. „A–G”, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 714.

<sup>34</sup> Nosiciel — osoba bez objawów choroby zakaźnej, w której organizmie bytują biologiczne czynniki chorobotwórcze, stanowiącą potencjalne źródło zakażenia innych osób.

<sup>35</sup> Ozdrowieniec — osoba, u której ustąpiły objawy choroby zakaźnej.

<sup>36</sup> Podejrzany o chorobę zakaźną – osoba, u której występują objawy kliniczne lub odchylenia od stanu prawidłowego w badaniach dodatkowych, mogące wskazywać na chorobę zakaźną.

Ponadto należałoby wykazać spełnienie przesłanek określonej formy zjawiskowej, np. sprawstwa kierowniczego albo polecającego. Wykluczona jest natomiast odpowiedzialność za ten czyn w postaci jednosprawstwa, gdy osoba nie posiada omawianej cechy, tj. nie jest zakażona wirusem SARS-CoV-2. W literaturze można spotkać pogląd, że w takim wypadku możliwa jest odpowiedzialność na podstawie art. 160 § 1–3 k.k.<sup>37</sup> Stanowisko takie poddaje się jednak krytyce, zarówno z powodów systemowych, jak i konstrukcji znamion obu tych czynów. W tym pierwszym aspekcie podnosi się, że zapatrywanie takie wiodłoby do podważenia potrzeby istnienia art. 161 k.k. Czyny w nim opisane mogłyby bowiem zostać w całości objęte zakresem penalizacji występku określonego w art. 160 k.k. Innymi słowy, art. 161 k.k. byłby zbędny. Taka zaś wykładnia jest niedopuszczalna. Z kolei z punktu widzenia znamion obu tych występków wskazuje się, że nie można postawić znaku równości między „bezpośrednim niebezpieczeństwem” (art. 160 k.k.) i sformułowaniem „bezpośrednio naraża”. To pierwsze odnosi się bowiem do cech niebezpieczeństwa (na co wskazuje przymiotnikowe jego określenie), to drugie zaś dotyczy sposobu zachowania sprawcy (uszczegóławia znamię czasownikowe), które ma bezpośrednio narażać. Desygnaty obu tych pojęć zatem się nie pokrywają<sup>38</sup>. Zachowanie *extraneusa*, który bezpośrednio naraża na zakażenie chorobą zakaźną (co wyczerpywałoby znamiona występku opisanego w art. 161 k.k.), wcale nie musi realizować istoty czynu stypizowanego w art. 160 k.k. (nie musi bowiem powodować „bezpośredniego niebezpieczeństwa”).

Na kanwie tych rozważań dygresyjnie można podać w ogóle w wątpliwość potrzebę wprowadzenia do Kodeksu karnego przestępstwa ujętego w art. 161 k.k. Jego relacje z innymi przepisami typizującymi czyny z narażenia konkretnego przeciwko życiu lub zdrowiu (tj. art. 160 i 165 k.k.) są dość zawile i trudne do rozstrzygnięcia, co bez wątpienia komplikuje organom procesowym prawidłową kwalifikację prawną. Można zatem przyznać rację autorom, którzy optują za uchyleniem art. 161 k.k.<sup>39</sup>

Wracając do głównego wątku, należy zauważyć, że *extraneus* może naturalnie odpowiadać, jeśli zrealizuje znamiona innych czynów, powszechnych, np. na podstawie art. 156 k.k. (w przypadku gdy dojdzie do zakażenia chorobą zakaźną).

### STRONA PODMIOTOWA PRZESTĘPSTWA NARAŻENIA NA ZAKAŻENIE WIRUSEM SARS-COV-2

Pole penalizacji omawianego występku zostało silnie ograniczone jego stroną podmiotową. Czyn ten może być bowiem popełniony wyłącznie umyślnie. Z redakcji przepisu wynika jednak, że element intelektualny zamiaru jest zawężony. Sprawca musi wiedzieć, że jest zakażony którąś z chorób wymienionych w art. 161 § 2 k.k. Nie wystarcza zatem samo przypuszczenie w tym zakresie. W literaturze podnosi

<sup>37</sup> A. Zoll (w:) *Kodeks...*, s. 425.

<sup>38</sup> B. Michalski (w:) *System...*, s. 307–308 i podana tam literatura.

<sup>39</sup> Zob. szerzej M. Derlatka, *Zasadność kryminalizacji narażenia na zarażenie wirusem HIV*, „Palestra” 2013/7–8, s. 166.

się, że sprawca musi uzyskać pewność co do zakażenia chorobą. Po pierwsze zatem, stan ten musi być uprzednio właściwie w sensie medycznym stwierdzony, a po drugie, informacja ta musi być przekazana choremu przez kompetentną osobę (pracownika medycznego) w sposób dla niego zrozumiały, przystępny (na zasadach art. 9 ust. 2 ustawy z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta)<sup>40</sup>. Wiadomość ta musi więc dotrzeć do świadomości chorego. Nie są wystarczające jedynie pewne objawy kliniczne, które nie zostały potwierdzone odpowiednim badaniem diagnostycznym<sup>41</sup>.

Teza ta ma doniosłe znaczenie w kontekście zakażenia wirusem SARS-CoV-2. Z doniesień medycznych wynika bowiem, że choroba ta może przebiegać bezobjawowo albo skąpoobjawowo, a symptomy mogą przypominać przeziębienie bądź grypę. Ponadto nawet jeśli u osoby stwierdza się objawy kliniczne, co implikuje zastosowanie odpowiednich procedur administracyjnych (kwarantanny), to wiedza pacjenta o potencjalnym zakażeniu nie jest wystarczająca dla realizacji strony podmiotowej omawianego występku. Dopiero gdy stosowne testy potwierdzą zakażenie wirusem i chory uzyska taką wiedzę, zniemie to będzie wyczerpane. Przykładowo więc nie odpowie osoba, która pozostając na kwarantannie domowej, naruszyła jej warunki i udała się do przestrzeni publicznej, w której faktycznie narażiła inną osobę na zakażenie. Podobnie, analizowany przepis nie znajdzie zastosowania, gdy objawy kliniczne zostaną stwierdzone u lekarza, który następnie (mając podejrzenie zakażenia) nie powstrzyma się od udzielania świadczeń zdrowotnych pacjentom i przez to wyindukuje zagrożenie zakażaniem.

W doktrynie podnosi się ponadto, że sama informacja o zakażeniu nie prowadzi jeszcze do odpowiedzialności. Zakażony musi dodatkowo wiedzieć o możliwych drogach transmisji zakażenia. Sprawca musi obejmować swą świadomością całość kształt znamion strony przedmiotowej, a więc również to, że w wyniku swego zachowania naraża bezpośrednio inną osobę na zarażenie/zakażenie swą chorobą<sup>42</sup>. *A contrario*, jeżeli sprawca nie zna mechanizmów przenoszenia wirusa, nie może ponieść odpowiedzialności na podstawie omawianego przepisu. Kwestia ta wydaje się ważna z punktu widzenia wirusa SARS-CoV-2, gdyż dotąd nie poznano wszelkich dróg rozprzestrzeniania się go. Brak wiedzy o którejś z tych dróg (jeśli w ten sposób osoba narażiłaby na zakażenie) wykluczyłby zatem odpowiedzialność za występki stypizowany w art. 161 § 2 k.k.

Mimo wymogu szczególnej wiedzy w doktrynie uznaje się, że przestępstwo to może być popełnione w obu postaciach zamiaru. Sprawca, mając wiedzę o swym zakażeniu, może chcieć narażenia innej osoby na takie zakażenie bądź wiedząc o swym zakażeniu, godzić się na takie zakażenie innej osoby. Egzemplifikując, w zamiarze ewentualnym może dopuścić się tego występku lekarz, który mając zdiagnozowane zakażenie wirusem SARS-CoV-2, podejmuje się takich czynności

<sup>40</sup> Ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2020 r. poz. 849).

<sup>41</sup> R. Kokot (w:) *Kodeks...*, s. 991.

<sup>42</sup> B. Michalski (w:) *System...*, s. 315.

wobec pacjenta, które mogą go narazić bezpośrednio na zakażenie tą chorobą (z czego sprawca zdaje sobie sprawę).

Ograniczenie strony podmiotowej do umyślności wyklucza odpowiedzialność za nieumyślne narażenie na zakażenie. Zagadnienie to ma doniosłe znaczenie praktyczne. Możliwe są bowiem sytuacje, gdy osoba wie, że jest zakażona omawianym wirusem, i mimo to podejmuje ryzykowne zachowania, np. nie zabezpiecza się odpowiednio, co może narazić na zakażenie osoby z jej bliskiego otoczenia, ewentualnie nie wie o swym zakażeniu, a z okoliczności wynika, że mogła się zorientować, iż do niego doszło i w związku z tym przedsięwziąć odpowiednie środki ochronne. Ze względu na konstrukcję strony podmiotowej występku opisanego w art. 161 § 2 k.k. takie zachowania pozostają poza polem penalizacji. Na marginesie z praktycznego punktu widzenia może okazać się trudne rozgraniczenie między zamiarem ewentualnym a świadomą nieumyślnością (czy osoba, wiedząc, że jest zakażona i nie stosując wymaganych środków ochronnych, godziła się na zakażenie – wówczas możliwe jest sięgnięcie po art. 161 § 2 k.k. – czy też nie miała zamiaru popełnienia tego czynu?). Powstaje też pytanie, czy taka osoba pozostaje całkowicie bezkarna, czy też jej czyn można kwalifikować na innej podstawie. W szczególności więc czy możliwa jest odpowiedzialność za nieumyślne narażenie na bezpośrednio niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, czyli występki stypizowany w art. 160 § 3 k.k.

Abstrahując od analizy znamion tego przestępstwa (np. konieczność wykazania, że sprawca sprowadził „bezpośrednie” niebezpieczeństwo), warto się zastanowić, czy w ogóle przepis ten znajduje zastosowanie. Już pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. przyjmowano, że między tymi przepisami (a ściślej ich odpowiednikami w tym Kodeksie) występuje stosunek podrzędności, w którym przepis typizujący narażenie na zakażenie chorobą (ówczesznie weneryczną) stanowi *lex specialis* wobec przepisu, w którym spenalizowano ogólnie narażenie na niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu<sup>43</sup>. Jednakże przepis szczególny uchyla stosowanie przepisu ogólnego jedynie w takim zakresie, w jakim w sposób bardziej dokładny opisuje dany stan faktyczny. Można byłoby zatem przyjąć, że omawiana relacja zachodzi jedynie w przypadku postaci umyślnych tych przestępstw. Nie byłoby więc wykluczone zastosowanie art. 160 § 3 k.k. Teza taka jest jednak ryzykowna. Przyjęcie takiego rozwiązania prowadziłoby bowiem do obejścia woli ustawodawcy. Gdyby bowiem chciał on objąć penalizacją nieumyślną odmianę narażenia na zakażenie chorobą zakaźną, to wprost spenalizowałoby takie zachowanie. Decydując się na odrębne inkryminowanie narażenia na zakażenie chorobą zakaźną, dał zaś jasny sygnał, że zachowanie takie stanowi przestępstwo *sui generis*. Nie jest zatem dozwolone rozszerzanie pola penalizacji takiego czynu na podstawie innych przepisów. Nie jest natomiast wykluczona odpowiedzialność za nieumyślne zarażenie wirusem, czyli na podstawie art. 156 § 2 k.k.

W tym miejscu warto zatem wspomnieć o kwalifikacji prawnej czynu polegającego na umyślnym narażeniu na zakażenie wirusem SARS-CoV-2 i następnie doprowadzeniu do zakażenia chorobą wywołaną tym wirusem. Na wstępie należy

<sup>43</sup> I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks...*, s. 473.

założyć, że choroba taka będzie w ogóle kwalifikowana jako ciężki uszczerbek na zdrowiu. Jak starano się wykazać wcześniej, możliwe jest nadanie jej takiego statusu karnoprawnego. Ponadto, z perspektywy dyspozycji art. 156 § 1 k.k., choroba wywołana tym wirusem może być uznana za chorobę „długotrwałą”. Pojęcie to jest co prawda ocenne, ale precyzowane w doktrynie i judykaturze. W piśmiennictwie z zakresu medycyny sądowej można spotkać pogląd, że stan chorobowy ma utrzymywać się przez okres co najmniej 3 miesięcy<sup>44</sup>. Tożsame stanowisko jest też prezentowane w doktrynie prawa karnego<sup>45</sup>. W nowszej literaturze wskazuje się jednak, że należy „odejść od tak restryktywnej wykładni pojęcia długotrwałości na rzecz poddawania analizie konkretnych obrażeń i zastosowanych do nich metod leczenia”<sup>46</sup>.

Analogiczne zapatrywania są przedstawiane także w orzecznictwie. Przykładowo można przywołać uzasadnienie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 31.05.2004 r.<sup>47</sup> Sąd uznał, że znamię to zostało wyczerpane w sprawie, w której pokrzywdzony był hospitalizowany z powodu urazu czaszkowo-mózgowego, stłuczenia mózgu, krwawienia podpajęczynówkowego pourazowego, krwawienia podtwardówkowego lewej półkuli mózgu przez okres ok. 3 tygodni. Sąd argumentował, że „w sytuacji, gdy «długotrwałość choroby» musi być interpretowana każdorazowo przez organ procesowy, przy uwzględnieniu okoliczności konkretnego uszczerbku na zdrowiu i wynikłej z niego choroby, jak i okresu jej leczenia, to nie sposób zaaprobować tych poglądów, które opowiadają się za sztywnymi granicami czasokresu trwania choroby, np. powyżej 6 miesięcy”. W podobnym duchu wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Krakowie, który uznał, że „długotrwałość może być rozumiana nawet jako okres kilkudniowy, w którym występowało realne zagrożenie dla życia, tzn. miało miejsce poważne zaburzenie podstawowych czynności narządów istotnych dla utrzymania życia, z powodu jakich w każdej chwili może nastąpić zgon”. Wyjaśnił ponadto, że długotrwałość oznacza, że stan zagrożenia dla życia musi utrzymywać się przez dłuższy czas, a nie być przelotny<sup>48</sup>. Biorąc pod uwagę tę wypowiedzi oraz dotychczasową wiedzę o przebiegu choroby wywołanej wirusem SARS-CoV-2, trwającą co najmniej kilka tygodni, można zaryzykować twierdzenie, że odpowiada ona znamieniu „choroba długotrwała”.

Wracając do kwalifikacji prawnej czynu w omawianej sytuacji, należy wskazać, że będzie ona zależna od realizacji stron podmiotowych obu czynów. Jeśli sprawca umyślnie narazi na zakażenie wirusem SARS-CoV-2 i obejmie swym zamiarem doprowadzenie do zakażenia tym wirusem pokrzywdzonego, to wystąpi pozorny zbieg przepisów. Na zasadzie konsumpcji odpowie wówczas za spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Jeśli zaś doprowadzenie do takiego skutku nie

<sup>44</sup> T. Marcinkowski, *Medycyna...*, s. 596.

<sup>45</sup> A. Zoll (w:) *Kodeks...*, s. 363.

<sup>46</sup> V. Konarska-Wrzosek (w:) *Kodeks...*, s. 756.

<sup>47</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 31.05.2004 r. (II AKa 98/04), „Prokuratura i Prawo” 2005/3, wkładka, s. 17.

<sup>48</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16.09.2003 r. (II AKa 151/03), OSA 2004/11, poz. 81.

będzie objęte jego zamiarem, wystąpi rzeczywisty zbieg przepisów (ze względu na rozbieżności stron podmiotowych). Wówczas znajdzie zastosowanie kwalifikacja kumulatywna na zasadach art. 11 § 2 i 3 k.k., a kara będzie wymierzona w granicach przewidzianych w art. 161 § 2 k.k. Hipotetycznie możliwy byłby również zbieg rzeczywisty art. 161 § 2 k.k. i art. 155 k.k. (jeśli skutkiem zakażenia byłaby śmierć pokrzywdzonego).

Kończąc omawianie strony podmiotowej, warto jeszcze wspomnieć o sytuacji, gdy sprawca świadom swego zakażenia ma zamiar narazić inną osobę, o której nie wie, że też jest zakażona. W takim wypadku dokonanie omawianego czynu nie jest możliwe, gdyż pokrzywdzonym może być wyłącznie osoba, która nie jest zakażona chorobą, na zakażenie której naraża sprawca (innymi słowy, nie można narazić na zakażenie osoby, która jest już chora). Jeżeli jednak sprawca nie zdaje sobie sprawy z takiej okoliczności, to jego zachowanie może być kwalifikowane jako usiłowanie nieudolne ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, czyli na zasadach art. 13 § 2 k.k.

### NARAŻENIE NA ZAKAŻENIE WIRUSEM SARS-COV-2 WIELU OSÓB

Jak wspomniano, w wyniku nowelizacji art. 161 k.k., dokonanej w 2020 r., dodano do niego § 3, w którym spenalizowano typ kwalifikowany. Okolicznością kwalifikującą jest zagrożenie dla „wielu osób”. Znamię to występuje również w innych przepisach. Dla jego interpretacji można zatem skorzystać z dorobku doktryny i judykatury dotyczącego tych regulacji. Przykładowo znamię to było analizowane na gruncie przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, gdzie służyło do rozgraniczenia wypadku komunikacyjnego od katastrofy (obecnie odpowiednio art. 177 i 173 k.k.).

Nie dokonując szerszego przeglądu stanowisk i ich uzasadnień, można wskazać, że uznawano, iż znamię to jest wyczerpane, jeśli liczba pokrzywdzonych wynosi co najmniej 10 osób<sup>49</sup>. Przyjęcie takiej wartości argumentowano kwestiami semantycznymi i przeciwstawieniem pojęcia „wiele” zaimkowi „kilka”, używanemu w innych przepisach (np. art. 301 § 1 k.k.). To ostatnie w ujęciu językowym to „zaimek liczebnny nieokreślony oznaczający w przybliżeniu liczbę od 3 do 9”<sup>50</sup>. Z kolei „wiele” to „zaimek liczebnny nieokreślony oznaczający wielką liczbę osób, rzeczy lub zjawisk”<sup>51</sup>. Można zatem przyjąć, że wiele do więcej niż kilka, a zatem co najmniej 10. Można jednak spotkać bardziej elastyczne podejście, kładące nacisk nie na konkretną liczbę osób, lecz na ich nieokreśloność<sup>52</sup>. Zagrożenie ma zatem dotyczyć szerszej grupy osób, ma

<sup>49</sup> Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 5.07.2018 r. (II AKa 104/18), LEX nr 2547712; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 13.06.2017 r. (II AKa 129/17), LEX nr 2344210; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 12.09.2013 r. (II AKa 157/13), LEX nr 1369244; R.A. Stefański, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu i w komunikacji. Rozdział XX i XXI Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 30.

<sup>50</sup> *Wielki słownik...*, t. „H–N”, s. 315.

<sup>51</sup> *Wielki słownik...*, t. „U–Ż”, s. 256.

<sup>52</sup> G. Bogdan (w:) *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, t. 2, s. 489.



mieć szeroki zasięg. Do takiego zapatrywania zdaje się przychylić również Sąd Najwyższy. W postanowieniu z 11.01.2017 r.<sup>53</sup> wyraził on bowiem pogląd, że „nie sposób (...) wskazać *in abstracto* jednej, niezmiennej, minimalnej liczby obiektów spełniających *in genere* znamię «wiele» w polskim ustawodawstwie karnym”, i dalej „skoro określenie «wiele» nie zostało w ustawie karnej sprecyzowane, to nie należy dokonywać jego precyzowania na płaszczyźnie wykładni, pozostawiając ocenę realizacji danego znamienia dyskrecjonalnej decyzji organu władzy sądowniczej w praktyce orzeczniczej”. Ponadto sąd podkreślił, że „określenie «wiele» może przybierać swoiste, *stricte* kontekstowe znaczenie wyznaczone wąskimi ramami danej konstrukcji normatywnej, a interpretacja omawianego znamienia w tym zakresie może odbiegać od sposobów jego wykładni na gruncie innych przepisów tej samej lub różnych ustaw zawierających przepisy karne”. Oznacza to, że przy poszczególnych typach rodzajowych przestępstw, w opisie których znajduje się takie znamię, ustalenia co do liczby osób mogą być różne. Sąd poinstruował więc, że ocena powinna być kontekstowa „w perspektywie funkcji i celów danego rozwiązania ustawowego (...) prowadzona w oparciu o kompleksową ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu w rozumieniu art. 115 § 2 k.k.”.

Transponując te ustalenia na grunt art. 161 § 3 k.k., należy zatem dokonać oceny omawianego znamienia, m.in. uwzględniając charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody. Przyjmując, że przedmiotem ochrony tego przestępstwa jest zdrowie człowieka oraz bezpieczeństwo epidemiczne, można uznać, że analizowane znamię będzie wyczerpane, gdy skala zagrożenia będzie dotyczyła bliżej nieokreślonej liczby osób, szerszego ich grona (bez względu na ich konkretną liczbę). Takie rozstrzygnięcie ma kluczowe znaczenie dla ustaleń w zakresie strony podmiotowej prezentowanego występkę. Warto przypomnieć, że czyn ten może być popełniony jedynie umyślnie. Ewentualny błąd co do znamienia „wiele osób” wykluczałby zatem odpowiedzialność (ze względu na brak nieumyślnego odpowiednika tego czynu). Sprawca musi zatem obejmować swą świadomością i wolą, że stwarza zagrożenie dla „wielu osób”. W literaturze wyjaśnia się, że sprawca nie musi odwzorowywać w swej świadomości dokładnie sformułowań ustawowych („myśleć językiem ustawy”). Wystarczy, że rozpoznaje kontekst sytuacyjny i obejmuje swą świadomością te okoliczności faktyczne, które odpowiadają znamionom czynu zabronionego<sup>54</sup>. Sprawca nie będzie zatem mógł powołać się na konstrukcję błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.), jeśli zdaje sobie sprawę, że swym zachowaniem powoduje zagrożenie zakażaniem SARS-CoV-2 dla większej, bliżej nieokreślonej grupy osób.

Egzemplifikując, można podać stan faktyczny, w którym osoba wiedząca o zdiagnozowanym u niej takim zakażeniu i drogach przenoszenia wirusa intensywnie kaszle w zatłoczonym środku komunikacji miejskiej, godząc się na zakażenie zgromadzonych w nim pasażerów. Należy jednak zwrócić uwagę na istotny wymóg. Mianowicie do wyindukowania takiego zagrożenia musi dojść jednym czynem.

<sup>53</sup> Postanowienie SN z 11.01.2017 r. (III KK 196/16), OSP 2018/3, poz. 26.

<sup>54</sup> I. Andrejew, *Liczebni w typizacji*, „Studia Iuridica” 1982/10, s. 134.

Jeśli bowiem sprawca co prawda stwarza niebezpieczeństwo dla dużej liczby osób, ale czyni to odrębnie w stosunku do każdej z nich (np. zakażony lekarz udzielający świadczeń licznym pacjentom), to może odpowiadać za przestępstwo z narażenia indywidualnego, czyli na podstawie art. 161 § 2 k.k. Wówczas można przyjąć, że dopuści się on tego czynu tyle razy, ile osób narazi<sup>55</sup>. Nastąpi więc realny zbieg przestępstw i w konsekwencji wymierzenie kary łącznej na zasadach art. 85 i n. k.k. Jeśli zaś zostaną spełnione przesłanki ciągu przestępstw (art. 91 k.k.<sup>56</sup>), sprawca zostanie ukarany w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za występki opisany w art. 161 § 2 k.k., przy czym górna granica kary może być zwiększona o połowę (tj. do 7 lat i 6 miesięcy).

W kontekście omawianego typu kwalifikowanego powstaje pytanie o relację tego przepisu do art. 165 § 1 pkt 1 k.k. W jego myśl karalne jest spowodowanie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób poprzez spowodowanie zagrożenia epidemiologicznego lub szerzenie się choroby zakaźnej. Konstrukcje obu tych występów są zatem dość zbieżne, choć można pokusić się o wskazanie pewnych odrębności. W przypadku czynu stypizowanego w art. 165 § 1 pkt 1. k.k. znamieniem jest „szerzenie choroby zakaźnej”. Kodeks nie definiuje pojęcia szerzenia się, z semantycznego punktu widzenia oznacza ono zaś „rozprzestrzeniać się, rozciągać się coraz szerzej i dalej, przybierać coraz większe rozmiary, rozszerzać się, wzrastać, nasilać się, wzmacniać się”<sup>57</sup>. Z kolei w doktrynie wyjaśnia się, że należy je rozumieć, jako „niekontrolowane rozprzestrzenianie się jednostki chorobowej”. Podnosi się jednocześnie, że dla wyczerpania tego znamienia nie jest wystarczające samo zagrożenie taką chorobą, lecz musi już do niej dojść (choćby kilku przypadków), by następnie mogła się ona szerzyć. Jest to zatem pewien proces, który może doprowadzić do naruszenia zdrowia ludzi<sup>58</sup>. Dodaje się, że „zagrożenie w pewnym zakresie musi już ulec aktualizacji”<sup>59</sup>. Podobnie zagadnienie to jest postrzegane w orzecznictwie. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 23.05.2014 r.<sup>60</sup> uznał, że „«szerzenie się» to wystąpienie w krótkich odstępach czasu znacznej liczby zachorowań”.

Z wypowiedzi tych można zatem wnioskować, że opisywane przestępstwo jest nie-

<sup>55</sup> Zagadnienie to było analizowane przez Sąd Najwyższy w kontekście przestępstwa rozboju. Ze względu jednak na uniwersalność tych analiz można posiłkować się nimi również dla wykładni art. 161 § 3 k.k. W uchwale 7 sędziów z 16.05.1985 r. (Rw 381/85), OSNKW 1986/1, poz. 10), sąd wyjaśnił, że „jeżeli sprawca dopuszcza się kolejno odrębnym działaniem rozboju na dwóch (lub więcej) osobach, to takie zachowanie się sprawcy stanowi wielość czynów zabronionych i w konsekwencji tyle przestępstw określonych w art. 210 k.k. (aktualnie art. 280 k.k. – przyp. R.K.), pozostających w tzw. zbiegu realnym, ile jest osób pokrzywdzonych”.

<sup>56</sup> W myśl tego przepisu musiałyby zostać spełnione łącznie następujące warunki: 1) sprawca popełnia w krótkich odstępach czasu, 2) z wykorzystaniem takiej samej sposobności, 3) dwa lub więcej przestępstw, 4) zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw.

<sup>57</sup> *Wielki słownik...*, t. „R–T”, s. 684.

<sup>58</sup> R.A. Stefański (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 444.

<sup>59</sup> G. Bogdan (w:) *Kodeks...*, s. 453.

<sup>60</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 23.05.2014 r. (I ACa 1531/13), LEX nr 1477192.

jako kolejnym ogniwem w procesie epidemicznym, a czyn stypizowany w art. 161 § 3 k.k. poprzedza wystąpienie owego „szerzenia się”. Występuje na jego „przedpolu”. W takim jednak ujęciu nieco dziwi ustawowe zagrożenie karami obu tych przestępstw. Jeśli bowiem uznać, że występki opisany w art. 165 § 1 pkt 1 k.k. cechuje się wyższym stopniem społecznej szkodliwości, jako bliższy wywołaniu zakażenia wielu osób, niż narażenie, o którym mowa w art. 161 § 3 k.k., to sankcja powinna być surowsza od kary wskazanej za takie narażenie. Jest zaś odwrotnie. Usunięcia tych wątpliwości można by upatrywać w „bezpośredniości” zagrożenia. Czyn stypizowany w art. 161 § 3 k.k. musi cechować się bowiem „narażaniem bezpośrednim”. Znamienia takiego nie zawiera natomiast spowodowanie niebezpieczeństwa powszechnego. Jednakże jak już wcześniej wyjaśniono, owej bezpośredniości nie należy traktować jako cechę niebezpieczeństwa, lecz zachowania sprawcy, który w sposób bezpośredni indukuje stan zagrożenia. Z kolei w kontekście art. 165 k.k. w judykaturze akcentuje się, że niebezpieczeństwo musi być rzeczywiste, powodować realne zagrożenie szerzenia się choroby zakaźnej<sup>61</sup>. „Zachowanie się sprawcy musi wywołać określone, konkretne i dające się udowodnić niebezpieczeństwo dla chronionego dobra prawnego”<sup>62</sup>. Nie jest natomiast konieczne, by powstały stan niebezpieczeństwa nieuchronnie urzeczywistnił się w postaci naruszenia dobra<sup>63</sup>. Z interpretacji tej można zatem wywieść, że mimo braku znamienia „bezpośredniości” dookreślającego zagrożenie, w art. 165 k.k. spenalizowano zbliżony stan faktyczny do opisanego w art. 161 k.k.

Kolejnej różnicy można upatrywać w określeniu typu choroby. W niniejszym opracowaniu przyjęto, że w art. 161 § 2 k.k. (do którego odsyła § 3) choroba zakaźna musi być jednocześnie ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu. Doprecyzowania takiego nie ma natomiast w opisie czynu stypizowanego w art. 165 § 1 pkt 1 k.k. (mowa jest bowiem o „chorobie zakaźnej”). Demarkacja taka nie musi być jednak jednoznaczna. Po pierwsze bowiem, jak już podano, w doktrynie występują głosy, że w dyspozycji art. 161 § 2 k.k. znamię „choroba zakaźna” ma charakter autonomiczny i nie musi być dookreślane przez dalsze elementy tej dyspozycji (na co zresztą wskazywałaby wykładnia gramatyczna). Po drugie, komentatorzy art. 165 k.k. wyjaśniają, że owa choroba zakaźna musi być groźna dla ludzi i odsyłają do załącznika do ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi<sup>64</sup>. W orzecznictwie dodaje się zaś, że do kategorii takich chorób można również zaliczyć jednostki chorobowe, które dotąd nie były stwierdzone, ale mają cechy choroby zakaźnej lub jednostki chorobowe znane, które wywołują groźne dla zdrowia lub życia objawy, dotąd niespotykane<sup>65</sup>. W istocie zatem pojęcia użyte

<sup>61</sup> Wyrok SN z 20.05.1998 r. (II KKN 37/98), OSNKW 1998/7–8, poz. 33; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 14.03.2005 r. (II AKa 51/05), OSA 2007/5, poz. 22.

<sup>62</sup> Wyrok SN z 12.06.1987 r. (III KR 205/87), OSNPG 1988/8, poz. 79.

<sup>63</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 26.11.2015 r. (II AKa 197/15), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2016/3, poz. 38.

<sup>64</sup> T. Oczkowski (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2016, s. 800.

<sup>65</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 14.03.2005 r. (II AKa 51/05), OSA 2007/5, poz. 22.

w obu analizowanych przepisach są bardzo podobne, a wręcz rozumiane w sposób tożsamy.

Rozgraniczenie obu czynów w praktyce orzeczniczej może zatem nastęrczać poważnych problemów w ocenie okoliczności faktycznych i ich subsumpcji (czy dane zachowanie sprawcy było „jedynie” narażeniem wielu osób, czy też stanowiło „szerzenie się”, czy sprawca „bezpośrednio” naraził, czy też co prawda spowodował realne, konkretne zagrożenie, ale jego zachowanie nie spełnia warunku owej „bezpośredniości”). Wątpliwości tych nie rozwiewa uzasadnienie do ustawy nowelizującej, gdyż w części dotyczącej zmian w Kodeksie karnym (a więc również w art. 161 k.k.) w ogóle takowego brak. Projektodawcy nie wskazali zatem celu wprowadzenia omawianego typu kwalifikowanego i praktycznych następstw takiej regulacji. Rodzi to przypuszczenie o nieco pochopne, nieprzemyślane albo wręcz populistyczne posunięcie legislacyjne.

### SKUTECZNOŚĆ ZGODY NA ZAKAŻENIE WIRUSEM SARS-COV-2

Na zakończenie rozważań dotyczących narażenia na zakażenie wirusem SARS-CoV-2 warto jeszcze odnieść się do kwestii zgody osoby narażonej i ustalić, czy może ona powodować legalność takiego czynu. Wątpliwości mogą dotyczyć w szczególności skuteczności takiej aprobaty w zakresie rodzaju dobra prawnego, które ma być narażone. W doktrynie karnoprawnej nie ma zgodności co do katalogu dóbr mających względną wartość społeczną, a więc takich, które mogą być objęte prawnie relewantną zgodą ich dysponenta. Jak bowiem podnosi się w piśmiennictwie, katalog ten jest zmienny i zależy od zapatrywań na zakres wolności człowieka. Im jednostka w danym ustroju ma przyznane większe prawa i swobody, tym sfera jej samostanowienia jest większa, a tym samym zgoda może dotyczyć większej liczby dóbr<sup>66</sup>.

W kontekście omawianego tematu kluczowe jest ustalenie, czy w grupie tych dóbr znajdują się dobra będące przedmiotem ochrony karnoprawnej omawianego przestępstwa. Mając na względzie intyulację rozdziału XIX Kodeksu karnego, w którym został zamieszczony analizowany przepis, można przyjąć, że przedmiotem takiej ochrony jest zdrowie człowieka. W literaturze wskazuje się jednak, że chodzi nie tylko o zdrowie osoby, która zostaje narażona na zakażenie, ale zdrowie publiczne. Przepis ten chroni zatem populację przed zagrożeniem epidemicznym. W tym pierwszym aspekcie powstaje kolejne pytanie: o jaki stopień narażenia zdrowia chodzi. Jeśli przyjąć, że inkryminowane jest narażenie na zakażenie chorobą zakaźną, ale tylko taką, która jest ciężka i nieuleczalna lub realnie zagrażająca życiu (jak to przyjęto w niniejszym opracowaniu), to stany takie należy zaklasyfikować jako ciężki uszczerbek na zdrowiu. W doktrynie dość powszechnie przyjmuje się zaś, że zgoda na taki rodzaj uszczerbku nie jest prawnie skuteczna<sup>67</sup>. Można jednak

<sup>66</sup> Por. J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego w polskim prawie karnym*, Sopot 1997, s. 197–200 (niepublikowana praca doktorska).

<sup>67</sup> Zob. przykładowo S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków, 1933, s. 141–142; T. Cyprian (w:) T. Cyprian, P. Aslanowicz, *Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza*, Kraków 1949, s. 25; S. Śliwiń-

spotkać mniej radykalne zapatrywania. Wskazuje się bowiem, że choć zgoda na ten typ uszczerbku nie jest zasadniczo prawnie relewantna, to zachowanie takie może być dozwolone, jeśli wystąpią dodatkowe czynniki usprawiedliwiające – czyn zostanie dokonany w ważnym społecznie celu<sup>68</sup>. W nowszych publikacjach, afirmatywnie traktujących wolność człowieka i jego autonomię, dopuszcza się skuteczność zgody w takim wypadku<sup>69</sup>. Można też spotkać wypowiedzi generalnie sprzeciwiające się takiej możliwości, ale optujące za skutecznością aprobaty w zakresie pewnych form ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, a mianowicie całkowitej albo znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie; trwałego, istotnego zezpeczenia oraz pozbawienia człowieka zdolności płodzenia<sup>70</sup>.

Skoro zatem uznaje się, że zgoda może powodować legalność czynu powodującego naruszenie dobra – spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, to tym bardziej będzie ona skuteczna w przypadku „tylko” jego narażenia. Poglądy takie są głoszone w literaturze, w której dopuszcza się możliwość zadysponowania swym bezpieczeństwem (np. wzięcie udziału w ryzykownym programie cyrkowym)<sup>71</sup>. W kontekście art. 161 k.k. również można spotkać takie zapatrywanie, aczkolwiek odnosi się ono do § 1, czyli narażenia na zakażenie wirusem HIV. Uzasadnia się bowiem, że takie narażenie „z reguły wiąże się z zachowaniami podejmowanymi w warunkach prywatności i dobrowolności życia seksualnego”. Odebranie zgodzie skuteczności byłoby więc nadmierną ingerencją w sferę wolności człowieka i jego praw podmiotowych. Tezę tę wzmacnia wnioskowy tryb ścigania tego występku<sup>72</sup>.

Stanowisko to można uznać za słuszne, ale w przypadku narażenia na zakażenie wirusem HIV. W przypadku natomiast innych chorób, wymienionych w art. 161 § 2 k.k., a więc również COVID-19, można mieć jednak wątpliwości. Do zakażenia nimi może bowiem dojść nie tylko w warunkach intymnych, lecz w przestrzeni publicznej. Ponadto nie można tracić z pola widzenia drugiego z przedmiotów ochrony – tj. bezpieczeństwa epidemicznego. Dobro to ma charakter powszechny, ogólnospołeczny. Podlega więc ochronie niezależnie od woli osoby narażonej. Można jednak bronić tezy przeciwnej, tj. opowiedzieć się za skutecznością zgody. Wykluczenie

---

ski, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 180–181; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 78–80; K. Buchała, W. Wolter, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część ogólna*, Kraków 1971, cz. 1, s. 184; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1982, s. 162; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 239; M. Mozgawa (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 242.

<sup>68</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 127–128.

<sup>69</sup> Por. J. Długosz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego (w:) Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 8–11.

<sup>70</sup> Zob. szerzej R. Kubiak, *Czy zgoda na ciężki uszczerbek na zdrowiu jest skuteczna prawnie (w:) Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, red. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, Szczytno 2015, s. 145–168 i literatura tam podana.

<sup>71</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 123.

<sup>72</sup> R. Kokot (w:) *Kodeks...*, s. 989.

takiej możliwości mogłoby prowadzić do karania, trudnego do zaakceptowania ze społecznego punktu widzenia. Jeśli bowiem np. osoba najbliższa zakażonego zdecyduje się z nim przebywać podczas domowego leczenia i w ten sposób akceptuje ryzyko, to trudno uznać, że zachowanie chorego będzie bezprawne. Podobnie w przypadku, gdy wolontariusz postanawia nieść pomoc w podmiocie leczniczym albo domu pomocy społecznej, w którym przebywają osoby zakażone.

Koncepcja ta może jednak załamać się w odniesieniu do typu kwalifikowanego, ujętego w art. 161 § 3 k.k. Jak bowiem ocenić sytuację, gdy grupa kilkunastu osób podróżuje wspólnie z zakażonym i wiedząc o jego chorobie, akceptuje możliwość zakażenia się. Rozstrzygnięcia tego dylematu można poszukiwać w pojęciu „wiele osób”, które było już wcześniej omówione. Jeśli przyjąć, że o wyczerpaniu tego znamienia nie decyduje liczba osób narażonych, lecz jest to formuła wskazująca na bliżej nieokreśloną grupę, niepoliczalną, to trudno uzyskać od tych wszystkich osób zgodę na ryzyko zakażenia. Warunek ten nie będzie spełniony choćby z tego względu, że w takim gronie osoby nie będą uświadomione w zakresie czyhającego na nie niebezpieczeństwa. A tym samym nie będą mogły go relewantnie zaakceptować. Takie rozumowanie może uzasadnić wprowadzenie publicznoskargowego trybu ścigania tego występkę.

## PODSUMOWANIE

W dotychczasowej praktyce orzeczniczej i piśmiennictwie występki stypizowany w art. 161 k.k. nie był przedmiotem szerszego zainteresowania. Sytuacja ta może jednak zmienić się wskutek panującej obecnie pandemii wirusa SARS-CoV-2 i wywołanej nim choroby COVID-19. Powszechniejsze sięganie po ten przepis może unaocznic mankamenty jego konstrukcji i jej zakotwiczenia systemowego. Z przedstawionych rozważań wynika bowiem, że zarówno strona przedmiotowa, podmiotowa, jak podmiot tego przestępstwa budzą liczne wątpliwości. Zostały one jeszcze zwiększone w wyniku nowelizacji omawianego przepisu, wskutek której wprowadzono typ kwalifikowany o zbliżonym (żeby nie powiedzieć tożsamym) polu penalizacji do czynu opisanego w art. 165 § 1 pkt 1 k.k. Ze względu na brak uzasadnienia, zamieszczonego w projekcie tych zmian, trudno rozpoznać, jaka była intencja ustawodawcy, a w szczególności jak postrzegał on następstwa praktyczne wprowadzenia tej regulacji. Niestety taka postawa prowadzi do konstatacji, że nowela ta nastąpiła nieco bezrefleksyjnie, na fali „walki z pandemią” i w związku z przemożnym (choć niezasadnym) przekonaniem o wszechmocy instrumentów karnoprawnych.

Postępy wiedzy medycznej w sferze omawianego wirusa, dróg jego przenoszenia i skutków wywołanej nim choroby mogą jednak znacząco zmodyfikować zapatrywania w zakresie stosowania art. 161 k.k., a także, na polu dogmatycznym, przyczynić się do dyskusji o potrzebie utrzymania tego przepisu w Kodeksie karnym.

## ABSTRACT

**dr hab. Rafał Kubiak**

The author is a professor at the University of Lodz and a professor at the Medical University of Lodz, Head of the Department of Medical Law at the Medical University of Lodz and Head of the Department of Criminal Law at the University of Lodz, as well as deputy director of the Centre for Medical Examinations in Lodz, member of the bioethics committee of the Institute of Occupational Medicine in Lodz and the Committee on Ethics in Science at the Polish Academy of Sciences; a court expert in medical law at the Regional Court in Lodz. He specializes in the criminal liability of medical workers, patients' and medical workers' rights and their legal protection, as well as legal regulations concerning non-therapeutic activities.

**Criminal liability for exposure to SARS-CoV-2 infection**

*A SARS-CoV-2 pandemic prompts you to reflect upon the criminal liability of exposure to disease by someone infected with this virus. In particular, does art. of Criminal Code. Considerations on this matter have a more universal meaning, because they allow a more thorough analysis of this provision, both in terms of system and design. This article attempts to arbitrate what is the field of penalisation of the act described in art. 161 of Criminal Code, especially whether it applies to a person infected with the above mentioned virus. In the beginning, the subject matter of this misdemeanour was discussed in the context of COVID-19 disease. In particular, it was considered whether it could be classified as a serious, incurable or real life-threatening disease. Then the subject of this crime was discussed, pointing to its individual character. It was explained whether the perpetrator can only be a person suspected of having this disease. These issues were also analyzed in terms of the subject, which is characterized by specific requirements regarding the perpetrator's knowledge of his illness. The article also discusses the newly introduced qualified type, consisting of exposure to infection of many people and its relation to the offense described in art. 165 § 1 point 1 of the Criminal Code, which consists bringing danger to the life or health of many people by spreading an infectious disease. Moreover, the issue of the dispatcher's consent effectiveness for exposure to SARS-CoV-2 virus infection was considered.*

**Keywords:** SARS-CoV-2 virus, contagious disease, offense of exposure to contagion, spread of infectious disease, COVID-19

**dr hab. Rafał Kubiak**

ORCID: 0000-0002-2612-9529; e-mail: rkubiak@wpia.uni.lodz.pl

Autor jest profesorem Uniwersytetu Łódzkiego i profesorem Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, kierownikiem Zakładu Prawa Medycznego Uniwersytetu Medycz-

nego w Łodzi oraz kierownikiem Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Łódzkiego, a także zastępcą Dyrektora Centrum Egzaminów Medycznych w Łodzi, członkiem komisji bioetycznej Instytutu Medycyny Pracy w Łodzi oraz komisji etyki badań naukowych Uniwersytetu Łódzkiego i Komitetu Etyki w Nauce PAN; biegłym sądowym z zakresu prawa medycznego przy Sądzie Okręgowym w Łodzi. Specjalizuje się w zakresie karnej odpowiedzialności pracowników medycznych, praw pacjenta i pracowników medycznych oraz ich prawnej ochrony, a także unormowań prawnych dotyczących czynności nieterapeutycznych.

### BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Andrejew Igor**, *Liczebniaki w typizacji*, „Studia Iuridica” 1982/10, s. 134
- Andrejew Igor, Świda Witold, Wolter Władysław**, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973
- Bogdan Grzegorz** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, t. 2
- Buchała Kazimierz, Wolter Władysław**, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część ogólna*, Kraków 1971, cz. 1
- Cieślak Marian**, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994
- Cyprian Tadeusz** (w:) **Tadeusz Cyprian, Paweł Aslanowicz**, *Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza*, Kraków 1949
- Daszkiewicz Krystyna**, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000
- Derlatka Marek**, *Zasadność kryminalizacji narażenia na zarażenie wirusem HIV*, „Palestra” 2013/7–8, s. 166
- Długosz Joanna**, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego* (w:) *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012
- Fedorowski Grzegorz**, *Człowiek istota poznana?*, Warszawa 1981
- Fedorowski Grzegorz**, *Poczet wielkich medyków*, Warszawa 1967
- Gardocki Lech**, *Prawo karne*, Warszawa 2000
- Gardocki Lech**, *Prawo karne*, Warszawa 2007
- Glaser Stefan**, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933
- Górniok Oktawia** (w:) **Oktawia Górniok, Stanisław Hoc, Stanisław M. Przyjemski**, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 1999, t. 3



- Gubiński Arnold**, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961
- Historia medycyny*, red. T. Brzeziński, Warszawa 1988
- Kokot Rajnhardt** (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2017
- Konarska-Wrzosek Violetta** (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2016
- Kracik Jan**, *Pokonać czarną śmierć*, Kraków 1991
- Kubiak Rafał**, *Czy zgoda na ciężki uszczerbek na zdrowiu jest skuteczna prawnie* (w:) *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, red. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, Szczytno 2015
- Michalski Bogusław** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, t. 1
- Michalski Bogusław** (w:) *System prawa karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012
- Makarewicz Juliusz**, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932
- Marcinkowski Tadeusz**, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1982
- Mozgawa Marek** (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006
- Oczkowski Tomasz** (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2016
- Stefański Ryszard A.**, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu i w komunikacji. Rozdział XX i XXI Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000
- Stefański Ryszard A.** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004
- Śliwiński Stanisław**, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946
- Świda Witold**, *Prawo karne*, Warszawa 1982
- Tyszkiewicz Leon** (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2004
- Warylewski Jarosław**, *Zgoda pokrzywdzonego w polskim prawie karnym*, Sopot 1997, s. 197–200 (niepublikowana praca doktorska)
- Wielki słownik języka polskiego PWN*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018
- Zoll Andrzej** (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, t. 2

**Pojęcia kluczowe:**

*prawo medyczne, tajemnica lekarska, lekarska tajemnica psychiatryczna, tajemnica pielęgnarska, prawny obowiązek denuncjacji, społeczny obowiązek denuncjacji, tajemnica zawodowa, zakazy dowodowe, ujawnienie tajemnicy lekarskiej, ujawnienie tajemnicy zawodowej*

# Artykuły

*Ewa Plebanek*

## ZACHOWANIE A UJAWNIANIE Tajemnicy Lekarskiej i Pielęgniarskiej – KOLIZJA OBOWIĄZKÓW ORAZ PRÓBA JEJ ROZWIĄZANIA

Opracowanie odnosi się do zagadnienia obowiązków lekarzy i pielęgniarek w sytuacji, w której ochrona tajemnicy zawodowej pozostaje w kolizji z potrzebą zapewnienia adekwatnej ochrony życia i zdrowia dysponenta tajemnicy, dobrom indywidualnym innych niż dysponent osób lub dobrom ogólnospołecznym, jak np. zdrowie publiczne lub dobro wymiaru sprawiedliwości. Autorka wyjaśnia, w jakich okolicznościach informacje objęte co do zasady tajemnicą lekarską lub pielęgnarską powinny zostać przez medyka ujawnione w ramach realizacji społecznego lub prawnego obowiązku denuncjacji (art. 304 § 1 Kodeksu postępowania karnego<sup>1</sup> i art. 240 § 1 Kodeksu karnego<sup>2</sup>), a w jakich okolicznościach ujawnienie tych samych informacji prowadzi do przypisania medykowi odpowiedzialności karnej za przestępstwo ujawnienia tajemnicy zawodowej (art. 266 § 1 k.k.). Autorka, opierając się na rezultatach wykładni systemowej, bada relacje między normami wyznaczającymi zakres tajemnicy zawodowej zawartymi w ustawach regulujących wykonywanie zawodów lekarza oraz pielęgniarki i położnej a normami zawartymi w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego (tzw. tajemnica psychiatryczna) oraz zakazami dowodowymi z art. 180 i 199 k.p.k. W oparciu o efekty tej analizy autorka prezentuje jednoznaczne odpowiedzi na postawione pytania – niejednokrotnie pozostając w opozycji do poglądów utrwalonych w doktrynie prawa medycznego.

<sup>1</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.), dalej k.p.k.

<sup>2</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

1. Lekarze oraz pielęgniarki i położne, wykonując obowiązki zawodowe, niejednokrotnie uzyskują informacje wskazujące na popełnienie czynu zabronionego skierowanego przeciwko dobrom prawnie chronionym, takim jak ludzkie życie i zdrowie, bezpieczeństwo powszechne, bezpieczeństwo w komunikacji, obyczajność i wolność seksualna, rodzina i opieka. Pacjent, z którym związane są informacje, może występować w roli pokrzywdzonego, świadka oraz sprawcy czynu zabronionego. Może się także zdarzyć, że medyk uzyska informacje wskazujące na znaczne prawdopodobieństwo popełnienia w przyszłości czynu zabronionego o wysokim stopniu społecznej szkodliwości przez pacjenta lub skierowanego przeciwko pacjentowi. Truizmem jest zatem stwierdzenie, że z uwagi na zakres podmiotowy oraz przedmiotowy tajemnicy lekarskiej i pielęgniarskiej<sup>3</sup> tajemnica w zawodach medycznych to instytucja, która zamyka dostęp do kategorii danych, mających kluczowe znaczenie dla organów ścigania i sądów.

Nie ulega wątpliwości, że obowiązek ochrony tajemnicy zawodowej medyka może pozostawać na kursie kolizyjnym z interesami wymiaru sprawiedliwości i głównymi celami postępowania karnego, może także kolidować z potrzebą ochrony innych dóbr ogólnospołecznych, takich jak np. zdrowie publiczne, oraz ochroną dóbr indywidualnych osób potencjalnie zagrożonych przez pacjenta lub należących do pacjenta-dysponenta tajemnicy. W doktrynie prawa medycznego wskazuje się, że nieprzekazanie organom ścigania informacji objętych co do zasady tajemnicą zawodową grozi medykowi odpowiedzialnością karną za przestępstwo niedopełnienia obowiązku denuncjacji z art. 240 § 1 k.k. Istnieje nawet pogląd dopuszczający przypisanie medykowi odpowiedzialności za czyn zabroniony skierowany przeciwko życiu i zdrowiu pacjenta, jeżeli medyk uzyskał wiadomości na temat wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia w przyszłości czynu zabronionego na szkodę pacjenta lub przez pacjenta i mu nie zapobiegł, realizując obowiązek denuncjacji. Z drugiej strony lekarzowi, pielęgniarce, położnej, którzy umyślnie ujawnią informacje objęte tajemnicą zawodową, grozi odpowiedzialność karna za przestępstwo z art. 266 § 1 k.k. i odpowiedzialność zawodowa. W niniejszym tekście broniona będzie teza, że to zawodowa dyskrekcja medyka ma pierwszeństwo kolizji z interesami wymiaru sprawiedliwości, w tym prawnym obowiązkiem denuncjacji i tylko wyjątkowo, w sytuacjach jednoznacznie wskazanych w ustawie, możliwe jest jej poświęcenie dla realizacji innych celów.

2. W doktrynie prawa medycznego propozycje rozwiązania zasygnalizowanych sytuacji kolizyjnych bywają sprowadzane do rozważań, czy obowiązek ochrony tajemnicy zawodowej redukowany do „dobra prywatnego” lub „interesu indywidualnego” pacjenta powinien ustąpić przed potrzebą ochrony „interesu publicz-

<sup>3</sup> Tajemnicą objęte są informacje o faktach związanych z leczeniem i osobą pacjenta, stosunkach rodzinnych, zawodowych i osobistych pacjenta oraz jego ogólnej kondycji zdrowotnej – zob. szerzej np. M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 351; M. Safjan, *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995/1, s. 11; R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, Legalis/el., s. 26–38 i powołana tam literatura.

nego” i „dobra wymiaru sprawiedliwości”, i realizacji zasady prawdy materialnej w procesie karnym<sup>4</sup>. Wskazuje się także, że ochrona tajemnicy zawodowej może oznaczać sprzeniewierzenie się etosowi zawodów medycznych, tj. ratowaniu ludzkiego życia i zdrowia na rzecz „obojętnego przyglądania się czynom brutalnie w te dobra godzącym”<sup>5</sup>. Założenia te nieuchronnie prowadzą interpretatora do konkluzji, że ochrona tajemnicy zawodowej jest najmniej istotnym z obowiązków medyka i ustępuje w razie kolizji przed potrzebą realizacji ochrony innych dóbr prawnych. W prezentowanym dalej ujęciu zasygnalizowane dylematy rozstrzygnięto odmienne, sięgając po rezultaty wykładni prokonstytucyjnej i systemowej.

Jako podstawę rekonstrukcji prawa do ochrony informacji powierzanych przedstawicielom zawodów zaufania publicznego wskazuje się art. 2, art. 47, art. 49 i art. 51 ust. 2 Konstytucji RP<sup>6</sup>. Nie bez znaczenia w procesie interpretacji pozostają regulacje prawa międzynarodowego oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka<sup>7</sup>. Preferowany sposób rozstrzygania przypadków kolizyjnych to zasada pierwszeństwa ochrony tajemnicy zawodowej zawodów zaufania publicznego i wyjątkowy charakter ograniczenia lub wyłączenia ochrony tajemnicy<sup>8</sup>. Nadto Konstytucja RP nakłada na ustawodawcę zwykłego obowiązek opracowania uregulowania instytucji tajemnic zawodowych, w tym tajemnicy lekarskiej i pielęgnarskiej, który gwarantuje adekwatny poziom ochrony prywatności, wolności komunikowania się i zapewnienia warunków należytego, zgodnego z interesem publicznym wykonywania poszczególnych zawodów zaufania publicznego<sup>9</sup>. Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji RP pozwala ustawodawcy ograniczyć korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (takimi jest np. prywatność czy swoboda komunikowania się, której ochronie służy tajemnica) tylko wtedy, gdy jest to konieczne dla bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i mo-

<sup>4</sup> A. Augustynowicz, *Tajemnica zawodowa lekarza a współdziałanie z organami ścigania*, „Prawo i Medycyna” 2008/4, s. 98; M. Marciniak, *Tajemnica lekarska w prawie karnym (w:) Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, red. Z. Cwiąkowski, G. Artymiak, Warszawa 2009, s. 422.

<sup>5</sup> B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 196.

<sup>6</sup> M. Szewczyk, *Prawnokarna ochrona tajemnicy zawodowej lekarza*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000/1, s. 162; E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie tajemnicy w procesie karnym a odpowiedzialność karna*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007/1, s. 73–99; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 35; P. Kardas, *Konstytucyjne i ustawowe aspekty ochrony tajemnicy zawodowej powierzanej przedstawicielom zawodów zaufania publicznego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014/4, s. 5–51; wyrok TK z 22.11.2004 r. (SK 64/03), OTK-A 2004/10, poz. 107.

<sup>7</sup> A. Górski, D. Dąbrowski, *Tajemnica zawodowa lekarza psychiatry i jej ujawnianie (w:) Prawo medyczne dla lekarzy psychiatrów*, red. A. Jacek, E. Sarnacka, Warszawa 2014, s. 71–78; A. Górski, *Wykonywanie zawodu lekarza a prawo karne*, Warszawa 2019, LEX/el.

<sup>8</sup> E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...*, s. 78; P. Kardas, *Relacje między prawem karnym materialnym i procesowym (w:) System prawa karnego procesowego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013, cz. 1, s. 571; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 91.

<sup>9</sup> P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art.17 ust.1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury (w:) Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 153.

ralności publicznej albo wolności i praw innych osób<sup>10</sup>. Ograniczenia muszą być wprowadzane przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności, a zatem nie mogą być większe niż to bezwzględnie konieczne dla zapewnienia ochrony innej konstytucyjnej wartości (konieczność aksjologicznego uzasadnienia danego ograniczenia); nie mogą naruszać istoty poświęcanych wolności i praw, poświęcenie zaś ochrony jednych konstytucyjnych wartości na rzecz innych musi mieć racjonalne, a nie jedynie symboliczne uzasadnienie (konieczność uzasadnienia prakseologicznego danego ograniczenia).

Respektowanie tajemnicy zawodowej przez organy władzy publicznej leży w interesie publicznym, rolą ustawodawcy zwykłego jest zaś wprowadzenie do systemu stosownych reguł kolizyjnych pozwalających w konkretnych sytuacjach znaleźć wyważyć konkurujące ze sobą wartości<sup>11</sup>. Wynika z tego, że zawodowa dyskrecja medyka ma pierwszeństwo kolizji z interesami wymiaru sprawiedliwości i tylko wyjątkowo możliwe jest jej poświęcenie dla realizacji celów procesu karnego i innych celów „ogólnospołecznych”.

Wypada dodać, że zapewnienie adekwatnej ochrony tajemnicy lekarskiej i pielęgnarskiej przed podmiotami zewnętrznymi, w tym organami ścigania, nie jest „rzucaniem kłód pod nogi wymiarowi sprawiedliwości”, gdyż skuteczna realizacja celów postępowania karnego nie może odbywać się bez poszanowania innych wartości. Konieczności poświęcenia obowiązku zawodowej dyskrecji w zawodach medycznych nie wolno domniemywać, regulacji zaś zawierających wyjątki od tej zasady interpretować rozszerzająco, nie mówiąc już o wprowadzaniu do systemu pozaustawowych wyjątków od ustawowego obowiązku zawodowej dyskrecji<sup>12</sup>. Można rekonstruować dyrektywę interpretacyjną mówiącą, że „w razie wątpliwości niedających się rozstrzygnąć na gruncie wykładni gramatycznej – na korzyść tajemnicy zawodowej”.

Ochrona tajemnicy zawodowej medyka nie sprzeniewierza się także etosowi zawodu lekarskiego. Wręcz przeciwnie, gwarancja dyskrecji pozwala nawiązać z pacjentem relację opartą na zaufaniu – kluczową dla procesu prawidłowego leczenia i zapobiega instrumentalnemu, godzącemu w interesy pacjenta posługiwaniu się sensytywnymi danymi. Natomiast respektowanie tajemnicy zawodowej w wymiarze zewnętrznym, tj. poza relacją medyk–pacjent, służy ochronie społecznego zaufania do danego zawodu zaufania publicznego; wzajemnego zaufania między osobami powierzającymi informacje a osobami wykonującymi zawód zaufania publicznego – co jest warunkiem ich efektywnego wykonywania<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/2, s. 33.

<sup>11</sup> Wyrok TK z 22.11.2004 r. (SK 64/03), OTK-A 2004/10, poz. 107; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29.10.2013 r. (II Akz 330/13), OSASz 2014/2, poz. 37; uzasadnienie wyroku TK z 2.07.2007 r. (SK 41/05), OTK-A 2006/9, poz. 126; M. Rusinek, *Tajemnica...*, s. 107; P. Kardas *Konstytucyjnie...*, s. 5–51.

<sup>12</sup> E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...*, s. 96; P. Kardas, *Konstytucyjne...*, s. 5–51.

<sup>13</sup> P. Kardas, *Konstytucyjne...*, s. 5–51; P. Sarnecki, *Pojęcie...*, s. 153.

3. W odniesieniu do niektórych sytuacji kolizyjnych pojawiających się w praktyce medycznej ustawodawca przesądził rozwiązania na płaszczyźnie generalnych regulacji prawnych wyznaczających granicę kolidujących praw i wolności, jednoznacznie wskazując, w jakich okolicznościach ochronę tajemnicy zawodowej należy poświęcić na rzecz realizacji innego dobra. Artykuł 40 ust. 2 ustawy o wykonywaniu zawodu lekarza i lekarza dentyści<sup>14</sup> i art. 17 ust. 2 ustawy o zawodach pielęgniarstwa i położnej<sup>15</sup> zawierają katalog przesłanek, które dezaktualizują obowiązek ochrony tajemnicy zawodowej z uwagi na konieczność realizacji innego dobra. Jeżeli zachodzi jedna z ustawowych przesłanek dezaktualizujących obowiązek zachowania w tajemnicy określonych informacji, to na medyku nie ciąży prawny obowiązek zachowania tajemnicy w określonym ustawową dyspensą zakresie. Oznacza to, że ujawnienie informacji stanowiącej, co do zasady, przedmiot tajemnicy, w wymienionych w tych przepisach okolicznościach, jest zachowaniem pierwotnie legalnym, nie stanowi ujawnienia tajemnicy zawodowej „wbrew przepisom ustawy” w rozumieniu art. 266 § 1 k.k. W razie zaistnienia przesłanki dezaktualizującej obowiązek ochrony tajemnicy bezprzedmiotowe stają się zatem rozważania, jak medyk powinien się zachować w warunkach kolizji wzajemnie wykluczających się obowiązków. Jeżeli po zaistnieniu jednej z przesłanek z art. 40 ust. 2 u.z.l. lub 17 ust. 2 u.z.p.p. prawny obowiązek zachowania w tajemnicy określonych informacji ustaje, to w przedmiotowym zakresie aktualny staje się powszechny obowiązek denuncjacji, w takim samym zakresie, w jakim ciąży on na „zwykłym” obywatelu niebędącym osobą prawnie zobowiązaną do ochrony danej informacji i utrzymywania jej w tajemnicy. Natomiast w zakresie, w jakim nie doszło do dezaktualizacji prawnego obowiązku utrzymania danej informacji w tajemnicy na medyku nie ciąży obowiązek denuncjacji, a przeciwnie, obowiązek ochrony tajemnicy zawodowej, także jeżeli jej treść obejmuje informacje dotyczące popełnienia czynu zabronionego.

Okoliczność, czy dana tajemnica jest uznawana przez doktrynę za „kwalifikowaną” postać tajemnicy lekarskiej, tj. „tajemnicę lekarską psychiatryczną”, „tajemnicę lekarza – biegłego w postępowaniu karnym”, „tajemnicę lekarza udzielającego pomocy oskarżonemu odnośnie do składanych przez niego oświadczeń” czy „zwykłą” tajemnicę lekarską lub pielęgniarstwa, nie ma wpływu na stosowanie przesłanek ogólnych dezaktualizujących obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej lub pielęgniarstwa, o których mowa w art. 40 ust 2 u.z.l. i art. 17 ust. 2 u.z.p.p.<sup>16</sup> Instytucje uznawane za „kwalifikowane” postacie tajemnicy wprowadzone są z brzmienia art. 199 k.p.k. wysławiającego zakaz dowodowy, wykluczającego w sposób zupełny przeprowadzenie w postępowaniu karnym dowodu na okoliczność „treści oświadczeń złożonych przez oskarżonego lekarzowi udzielającemu mu pomocy lub biegłemu odnośnie do zarzucanego mu czynu” oraz

<sup>14</sup> Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyści (Dz.U. z 2020 r. poz. 514), dalej u.z.l.

<sup>15</sup> Ustawa z 15.07.2011 r. o zawodach pielęgniarstwa i położnej (Dz.U. z 2020 r. poz. 562), dalej u.z.p.p.

<sup>16</sup> Odmiennie np. M. Marciniak, *Tajemnica...*, s. 423.

z art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego<sup>17</sup> wysławiającego zakaz przesłuchiwanie jako świadka osoby „wykonującej czynności opisane w tej ustawie”, na okoliczność „wypowiedzi badanej osoby co do popełnienia przez nią czynu zabronionego pod groźbą kary”. Zaistniałe w wymienionych zakazach dowodowych okoliczności decydują o możliwości legalnego uzyskania, a w konsekwencji wykorzystywania określonych informacji w charakterze dowodów w postępowaniu karnym. Zakazy dowodowe nie stanowią jednak podstawy do rekonstrukcji zakresu podmiotowego i przedmiotowego tajemnicy lekarskiej oraz pielęgniarzkiej – tak jak zdaje się to postrzegać doktryna prawa medycznego<sup>18</sup>.

Przepisy, w oparciu o które rekonstruuje się „kwalifikowane postacie tajemnicy lekarskiej”, nie odwołują się nawet do pojęcia „tajemnicy lekarskiej” lub chociażby „tajemnicy zawodowej” (jak czyni to art. 180 § 1 i 2 k.p.k. regulujący kwestię zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej oraz pielęgniarzkiej osoby występującej w charakterze świadka). Zakres podmiotowy tajemnicy lekarskiej obejmuje wszystkich lekarzy, a tajemnicy pielęgniarzkiej wszystkie pielęgniarki i położne<sup>19</sup>. Natomiast zakres podmiotowy art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego obejmuje także „inne osoby”, o ile wykonują czynności opisane w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego; zakres podmiotowy art. 199 k.p.k. obejmuje zaś osoby asystujące lekarzowi w wymienionych w art. 199 k.p.k. czynnościach, jak np. osoby wchodzące w skład zespołu karetki lub śmigłowca ratunkowego, innych specjalistów, z których pomocy w badaniach korzysta lekarz-biegły<sup>20</sup>. Także zakres przedmiotowy „kwalifikowanych” postaci tajemnicy nie pokrywa się z zakresem tajemnicy lekarskiej lub pielęgniarzkiej, gdyż dotyczy jedynie oświadczeń pacjenta odnośnie do popełnienia przez niego czynu zabronionego. W końcu należy stwierdzić, że funkcja zakazów dowodowych w systemie prawa jest zdecydowanie inna niż dookreślenie zakresu danej tajemnicy zawodowej. Zakazy dowodowe pełnią rolę ustawowej reguły kolizyjnej, określającej sposób postępowania w sytuacji, gdy aktualizują się jednocześnie obowiązek zachowania w tajemnicy określonych informacji oraz obowiązek złożenia depozycji w postępowaniu karnym obejmujący także informacje objęte zakresem tajemnicy. Innymi słowy, służą rozstrzygnięciu kolizji między wartością, jaką jest ochrona tajemnicy zawodowej,

<sup>17</sup> Ustawa z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 685). Szerzej K. Michalak, *Tajemnica lekarska i psychiatryczna a polski proces karny*, Kraków 2018; M. Paczyńska, *Tajemnica psychiatryczna jako kwalifikowana tajemnica lekarska*, „Wiedza Prawnicza” 2013/4, s. 85; E. Marszałkowska-Krzes, *Tajemnica zawodowa lekarza psychiatry*, „Psychiatria Polska” 2015/49(3), s. 642; Zob. też wyrok SN z 24.01.2008 r. (V KK 230/07), „Prokuratura i Prawo” 2008/6, s. 17.

<sup>18</sup> Tak np. M. Szewczyk, *Prawnokarna...*, s. 171; M. Szewczyk, *Kilka uwag dotyczących przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości*, „Prokuratura i Prawo” 2000/6, s. 25; A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *Lekarz psychiatra...*, s. 100; A. Huk, *Tajemnica zawodowa lekarza*, „Prokuratura i Prawo” 2001; s. 177–179.

<sup>19</sup> M.J. Urbaniak, *Zakres obowiązywania zakazu dowodowego przewidzianego w art. 199 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2012/7–8, s. 125–132.

<sup>20</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.10.2013 r. (II AKa 334/13), „Kraakowskie Zeszyty Sądowe” 2014/2; postanowienie SN z 28.06.2012 r. (III KK 366/11), OSNKW 2012/10, poz. 110, s. 63.

np. lekarskiej lub pielęgniarskiej, a dobrem wymiaru sprawiedliwości<sup>21</sup>. Zakazy dowodowe wysłowione w art. 199 k.p.k. i art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego zapewniają określonym informacjom objętym zazwyczaj także tajemnicą lekarską lub pielęgniarską wzmocnioną ochronę w relacjach z wymiarem sprawiedliwości, w porównaniu do informacji objętych ochroną przewidzianą jedynie dla tajemnicy lekarskiej lub pielęgniarskiej. Nie można bowiem zwolnić medyka lub „innej osoby” z tajemnicy w zakresie informacji objętych zakazem z art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego i art. 199 k.p.k. w trybie art. 180 § 1 lub 2 k.p.k. – przewidzianym dla informacji chronionych tajemnicą lekarską oraz tajemnicą zawodową (np. pielęgniarską). Natomiast w razie samorzutnego ujawnienia chronionych informacji przez świadka zeznanie złożone w okolicznościach objętych bezwzględny zakazem dowodowym nie może być wzięte pod uwagę jako dowód w sprawie, co nie jest wykluczone w odniesieniu do informacji chronionych jedynie tajemnicą lekarską lub zawodową, np. pielęgniarską<sup>22</sup>. Osoba wnioskodawcy, kierunek przesłuchania na korzyść oskarżonego nie pozwalają na obejście zakazu wykorzystania informacji uzyskanych w okolicznościach art. 199 k.p.k.<sup>23</sup> Jeżeli zajdzie któraś z ustawowych okoliczności dezaktualizujących obowiązek zachowania określonych informacji w tajemnicy (art. 40 ust. 2 u.z.l., art. 17 ust. 2 u.z.p.p.), to pomimo dezaktualizacji obowiązku ochrony tajemnicy medyk i tak nie będzie mógł być przesłuchany w charakterze świadka, jeżeli są to jednocześnie informacje, do których odnosi się zakaz dowodowy z art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz z art. 199 k.p.k.<sup>24</sup>

Dezaktualizacja obowiązku ochrony tajemnicy lekarskiej lub pielęgniarskiej oznacza jednak że możliwe jest legalne ujawnienie informacji, stanowiących jednocześnie informacje, o których mowa w art. 199 k.p.k. oraz art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego i przekazanie ich uprawnionym podmiotom w celach innych niż objęte zakazem dowodowym. Przykładowo, jeżeli jedną z przesłanek dezaktualizujących obowiązek ochrony tajemnicy jest okoliczność, że „zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób” (art. 40 ust. 2 pkt 3 u.z.l., art. 17 ust. 2 pkt 2 u.z.p.p.), to lekarz psychiatra prowadzący terapię pacjenta chorego na depresję ze skłonno-

<sup>21</sup> Szerzej np. Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, s. 91; E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...* s. 78; P. Kardas, *Relacje...*, s. 571 i n; K. Woźniewski (w): *Prawo karne procesowe – część ogólna*, red. J. Grajewski, Warszawa 2007, s. 360.

<sup>22</sup> Postanowienie SN z 15.12.2004 r. (III KK 278/04), OSNKW 2005/3, poz. 28; postanowienie SN z 20.04.2005 r. (I KZP 6/05), OSNKW 2005/4, poz. 39; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14.10.2003 r. (II Aka) 179/03, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003/9, poz. 23, s. 17. Zob. też J. Witkowska, *Obowiązek zachowania tajemnicy przez biegłego opiniującego w przedmiocie zdrowia psychicznego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2004/15, s. 310; Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, s. 347; A. Górski, *Wykonywanie...*, rozdz. XII, LEX/el.

<sup>23</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 18.02.2015 r. (II Aka 270/14). Zob. też A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *Lekarz...*, s. 89; M. Urbaniak, *Zakres...*, s. 122.

<sup>24</sup> Natomiast jeżeli są to informacje objęte jedynie tajemnicą lekarską lub pielęgniarską, to dezaktualizacja obowiązku ochrony przewidziana w art. 40 ust. 2 u.z.l. oraz art. 17 ust. 2 u.z.p.p. powoduje, że nie ma potrzeby zwalniania medyka z tajemnicy w trybie art. 180 § 1 lub 2 k.p.k.



ściami suicydalnymi, który jest czynnym zawodowo pilotem samolotów pasażerskich, może ujawnić określone informacje np. rodzinie lub pracodawcy pacjenta. Warunkiem legalności ujawnienia przez psychiatrę informacji co do zasady objętych tajemnicą lekarską jest podejrzenie, że istnieje prawdopodobieństwo, że pacjent zechce zrealizować zamiar samobójczy i że może to uczynić w godzinach pracy (tj. ziszczenie się przesłanki dezaktualizacji obowiązku ochrony tajemnicy z art. 40 ust. 2 pkt 2 u.z.l.). Ujawnienie informacji w tych okolicznościach nie odbywa się „wbrew przepisom ustawy” w rozumieniu art. 266 § 1 k.k., jest pierwotnie legalne, nie ma konieczności przywoływania instytucji kontratytu tudzież „kolizji obowiązków”. Natomiast z uwagi na treść art. 199 k.p.k. wykluczona jest możliwość wykorzystania tych informacji jako dowodów w ewentualnym postępowaniu karnym toczonym przeciwko pacjentowi, jeżeli dopuściłby się czynu zabronionego, o którym wzmiankował lekarzowi, w czasie gdy ten udzielał mu pomocy medycznej.

Podobnie w przypadku powzięcia przez lekarza informacji, że pacjent popełnia czyny zabronione skierowane przeciwko osobie pozostającej względem pacjenta w trwałym stosunku zależności, np. znęca się lub wykorzystuje seksualnie małoletniego lub osobę bezradną. Lekarz może ujawnić legalnie tajemnicę, np. realizując obowiązek zawiadomienia sądu opiekuńczego o „zdarzeniu uzasadniającym wszczęcie postępowania z urzędu” (art. 572 k.p.c.), jeżeli jest przekonany, że utrzymanie określonych informacji w tajemnicy stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia atakowanych przez pacjenta osób (art. 40 ust. 2 pkt 3 u.z.l.). Przesłanka ta jest niewątpliwie spełniona w razie istnienia prawdopodobieństwa, że pacjent będzie nadal popełniał czyny zabronione skierowane przeciwko dobrom indywidualnym małoletniego lub osoby nieporadnej z uwagi na wiek lub stan zdrowia i znajdującej się w bliskim otoczeniu pacjenta. Należy nadmienić, że „zagrożenie dla życia i zdrowia innych osób”, uzasadniające zwolnienie z obowiązku ochrony tajemnicy, nie musi oznaczać prawdopodobieństwa popełnienia przez pacjenta przestępstw stypizowanych w rozdziale XIX Kodeksu karnego, ale także przestępstw seksualnych, w szczególności jeżeli mieliby je popełniać rodzice tudzież inne osoby sprawujące opiekę nad małoletnim lub inną osobą w sposób trwały faktycznie uzależnioną od sprawcy, przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, bezpieczeństwu w komunikacji, rodzinie i opiece, gdzie dobrem prawnie chronionym jest również życie i zdrowie ludzkie, w tym zdrowie psychiczne pokrzywdzonego. Nie ma tu zatem „drastycznego dylematu sumienia”, który musi znaleźć kategoryczne rozwiązanie w sferze normatywnej, np. w dyspozycji art. 26 k.k.<sup>25</sup>

Na koniec wypada podkreślić, że nawet zasadne podejrzenie, że dana osoba „może być zdolna”, a nawet „ma zamiar” popełnienia przestępstwa o bardzo wysokim stopniu społecznej szkodliwości, w tym któregoś z czynów z katalogu art. 240 § 1 k.k., nie jest objęte obowiązkiem denuncjacji, jak zdaje się to niekiedy postrzegać doktryna prawa medycznego. Obowiązek denuncjacji, tak społeczny jak i prawny,

<sup>25</sup> Tak np. A. Górski, *Wykonywanie...*, rozdz. XII; A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 477–478.

aktualizuje się w momencie wejścia sprawy w fazę przygotowania tych nielicznych czynów zabronionych, w których ustawodawca przewidział klauzulę karalności dla tej postaci stadialnej (art. 16 k.k.) lub fazę karalnego usiłowania w odniesieniu do pozostałych typów (art. 13 k.k.). „Noszenie się z zamiarem” nie stanowi realizacji znamion karalnego przygotowania, a tym bardziej usiłowania.

Artykuł 40 ust. 2 pkt 1 u.z.l. i art. 17 ust. 1 pkt 1 u.z.p.p. stanowią, że tajemnica nie obowiązuje, jeżeli obowiązek ochrony tajemnicy „wyłączają ustawy”. Przesłankę dezaktualizującą obowiązek zachowania tajemnicy zawartą w ustawie innej niż u.z.l. zawiera np. art. 27 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi<sup>26</sup>. Przepis ten nakłada na lekarza, który podejrzewa lub rozpoznaje zakażenie, chorobę zakaźną lub zgon z powodu zakażenia lub choroby zakaźnej, obowiązek, aby bezzwłocznie zgłosić ten fakt państwowemu inspektorowi sanitarnemu<sup>27</sup>. Niewykonanie tego obowiązku stanowi wykroczenie zagrożone karą grzywny na podstawie art. 52 ust. 4 u.z.z.c.z. Artykuł 27 u.z.z.c.z. nie uprawnia lekarza do ujawnienia informacji innym osobom niż wskazany w nim podmiot. Przepis ten nie uprawnia do ujawniania informacji o dowolnej chorobie zakaźnej, nawet niebezpiecznej, a jedynie takiej, która znajduje się w katalogu zawartym w rozporządzeniu wykonawczym. Jeżeli utrzymanie tajemnicy o chorobie pacjenta, w tym chorobie zakaźnej, może jednocześnie stanowić „niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób”, nie ma jednak przeszkód, aby określone informacje ujawnić na podstawie przesłanki z art. 40 ust. 2 pkt 3 u.z.l. czy też art. 17 ust. 2 pkt 2 u.z.p.p. osobom bezpośrednio zagrożonym przez pacjenta jak np. domownicy, partner seksualny, osoby pracujące we wspólnych pomieszczeniach.

Zgodnie z art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l. i art. 17 ust. 3 pkt 3 u.z.p.p. obowiązek zachowania tajemnicy ulega dezaktualizacji, jeżeli pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyrażą prawnie relewantną zgodę na ujawnienie określonych informacji, po śmierci zaś pacjenta zgodę na ujawnienie mogą wyrazić osoby bliskie na zasadach wyrażonych w art. 40 ust. 3–3d. Za zbędne należy uznać rozważania, czy denuncjacja oparta na prawnie relewantnej zgodzie pacjenta na ujawnienie określonych informacji stanowi obowiązek, czy też dyskrecjonalne prawo medyka, oraz na jakich zasadach taka denuncjacja jest legalizowana. Jeżeli wyrażono zgodę na ujawnienie informacji objętych tajemnicą, to w zakresie, w którym na podstawie objętych zgodą informacji lekarz powziął wiarygodną wiadomość o popełnienia czynu zabronionego, należy przyjąć, że na medyku ciąży obowiązek denuncjacji w takim zakresie jak na osobie niezobowiązanej do ochrony tajemnicy. Jeżeli miała miejsce skuteczna rezygnacja z ochrony tajemnicy, medykowi nie przysługuje prawo, by wbrew woli pacjenta dla własnych korzyści przywilej utrzymywać. Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się, że nawet zdiagnozowana choroba psychiczna pacjenta nie stanowi o braku możliwości

<sup>26</sup> Ustawa z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1239 ze zm.), dalej u.z.z.c.z.

<sup>27</sup> Obowiązki lekarza doprecyzowuje rozporządzenie Ministra Zdrowia z 6.04.2020 r. w sprawie chorób zakaźnych powodujących powstanie obowiązku hospitalizacji, izolacji lub izolacji w warunkach domowych oraz obowiązku kwarantanny lub nadzoru epidemiologicznego.

wyrażenia skutecznie tego rodzaju zgody, o ile pacjent nie jest osobą ubezwłasnowolnioną, gdyż ujęcie przeciwne wskazywałoby na to, że „nad” mającym formalnie pełnię praw pacjentem stoi inny podmiot (np. sąd) uprawniony do weryfikowania spełniającej wymogi ustawowe zgody<sup>28</sup>. Odmienne postawienie sprawy jest przejawem nieuprawnionego paternalizmu w relacjach medyk–pacjent. Tymczasem to nie medycy są beneficjentami i dysponentami powierzonych im tajemnic, ale pacjenci. Konstytucja RP oraz ustawy regulujące funkcjonowanie poszczególnych zawodów zaufania publicznego traktują tajemnicę zawodową jako obowiązek ciążyący na przedstawicielach tych profesji, a nie „prawo” lub „przywilej”, z którego depozytariusz tajemnicy może, ale nie musi skorzystać, czy też podejmować w tym zakresie dyskrecjonalne decyzje w oderwaniu od woli dysponenta sekretu<sup>29</sup>.

Należy odrzucić poglądy wskazujące, że lekarz może ujawnić tajemnicę zawodową także w oparciu o „domniemaną zgodę pacjenta”, jeżeli w subiektywnej ocenie medyka działa „w interesie pacjenta”, np. gdy mały pacjent jest nieprzytomny, lekarz zaś uważa, że pacjent padł ofiarą przestępstwa ściganego z urzędu<sup>30</sup>. Medyk ujawniający informacje objęte tajemnicą medyczną w oparciu o „domniemaną zgodę pacjenta” tudzież swoje subiektywne przekonanie o tym, co leży „w interesie pacjenta”, dokonuje ujawnienia informacji „wbrew przepisom ustawy” w rozumieniu art. 266 § 1 k.k. Przyjęcie tezy przeciwnej jest nie tylko nie do pogodzenia z rezultatami wykładni systemowej, która zakazuje rozszerzającej wykładni wyjątków od ustawowego obowiązku zachowania tajemnicy, a implikuje także trudne do zaakceptowania konsekwencje praktyczne. Obowiązek denuncjacji uzależniony od „domniemanej” zgody pacjenta ustalonej w oparciu o kryterium „interesu” pacjenta oznacza nałożenie na medyka faktycznego obowiązku prowadzenia „prywatnego śledztwa” odnośnie do:

- 1) zaistnienia czynu zabronionego o określonych znamionach,
- 2) trybu ścigania,
- 3) ustalenia przyszłej roli procesowej pacjenta w zdarzeniu.

Odrzucone w tym artykule poglądy narzucają bowiem medykowi konieczność denuncjacji jedynie wówczas, gdy pacjent jest:

- 1) pokrzywdzonym,
- 2) czynem zabronionym ściganym z urzędu (nie w trybie wnioskowym), gdyż to znaczy że zawiadomienie leży „w interesie pacjenta”.

<sup>28</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 20.11.2018 r. (II AKz 911/18), Legalis nr 1975028.

<sup>29</sup> Wyrok TK z 22.11.2004 r. (SK 64/03), OTK-A 2004/10, poz. 107; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29.10.2013 r. (II Akz 330/13), OSASz 2014/2, poz. 37.

<sup>30</sup> Tak np. T. Dukiet-Nagórska, *Lekarski obowiązek współdziałania z organami ścigania a tajemnica lekarska*, „Prawo i Medycyna” 2002/4, s. 7; A. HuK, *Tajemnica zawodowa lekarza a obowiązek zawiadomienia o popełnionym przestępstwie (w:) Problemy stosowania prawa sądowego: księga ofiarowana Profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi*, red. I. Nowikowski, Lublin 2007, s. 202–203; A. Augustynowicz, *Tajemnica...*, s. 88–89; A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *Zawiadomienie przez lekarza o popełnieniu przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności a obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej*, „Prawo i Medycyna” 2013/3–4, s. 112.

Ponadto, w świetle odrzuconych w tym artykule poglądów, medyk powinien ustalić, czy nie jest to czyn z katalogu art. 240 § 1 k.k., gdyż wówczas ciąży na nim obowiązek denuncjacji pod rygorem poniesienia odpowiedzialności karnej, w odniesieniu zaś do społecznego obowiązku medyk może dyskrejonalnie zdecydować, co „leży w interesie pacjenta”. Jeżeli zaś z ustaleń medyka wynika, że pacjent jest sprawcą czynu zabronionego, medyk ma obowiązek zachować tajemnicę, chyba że z „prywatnego śledztwa” wynika, że jest to przestępstwo katalogowe z art. 240 § 1 k.k., wtedy ciąży bowiem na nim obowiązek denuncjacji<sup>31</sup>. W prezentowanym ujęciu, w podanym przykładzie dotyczącym małoletniej nieprzytomnej ofiary przestępstwa medyk jest po prostu zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy, ale nie w oparciu o „zgodę domniemaną pokrzywdzonego”, ale w oparciu o ustawowe przesłanki dezaktualizujące obowiązek ochrony tajemnicy. W podawanym przykładzie będzie to np. przekonanie medyka, że utrzymanie określonych informacji w sekrecie przed sądem opiekuńczym, organami ścigania, innymi uprawnionymi instytucjami zagraża życiu i zdrowiu (w tym zdrowiu psychicznemu) tegoż nieprzytomnego pacjenta lub innych osób, np. innych dzieci znajdujących się pod prawną lub faktyczną opieką potencjalnego sprawcy przestępstwa skierowanego przeciwko małoletniemu pacjentowi.

4. Pojawia się pytanie, jak powinien postąpić depozytariusz tajemnicy w sytuacji, w której nie zaszły przesłanki dezaktualizujące obowiązek ochrony z art. 17 ust. 2 u.z.p.p. oraz art. 40 ust. 2 u.z.l., a informacje objęte tajemnicą wskazują na popełnienie czynu zabronionego. Społeczny obowiązek denuncjacji wynika z art. 304 § 1 k.p.k. wskazującego, że „każdy dowiedziawszy się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu ma społeczny obowiązek zawiadomić o tym prokuratora lub Policję”. Obowiązek jest obowiązkiem „społecznym” – niedopełnienie nie realizuje znamion przestępstwa – w przeciwieństwie do umyślnego ujawnienia tajemnicy zawodowej przez osobę zobowiązaną do jej ochrony<sup>32</sup>. Normy zawarte w ustawach regulujących wykonywanie zawodu lekarza oraz pielęgniarki i położnej nie odnoszą się do potencjalnych sytuacji kolizyjnych pomiędzy tajemnicą zawodową medyka a szeroko rozumianymi „interesami wymiaru sprawiedliwości”. Należy stwierdzić, że medyk nie jest zobligowany do zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, w tym przestępstwa ściganego z urzędu. Wręcz przeciwnie: medyk nie może dokonać zawiadomienia, o którym mowa w art. 304 § 1 k.p.k., jeżeli jednocześnie nie zaszła któraś z przesłanek dezaktualizujących obowiązek ochrony tajemnicy. Ujawnienie informacji objętych tajemnicą lekarską lub pielęgniarską jedynie w oparciu o społeczny obowiązek denuncjacji stanowi ujawnienie tajemnicy zawodowej „wbrew przepisom ustawy” w rozumieniu art. 266 § 1 k.k. i po spełnieniu pozostałych przesłanek przypisania odpowiedzialności karnej naraża medyka na jej poniesienie. Do ustalenia, czy na medyku ciąży obowiązek zachowania tajemnicy, czy też

<sup>31</sup> Tak A. Huk, *Tajemnica...*, s. 207.

<sup>32</sup> Szerzej J. Łupiński, *Społeczny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, „Prokuratura i Prawo” 2009/1, s. 133.

obowiązek denuncjacji, nie ma znaczenia potencjalny status pacjenta w toczącym się w następstwie zawiadomienia postępowaniu. Medyk ma natomiast społeczny obowiązek zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa w odniesieniu do informacji nieobjętych tajemnicą zawodową, np. jeżeli uzyskane przez medyka informacje nie wiązały się z wypełnianiem przez niego obowiązków zawodowych lub gdy zaszła ustawowa przesłanka dezaktualizująca obowiązek utrzymania w tajemnicy określonych informacji.

Powyższe tezy należy uzasadnić stwierdzeniem, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej ustępuje przed społecznym obowiązkiem denuncjacji przestępstwa ściganego z urzędu jedynie wówczas, gdy ustawa regulująca zakres przedmiotowy danej tajemnicy zawodowej zawiera jednoznaczną regulację wskazującą, iż obowiązek uległ dezaktualizacji<sup>33</sup>. W przypadku tajemnicy lekarskiej oraz pielęgniarzkiej brak jest ustawowej przesłanki zwolnienia medyka z tajemnicy zawodowej w razie uzyskania informacji wskazujących na możliwość popełnienia przestępstwa, w tym przestępstwa ściganego z urzędu. Jeżeli ustawa regulująca zakres przedmiotowy danej tajemnicy zawodowej nie zawiera jednoznacznego rozstrzygnięcia kolizji na rzecz interesów wymiaru sprawiedliwości, to prawny szczególnie obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może zostać wyłączony przez normę przewidującą powszechny społeczny obowiązek denuncjacji<sup>34</sup>. Przykładowo w przypadku tajemnicy zawodowej biegłych rewidentów<sup>35</sup> lub giełd towarowych<sup>36</sup> istnieje regulacja wskazująca, że złożenie zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa nie narusza obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. W tym przypadku ujawnienie w zawiadomieniu wiadomości objętych co do zasady tajemnicą nie następuje „wbrew przepisom ustawy” w rozumieniu art. 266 § 1 k.k., gdyż ustawa regulująca zakres danej tajemnicy jednoznacznie wskazuje na dezaktualizację obowiązku ochrony dyskrekcji.

Za niepotrzebne należy uznać rozważania, czy medyk powinien wypełnić społeczny obowiązek denuncjacji, jeżeli pacjent „wyraża zgodę na powiadomienie o popełnieniu przestępstwa”. Ustawy regulujące problematykę tajemnicy lekarskiej i pielęgniarzkiej nie przewidują takiej instytucji. Jeżeli jednak „zгода na powiadomienie organów ścigania” jest w istocie „wyrażeniem zgody na ujawnienie tajemnicy” stanowiącej przesłankę dezaktualizacji obowiązku zachowania tajemnicy (art. 40 ust. 2 pkt 4 u.z.l.), należy stwierdzić, że na medyku ciąży obowiązek denuncjacji, o ile informacje, co do których uzyskał zwolnienie, pozwalają na sformułowanie tezy o popełnieniu przestępstwa. Nie do medyka należy ocena, czy zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa „leży w interesie pacjenta” – ustawa nie uzależnia

<sup>33</sup> R. Kubiak, *Tajemnica...*, rozdz. VI, Legalis/el. Zob. też R. Kubiak, *System prawa medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, t. 2, cz. I, s. 211–267.

<sup>34</sup> E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...*, s. 73–99.

<sup>35</sup> Art. 73 ust. 3 pkt 1 ustawy z 11.05.2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1421).

<sup>36</sup> Art. 55a ustawy z 28.10.2000 r. o giełdach towarowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 312).

skuteczności zgody pacjenta na ujawnienie tajemnicy od oceny tej decyzji przez depozytariusza tajemnicy.

Uwagi dotyczące społecznego obowiązku denuncjacji przewidzianego w art. 304 § 1 k.p.k. odnoszą się odpowiednio do art. 12 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, statuującego społeczną powinność denuncjacji względem osób będących „świadkami przemocy w rodzinie” lub „osób, które w związku z wykonywaniem swoich obowiązków służbowych lub zawodowych powzięły podejrzenie o popełnieniu ściganego z urzędu przestępstwa z użyciem przemocy w rodzinie”<sup>37</sup>.

5. Zgodnie z treścią art. 240 § 1 k.k. na obywatelu mającym wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego określonego w art. 118, art. 118a, art. 120–124, art. 127, art. 128, art. 130, art. 134, art. 140, art. 148, art. 156, art. 163, art. 166, art. 189, art. 197 § 3 lub 4, art. 198, art. 200, art. 252 k.k. lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym ciąży prawny obowiązek zawiadomienia niezwłocznie organu powołanego do ścigania przestępstw, niewypełnienie obowiązku zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 3. W doktrynie prawa medycznego przeważa pogląd, że na medyku ciąży prawny obowiązek denuncjacji, co oznacza, że medyk realizuje znamiona przestępstwa z art. 240 § 1 k.k. w razie zaniechania przekazania organom ścigania informacji objętych tajemnicą, stanowiących zarazem informację na temat popełnienia czynu zabronionego, o którym mowa w tym przepisie. Uzasadnieniem prezentowanych w doktrynie tez jest porównanie zagrożenia ustawowego za przestępstwo z art. 266 § 1 k.k. i z art. 240 § 1 k.k., które wskazuje, że z uwagi na wyższe zagrożenie ustawowe przewidziane w art. 240 § 1 k.k. niż w art. 266 § 1 k.k., prawny obowiązek denuncjacji jest „normatywnie silniejszy” niż prawny obowiązek ochrony tajemnicy zawodowej<sup>38</sup>. W doktrynie wskazuje się, że art. 240 k.k. stanowi przesłankę wyłączającą tajemnicę lekarską i pielęgniarską, o której mowa w art. 40 ust. 2 pkt 1 i art. 17 ust. 2 pkt 1 wskazujących, że tajemnica ustaje gdy „tak stanowią ustawy”<sup>39</sup>. Niektórzy przedstawiciele doktryny czynią wyjątek dla tajemnicy psychiatrycznej, wskazując, że osoby, której dotyczy zakaz dowodowy z art. 52 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz zakaz dowodowy z art. 199 k.p.k., nie dotyczy obowiązek denuncjacji z art. 240 § 1 k.k.<sup>40</sup> Do tych tez doktryny należy odnieść się krytycznie.

Należy stwierdzić, że na lekarzu i pielęgniарce nie ciąży prawny powszechny obowiązek denuncjacji z art. 240 § 1 k.k. w takim zakresie, w jakim okoliczności, któ-

<sup>37</sup> Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. z 2020 r. poz. 218).

<sup>38</sup> M. Filar, *Lekarskie...*, s. 10–12; A. Augustynowicz, *Tajemnica...*, s. 92.

<sup>39</sup> Tak np. A. Huk, *Tajemnica...*, s. 206; L. Wilk, *Obowiązek denuncjacji w prawie karnym (art. 240 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 1999/1, s. 39–40; M. Filar, *Lekarskie...*, s. 372.; T. Dukiet-Nagórska, *Lekarski...*, s. 8–12; A. Augustynowicz, *Tajemnica...*, s. 83–98; A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *Zawiadomienie...*, s. 107–119; R. Kubiak, *Tajemnica...*, rozdz. VI; M. Szewczyk, *Prawnokarna...*, s. 170–171; S. Rutkowski, *Wybrane zagadnienia z zakresu odpowiedzialności karnej lekarza*, „Prokuratura i Prawo” 1999/9, s. 87.

<sup>40</sup> M. Szewczyk, *Kilka...*, s. 23–27; Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, s. 184–185; R. Kubiak, *Tajemnica...*, rozdz. VI. A. Górski, wskazuje, że nawet kwalifikowane postaci tajemnicy lekarskiej niekoniecznie zwalniają medyka z prawnego obowiązku denuncjacji (*Wykonywanie...*, Legalis/el., rozdz. XII).

re miałby medyk ujawnić organom powołanym do ścigania przestępstw, są objęte tajemnicą zawodową. Ujawnienie tajemnicy w oparciu o obowiązek denuncjacji z art. 240 § 1 k.k. oznacza ujawnienie tajemnicy zawodowej wbrew przepisom ustawy w rozumieniu art. 266 § 1 k.k. Obowiązek denuncjacji opisany w art. 240 § 1 k.k. nie stanowi samoistnej przesłanki uchylenia ustawowego obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej<sup>41</sup>. Normy zawarte w ustawach regulujących wykonywanie zawodu lekarza oraz pielęgniarki i położnej nie odnoszą się do potencjalnych sytuacji kolizyjnych pomiędzy tajemnicą zawodową medyka a prawnym obowiązkiem denuncjacji wysłowionym w art. 240 k.k. Jeżeli ustawodawca chciałby kolizję pomiędzy obowiązkiem ochrony tajemnicy lekarskiej lub pielęgniarskiej a obowiązkiem denuncjacji rozstrzygnąć odmiennie, tj. na niekorzyść tajemnicy, wprowadziłby w tym zakresie jednoznaczny wyjątek.

Wynikający z ustawy zawodowej obowiązek dyskrecji ma wąski zakres podmiotowy (dotyczy lekarzy oraz pielęgniarek), a szeroki zakres przedmiotowy (wiąże generalnie bez względu na okoliczności); z kolei obowiązek z art. 240 § 1 k.k. ma szeroki zakres podmiotowy (jest powszechny), lecz dotyczy wąsko określonych sytuacji. W konsekwencji ich zakresy nie pozostają w stosunku zawierania się, lecz krzyżują się i nie jest możliwe stosowanie reguły *lex specialis derogat legi generali* i wypracowanie w oparciu o nią jednoznacznego rozwiązania<sup>42</sup>.

Nie wydaje się też trafne rozstrzygnięcie omawianego problemu w oparciu o konstrukcję kontratypu kolizji obowiązków lub innego pozaustawowego kontratypu. Założenia systemowe przyjmujące domniemanie racjonalności ustawodawcy i spójność systemu prawa nakazują interpretatorowi podjąć stosowne wysiłki, aby wykluczyć sytuację, w której racjonalny prawodawca nakładałby na obywatela obowiązek jednoczesnego wypełnienia dwóch wykluczających się obowiązków<sup>43</sup>. Jak uprzednio wskazano, polski ustrojodawca jako zasadę przyjął prymat tajemnicy zawodowej nad interesem wymiaru sprawiedliwości. Zaprezentowane rozwiązanie wpisuje się w kontekst konstytucyjnych reguł dotyczących ograniczania praw jednostki w imię interesów natury ogólnej (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Co do zasady zawodowa dyskrecja w kolizji z interesami wymiaru sprawiedliwości powinna mieć pierwszeństwo i tylko wyjątkowo możliwe jest poświęcenie jej dla realizacji celów procesu karnego.

Przyjęcie poglądu przeciwnego – przyznającego obowiązkowi denuncjacji pierwszeństwo przed obowiązkiem dochowania tajemnicy lekarskiej – prowadzi-

<sup>41</sup> Prezentowaną w niniejszym tekście racjonalizację zaproponowali E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...*, s. 73. i spotkała się ona z akceptacją części doktryny prawa karnego (np. W. Zawłocki, *Komentarz do art. 240 k.k., pkt IV, teza 1–2* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Warszawa 2017, Legalis/el.; M. Szewczyk, M. Wojtaszczyk, W. Zontek, *Komentarz do art. 240 k.k., teza 16* (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 2, *Komentarz do art. art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, LEX/el. Zbliżony pogląd do przedstawianego w niniejszym opracowaniu prezentuje M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 150.

<sup>42</sup> E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...*, s. 96.

<sup>43</sup> J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002, s. 35. Zob. też E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...*, s. 82.

łoby także do nieracjonalnych konsekwencji praktycznych w toku postępowania karnego. Przykładowo, lekarz, który samorzutnie złożył zawiadomienie o popełnieniu czynu zabronionego, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k. i nie dopuściłby się –zgodnie z odrzuconym tu poglądem – bezprawnego ujawnienia tajemnicy lekarskiej, a wręcz zrealizował swój obowiązek, następnie wezwany w toku tego samego postępowania do złożenia zeznań w charakterze świadka odnośnie do tych samych okoliczności, musiałby zostać zwolniony przez sąd z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej (art. 180 § 2 k.p.k.), w razie zaś złożenia samorzutnych zeznań na okoliczność objętą tajemnicą naraziłby się na odpowiedzialność karną z art. 266 § 1 k.k. Przyznanie obowiązkowi denuncjacji z art. 240 § 1 k.k. prymatu nad tajemnicą zawodową w sytuacji, w której ustawa regulująca zakres danej tajemnicy jednoznacznie z tej tajemnicy nie zwalnia, podważa sens istnienia mechanizmów chroniących tajemnicę zawodową. Należy przyjąć, że obowiązek denuncjacji z art. 240 § 1 k.k. ustępuje przed obowiązkiem zawodowej dyskrecji wynikającym z ustawy, gdyż tylko w ten sposób możliwa jest spójna i zgodna z wolą ustawodawcy ochrona tajemnicy zawodowej na gruncie procesu karnego.

Ponieważ prawny obowiązek denuncjacji z art. 240 § 1 k.k. nie ciąży na lekarzu i pielęgniarkę w takim zakresie przedmiotowym, w jakim informacje, które dotyczą popełnionego czynu zabronionego są tajemnicą zawodową, tj. są związane z pacjentem i uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu, za zbędne należy uznać rozważania odnośnie do możliwości wyłączenia obowiązku denuncjacji jedynie wobec informacji objętych „kwalifikowanymi” postaciami tajemnicy.

6. Nie należy utożsamiać obowiązku denuncjacji z prawnym szczególnym obowiązkiem zapobiegnięcia popełnieniu przestępstwa. Umyślne niewypełnienie obowiązku z art. 240 § 1 k.k. przez medyka, które może mieć miejsce w sytuacji, w której na medyku ciążył taki obowiązek, tj. zasły przesłanki dezaktualizujące opisane w art. 40 ust. 2 u.z.l. i art. 17 ust. 2 u.z.p.p., może powodować odpowiedzialność karną za przestępstwo z art. 240 k.k., lecz nie za przestępstwa, które mogą zostać popełnione w przyszłości przez sprawcę czynu zabronionego objętego obowiązkiem denuncjacji. Błędna jest teza, że lekarz, który nie dokona zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu pacjenta i nie złoży zeznań zawierających „wszystkie posiadane przez niego informacje dotyczące zdarzenia, którego ofiarą padł pacjent, a także na temat odniesionych przez niego obrażeń i udzielonych mu świadczeń medycznych”, przez co dopuści, że „pacjent ponownie zostanie skrzywdzony przez swojego oprawcę”, naraża się na „odpowiedzialność karną za poniesione przez pacjenta obrażenia przez zaniechanie, gdyż zgodnie z art. 2 k.k. przez udzielenie pacjentowi pomocy medycznej w ramach swojego stosunku pracy, umowy lub funkcji, staje się gwarantem życia i zdrowia pacjenta”<sup>44</sup>.

Przywołując elementarne wiadomości z zakresu nauki o przestępstwie, należy podkreślić, że na medyku nie ciąży prawny szczególny obowiązek zapobiegnięcia

<sup>44</sup> M. Szeroczyńska, *Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej na kanwie artykułu A. Jaskuły i K. Płończyk*, „Prokuratura i Prawo” 2017/9, s. 13–35.



skutkowi w postaci śmierci czy uszczerbku na zdrowiu pacjenta, na jakiegokolwiek możliwej drodze, na której może on wystąpić. Prawny szczególny obowiązek medyka jako gwaranta nienastąpienia prawnokarnie relewantnego skutku nie odnosi się do wszelkich możliwych zagrożeń dla życia i zdrowia człowieka, występujących we wszelkich możliwych okolicznościach. Medyk jako gwarant jest prawnie zobowiązany do ochrony określonych dóbr przed niebezpieczeństwami pochodzącymi z określonych źródeł. Przykładowo wykluczone jest przypisanie lekarzowi uszczerbku na zdrowiu pacjenta, jeżeli do skutku doszło w wyniku potrącenia pacjenta przez samochód w drodze ze szpitala, bójki z innymi pacjentami w sali telewizyjnej, udławienia się szpitalnym obiadem, wypadku komunikacyjnego z udziałem karetki pogotowia przewożącej pacjenta czy też poniesienia określonych uszczerbków na zdrowiu „z rąk domowego oprawcy”.

Ponadto nawet przyjmując błędne założenie, że na medyku ciąży prawny szczególny obowiązek przeszkodzenia w popełnieniu przestępstwa na szkodę pacjenta przez osobę trzecią, po opuszczeniu przez pacjenta szpitala, to niewypełnienie tego obowiązku mogłoby najwyżej otworzyć możliwość rozważenia kwestii przypisania odpowiedzialności za pomocnictwo przez zaniechanie do przestępstwa popełnionego na szkodę pacjenta<sup>45</sup>. Przypisanie odpowiedzialności karnej lekarzowi za pomocnictwo przez zaniechanie do przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu pacjenta napotyka jednak na zasadniczy problem w postaci konieczności wykazania znamion strony podmiotowej pomocnictwa.

W celu przypisania medykowi realizacji znamion pomocnictwa należałoby wykazać, że lekarz miał zamiar udzielić pomocy „domowemu oprawcy” poprzez swoją beczynność. Jak się wydaje, nie jest to stan świadomości i woli reprezentatywny dla osób wykonujących zawody medyczne.<sup>46</sup> Krytykowane rozumowanie pomija także powszechnie przyjmowane w prawie karnym negatywne przesłanki obiektywnego przypisania skutku, jak chociażby autonomia pokrzywdzonego<sup>47</sup> oraz włączenie się cudzego zakresu odpowiedzialności za skutek<sup>48</sup>. Negatywne przesłanki obiektywnego przypisania skutku w prawie karnym wynikają z tak podstawowych założeń prawa karnego jak zasada indywidualizacji odpowiedzialności karnej, zasada odpowiedzialności człowieka jedynie za następstwa wła-

<sup>45</sup> Zob. np. postanowienie SN z 17.11.2005 r. (II KK 218/05), OSNKW 2006/2, poz. 17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.05.2007 r. (II AKa 80/07), „Prokuratura i Prawo” 2007/12, wkładka, s. 26.

<sup>46</sup> Oczywiście pomijając przypadki atypowe, jak np. ratownicy medyczni łódzkiego pogotowia należący do grupy tzw. łowców skór, prawomocnie skazani wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 9.06.2008 r. (II AKa 24/08) m.in. za zabójstwo oraz pomocnictwo do zabójstwa pacjentów pogotowia przy użyciu zastrzyków z pavalonu w celu uzyskania gratyfikacji od firm pogrzebowych. Zob. też postanowienie SN z 27.10.2009 r. (II KK 45/09), LEX nr 607837.

<sup>47</sup> Kategoria sytuacji faktycznych, w których statyczne niebezpieczeństwo stworzone przez bezprawne zachowanie potencjalnego sprawcy urzeczywistnia się w skutku również ze względu na autonomiczne zachowanie się ofiary, bez którego to zachowania niebezpieczeństwo stworzone przez potencjalnego sprawcę nie urzeczywistniłoby się w skutku albo urzeczywistniłoby się w skutku o innej postaci.

<sup>48</sup> Inaczej przejęcie odpowiedzialności za skutek przestępny przez obiektywnie nieprawidłowo zachowującą się osobę trzecią.

nych czynów i zasada winy. Dlatego też nie ulega wątpliwości, że np. lekarz, który popełnił błąd w leczeniu, w wyniku którego pacjent odniósł ciężki uszczerbek na zdrowiu, który to spowodował konieczność przewiezienia pacjenta do innego ośrodka, nie odpowie za śmierć pacjenta z powodu wypadku przewożącej go karetki pogotowia lub zamordowania pacjenta przez asystującego w transporcie sanitariusza. Powyższe tezy można wprost odnieść także do innych sytuacji faktycznych dotyczących wyłączenia odpowiedzialności medyka za autonomiczne zachowania pacjenta polegające np. na niestosowaniu się przez pacjenta zakaźnego ciężką chorobą zakaźną do zaleceń odnośnie do kwarantanny i ewentualnych skutków tego postępowania.

7. Na zakończenie wskazać należy, że nie jest wykluczone uwolnienie medyka od odpowiedzialności karnej, nawet jeżeli doszło do realizacji znamion ujawnienia tajemnicy zawodowej wbrew przepisom ustawy (art. 266 § 1 k.k.). Możliwe jest ustalenie, że zaistniały warunki kontratytu stanu wyższej konieczności z art. 26 § 1 k.k.<sup>49</sup> Wyłączenie bezprawności zależeć będzie od tego, czy w konkretnym wypadku dobro ratowane (np. życie i zdrowie pacjenta) w istocie przedstawiało wartość wyższą niż dobro poświęcane (prawo pacjenta do zachowania określonych informacji na jego temat w tajemnicy), oraz od tego, czy niebezpieczeństwo dla dobra ratowanego miało charakter „bezpośredni” i nie dało się go inaczej uniknąć niż poprzez poświęcenie obowiązku ochrony tajemnicy. W razie spełnienia tych przesłanek samorzutne ujawnienie przez medyka tajemnicy zawodowej, choć wypełnia znamiona przestępstwa z art. 266 § 1 k.k., jest społecznie opłacalne i w konsekwencji legalne<sup>50</sup>.

Możliwe jest wyłączenie odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 266 § 1 k.k. z uwagi na błąd polegający na mylnym przyjęciu przez medyka, że zachodzi ustawowa dyspensa dezaktualizująca obowiązek zachowania tajemnicy wynikająca z art. 40 ust. 2 u.z.l. lub art. 17 ust. 2 u.z.p.p. Przykładowo w razie nieprawidłowej interpretacji wypowiedzi pacjenta jako zgody na ujawnienie tajemnicy lub w razie mylnego rozpoznania choroby zakaźnej, o której mowa w art. 27 u.z.z.c.z. Jak się wydaje, medyk przyjmuje wówczas mylnie, że nie jest podmiotem, na którym ciąży obowiązek zachowania określonych informacji w tajemnicy. W tej sytuacji jeżeli przedmiotem błędu jest zakres informacji, co do których ciąży na medyku obowiązek zachowania tajemnicy oraz wynikający stąd brak świadomości, ze strony medyka, że odnośnie do tych informacji jest osobą zobowiązaną do ochrony tajemnicy, nie ma potrzeby sięgać po okoliczności wyłączające winę w postaci usprawiedliwionego błędu co do oceny prawnej czynu

<sup>49</sup> Szerzej E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...*, s. 77–88. Tak też W. Wróbel (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, K. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, Warszawa 2013, t. 2, s. 1491; W. Sako-wicz, *Komentarz do art. 266 k.k., teza 14* (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, Legalis/el.

<sup>50</sup> E. Plebanek, M. Rusinek, *Ujawnienie...*, s. 83–84.

(art. 30 k.k.) czy też usprawiedliwionego błędu co do kontratypu (art. 29 k.k.). Prześstępstwo opisane w art. 266 § 1 k.k. ma bowiem charakter umyślny. Jeżeli medyk jest przekonany, że został skutecznie zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy, to brak po stronie medyka świadomości, że narusza ciężący na nim obowiązek zachowania tajemnicy, co jest konieczne dla wykazania zamiaru naruszenia tegoż obowiązku, następuje dekompletacja znamion strony podmiotowej<sup>51</sup>, zachowanie medyka stanowi ujawnienie tajemnicy wbrew przepisom ustawy, jednak nie realizuje znamion typu czynu zabronionego określonego w art. 266 § 1 k.k.

Nie jest wykluczone wyłączenie odpowiedzialności karnej z art. 266 § 1 k.k. w sytuacji, w której medyk ujawnia tajemnicę zawodową, działając w zaufaniu do mylnych poglądów głoszonych w doktrynie, będąc przekonanym, że może, a wręcz powinien, ujawnić tajemnicę zawodową w razie zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 304 § 1 k.p.k. lub art. 12 ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Wyłączający winę usprawiedliwiony błąd co do oceny prawnej czynu (art. 30 § 1 k.k.) może bowiem polegać także na znajomości danego przepisu, jednak połączonej z przyjęciem jego wadliwej interpretacji tudzież braku świadomości, że sądy stosują inną wykładnię<sup>52</sup>. Pojawia się także możliwość przyjęcia alternatywnego rozwiązania prowadzącego do wyłączenia odpowiedzialności medyka, polegającego na wykazaniu, że jeżeli medyk, działając w zaufaniu do poglądów doktryny (choćby i mylnych), jest przekonany, że ujawnia tajemnicę zawodową „zgodnie z przepisami ustawy”, to nie sposób przypisać mu zamiaru popełnienia przestępstwa polegającego na ujawnieniu tajemnicy zawodowej niezgodnie z przepisami ustawy<sup>53</sup>. Zachowanie takie jest zatem czynem bezprawnym, ale nie zabronionym w rozumieniu art. 115 § 1 k.k., nie realizuje bowiem znamion art. 266 § 1 k.k. Przyjęcie drugiego rozwiązania wyłącza potrzebę rozważania, czy można lekarzowi przypisać winę (art. 1 § 3 k.k.) w oparciu o instytucję usprawiedliwionego błędu co do prawa (art. 30 § 1 k.k.); tudzież czy można czyn bezprawny i karalny uznać za znikomo szkodliwy społecznie (art. 1 § 2 k.k.). Sens przeprowadzenia tych dwóch ostatnich operacji aktualizuje się dopiero wówczas, gdy sprawcy można przypisać czyn bezprawny i realizujący znamiona typu (karalny), tj. czyn zabroniony w rozumieniu art. 115 § 1 k.k.

<sup>51</sup> Poglębione rozważania w tym zakresie wraz z prezentacją istniejącego w doktrynie stanowiska odnośnie do błędu co do klauzul zawierających znamiona normatywne, wskazującego, że klauzula „wbrew przepisom” nie stanowi znamienia typu czynu zabronionego, lecz jedynie podkreśla jego bezprawność, co prowadzi do konsekwencji, że błąd co do tej klauzuli będzie zawsze błędem „tylko” co do bezprawności, który w przypadku, gdyby nie można go było uznać za usprawiedliwiony, nie wyklucza odpowiedzialności za przestępstwo umyślne – J. Giezek, *Komentarz do art. 28 k.k., tezy 18–21* (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, LEX/el. i literatura tam cytowana.

<sup>52</sup> Szerzej A. Zoll, *Komentarz do art. 30* (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, teza 6, LEX/el. i literatura i orzecznictwo tam cytowane. Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29.11.2006 r. (II AKa 96/06), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007/5, poz. 53.

<sup>53</sup> Szerzej na temat możliwych zastrzeżeń do tej koncepcji J. Giezek, *Komentarz do art. 28 k.k., tezy 18–21* (w:) *Kodeks...*, i literatura tam cytowana.

Jeżeli lekarz lub pielęgniarz związani obowiązkiem ochrony tajemnicy zawodowej nie zawiadomili organu powołanego do ścigania przestępstw o wiarygodnej informacji na temat popełnienia któregoś z przestępstw opisanych w art. 240 § 1 k.k. i jednocześnie nie zachodziła żadna z przesłanek zwalniających medyka od obowiązku zachowania tajemnicy w zakresie informacji objętych tajemnicą (art. 40 ust. 2 u.z.l., art. 17 ust. 2 u.z.p.p.), to medyk nie tylko nie popełnia przestępstwa, ale wręcz realizuje ciążący na nim prawny obowiązek (ochrony tajemnicy zawodowej). Natomiast z ostrożności procesowej, w razie gdyby przedstawiciel organu powołanego do ścigania przestępstw nie podzielał poglądów prezentowanych w niniejszym artykule, należało powołać się na instytucję usprawiedliwionego błędu co do prawa (art. 30 § 1 k.k.), co skutecznie uniemożliwiłoby przypisanie lekarzowi odpowiedzialności karnej z uwagi na brak winy.

Nie popełnia przestępstwa medyk, który mylnie sądzi, że dopuścił się przestępstwa z art. 266 § 1 k.k., jeżeli ujawniane przez niego informacje nie są objęte tajemnicą zawodową, gdyż zachodzi któraś z dyspens od zachowania obowiązku tajemnicy, podczas gdy medyk pozostaje w błędnym przekonaniu, iż tajemnica wciąż obowiązuje<sup>54</sup>. Przykładowo, jeżeli lekarz psychiatra sądzi, że nie może ujawnić informacji, jakie uzyskał od pacjenta, nawet w sytuacji, w której jest spełniona przesłanka zagrożenia dla życia i zdrowia pacjenta lub innych osób (art. 40 ust. 2 pkt 3) i pomimo przekonania, że działa bezprawnie, lekarz ujawnia informacje objęte tajemnicą. Nie można także przypisać odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 240 § 1 k.k. w sytuacji, w której medyk mylnie sądzi, że popełnił przestępstwo, nie ujawniając organom powołanym do ścigania przestępstw informacji objętych tajemnicą lekarską lub pielęgniarzką, podczas gdy w istocie obowiązek denuncjacji na nim nie ciążył. Konstrukcja usiłowania nieudolnego (art. 13 § 2 k.k.) nie odnosi się bowiem do sytuacji, w której sprawca mylnie sądzi, że realizuje znamiona czynu zabronionego, podczas gdy tak się nie dzieje (tzw. przestępstwo urojone, *delictum potativum*), a także sytuacji, w której sprawca mylnie sądzi, iż jest podmiotem mogącym popełnić dane przestępstwo indywidualne (np. jest osobą zobowiązaną do ochrony danej informacji objętej tajemnicą zawodową). Błąd sprawcy, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k., dotyczy jedynie braku „przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego” lub użycia „środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego”. Natomiast przedstawione zachowania opierają się na innym rodzaju błędzie, a co więcej – nie stanowią niedozwolonego ataku na dobro prawnie chronione, nie naruszają bowiem normy sankcjonowanej jedynie z tego powodu, że sprawca jest subiektywnie przekonany, iż jego zachowanie jest bezprawne.

Na medyku, który został skutecznie zwolniony z tajemnicy odnośnie do informacji mogących wskazywać na popełnienie czynu zabronionego, nie ciąży obowiązek rzetelnego weryfikowania informacji mogących mieć znaczenie dla realizacji obowiązku denuncjacji. Medyk nie poniesie odpowiedzialności za przestępstwo

<sup>54</sup> L. Wilk, *Obowiązek...*, s. 37. Tak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 15.05.2001 r. (II AKa 80/01), „Kraakowskie Zeszyty Sądowe” 2002/4, poz. 44.

z art. 240 § 1 k.k., jeżeli zaniechanie obowiązku denuncjacji było objęte świadomą oraz nieświadomą nieumyślnością (art. 9 § 2 k.k.), tj. sprawca nie ma zamiaru niewykonania obowiązku denuncjacji, nie zawiadamia jednak o przestępstwie katalogowym na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć. Dla przypisania zamiaru niewystarczające jest wykazanie, że medyk miał możliwość uzyskania świadomości, że doszło do czynu zabronionego tudzież miał świadomość możliwości, że doszło do czynu zabronionego, o którym mowa w art. 240 § 1 k.k., ale np. bezpodstawnie przypuszczał, że organy ścigania mają już dane informacje.

W razie dokonania zawiadomienia o popełnieniu czynu zabronionego opartego o mylne podejrzenie medyka nie grozi medykowi odpowiedzialność za przestępstwo z art. 238 k.k., tj. fałszywe zawiadomienie o przestępstwie, albo za czyn stypizowany w art. 234 k.k., tj. fałszywe oskarżenie innej osoby o popełnienie czynu zabronionego lub przewinienia dyscyplinarnego. Wymienione typy to przestępstwa umyślne, zatem może je zrealizować jedynie osoba, która wie, że zawiadomienie lub oskarżenie jest fałszywe i takie zawiadomienie lub oskarżenie składa. Czynów zabronionych, o których mowa w art. 238 k.k. oraz art. 234 k.k., nie może popełnić osoba, której można zarzucić jedynie niedostateczną rzetelność w weryfikacji informacji przekazywanych organom ścigania.

8. Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że rezultaty wykładni systemowej pozwalają na postawienie tez idących pod prąd poglądom tradycyjnie prezentowanym w doktrynie prawa medycznego, a także na uporządkowanie i uzasadnienie tych z dotychczas głoszonych poglądów, które uznano za zasługujące na aprobatę. Punktem wyjścia jest bowiem założenie, że zawodowa dyskrekcja medyka jako reprezentanta zawodu zaufania publicznego ma pierwszeństwo w kolizji z interesami wymiaru sprawiedliwości oraz innymi dobrami ogólnospołecznymi i tylko wyjątkowo, w sytuacjach wskazanych w ustawie przewidujących zwolnienie z tajemnicy odnośnie do określonych informacji, możliwe jest jej poświęcenie dla realizacji innych celów. Oznacza to, że wbrew utartym poglądom, konieczności poświęcenia obowiązku zawodowej dyskrekcji w zawodach medycznych na rzecz ochrony innego dobra nie wolno domniemywać, zaś regulacji zawierających wyjątki od tej zasady interpretować rozszerzająco. Tym bardziej za nieuprawnione należy uznać tworzenie pozaustawowych wyjątków od ustawowego obowiązku zawodowej dyskrekcji. Medyk ujawniający informacje objęte tajemnicą medyczną w oparciu o „domniemaną zgodę pacjenta, tudzież swoje subiektywne przekonanie o tym, co leży „w interesie pacjenta”, dokonuje ujawnienia informacji „wbrew przepisom ustawy” w rozumieniu art. 266 § 1 k.k. Natomiast jeżeli miała miejsce skuteczna rezygnacja z ochrony tajemnicy, medykowi nie przysługuje prawo, by wbrew woli pacjenta tajemnicę utrzymywać. Odmienne postawienie sprawy wydaje się być przejawem słusznie minionego paternalizmu w relacjach medyk–pacjent.

## ABSTRACT

**dr Ewa Plebanek**

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), an assistant professor at the Institute of Law of the Cracow University of Economics.

**The physician-patient and nurse-patient confidential privilege  
and conditions of criminal liability for its disclosure**

*The article discusses limits of physician-patient and nurse-patient privilege in the light of the responsibility under the Penal Code (article 240 § 1) for a failure to notify of a crime. The author analyses statutory regulations, referring also to the achievements of the doctrine of medical law and applying the rules of systemic and functional interpretation. The article presents the issue of relationship between the standards provided for in the Act on medical professions and the norms regulated in the Act on protection of mental health, the norms regulated in article 304 § 1 and 199 of the Code of Criminal Procedure and article 240 § 1 and 266 § 1 of the Penal Code. The aim of the article is to answer the question whether physicians and nurses are bound by the social and legal responsibility to denounce and how they should behave in a situation when a patient's disorder endangers life or health of the patient or other people.*

**Keywords:** *medical law; legal duty to notify of some offences; social duty to notify of some offences; social responsibility to denounce; medical professional duties of confidentiality; psychiatric confidentiality; professional confidentiality; duty of confidentiality; disclosure of physician-patient confidential privilege; article 240 of the Penal Code; article 266 of the Penal Code; inadmissibility in evidence of article 199 of the Code of Criminal Procedure; article 180 of the Code of Criminal Procedure*

**dr Ewa Plebanek**

ORCID: 0000-0002-1266-2584; e-mail: plebanee@uek.krakow.pl

Autorka jest adwokatem (ORA w Krakowie), adiunktem na Uniwersytecie Ekonomicznym w Krakowie.

**BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA**

**Augustynowicz Anna**, *Tajemnica zawodowa lekarza a współdziałanie z organami ścigania*, „Prawo i Medycyna” 2008/4, s. 98

**Augustynowicz Anna, Wrześniewska-Wal Iwona**, *Zawiadomienie przez lekarza o popełnieniu przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności a obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej*, „Prawo i Medycyna” 2013/3–4, s. 112

- Dukiet-Nagórska Teresa**, *Lekarski obowiązek współdziałania z organami ścigania a tajemnica lekarska*, „Prawo i Medycyna” 2002/4, s. 7
- Filar Marian**, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000
- Giezek Jacek**, *Komentarz do art. 28 k.k., tezy 18–21 (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, LEX/el.
- Górski Adam**, *Wykonywanie zawodu lekarza a prawo karne*, Warszawa 2019, LEX/el.
- Górski Adam, Dąbrowski Daniel**, *Tajemnica zawodowa lekarza psychiatrii i jej ujawnianie (w:) Prawo medyczne dla lekarzy psychiatrów*, red. A Jacek, E Sarnacka, Warszawa 2014
- Huk Anna**, *Tajemnica zawodowa lekarza a obowiązek zawiadomienia o popełnionym przestępstwie (w:) Problemy stosowania prawa sądowego: księga ofiarowana Profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi*, red. I. Nowikowski, Lublin 2007
- Huk Anna**, *Tajemnica zawodowa lekarza*, „Prokuratura i Prawo” 2001, s. 177
- Kardas Piotr**, *Konstytucyjne i ustawowe aspekty ochrony tajemnicy zawodowej powierzonej przedstawicielom zawodów zaufania publicznego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014/4, s. 5
- Kardas Piotr**, *Relacje między prawem karnym materialnym i procesowym (w:) System prawa karnego procesowego, t. 1, Zagadnienia ogólne*, red. P. Hofmański, Warszawa 2013, cz. 1
- Kubiak Rafał**, *System prawa medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, t. 2, cz. I
- Kubiak Rafał**, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, Legalis/el.
- Kunicka-Michalska Barbara**, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972
- Kwiatkowski Zbigniew**, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005
- Łupiński Jarosław**, *Spółeczny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, „Prokuratura i Prawo” 2009/1, s. 133
- Majewski Jarosław**, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002
- Marciniak Małgorzata**, *Tajemnica lekarska w prawie karnym (w:) Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, red. Z. Ćwiąkałski, G. Artymiak, Warszawa 2009
- Marszałkowska-Krześ Elwira**, *Tajemnica zawodowa lekarza psychiatrii*, „Psychiatria Polska” 2015/3, s. 642

- Michalak Krzysztof**, *Tajemnica lekarska i psychiatryczna a polski proces karny*, Kraków 2018
- Paczyńska Monika**, *Tajemnica psychiatryczna jako kwalifikowana tajemnica lekarska*, „Wiedza Prawnicza” 2013/4, s. 85
- Plebanek Ewa, Rusinek Michał**, *Ujawnienie tajemnicy w procesie karnym a odpowiedzialność karna*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007/1, s. 73
- Rusinek Michał**, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007
- Rutkowski Stanisław**, *Wybrane zagadnienia z zakresu odpowiedzialności karnej lekarza*, „Prokuratura i Prawo” 1999/9, s. 87
- Safjan Marek**, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998
- Safjan Marek**, *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995/1, s. 11
- Sakowicz Witold**, *Komentarz do art. 266 k.k., teza 14 (w:) Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, Legalis/el.
- Sarnecki Paweł**, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art.17 ust.1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury (w:) Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Dzdzisławowi Jaroszowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000
- Szeroczyńska Magdalena**, *Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej na kanwie artykułu A. Jaskuły i K. Płończyk*, „Prokuratura i Prawo” 2017/9, s. 13
- Szewczyk Maria**, *Kilka uwag dotyczących przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości*, „Prokuratura i Prawo” 2000/6, s. 25
- Szewczyk Maria**, *Prawnokarna ochrona tajemnicy zawodowej lekarza*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000/1, s. 162
- Szewczyk Maria, Wojtaszczyk Adam, Zontek Witold**, *Komentarz do art. 240 k.k., teza 16 (w:) Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, cz. 2, Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, LEX/el.
- Urbaniak Marek J.**, *Zakres obowiązywania zakazu dowodowego przewidzianego w art. 199 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2012/7–8, s. 125
- Wilk Leszek**, *Obowiązek denuncjacji w prawie karnym (art. 240 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 1999/1, s. 39
- Witkowska Joanna**, *Obowiązek zachowania tajemnicy przez biegłego opiniującego w przedmiocie zdrowia psychicznego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2004/15, s. 310
- Wojtyczek Krzysztof**, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/2, s. 33



**Woźniewski Krzysztof** (w:) *Prawo karne procesowe – część ogólna*, red. J. Grajewski, Warszawa 2007

**Wróbel Włodzimierz** (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Ćwiągalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, K. Rąglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, Warszawa 2013, t. 2

**Zawłocki Robert**, *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2*, Warszawa 2017, Legalis/el.

**Zawłocki Robert**, *Komentarz do art. 240 k.k., pkt IV, teza 1–2* (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2*, Warszawa 2017

**Zoll Andrzej**, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012

**Zoll Andrzej**, *Komentarz do art. 30* (w:) *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, cz. 1, Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, teza 6, LEX/el.

**Pojęcia kluczowe:** *prawo do obrony, Sąd Najwyższy, prawo do kłamstwa, prawo do milczenia, składanie fałszywych zeznań*

# Artykuły

*Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, Piotr Karlik*

## **GRANICE PRAWA DO OBRONY Z PERSPEKTYWY ART. 233 § 1A KODEKSU KARNEGO – ROZWAŻANIA NA TLE POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 15.01.2020 R. (I KZP 10/19)**

W przedstawionej publikacji dokonano krytycznego omówienia stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w postanowieniu z 15.01.2020 r. (I KZP 10/19). W orzeczeniu SN odmówił podjęcia uchwały w związku z przedstawieniem mu pytania prawnego „czy po nowelizacji art. 233 Kodeksu karnego, tj. po dodaniu nowelą z 11.03.2016 r. przepisu art. 233 § 1a k.k. zmianie uległ zakres podmiotowy tego typu czynu zabronionego, i czy zmianie uległy zasady odpowiedzialności za ów występki przedstawione m.in. w uchwale SN z 20.09.2007 r., I KZP 26/07”. Mimo że skład orzekający nie dopatrywał się przesłanek do podjęcia uchwały w tej kwestii, to sąd – przy zdaniu odrębnym – zdecydował się na przedstawienie obszernej argumentacji na temat zasad odpowiedzialności karnej wyrażonej w art. 233 § 1a k.k. Powyższe orzeczenie stanowiło punkt wyjścia do rozważań na temat konstytucyjności przyjętego rozwiązania, jego znaczenia dla realizacji prawa do obrony oraz potencjalnych prób złagodzenia negatywnych konsekwencji jego obowiązywania.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest krytyczna analiza postanowienia Sądu Najwyższego z 15.01.2020 r.<sup>1</sup>, w której odmówiono podjęcia uchwały w sprawie zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni uchwały, a jednocześnie zaprezentowano argumentację odnoszącą się do kwestii kluczowej dla praktyki funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w Polsce. Do Sądu Najwyższego zwrócono

<sup>1</sup> Postanowienie SN z 15.01.2020 r., OSNKW 2020/1, poz. 1.

się bowiem o wyjaśnienie, czy art. 233 § 1a Kodeksu karnego<sup>2</sup>, w zakresie, w jakim przewiduje karalność zeznawania nieprawdy lub zatajania prawdy z obawy przed odpowiedzialnością karną, kreuje nowe zasady odpowiedzialności za przestępstwo składania fałszywych zeznań<sup>3</sup>. Zagadnienie to stanowi jeden z podstawowych filarów współczesnego procesu karnego i bezpośrednio wiąże się z problematyką zachowania prawa do obrony<sup>4</sup>. Choć ze względów formalnych Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały, to jednak zdecydował się na przedstawienie swojej oceny omawianego zagadnienia. Odbiega ona od dotychczasowego, gwarancyjnego charakteru tego prawa i w dalszej perspektywie stwarza niebezpieczeństwo jego znacznego ograniczenia. Z tych powodów poczynione przez Sąd Najwyższy uwagi wymagają oceny zarówno z perspektywy zgodności z obowiązującymi zasadami procesu karnego, jak i z punktu widzenia praktyki przeprowadzania czynności dowodowych przesłuchania.

### MODALNOŚĆ ZAKRESU PRAWA DO OBRONY

W pierwszej kolejności należy zdiagnozować problem, który stał się przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego. Dopiero wówczas możliwa będzie ocena zajętego przez Sąd Najwyższy stanowiska i zaprezentowanie uwag polemicznych. Punktem wyjścia dla poniższych rozważań jest przyjęcie założenia, że prawo do obrony nie ma stałej, utrwalonej treści. Jego zakres zmieniał się na przestrzeni ostatnich lat, głównie na skutek rozbudowywania kolejnych gwarancji<sup>5</sup>. Nie zagłębiając się w utrwalone w tym zakresie poglądy, warto wskazać, że tendencja ta może przybrać także odwrotny kierunek i zmierzać do ograniczania zakresu tego prawa. Przy czym rozszerzanie gwarancji odbywa się przede wszystkim na drodze sądowej wykładni przepisów, natomiast zawężanie następuje na skutek inicjatywy ustawodawcy<sup>6</sup>. Analizowany przypadek, choć z uwagi na rodzaj rozstrzygnięcia nie kwalifikuje się jako rozstrzygnięcie merytoryczne, to jednak stanowi przykład orzeczenia, które może mieć charakter kształtującego praktykę.

Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie dotyczy występkę z art. 233 k.k.,

<sup>2</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

<sup>3</sup> Art. 233 § 1a k.k. został dodany ustawą z 11.03.2016 r.o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 437).

<sup>4</sup> Szerzej o prawie do obrony zob. P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006; P. Wiliński, *Konstytucyjne granice prawa do obrony*, „Palestra” 2007/5–6; B. Nita, *Konstytucyjne zakazanie zasady nemo tenetur se ipsum accusare* (w:) *Rzetelny proces karny, Księga jubileuszowa profesor Zofii Świdry*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 220–234; J. Skorupka, *Rzetelne postępowanie przygotowawcze* (w:) *Rzetelny proces karny*, materiał konferencji naukowej, Trzebieiszowice, 17–19.09.2009 r., s. 24.

<sup>5</sup> Przykładowo, orzeczenie TK z 20.10.1992 r. (K 1/92), OTK 1992/2, poz. 23, wydane na kanwie zarzutu RPO odnośnie do ustawy o cudzoziemcach i zagwarantowania prawa do obrony na etapie wykonawczym; wyrok TK z 19.03.2007 r. (K 47/05), OTK-A 2007/3, poz. 27, nakazujący ustawodawcy takie ukształtowanie przepisów, aby zapewniły prawo do obrony w postępowaniach dyscyplinarnych; wyrok TK z 3.11.2004 r. (K 18/03), OTK-A 2004/10, poz. 13, w zakresie, w jakim prawo do obrony odnosi się do wszelkich postępowań o charakterze represyjnym.

<sup>6</sup> Ograniczenie poufności kontaktu tymczasowo aresztowanego z obrońcą jako zgodne z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, wyrok TK z 17.02.2004 r. (SK 39/02), OTK-A 2006/7, poz. 88.

a w szczególności jego uprzywilejowanego typu oraz zasad odpowiedzialności za ten występki w świetle uchwały Sądu Najwyższego z 20.09.2007 r. (I KZP 26/07)<sup>7</sup> oraz późniejszej ustawy z 11.03.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>8</sup>. Na skutek owej nowelizacji, w art. 233 k.k., po zmienionym w obszarze sankcji karnej § 1 „Kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”, dodano § 1a w brzmieniu: „Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższemu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Przesądzono zatem o penalizacji zachowania uczestnika procesu, który mimo pouczenia o prawie do odmowy złożenia zeznań lub odpowiedzi na pytania złożył fałszywe zeznania w obawie przed własną lub osoby najbliższej odpowiedzialnością karną lub odpowiedzialnością karnoskarbową.

Nowe rozwiązanie prawne zerwało z dotychczasowym rozumieniem pojęcia granic prawa do obrony. Pojawia się w związku z tym wątpliwość, czy tak dalece idąca zmiana jest przemyślanym zabiegiem legislacyjnym, który ma na celu uregulowanie zagadnienia, które do tej pory opierało się na wykładni orzeczniczej, czy też jest mniej lub bardziej przypadkowym niedopatrzaniem ustawodawcy. Pytania te wiążą się ściśle z przekonaniem, że kontradiktoryjny proces karny jako narzędzie służące do wymierzania sprawiedliwości opiera się na kruchej równowadze między funkcją oskarżania a funkcją obrony. Naruszenie tego porządku, przejawiające się w omawianej zmianie legislacyjnej, wypaczy zjawisko sprawiedliwego procesu, czym doprowadzi do zaprzeczenia podstawowych wartości legitymizujących wymiar sprawiedliwości w wymiarze społecznym. Jednocześnie należy podkreślić, że próby uzasadnienia tej kategorii zmian koniecznością realizacji zasady prawdy nie mogą zostać potraktowane poważnie, o czym poniżej.

W omawianym postanowieniu SN stwierdza m.in., że „skoro zaś obecnie ustawodawca tę – niewątpliwie szczególną – sytuację, dotychczas traktowaną w orzecznictwie jako kontratypową, uregulował w przepisie art. 233 § 1a k.k., statuując w nim uprzywilejowany typ przestępstwa składania fałszywych zeznań, to oczywiście jest, że działanie sprawcy składającego fałszywe zeznania w obawie przed grożącą mu odpowiedzialnością karną, nie może być już rozumiane jako działanie w omawianych okolicznościach wyłączających bezprawność takiego zachowania”.

Zacytowany fragment od lat jest przedmiotem wielu publikacji<sup>9</sup>, a także sporów

<sup>7</sup> Uchwała SN z 20.09.2007 r. (I KZP 26/07), „Prokuratura i Prawo” 2007/12, poz. 9; „Biuletyn SN” 2007/9; OSP 2008/4, poz. 46.

<sup>8</sup> Ustawa z 11.03.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 437).

<sup>9</sup> M. Cieślak, *Przesłuchanie osoby podejrzanej o udział w przestępstwie, która nie występuje w charakterze oskarżonego*, „Państwo i Prawo” 1964/5–6; A. Lach, *Współczesne tendencje w zakresie ograniczania prawa do milczenia w procesie karnym* (w:) *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, red. A. Marek, Toruń 2004, s. 235; M. Bielski, *Wyłączenie przestępności składania fałszywych zeznań w związku z przysługującym sprawcy czynu zabronionego prawem*

w doktrynie<sup>10</sup>. Przy czym osiã dyskusji bywa kwestia tego, czy podejrzany lub oskarżony ma „prawo do kłamstwa”, względnie „prawo do milczenia”<sup>11</sup>. Kluczowe znaczenie ma tutaj efekt końcowy skorzystania z owego uprawnienia, który sprowadza się do przewidywanej karalności za składanie fałszywych wyjaśnień albo do jej braku<sup>12</sup>. Z tym problemem związany jest szereg zagadnień, których rozumienie wyznacza treść prawa do obrony. W ostatnim czasie problem ten najlepiej zdefiniowała D. Gruszecka, która szczególne znaczenie przypisuje czterem jego elementom. Są to: krąg podmiotów chronionych prawem do obrony, granice temporalne tego prawa, relacja prawa do obrony do treści wyrażonych w art. 183 § 1 k.p.k. oraz granice bezkarności<sup>13</sup>. Z wymienionych wyżej aspektów dla przedmiotowej analizy kluczowe znaczenie zdają się mieć temporalne granice prawa do obrony, które w znacznej mierze determinują pozostałe elementy. Przyjęcie bowiem odpowiedzialności za zeznawanie nieprawdy lub zatajanie prawdy z obawy przed odpowiedzialnością karną *de facto* oznacza istotne zawężenie prawa do obrony w ujęciu temporalnym. W konsekwencji prawo do obrony traci swój uniwersalny charakter, gdyż jego rzeczywista aktualizacja uzależniona jest wyłącznie od powstania strony procesowej na skutek wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Zatem to organ procesowy arbitralnie będzie kształtował katalog uprawnień poszczególnych uczestników postępowania.

Zagrożenia wynikające z formalistycznego zawężenia prawa do obrony wyłącznie do figury oskarżonego do niedawna stanowiły oczywistą tamę przed pokusami zmierzającymi do ograniczania gwarancji uprawnienia osób, przeciwko którym prowadzone jest postępowanie. Jedynie nieliczni autorzy wskazywali na konieczność zerwania z bezkarnością rzeczywistego sprawcy występującego w roli świadka za składanie fałszywych zeznań<sup>14</sup>. Najbardziej radykalni komentatorzy opowiadali się także za wprowadzeniem karalności za składanie fałszywych wyjaśnień<sup>15</sup>. Tak było do 2016 r., kiedy ustawodawca zdecydował dodać do ustawy art. 233 § 1a k.k. Wskazano jednocześnie, że dostatecznym zabezpieczeniem gwarancji rzeczywistego sprawcy jest możliwość skorzystania z art. 183 k.p.k.<sup>16</sup>

Jednocześnie dodanie art. 233 § 1a k.k. nie wywołało w ówczesnym czasie szerszych komentarzy przedstawicieli doktryny ani praktyków. W nielicznych publikacjach przyjęto pogląd, że wobec tych zmian legislacyjnych utraciły aktual-

---

do obrony, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011/3, s. 73–92; P. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004.

<sup>10</sup> Ł. Pohl, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – szkic teoretycznoprawny*, „Prokuratura i Prawo” 2006/6; P. Wiliński, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień w postępowaniu karnym – artykuł polemiczny*, „Prokuratura i Prawo” 2007/2.

<sup>11</sup> J. Czabański, M. Warchoł, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007/12; M. Rusinek, *O prawie do kłamstwa (artykuł polemiczny)*, „Prokuratura i Prawo” 2008/4.

<sup>12</sup> A. Bojańczyk, *Uprawnienie do składania fałszywych wyjaśnień – jak długo jeszcze*, „Palestra” 2014/9, s. 139.

<sup>13</sup> D. Gruszecka, *Zasięg prawa do obrony w kontekście odpowiedzialności za fałszywe zeznania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010/2, s. 141.

<sup>14</sup> J. Czabański, M. Warchoł, *Prawo do milczenia...*, s. 35.

<sup>15</sup> A. Bojańczyk, *Uprawnienie...*, s. 141.

<sup>16</sup> Zob. uzasadnienie postanowienia SN z 15.01.2020 r. (I KZP 10/19), s. 16; oraz Uzasadnienie projektu ustawy, druk nr 207, Sejm VIII kadencji.

ność opinie przewidujące brak przestępności składania fałszywych zeznań przez rzeczywistego sprawcę<sup>17</sup>. Niektórzy autorzy wskazali, że takie rozwiązanie może budzić wątpliwości natury konstytucyjnej<sup>18</sup> lub też stać w opozycji do powszechnie przyjmowanej zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*<sup>19</sup>. Pojawił się również pogląd, że takie rozwiązanie „zwiększa dotychczasowy stopień ochrony wymiaru sprawiedliwości przed wprowadzaniem w błąd organów procesowych w wyniku składania fałszywych zeznań, a w konsekwencji zabezpiecza przed wydaniem błędnego orzeczenia”<sup>20</sup>.

## ZAKRES PRAWA DO OBRONY W KONSTYTUCJI I ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Sąd Najwyższy pominął problem konstytucyjności art. 233 § 1a k.k. Nie chodzi w tym miejscu o dokonywanie tzw. rozproszonej kontroli zgodności aktów prawnych z ustawą zasadniczą, ale jedynie o dostrzeżenie, że powyższa regulacja pozostaje w sprzeczności z dotychczasowym dorobkiem Trybunału Konstytucyjnego. Sąd Najwyższy ograniczył się wyłącznie do wskazania, że „ta problematyka nie jest przedmiotem rozważań w niniejszym postępowaniu”<sup>21</sup>, uciekając od zasadniczej kwestii w komentowanym przez siebie zagadnieniu. Ponadto, odwołując się do dorobku Trybunału Konstytucyjnego, na poparcie swojej argumentacji przywołał postanowienie o odmowie nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej<sup>22</sup>, które ma jedynie formalny charakter, gdyż wydawana jest na etapie kontroli dopuszczalności skargi konstytucyjnej<sup>23</sup>. Nie sposób zgodzić się z takim ujęciem sprawy, zwłaszcza że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie merytorycznie wypowiadał się na temat granic prawa do obrony, także w tym kontekście orzecznictwo ma charakter jednoznaczny<sup>24</sup>.

Prawo do obrony ma swoje bezpośrednie źródło w Konstytucji RP, a dokładniej w art. 42 ust. 2, w myśl którego „każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu”. *Lege non distinguente*, prawo do obrony przysługuje każdemu, przeciwko komu prowadzone jest postępowanie karne. W żaden sposób nie zostało ono powiązane z konkretnym jego etapem lub decyzją organu procesowego. Właśnie z uwagi na znaczenie tego prawa Konstytucja nadaje mu szeroki charak-

<sup>17</sup> W. Zalewski, *Komentarz do art. 233 (w:) Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis/el., nb. 4.

<sup>18</sup> A. Herzog, *Komentarz do art. 233 (w:) Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis/el.

<sup>19</sup> K. Wiak, *Komentarz do art. 233 (w:) Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Legalis/el.

<sup>20</sup> I. Zgoliński, *Komentarz do art. 233 (w:) V. Konarska-Wrzošek, Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el.

<sup>21</sup> Uzasadnienie postanowienia z 15.01.2020 r. (IKZP 10/19), s. 16.

<sup>22</sup> Postanowienie TK z 21.12.2007 r. (Ts. 62/07).

<sup>23</sup> B. Naleziński, J. Królikowski, J. Sułkowski, *Skarga konstytucyjna (w:) Pozainstancyjne środki ochrony prawnej. Komentarz*, red. M. Romańska, Warszawa 2013, s. 88.

<sup>24</sup> Wyrok TK z 9.07.2009 r. (K 31/08), OTK-A ZU 2009/7, poz. 107; wyrok TK z 3.06.2008 r. (K 42/07).

ter<sup>25</sup>. Ustawa zasadnicza nie wiąże prawa do obrony wyłącznie z postępowaniem karnym, ale rozszerza tę gwarancję także na inne postępowania zbliżone charakterem do procesu karnego. Jednocześnie odwołując się do nich, w żaden sposób nie uzależnia tego prawa od fazy postępowania lub jego stadium<sup>26</sup>. Oznacza to, że na gruncie konstytucyjnym prawo do obrony ma charakter uniwersalny i absolutny. Wydaje się nadto, że co do zasady nie mają do niego zastosowania tzw. klauzule limitacyjne wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

W tym tonie wielokrotnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny, który wskazywał m.in., że ze względu na ścisłe powiązanie prawa do obrony z zasadą demokratycznego państwa prawnego konstytucyjne prawo do obrony w postępowaniu karnym należy rozumieć niezwykle szeroko. Wyraźnie zostało podkreślone, że odnosi się ono do „wszelkich postępowań represyjnych (niezależnie od ich stadium) i innych (*quasi*-penalnych: np. dyscyplinarnych czy przygotowujących do właściwego postępowania”<sup>27</sup>. Trybunał wskazywał, że obowiązywanie prawa do obrony nie jest uzależnione od fazy postępowania ani od spełnienia jakichkolwiek warunków formalnych (np. postanowienie o przedstawieniu zarzutów)<sup>28</sup>. Jediną determinantą aktualizującą gwarancje wynikające z prawa do obrony jest poziom dowodów uzasadniający podejmowanie określonych czynności procesowych względem danej osoby. Ostatecznie bowiem prawo do obrony ma charakter responsywny, przez co, w zdecydowanej większości przypadków, stanowi odpowiedź na działania organów procesowych.

Wobec powyższego przyjęcie regulacji z art. 233 § 1a k.k. powinno być uznane za pozostające w opozycji do standardów wyrażonych w Konstytucji, a także wypracowanych w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Analizy i odniesienia się do tego wątku zabrakło w omawianym orzeczeniu SN. Przeprowadzenie ich doprowadziłoby zapewne SN do odmiennego rozstrzygnięcia, ze wskazaniem niekonstytucyjności i zdecydowanym opowiedzeniem się za jak najszybszym uchyleniem art. 233 § 1a k.k. wyłącznie<sup>29</sup>.

## ZAKRES PRAWA DO OBRONY W ORZECZNICTWIE SĄDU NAJWYŻSZEGO

W innych orzeczeniach Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiedział się na temat zakresu prawa do obrony<sup>30</sup>, co zresztą nie umknęło uwadze sądu wydającego

<sup>25</sup> P. Wiliński, P. Karlik, *Komentarz do art. 42 ust. 2 Konstytucji* (w: *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis, nb 225.

<sup>26</sup> P. Wiliński, P. Karlik, *Komentarz...*, nb 225.

<sup>27</sup> Wyrok TK z 28.11.2007 r. (K 39/07), OTK-A ZU 2007/10, poz. 129; wyrok TK z 4.07.2002 r. (P 12/01), OTK-A ZU 2002/4, poz. 50; wyrok TK z 3.11.2004 r. (K 18/03), OTK-A ZU 2004/10, poz. 103; wyrok TK z 19.03.2007 r. (K 47/05), OTK-A ZU 2007/3, poz. 27; wyrok TK z 19.02.2008 r. (P 48/06), OTK-A ZU 2008/1, poz. 4.

<sup>28</sup> Wyrok TK z 3.06.2014 r. (K 19/11), OTK-A ZU 2014/6, poz. 6.

<sup>29</sup> Zob. Uzasadnienie zdania odrębnego sędziego SN M. Laskowskiego do postanowienia SN z 15.01.2020 r. (I KZP 10/19), OSNKW 2020/1, poz. 1.

<sup>30</sup> Wyrok SN z 9.02.2004 r. (V KK 194/03), OSNKW 2004/4; uchwała SN z 20.06.1991 r. (I KZP 12/91), OSNKW 1991/10–12, poz. 4.

przedmiotowe postanowienie. Odniósł się on bowiem do uchwały Sądu Najwyższego z 20.09.2007 r. w sprawie I KZP 26/07. Nie ulega wątpliwości, że miała ona kluczowe znaczenie dla zagadnienia modelu gromadzenia materiału dowodowego na jego wczesnym stadium i na lata wyznaczyła standard, zgodnie z którym osoba podejrzana może być przesłuchana w charakterze świadka tylko do czasu, gdy stan obciążających ją dowodów osiągnie poziom wskazany w art. 313 § 1 k.p.k. Nakaz odstąpienia od przesłuchania w charakterze świadka materializował się z chwilą pojawienia się przesłanek przesłuchania takiej osoby jako podejrzanego, uzyskującego w ten sposób wszystkie uprawnienia należne szczególnej stronie postępowania. Przyjęto, że przesłuchanie takiej osoby w charakterze świadka, z pouczeniem o treści art. 183 § 1 k.p.k., w miejsce pouczenia o przysługującym jej uprawnieniu do składania lub odmowy składania wyjaśnień, oznaczałoby ryzyko dostarczenia przez świadka informacji – wobec odmowy skorzystania z przysługującego jej prawa – które mogłyby ją narazić na odpowiedzialność, co dotychczas postrzegane było jako sprzeczne z podstawowymi regułami procesu. Stąd też, w ocenie Sądu Najwyższego, właśnie w treści art. 313 § 1 k.p.k. upatrywać należało zakazu przesłuchania określonej w nim osoby w charakterze innym jak tylko podejrzanego. Przesłuchanie jej jednak – mimo wszystko – w charakterze świadka i pozbawienie prawa do skorzystania z uprawnień określonych w art. 74 § 1 k.p.k. i art. 175 § 1 k.p.k. skutkowało niemożnością uznania złożonych zeznań jako podstawy odpowiedzialności karnej za występki z art. 233 § 1 k.k.

Początkowo reguła ta była konsekwentnie respektowana przez organy ścigania. Wezwanie do przesłuchania w roli świadka oznaczało jednoznaczną informację dla niego o nieplanowaniu przesłuchania go w innym charakterze. Okazała się jednak przeszkodą w pozyskiwaniu materiału dowodowego, który wprawdzie na dalszym etapie postępowania nie może zostać wykorzystany, ale spełnia określoną procesową i pozaprosesową rolę. Powoływanie się przez świadka lub jego pełnomocnika na uchwały Sądu Najwyższego wyznaczające standardy postępowania w tym zakresie mogło spotkać się z argumentem o niepodzielaniu przez śledczego tego poglądu czy też braku uchwał Sądu Najwyższego wśród katalogu źródeł prawa. Standard przestał obowiązywać. Jego znaczącym osłabieniem stał się wprowadzony nowelizacją z marca 2016 r. właśnie paragraf 1a k.k. art. 233, omawiane zaś postanowienie Sądu Najwyższego ostatecznie przełamało dotychczasową regułę.

Dalej powołał się także na pisemne uzasadnienie projektu nowelizacji ustawy karnoprocesowej z marca 2016 r., które wskazuje, że skoro na gruncie art. 74 k.p.k. dopuszcza się sytuację, w której oskarżony jest źródłem dowodowym, a nawet może być fizycznie zmuszony do dostarczania określonych dowodów, to tym bardziej nie jest sprzeczne z zasadami procesu karnego postawienie go przed wyborem złożenia prawdziwych wyjaśnień lub skorzystaniem z prawa do odmowy ich złożenia. Nadto projektodawca dostrzegł konieczność wprowadzenia odpowiedzialności karnej w przypadku świadomego składania fałszywych zeznań i wprowadzania w błąd organów procesowych.

W omawianym postanowieniu Sąd Najwyższy uznał, że intencja ustawodawcy, wprowadzającego typ uprzywilejowany przestępstwa składania fałszywych zeznań,



jest czytelna i nie powinna budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych sądu pytającego. Ustawodawca, jak wskazał Sąd Najwyższy, miał uprawnienie do tego, aby prawo do obrony – przynajmniej jeśli chodzi o świadka – dookreślić „prawem do milczenia”, ale już nie „prawem do kłamstwa”. Ustawodawca uregulował sytuację, dotychczas traktowaną w orzecznictwie jako kontratypowa, w art. 233 § 1a k.k., wobec czego oczywiście dla Sądu Najwyższego jest, że działanie sprawcy składającego fałszywe zeznania w obawie przed grożącą mu odpowiedzialnością karną nie może być już rozumiane jako działanie w okolicznościach wyłączających bezprawność takiego zachowania.

Sąd Najwyższy wskazał wreszcie wprost w treści uzasadnienia swego postanowienia, że „Dostrzegając ewentualne, hipotetyczne niebezpieczeństwo nadużywania przez organy ścigania możliwości przesłuchiwania określonych osób w charakterze świadków zamiast w charakterze podejrzanych, aby uzyskać jakąkolwiek wskazówkę co do pożądanego kierunku prowadzonego postępowania, z oczywistych względów przy rozstrzyganiu przedstawionego zagadnienia ograniczył się do jego strony prawnej, a nie do analizy możliwej praktyki w stosowaniu przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania”.

### PRAKTYCZNY WYMIAR ART. 233 § 1A K.K.

Przedstawione pokrótce powyżej stanowisko Sądu Najwyższego prowadzi do kilku konstatacji. Przede wszystkim, powołując się na uzasadnienie rządowego projektu nowelizacji ustawy karnej z roku 2016, Sąd Najwyższy pominął okoliczność, że intencją – co wynika wprost z tegoż uzasadnienia – było dokonanie zmiany linii orzeczniczej Sądu Najwyższego w zakresie braku możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa za złożenie fałszywych zeznań z art. 233 k.k. Posługując się zatem instrumentarium na poziomie ustawy zwykłej, dokonano ingerencji w gwarantowane ustawą zasadniczą i prawem międzynarodowym prawo do obrony. Już zatem sama geneza przepisu art. 233 § 1a k.k. wskazuje na występowanie uzasadnionych wątpliwości co do jego zgodności z regułami wyznaczającymi model rzetelnego procesu.

Tak zaprojektowany i wprowadzony do ustawy karnej art. 233 § 1a k.k. musi się stać przedmiotem krytycznej analizy doktryny z uwagi na treść art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności<sup>31</sup> oraz art. 14 ust. 3 lit. g Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>32</sup>, wskazując, że materialne prawo do obrony przysługuje od momentu wszczęcia jakiegokolwiek postępowania represyjnego<sup>33</sup>. Odnosi się ono do osoby przesłuchiwanej niezależnego

<sup>31</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 28), dalej EKPC.

<sup>32</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 16.12.1966 r., dalej MPPOiP.

<sup>33</sup> W. Wróbel, *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego* (w:) *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 223.

od tego, czy w ramach tego postępowania organ procesowy dysponuje materiałem dowodowym uzasadniającym postawienie zarzutów przesłuchiwanemu, czy też ma podstawę dowodową przypuszczenia, że przesłuchiwany w charakterze świadka jest sprawcą czynu zabronionego, lecz mimo to przesłuchuje go wbrew nakazowi wynikającemu z art. 313 § 1 k.p.k. Poza tym tzw. materialne prawo do obrony przysługuje sprawcy czynu zabronionego występującemu w postępowaniu karnym prowadzonym w przedmiocie czynu zabronionego, którego nie jest sprawcą, jednak zeznając prawdę, musiałby ujawnić okoliczności faktyczne świadczące o jego odpowiedzialności karnej w zakresie innego czynu zabronionego, niebędącego bezpośrednim przedmiotem prowadzonego postępowania karnego<sup>34</sup>. Gdyby przyjąć stanowisko odmienne, tj. że od uzyskania określonego statusu procesowego zależałoby, czy dana osoba może realizować prawo podmiotowe do obrony, oznaczałoby, że istnienie prawa podmiotowego zależy od woli organu procesowego i nabycia przez jednostkę statusu procesowego. Nie sposób pogodzić tego z istotą normy wyrażonej w art. 42 ust. 2 Konstytucji RP. Wreszcie niezgodna z art. 6 EKPC i art. 14 ust. 3 lit. g MPPOiP jest taka wykładnia art. 233 § 1a k.k., która przewidywałaby odpowiedzialność karną osoby przesłuchiwanej w charakterze świadka za okoliczności związane z uprzednio popełnionym przez nią czynem przestępnym za zatajenie prawdy. Wskazane normy międzynarodowe zajmują oczywiście wyższe miejsce w hierarchii źródeł obowiązującego prawa niż ustawa zwykła<sup>35</sup>.

Uzasadnione jest zatem twierdzenie że Sąd Najwyższy dokonał gradacji zadań postępowania karnego, przeciwstawiając zasadę prawa do obrony konieczności pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa. Pamiętać jednak należy, że teoretyczna kolizja tych dwóch dóbr związana jest z odmiennym ich adresem. O ile organy ścigania w istocie obowiązane są dążyć do wykrywania sprawców przestępstw, o tyle oskarżony (czy też szerzej – sprawca przestępstwa) i prowadzona przez niego obrona samodzielna lub formalna przez obrońcę nie są związani zasadą prawdy materialnej. W literaturze wskazuje się, że czynności procesowe tych podmiotów w celu przyczyniania się do prawdziwości ustaleń dowodowych mają charakter jednokierunkowy, który jest określany przez pryzmat i w zakresie ich interesów procesowych<sup>36</sup>. Dlatego nie mieści się w tym zakresie przesłuchiwanie osoby podejrzanej w charakterze świadka i ograniczanie w związku z tym prawa do obrony. Takie rozwiązanie przyrównać można do pobierania od podejrzanego określonych materiałów w trybie art. 74 k.p.k. O ile bowiem opisane w przedmiotowym przepisie, dozwolone czynności procesowe z udziałem podejrzanego odbywają się przy jego biernej postawie, o tyle w przypadku przesłuchania stawia się go przed koniecznością dokonania określonych wyborów, przy czym każda podjęta decyzja procesowa nie wyklucza jego odpowiedzialności karnej.

Dalej, praktyczny aspekt obowiązywania omawianego przepisu i niebezpieczeństwo jego nadużywania przez organy ścigania, czyli przesłuchiwanie określonych osób w charakterze świadków zamiast podejrzanych, nie są – jak ocenia to Sąd Naj-

<sup>34</sup> M. Bielski, *Wyłączenie przestępności...*, s. 73–92.

<sup>35</sup> A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2016.

<sup>36</sup> A. Sakowicz (red.), *Kodeks...*

wyższy – jedynie hipotetyczne. Na marginesie mówiąc, założenie hipotetyczności jest równoważne z akceptowaniem uzyskania niesprawiedliwego rozstrzygnięcia, co uderza w fundamentalne pojmowanie pojęcia sprawiedliwości<sup>37</sup>. Taka praktyka jest obecnie regułą, niosącą każdorazowo zagrożenie wszczęcia postępowania w przedmiocie popełnienia czynu z art. 233 § 1a k.k. Na niedozwolone, ale praktykowane przesłuchiwanie osób faktycznie podejrzanych w charakterze świadków przed postawieniem zarzutów zwrócił uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich, kierując w dniu 14.05.2018 r. wystąpienie w tym przedmiocie do Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego<sup>38</sup>. Rzecznik zwrócił uwagę, że gwarancje zakazu oskarżania obejmują także osoby, które formalnie nie zostały postawione w stan oskarżenia, a których sytuacja procesowa wykazuje podobieństwo do sytuacji oskarżonego. Objęcie takich osób gwarancją *nemo tenetur* znajduje uzasadnienie w szerokim rozumieniu pojęcia „oskarżenie w sprawie karnej”, o którym mowa w art 6 ust. 1 EKPC. W wystąpieniu zauważono, że Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) stwierdził naruszenie wymienionego przepisu w sytuacji, w której materiał procesowy uzyskany podczas przesłuchania oskarżonego w charakterze świadka został następnie wykorzystany jako zasadniczy materiał obciążający w sprawie karnej. Ta okoliczność przesądziła o uznaniu, że proces nie był rzetelny<sup>39</sup>. Zgodzić należy się także ze stanowiskiem Rzecznika, że zidentyfikowany w orzecznictwie zakres prawa do obrony ma swoje umocowanie konstytucyjne i nie może być zawężony w drodze ustawy. Właśnie dlatego art. 233 § 1a k.k. powinien być rozumiany w ten sposób, że zakres jego zastosowania jest zawężony do tych świadków, którzy składają fałszywe zeznania z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą ich najbliższymi. W odniesieniu zaś do świadków, którzy czynią to z obawy przed własną odpowiedzialnością karną, aktualne pozostają tezy uchwał Sądu Najwyższego identyfikujące szeroki zakres materialnego prawa do obrony<sup>40</sup>. W wystąpieniu RPO powołano także szereg innych, istotnych z punktu widzenia przedmiotowego zagadnienia orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, co przeczy stanowisku Sądu Najwyższego wyrażonemu w przedmiotowym postanowieniu o braku utrwalonego standardu w tym zakresie<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 65.

<sup>38</sup> Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich, dr. hab. Adama Bodnara z 14.05.2018 r. sygn. II.510.35.2018.MM.

<sup>39</sup> Wyrok ETPCz z 17.12.1996 r. w sprawie nr 19187/91, *Saunders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

<sup>40</sup> Zob. S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Czy to koniec sporu dotyczącego kwestii ponoszenia odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań przez sprawcę uprzednio popełnionego przestępstwa? Rzecz o wykładni znamion typu czynu zabronionego z art. 233 § 1a k.k.* (w:) *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, Warszawa 2017, s. 374–418; M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, *Komentarz do art. 233 Kodeksu karnego* (w:) *Kodeks karny. Część szczegółowa. t. 2, cz. 2, Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, LEX nr 543945.

<sup>41</sup> Z wyroku ETPCz z 19.02.2009 r. w sprawie 15685/11 *Shabelnik przeciwko Ukrainie* wynika, że pomimo pouczenia o odpowiedzialności karnej za odmowę składania zeznań i jednocześnie o prawie do odmowy składania zeznań, które mogłyby go obciążyć, skarżący mógł poczuć się zdezorientowany co do zakresu odpowiedzialności za odmowę składania zeznań, zwłaszcza że nie był reprezentowany przez adwokata w toku przesłuchania, uzyskanie zaś obciążających zeznań przez organy ścigania w niejasnych okolicznościach skutkowało uznaniem, iż doszło do naruszenia art. 6 EKPC.

Dostrzegając jednak, że także milczenie może spowodować wyciągnięcie przez organ procesowy negatywnych dla przesłuchiwanego wniosków, Sąd Najwyższy uznał za dostateczną gwarancję prawa do obrony w możliwości skorzystania przez świadka (sprawcę przestępstwa) z uprawnienia przewidzianego w treści art. 183 § 1 k.p.k. Tymczasem z praktyki potwierdzonej orzecznictwem ETPCz wynika, że osoby występujące w charakterze świadka, w szczególności bez profesjonalnego pełnomocnika, nie posiadają wystarczającego rozeznania w sytuacji procesowej, w tym nie posiadają wiedzy prawnej, aby podjąć rozsądną decyzję o skorzystaniu ze swojego uprawnienia. Dla wielu z nich odmowa składania zeznań lub odmowa udzielania odpowiedzi na pytania jawi się jako zatajanie informacji i działanie wręcz *contra legem*. Późniejsze deklaracje przesłuchiwanych osób wskazywały nawet na sugerowanie przez prowadzącego postępowanie, że najlepszym rozwiązaniem będzie złożenie zeznań lub w skrajnym wypadku pozaprosesowe sugerowanie, że skorzystanie z przysługującego uprawnienia do odmowy złożenia zeznań lub odpowiedzi na pytania będzie postrzegane jako utrudnianie toczącego się procesu. Obecność profesjonalnego pełnomocnika minimalizuje takie zjawiska, ale ich całkiem nie wyklucza.

Przesłuchanie w charakterze podejrzanego odbywać się może z udziałem obrońcy. Tymczasem świadek może jedynie, zgodnie z treścią art. 87 k.p.k., ustanowić w sprawie pełnomocnika. Jego dopuszczenie do udziału w czynności przesłuchania, inaczej niż w przypadku obrońcy, uzależnione jest od woli organu prowadzącego czynność. Ponadto jeżeli czynności przeprowadza funkcjonariusz Policji, będzie on kontaktował się z prokuratorem nadzorującym w celu uzyskania zgody na udział pełnomocnika w czynności przesłuchania świadka. Skutki takiej decyzji, choć jest ona zaskarżalna (art. 302 k.p.k.), bywają nieodwracalne. Niewątpliwie natomiast udział profesjonalisty – co oczywiste – podczas odbierania zeznań bądź wyjaśnień może mieć znaczenie dla prawidłowego przebiegu czynności. Z jednej strony pozwala osobie przesłuchiwanej na przyjęcie określonej strategii, z drugiej – wpływa na organ prowadzący czynność dyscyplinująco i eliminuje ewentualne podejrzenia ingerowania w treść wypowiedzi bądź wywierania nacisku na osobę składającą zeznania.

Co najmniej problematyczne wydaje się stwierdzenie SN, że pouczenie osoby przesłuchiwanej w charakterze świadka o treści art. 183 § 1 k.p.k. stanowi wystarczającą gwarancję zapewnienia rzetelności procesu i ochrony jej podstawowych, po rządami wcześniejszych uchwał niekwestionowanych gwarancji. Wynika to z jednej strony z obawy świadka przed odpowiedzialnością karną za przestępstwo, którego dotyczy przesłuchanie, braku pełnomocnika podczas przesłuchania (co w przypadku świadków jest regułą), a także ze świadomości, że nawet brak odpowiedzi na konkretne pytanie może wzbudzić u prowadzącego postępowanie przekonanie o sprawstwie konkretnej osoby. Należy, na marginesie, zwrócić uwagę, że nawet w przypadku, gdy w odniesieniu do świadka – następnie podejrzanego, organ procesowy nie odnajdzie przesłanek do wszczęcia postępowania w kierunku art. 233 § 1a k.k., to samo przesłuchanie spowoduje dołączenie do akt sprawy materiału dowodowego w postaci protokołu tej czynności. W obecnym stanie prawnym, wobec orzecznictwa na gruncie art. 389 k.p.k., aktualny jest zakaz procesowego wykorzy-

stania zeznań świadka, występującego następnie w sprawie w charakterze podejrzanego. W aktach sprawy nadal znajdować się jednak będą protokoły czynności, które uznajemy za nieistniejące, jednak strony postępowania, a przede wszystkim sąd rozpoznający sprawę, mają możliwość zapoznawania się z nimi.

Nie tylko zatem skorzystanie z prawa do odmowy składania zeznań, ale i niedzielenie odpowiedzi na pytania, z powołaniem na uprawnienie wynikające z art. 183 § 1 k.p.k., stanowić będzie określoną wskazówkę dla prowadzącego czynność. Świadek, świadomy lub nie, że jego sytuacja procesowa może ulec zmianie w kierunku przedstawienia zarzutu popełnienia przestępstwa, stać będzie przed dylematem – narażenia się na odpowiedzialność karną z art. 233 § 1a k.k. bądź też skierowania uwagi prowadzącego postępowanie na okoliczności rzutujące na jego sprawstwo co do innego przestępstwa. Sąd Najwyższy w uchwale I KZP 26/07 dostrzegł to zagrożenie i uznał, że niezależnie od tego, że przepis art. 183 § 1 k.p.k. pozwala świadkowi uchylić się od odpowiedzi na pytanie, na które odpowiedź stanowiłaby ujawnienie okoliczności grożących zeznającemu (lub osobie dlań najbliższej) poniesieniem odpowiedzialności za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe i nie gwarantuje mu prawa do milczenia, to jeszcze stawia go przed dylematem – odmówić odpowiedzi na pytanie, w ten sposób zwracając uwagę organu procesowego na okoliczności, o istnieniu których wolałby nie wspominać, czy też zeznawać i narażać się na odpowiedzialność karną. Ta, leżąca u podstaw instytucji uchylenia się od odpowiedzi na pytanie przez świadka zagrożonego odpowiedzialnością karną, wewnętrzna sprzeczność sprawia, że może ona mieć tylko „minimalne znaczenie praktyczne i jest dotknięta wadą wrodzoną, której nie jest w stanie uleczyć żadna kuracja”. Dodatkowo, we wcześniejszej uchwale I KZP 4/07 Sąd Najwyższy wskazał, iż utrzymywanie, że uprawnienie określone w art. 183 § 1 k.p.k. stwarza szansę realizacji prawa do obrony i zasady *nemo tenetur*, byłoby przejawem hipokryzji i lekceważenia instytucji procesowych<sup>42</sup>.

## PODSUMOWANIE

Stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w omawianym postanowieniu z 15.01.2020 r. (I KZP 10/19) ocenić należy zdecydowanie krytycznie. Pamiętając o treści wcześniejszych uchwał Sądu Najwyższego, propozycje *de lege ferenda* powinny w obowiązującym stanie prawnym zmierzać do usunięcia problematycznego przepisu z Kodeksu postępowania karnego. Do czasu nowelizacji należy postulować konieczność zwiększenia gwarancji procesowych i nie dopuszczać do przesłuchiwania w charakterze świadka osoby, co do której istnieją podejrzenia o przedstawieniu jej w przyszłości zarzutów. W przypadku takiego przesłuchania rzeczywistego sprawcy przesłuchiwanego w charakterze świadka – poprzez każdorazową obecność profesjonalnego pełnomocnika podczas przesłuchania bez konieczności składania wniosku i uzależnienie zgody od decyzji prowadzącego postępowanie. Dalej – potrzebę zapewnienia pomocy prawnej z urzędu w tym zakresie oraz ustalenia sposobu postępowania z protokołem przesłuchania świadka, będącego następnie podejrzanym.

<sup>42</sup> Uchwała SN z 26.04.2007 r. (I KZP 4/07), OSNKW 2007/6, poz. 45, s. 1.

## ABSTRACT

**Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska**

Author is a v-ce Dean of Warsaw Bar Association, v-ce Chairwoman of the Legislative Committee of The Polish Bar Association, Chairwoman of Advocate Trainee Training Committee in Warsaw Bar Association, Phd student, criminal cases attorney at law

**dr Piotr Karlik**

Author is an assistant professor at Criminal Proceedings Chamber at Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University and active attorney at law.

**Limits of the right to defence from the perspective of art. 233 § 1a of the Polish Criminal Code – remarks based upon decision of the Supreme Court on January 15<sup>th</sup> 2020 (I KZP 10/19)**

*Presented article contains critical review of a Supreme Court's decision of January 15<sup>th</sup> 2020 on criminal responsibility of a witness and his right to remain silence. This judgement has been issued according to a amendment of a Criminal Code and its art. 233 § 1a c.c. which provides criminal responsibility of a witness whose decided to give a false testimony rather than remain silence. In opinion of the authors such a regulation is a violation of right to defence of a person. This right does not depend of a decision of an authority to bring charges against someone, but is linked with a conclusions resulting from collected evidence. Authors of this article stand on position that nemo se ipso accusare tenetur guarantees that no one should be forced to bring evidence against themself.*

**Keywords:** *right to defence, Supreme Court, right to false testimony, right to remain silence*

**Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska**

ORCID: 0000-0003-1438-9785; e-mail ktarzyna.gajowniczek@adwokatura.pl

Autorka jest wicedziekanem (ORA w Warszawie), wiceprzewodniczącą Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej, przewodniczącą Komisji Szkolenia Aplikantów Adwokackich Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie, doktorantką, prowadzi praktykę w zakresie spraw karnych.

**dr Piotr Karlik**

ORCID: 0000-0003-3043-1453 e-mail: karlik@amu.edu.pl

Autor jest adiunktem w Zakładzie Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, adwokatem (ORA w Warszawie).

## BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bielski Marek**, *Wylączenie przestępności składania fałszywych zeznań w związku z przysługującym sprawcy czynu zabronionego prawem do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011/3, s. 73
- Bojańczyk Antoni**, *Uprawnienie do składania fałszywych wyjaśnień – jak długo jeszcze*, „Palestra” 2014/9, s. 139
- Cieślak Marian**, *Przesłuchanie osoby podejrzanej o udział w przestępstwie, która nie występuje w charakterze oskarżonego*, „Państwo i Prawo” 1964/5–6
- Czabański Jacek, Warchoń Marcin**, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007/12
- Gruszecka Dagmara**, *Zasięg prawa do obrony w kontekście odpowiedzialności za fałszywe zeznania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010/2, s. 141
- Herzog Andrzej**, *Komentarz do art. 233 (w:) Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legis/el.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016
- Lach Arkadiusz**, *Współczesne tendencje w zakresie ograniczania prawa do milczenia w procesie karnym (w:) Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, red. A. Marek, Toruń 2004
- Naleziński Bogumił, Królikowski Jakub, Sułkowski Jarosław**, *Skarga konstytucyjna (w:) Pozainstancyjne środki ochrony prawnej. Komentarz*, red. M. Romańska, Warszawa 2013
- Nita Barbara**, *Konstytucyjne zakorzenienie zasady nemo tenetur se ipsum accusare (w:) Rzetelny proces karny, Księga jubileuszowa profesor Zofii Świdry*
- Pohl Łukasz**, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – szkic teoretycznoprawny*, „Prokuratura i Prawo” 2006/6
- Rusinek Michał**, *O prawie do kłamstwa (artykuł polemiczny)*, „Prokuratura i Prawo” 2008/4
- Skorupka Jerzy**, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 65
- Skorupka Jerzy**, *Rzetelne postępowanie przygotowawcze (w:) Rzetelny proces karny, materiał konferencji naukowej, Trzebiezowice, 17–19.09.2009 r.*, s. 24

- Sowiński Piotr**, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004
- Szewczyk Maria, Wojtaszczyk Adam, Zontek Witold**, *Komentarz do art. 233 Kodeksu karnego (w:) Kodeks karny. Część szczególna. t. 2, cz. 2, Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, LEX nr 543945
- Tarapata Szymon, Zakrzewski Piotr**, *Czy to koniec sporu dotyczącego kwestii ponoszenia odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań przez sprawcę uprzednio popełnionego przestępstwa? Rzecz o wykładni znamion typu czynu zabronionego z art. 233 § 1a k.k. (w:) Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, Warszawa 2017
- Wiak Krzysztof**, *Komentarz do art. 233 (w:) Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Legalis/el.
- Wiliński Paweł**, *Konstytucyjne granice prawa do obrony*, „Palestra” 2007/5–6
- Wiliński Paweł**, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień w postępowaniu karnym – artykuł polemiczny*, „Prokuratura i Prawo” 2007/2
- Wiliński Paweł**, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006
- Wiliński Paweł, Karlik Piotr**, *Komentarz do art. 42 ust. 2 Konstytucji (w:) Konstytucja RP, t. 1, Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis, nb 225
- Wróbel Włodzimierz**, *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego (w:) Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010
- Zalewski Wojciech**, *Komentarz do art. 233 (w:) Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do art. 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis/el., nb. 4
- Zgołiński Igor**, *Komentarz do art. 233 (w:) V. Konarska-Wrzosek, Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el.



**Pojęcia kluczowe:** *kolizja obowiązków, kolizja dóbr, dobro prawne, kryteria preferencji, kryteria pierwszeństwa*

# Artykuły

*Szymon Tarapata*

## PROBLEM ROZSTRZYGANIA PRAWNOKARNEJ KOLIZJI DÓBR W TRAKCIE WYKONYWANIA ŚWIADCZEŃ ZDROWOTNYCH

W niniejszym artykule wykazano, że konstrukcja tzw. kolizji obowiązków wyłączająca bezprawność składa się z kryteriów pierwszeństwa (preferencji) pozwalających rozstrzygnąć, które dobro prawne powinien w danej sytuacji ratować gwarant. Wymieniono również potencjalne źródła zasad preferencji oraz wskazano, w jaki sposób powinno się je wyznaczać i stosować.

W opracowaniu odniesiono się też do czynników, które są istotne z punktu widzenia ustalenia, czy w konkretnej sytuacji niewykonanie obowiązku działania, z uwagi na podjęcie decyzji o ratowaniu innego dobra prawnego, może wykluczyć możliwość przypisania winy w czasie czynu<sup>1</sup>.

W systemie prawa istnieje bardzo wiele przepisów, za pomocą których ustawodawca nakłada na jednostki różnorakie obowiązki działania. Zdarza się jednak, że w realiach konkretnego stanu faktycznego jednoczesna realizacja dwóch lub więcej aktywności wskazanych w regulacjach prawnych nie jest z przyczyn obiektywnych możliwa. Tego rodzaju sytuacje mogą w szczególności wystąpić w trakcie wykonywania świadczeń zdrowotnych. Dotyczy to zwłaszcza stanów epidemii, kiedy pojawia się duża liczba osób chorych wymagających pomocy lekarskiej, system ochrony

<sup>1</sup> Analizy zawarte w niniejszym tekście są efektem badań przeprowadzonych w ramach projektu „Restrykcje i represje stanu epidemii (prawne aspekty funkcjonowania społeczeństwa w trakcie i po pandemii)”. Projekt finansowany ze środków konkursu SocietyNow!#1 w ramach programu Inicjatywa Doskonałości w Uniwersytecie Jagiellońskim.

zdrowia działa zaś w warunkach deficytu personelu oraz środków. Może się okazać, że w tego rodzaju sytuacjach nie każdemu pacjentowi będzie można udzielić takich świadczeń zdrowotnych, jakie są konieczne z punktu widzenia wiedzy medycznej (w najbardziej dramatycznych przypadkach będzie chodziło o przydzielenie aparatury ratującej życie). Siłą rzeczy musi pojawić się pytanie, jak tego rodzaju przypadki powinny być oceniane z punktu widzenia prawa karnego. Odpowiedź na nie staje się teraz szczególnie istotna z uwagi na istnienie na terenie Polski stanu epidemii w związku z szerzeniem się u ludzi choroby zakaźnej układu oddechowego COVID-19, wywoływanej przez koronawirusa SARS-CoV-2<sup>2</sup>.

W aktualnym stanie prawnym w sposób naturalny nasuwa się wniosek, że przepisem, który powinien służyć do rozstrzygnięcia wskazanych powyżej sytuacji, jest art. 26 § 5 Kodeksu karnego<sup>3</sup>. Jak wskazuje się w doktrynie, w regulacji tej opisane zostały przesłanki tzw. kolizji obowiązków. Warto jednak wskazać, że w literaturze nie tylko poddano krytyce samo brzmienie art. 26 § 5 k.k., ale zakwestionowano również sens istnienia tej regulacji w systemie<sup>4</sup>. Zastrzeżenia te można w dużej mierze podzielić. Artykuł 26 § 5 k.k. stanowi, że przepisy dotyczące stanu wyższej konieczności, a więc art. 26 § 1–3 k.k., „stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z ciężących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony”. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że art. 26 § 5 k.k. jest wadliwie sformułowany. W racjonalnie zbudowanym systemie prawa nie może bowiem dojść do sytuacji, w której na danej osobie ciążyłyby takie obowiązki, których jednocześnie spełnić się nie da. Jeżeli mianowicie w danej sytuacji występuje zagrożenie dla dobra A i B, gwarant zaś jest w stanie uratować tylko jedno z nich, to nie może on być siłą rzeczy zobowiązany do ocalenia obydwu wskazanych wartości. W tym zatem przypadku ciąży na nim tylko jeden obowiązek. Od adresata normy prawnej nie można przecież wymagać wykonania działania, którego zrealizować nie sposób (*impossibillium nemo obligatur/ ultra posse nemo obligatur*)<sup>5</sup>. Z tego powodu zasadnie sugeruje się, że art. 26 § 5 k.k.,

<sup>2</sup> Należy zauważyć, że początkowo na terenie Polski wprowadzono stan zagrożenia epidemicznego na mocy rozporządzenia Ministra Zdrowia z 13.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 433). Akt ten został następnie uchylony rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 490). Wówczas, na mocy rozporządzenia Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491), wprowadzono stan epidemii. Akt ten był w późniejszym czasie nowelizowany. Chodzi tu mianowicie o rozporządzenie Ministra Zdrowia z 24.03.2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 522), rozporządzenie Ministra Zdrowia z 25.03.2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 531) oraz rozporządzenie Ministra Zdrowia z 31.03.2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 565).

<sup>3</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

<sup>4</sup> Zob. J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 271–272.

<sup>5</sup> Warto odnotować wypowiedź M. Królikowskiego, który – odnosząc się do twierdzenia J. Majewskiego, że na jednostce nie mogą ciążyć dwie niedające się jednocześnie wykonać powinności – wskazał,

w zakresie, w jakim dotyczy wyłączenia bezprawności, jest zbędny. Jeżeli bowiem dana osoba nie realizuje wskazanego w przepisie prawnym, ciężącego jedynie na niej *prima facie*, obowiązku, wówczas o przekroczeniu normy sankcjonowanej nie może być mowy. Chcąc zaś stwierdzić ów brak przekroczenia, nie trzeba w ogóle odwoływać się do konstrukcji kontratypowych<sup>6</sup>.

W doktrynie prezentuje się zastrzeżenia dotyczące odesłania art. 26 § 5 k.k. do art. 26 § 2 i 3 k.k. Zestawienie tych regulacji może bowiem sugerować, że są przypadki tzw. kolizji obowiązków wyłączającej winę, które nie mieszczą się w stanie

że „sposrządzenie to należałoby (...) uzupełnić wspomnieniem o tym, że w systemie prawa istnieje zbiór norm o takim charakterze, które ze swej istoty, w przypadku aplikacji w konkretnym stanie faktycznym, są względem siebie kolidujące (taką teorię norm-zasad przedstawia R. Alexy). Prowadzą one do metody wykładni przepisów prawa karnego w zgodzie z wartościami konstytucyjnymi i sposób ostatecznej interpretacji zakresu zakazu jest efektem optymalizacji wypełnienia obowiązków ochronnych wypowiedzianych w Konstytucji RP” – M. Królikowski (w:) *System prawa karnego*, t. 4, *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013, s. 316. Zob. też W. Zontek, *Komentarz do art. 26 Kodeksu karnego* (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Artykuły 1–116*, Warszawa 2017, teza nr VI.3. Trzeba w tym kontekście podkreślić, że jeśli chodzi o wykładnię w sensie apragmatycznym, a więc o produkt interpretacji, czyli adresowaną do jednostki normę, to nie może ona nakazywać tego, czego wykonać się nie da. Niczego w tej kwestii nie zmienia podział na normy-zasady lub normy-reguły. Figury te (normy-zasady i normy-reguły) mogą być istotne jedynie w fazie pragmatycznej wykładni. Przypomnieć trzeba, że „w znaczeniu pragmatycznym termin «wykładnia prawa» oznacza zespół pewnych czynności odnoszących się do jakichś wyrażań (...), w znaczeniu apragmatycznym zaś termin ten oznacza rezultat tych czynności dokonywanych w stosunku do owych wyrażań, a polegający (...) na jakichś treściach przypisywanych tym wyrażeniom” – M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, s. 43.

<sup>6</sup> J. Majewski, *Tak zwana...*, s. 227–240. W kontekście stanowiska J. Majewskiego A. Zoll zauważył, że „cechą tej okoliczności (tzw. kolizji obowiązków – dopisek S.T.) jest to, że na sprawcy ciąży przynajmniej dwa obowiązki pozostające ze sobą w kolizji, tzn. że nie mogą być one jednocześnie wykonane – zob. J. Majewski, *Tak zwana...*, s. 107. Autor ten kwestionuje, z punktu widzenia założenia o racjonalnym ustawodawcy, możliwość występowania takiej sytuacji. Wydaje się jednak, że na gruncie art. 26 § 5 k.k. kolizja obowiązków jest w istocie rzeczy kolizją jednocześnie zagrożonych dwóch wartości. Ponadto, ponieważ mamy tu do czynienia z okolicznością wyłączającą odpowiedzialność karną, niewypełnienie każdego z obowiązków stanowi realizację znamion typu czynu zabronionego charakteryzującego się zaniechaniem. (...) Ustawa nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów o stanie wyższej konieczności (art. 26 § 1–3). Oznacza to, że kolizja obowiązków jest w pewnych wypadkach okolicznością wyłączającą bezprawność czynu, a w innych – okolicznością wyłączającą winę (...). Rozróżnienie tych dwóch różnych odmian kolizji obowiązków opiera się także na proporcji wartości dóbr, dla zachowania których spełnione mają być pozostające w kolizji obowiązki. Analogicznie bowiem do stanu wyższej konieczności kolizja zachodzi tu właściwie nie pomiędzy obowiązkami, a pomiędzy dobrami, które nie mogą jednocześnie być chronione (...). Tego rozróżnienia zdaje się nie dostrzegać J. Majewski” – A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 589–590. Krytyka stanowiska J. Majewskiego ze strony A. Zolla jest jednak bezpodstawna. To bowiem, że art. 26 § 5 k.k. dotyczy przypadku kolizji dóbr, nie może falsyfikować twierdzenia, iż przepis ten został wadliwie skonstruowany. Zob. J. Giezek, *Recenzja książki J. Majewskiego, Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Wydawnictwo UKSW, Warszawa 2002, s. 291, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003/1, s. 251–266) oraz odpowiedź na nią autorstwa J. Majewskiego – J. Majewski, *Recenzentowi w odpowiedzi (na tle artykułu recenzyjnego J. Giezka dotyczącego książki Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003/2, s. 227–237.

wyższej konieczności z art. 26 § 2 k.k. Jeśli teza ta została by zaakceptowana, wówczas – jak się twierdzi – doszłoby do niezasadnego premiowania sprawców czynów zabronionych. Mogłoby się bowiem okazać, że zastosowanie art. 26 § 5 k.k. w zw. z art. 26 § 2 k.k. jest możliwe również wtedy, gdy po stronie zobowiązanego nie wystąpiła tzw. anormalna sytuacja motywacyjna. W konsekwencji nie ponosiłaby odpowiedzialności karnej osoba, która świadomie postąpiła bezprawnie, nie wykonując ciężącego na niej obowiązku działania przy braku odczuwania jakichkolwiek nacisków na swe procesy decyzyjne. Z tego też powodu postuluje się, by art. 26 § 5 k.k. został w całości usunięty<sup>7</sup>. W wypadku bowiem jego eliminacji satysfakcjonujące rezultaty można byłoby osiągnąć poprzez odwołanie się do art. 26 § 2 k.k. lub otwartej klauzuli zawinienia z art. 1 § 3 k.k.

Należy podzielić tezę, że art. 26 § 5 k.k. nie jest obecnie szczególnie potrzebny. Skoro jednak został on wprowadzony do systemu, to nie wolno go traktować jako *per non est*. Pozostaje tylko przeprowadzić taką wykładnię przytoczonego przepisu, by była ona racjonalna i aksjologicznie spójna.

Jeśli chodzi o wewnętrzną strukturę przestępstwa, można twierdzić, że konstrukcja wskazana w art. 26 § 5 k.k. ma charakter hybrydowy. Przepis ten odnosi się bowiem w pewnym fragmencie do wykluczenia bezprawności (warunków wyłączających możliwość przekroczenia normy sankcjonowanej), w części zaś do wyłączenia winy.

W pierwszej kolejności należy ustalić, jaką rolę pełni art. 26 § 5 k.k. w procesie uadekwatniania (ustalania zakresu) istotnej dla prawa karnego normy sankcjonowanej. Ustalenie tej kwestii jest o tyle istotne, że – jak już wspomniano – w systemie prawa nie mogą istnieć unormowania, które nakładają na jednostkę obowiązki, których spełnić się nie da. Chcąc respektować w pełni to trafne i oczywiste założenie, trzeba nadać specyficzne znaczenie zawartym w tymże przepisie sformułowaniom (przede wszystkim w wyrażeniu „gdy z ciężących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony”).

Winno się stwierdzić, że w art. 26 § 5 k.k. chodzi tylko o wstępnie wyinterpretowane z przepisów, ciężące na potencjalnym sprawcy jedynie *prima facie*, obowiązki. Precyzując tę tezę, można ponownie nawiązać do przypadku, kiedy to z przepisu  $P_1$  wynika nakaz realizacji działania  $D_1$ , zaś z przepisu  $P_2$  – powinność aktywności  $D_2$ , lecz czynów tych w konkretnej sytuacji wykonać się nie da. Wspomniano już, że w takiej sytuacji, po ostatecznym zrekonstruowaniu wiążącej adresata normy sankcjonowanej, trzeba skonstatować, iż na jednostce ciąży obowiązek wykonania tylko jednego działania. Rolą interpretatora tekstu prawnego jest zaś ustalenie, która konkretnie ze wstępnie wyinterpretowanych z dwóch przepisów powinności powinna ostatecznie wiązać gwaranta. Osoba dokonująca wykładni za pomocą zabiegów interpretacyjnych, uwzględniając akceptowane przez siebie, podbudowane aksjologicznie, kryteria preferencji (pierwszeństwa), musi ustalić, jaki czyn jest w konkretnej sytuacji ważniejszy<sup>8</sup>. Zgodzić się więc trzeba z J. Majewskim, że po-

<sup>7</sup> J. Majewski, *Tak zwana...*, s. 240–248.

<sup>8</sup> Jak już zasygnalizowano, warunkiem koniecznym stwierdzenia przekroczenia normy sankcjon-

wołując się na zawarte w art. 26 § 5 k.k. słowo „odpowiednio”, należałoby przyjąć, że odmiennie niż w przypadku stanu wyższej konieczności:

„1) jedynym (wyłącznym) warunkiem zastosowania art. 26 § 1 k.k. do sytuacji tzw. kolizji obowiązków jest ustalenie, że taka sytuacja zachodzi;

2) funkcją art. 26 § 1 k.k. stosowanego do sytuacji tzw. kolizji obowiązków nie jest ustalenie granic, w jakich naruszenie aktualizującego się obowiązku prawnego ze względu na inny aktualizujący się obowiązek prawny jest legalne, ale wyznaczenie reguł rozstrzygających o tym, który z wyłączających się obowiązków prawnych faktycznie *in concreto* ciążył na sprawcy;

3) art. 26 § 1 k.k. (nie zaś art. 26 § 2 k.k.) znajduje zastosowanie również do sytuacji tzw. kolizji obowiązków równej wagi”<sup>9</sup>.

Nasuwa się pytanie, jaki charakter mają wspomniane powyżej kryteria preferencji oraz skąd one wynikają. Wydaje się, że są one w pewnym sensie podobną figurą do tzw. reguł postępowania z dobrem prawnym (zasad ostrożności). Zasady ostrożności służą ustaleniu tego, jak w danej sytuacji zachowałby się wzorzec osobowy w postaci modelowego obywatela. Za pomocą tej figury ustala się granice akceptowalnego ryzyka dla dobra chronionego prawem<sup>10</sup>. Natomiast kryteria preferencji są narzędziem służącym do stwierdzenia, jakiego wyboru co do tego, które działanie powinno zostać w konkretnej sytuacji wykonane, dokonałby modelowy obywatel. Są one więc instrumentem służącym do uadekwatniania normy sankcjonowanej.

---

wanej jest spełnienie kryterium wykonalności. Zasada *impossibilium nulla obligatio est* wyraża bowiem adresowaną do ustawodawcy dyrektywę nienormowania czynów niewykonalnych zarówno z powodów empirycznych (tzw. niewykonalność dynamiczna), jak i z przyczyn logicznych (tzw. niewykonalność pojęciowa, logiczna) – zob. Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 271). Ów argument ma charakter teoretycznoprawny, co oznacza, że musi być on odporny na fluktuację tekstu prawnego. Nie może go więc zanegować ustawodawca za pomocą zapisu ustawowego sugerującego, że w systemie mogą ciążyć na adresacie normy prawnej obowiązki, których spełnić się nie da. Z tego powodu należy uznać, że art. 26 § 5 k.k., w zakresie, w jakim dotyczy wykluczenia bezprawności, nie opisuje żadnej okoliczności kontratypowej, lecz stanowi swoiste *superfluum*, gdyż jest emanacją leżącego u podstaw racjonalnego systemu prawa założenia, iż jeśli w danej sytuacji na jednostce *prima facie* ciążyą dwa sprzeczne ze sobą obowiązki, to w ostatecznym rozrachunku aktualizuje się tylko jeden z nich, a więc ten, który jest *in concreto* bardziej doniosły.

<sup>9</sup> J. Majewski, *Tak zwana...*, s. 240. W literaturze prezentowana jest teza, że na gruncie art. 26 § 5 k.k. nie znajduje zastosowania zasada subsydiarności – J. Lachowski (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 833. Wydaje się, że tezę tę powinno się uznać za dyskusyjną. Sam autor zresztą używa jej, jak się wydaje, w formie skrótu myślowego, dodając, że w obszarze kolizji obowiązków subsydiarność „jest zawsze spełniona”. Subsydiarność jest immanentną częścią figury, o której mowa w art. 26 § 5 k.k. Może ona bowiem zaistnieć wtedy, gdy w tej samej sytuacji nie można uratować jednocześnie dwóch (lub więcej) dóbr prawnych. Jeżeli bowiem taka możliwość by zachodziła, przesłanki tzw. kolizji obowiązków nie mogłyby zostać spełnione. Taki wniosek wynika też z postanowienia SN z 8.05.2014 r. (SDI 12/14), LEX nr 1466242. Zob. też W. Zontek, *Komentarz...*, teza nr VI.1.

<sup>10</sup> Szerzej S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 279–320; S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, s. 187–212; K. Lipiński, *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 119.

Wydaje się, że – podobnie jak reguły postępowania z dobrem prawnym – kryteria preferencji mogą wynikać z trzech źródeł, a więc:

- 1) ustawy, innego aktu normatywnego (przepisów prawa) lub umowy (źródła prawne)<sup>11</sup>;
- 2) określonej dziedziny wiedzy (np. medycyny);
- 3) skonkretyzowanej sytuacji faktycznej, w której tworzone są one *ad hoc*.

Jeżeli chodzi o realizację świadczeń zdrowotnych, można wyróżnić przepisy, w których opisano zasady pierwszeństwa. Należy przede wszystkim przytoczyć art. 20 ust. 1 ustawy z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych<sup>12</sup>. Stanowi on, że „świadczenia opieki zdrowotnej w szpitalach, świadczenia specjalistyczne w ambulatoryjnej opiece zdrowotnej oraz stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne inne niż szpitalne są udzielane według kolejności zgłoszenia w dniach i godzinach ich udzielania przez świadczeniodawcę, który zawarł umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej”.

W przepisie tym wyrażono więc zasadę „kto pierwszy, ten lepszy”.

Z kolei w art. 20 ust. 5 podkreślono, że „listę oczekujących prowadzi się w sposób zapewniający poszanowanie zasady sprawiedliwego, równego, niedyskryminującego i przejrzystego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej oraz zgodnie z kryteriami medycznymi określonymi w przepisach wydanych na podstawie ust. 11”.

Artykuł 20 ust. 11 ustawy o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych stanowi z kolei delegację ustawową, na podstawie której wydane zostało rozporządzenie Ministra Zdrowia z 26.09.2005 r. w sprawie kryteriów medycznych, jakimi powinni kierować się świadczeniodawcy, umieszczając świadczeniobiorców na listach oczekujących na udzielenie świadczenia opieki zdrowotnej<sup>13</sup>. W § 1 tego aktu wskazano, że „świadczeniodawca umieszcza świadczeniobiorcę, z wyjątkiem świadczeniobiorcy znajdującego się w stanie nagłym, na liście oczekujących na udzielenie świadczenia opieki zdrowotnej, zwanej dalej listą oczekujących, na podstawie następujących kryteriów medycznych opartych na aktualnej wiedzy medycznej:

- 1) stanu zdrowia świadczeniobiorcy;
- 2) rokowania co do dalszego przebiegu choroby;
- 3) chorób współistniejących mających wpływ na chorobę, z powodu której ma być udzielone świadczenie;
- 4) zagrożenia wystąpienia, utrwalenia lub pogłębienia niepełnosprawności”.

<sup>11</sup> Por. też rozważania co do prawnych kryteriów preferencji T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 372–379.

<sup>12</sup> Ustawa z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1373 ze zm.).

<sup>13</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 26.09.2005 r. w sprawie kryteriów medycznych, jakimi powinni kierować się świadczeniodawcy, umieszczając świadczeniobiorców na listach oczekujących na udzielenie świadczenia opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2005 r. nr 200 poz. 1661).

Ustawodawca uchwalił szczególne przepisy dotyczące kolejności udzielania pomocy medycznej w stanach nagłych. Artykuł 19 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych stanowi, że w tego rodzaju sytuacjach świadczenia udzielane są niezwłocznie. Definicja stanu nagłego została zawarta w art. 3 pkt 8 ustawy z 8.09.2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym<sup>14</sup>. Jest on rozumiany jako „stan polegający na nagłym lub przewidywanym w krótkim czasie pojawieniu się objawów pogarszania zdrowia, którego bezpośrednim następstwem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu lub uszkodzenie ciała lub utrata życia, wymagająca podjęcia natychmiastowych medycznych czynności ratunkowych i leczenia”.

W przytoczonym akcie normatywnym znajdują się również regulacje dotyczące segregacji medycznej (tzw. triażu). W art. 33a ust. 1 u.p.r.m. wskazuje się, że „w szpitalnym oddziale ratunkowym jest prowadzona segregacja medyczna. Segregację medyczną przeprowadza pielęgniarka systemu, ratownik medyczny lub lekarz systemu”.

Techniczne warunki przeprowadzania triażu zostały uregulowane w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 27.06.2019 r. w sprawie szpitalnego oddziału ratunkowego<sup>15</sup>. W § 6 ust. 7 tego aktu wskazano, że segregację medyczną przeprowadza pielęgniarka systemu, ratownik medyczny lub lekarz systemu przez przeprowadzenie wywiadu medycznego i zebranie danych służących ocenie stanu zdrowia. Wedle zaś § 6 ust. 9 przytoczonego rozporządzenia wynikiem tych czynności jest przydzielenie pacjenta do jednej z pięciu „kategorii pilności”, gdzie:

- 1) kolor czerwony oznacza natychmiastowy kontakt z lekarzem;
- 2) kolor pomarańczowy oznacza czas oczekiwania na pierwszy kontakt z lekarzem do 10 minut;
- 3) kolor żółty oznacza czas oczekiwania na pierwszy kontakt z lekarzem do 60 minut;
- 4) kolor zielony oznacza czas oczekiwania na pierwszy kontakt z lekarzem do 120 minut;
- 5) kolor niebieski oznacza czas oczekiwania na pierwszy kontakt z lekarzem do 240 minut.

Oczywiście ustawodawca może wprowadzić jeszcze inne niż wskazane powyżej kryteria selekcji lub wskazówki dotyczące jej przeprowadzenia. Prawodawca może przede wszystkim postanowić, że znajdą one zastosowanie wyłącznie w sytuacjach nadzwyczajnych, jakimi są np. wojna, stan klęski żywiołowej lub epidemii.

Również w obrębie medycyny wykształcono pewne kryteria dotyczące pierwszeństwa udzielania świadczeń zdrowotnych. Przyjmowane są one w zależności od specyfiki konkretnej sytuacji, w jakiej znalazł się medyk. Można tu przede wszystkim wyróżnić medycynę katastrof lub pola walki. Warto zresztą zauważyć, że

<sup>14</sup> Ustawa z 8.09.2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. z 2019 r. poz. 993), dalej u.p.r.m.

<sup>15</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 27.06.2019 r. w sprawie szpitalnego oddziału ratunkowego (Dz.U. z 2019 r. poz. 2113).

niektóre kryteria preferencji wyróżniane w naukach medycznych zostały przyjęte na potrzeby przytoczonych powyżej regulacji prawnych (jak np. procedura triażu dokonywanego na SOR-ach).

Może oczywiście się zdarzyć, że lekarz znajdzie się w sytuacji, w ramach której nie będzie można sięgnąć do zasad pierwszeństwa, te bowiem nie zostały dotychczas wypracowane. Wówczas zaistnieje potrzeba sformułowania *ad hoc* odpowiedniego dla danego przypadku kryterium preferencji. Powinność taka będzie ciążyć na medyku udzielającemu pacjentowi świadczeń zdrowotnych. Sytuacja ta przypomina przypadki, co do których nie sformułowano żadnych reguł postępowania z dobrem prawnym. Wówczas trzeba wyznaczyć adekwatny do konkretnej sytuacji sposób postępowania, odwołując się do kryterium wzorca osobowego w postaci modelowego obywatela<sup>16</sup>. Powinno się stwierdzić, że dokładnie tak samo należy postąpić w sytuacji braku odpowiedniej zasady preferencji. Powinno się ją wyznaczyć przy pomocy figury dobrego, kompetentnego i podejmującego racjonalne decyzje medyka.

Trzeba podkreślić, że ustawowe kryteria preferencji mają charakter wskaźnikowy. Oznacza to, że mogą one być niekiedy modyfikowane przez nieskodyfikowane przesłanki selekcyjne. Może się bowiem okazać, że ustawowe kryteria preferencji w realiach konkretnego stanu faktycznego nie chronią w sposób optymalny dobra prawnego, odpowiednią ochronę cenioną przez porządek prawny wartości zapewni zaś odwołanie się do reguł istniejących poza tekstami prawnymi.

Możliwe jest też, że zasady pierwszeństwa będą ewoluować wraz ze zmianami zachodzącymi w rzeczywistości społecznej. Wystąpienie tych zjawisk może spowodować, że zaistnieje konieczność zmiany sposobu ochrony dóbr prawnych. Jak już sygnalizowano – stosowana w placówkach medycznych procedura selekcji pacjentów powinna być dostosowana do źródeł zagrożenia dla ich zdrowia i życia. Można zaryzykować tezę, że w stanach nadzwyczajnych większe znaczenie zyskuje ochrona zdrowia w aspekcie publicznym. Z tego właśnie powodu akcentuje się, że we wspomnianych sytuacjach powinno się bazować na takich kryteriach preferencji, których wdrożenie pozwoli maksymalnie wykorzystać zasoby systemu opieki medycznej i uratować jak najwięcej osób. Pewne jest jednak, że przyjmowane dyrektywy pierwszeństwa powinny brać pod uwagę aksjologię konstytucyjną, muszą być dostosowane do naszej kultury prawnej i akceptowanych w społeczeństwie zasad etycznych w zakresie sprawiedliwego sposobu dystrybuowania dóbr o ograniczonej dostępności.

Ocena, czy zastosowano się do adekwatnej w danej sytuacji reguły preferencji, musi być dokonywana z punktu widzenia *ex ante*. Jeżeli więc lekarz zastosuje się do właściwej dyrektywy pierwszeństwa, to nie będzie można mu przypisać odpowiedzialności karnej nawet wówczas, gdy dopiero *ex post* okaże się, że dokonany przez niego wybór okazał się błędny. Medyk bowiem postąpi tak, jak będzie to od niego wymagane przez adresowany przez niego obowiązek wynikający z uadekwatnionej na potrzeby konkretnej sytuacji normy sankcjonowanej.

Warto podkreślić, że w krajach, które aktualnie są dotknięte epidemią koronawirusa, toczy się żywa dyskusja na temat tego, jakie prawne lub etyczne kryte-

<sup>16</sup> Zob. S. Tarapata, *Przypisanie...*, s. 191–193.



ria preferencji powinno się przyjmować przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych w dobie pandemii. Proponuje się np.:

- 1) uprzywilejowanie pewnych grup osób, polegające przede wszystkim na przyznaniu pierwszeństwa uzyskania świadczeń zdrowotnych pracownikom ochrony zdrowia<sup>17</sup>;
- 2) ustalenie, że wybór osób znajdujących się w podobnej sytuacji, które otrzymają świadczenie zdrowotne, nastąpi w drodze losowania;
- 3) włączenie do porządku prawnego dyrektywy optymalizacyjnej, polegającej na podejmowaniu tego rodzaju decyzji, które umożliwiają ratowanie życia lub zdrowia jak największej liczby osób;
- 4) rezygnację z kryterium udzielania świadczeń zdrowotnych według kolejności zgłoszenia się do placówek medycznych<sup>18</sup>.

Pewne dyrektywy pierwszeństwa są rekomendowane przez organizacje medyczne działające w różnych krajach. Niektóre formułowane przez nie kryteria budzą daleko idące kontrowersje. Proponuje się przykładowo, by w sytuacji, kiedy istnieje realne zagrożenie, że nie starczy respiratorów dla wszystkich pacjentów, u których występuje ciężki przebieg koronawirusa, podejmować decyzję o udzieleniu takiego urządzenia przy uwzględnieniu „wartości społecznej osoby chorej”<sup>19</sup>. Postuluje się również, aby w sytuacji niewydolności systemu ochrony zdrowia przyjmować do placówek medycznych wyłącznie osoby, które nie przekroczyły określonego wieku i nie mają chorób współistniejących<sup>20</sup>.

Istnieją też spory co do tego, jak rozumieć dyrektywę optymalizacyjną w postaci podejmowania takich działań, by uratować możliwie najwięcej istnień ludzkich.

<sup>17</sup> Wyraźnie jednak wskazuje się przy tym, że udzielenie priorytetu w zakresie udzielania pomocy medycznej nie powinno dotyczyć ludzi sławnych, bogatych lub osób politycznie wpływowych. Tego rodzaju rozwiązania stanowiłyby bowiem nadużycie, które osłabiałoby zaufanie społeczeństwa do przyjątego przez państwo sposobu dystrybuowania deficytowych dóbr i usług.

<sup>18</sup> Zob. E.J. Emanuel, G. Persad, R. Upshur, B. Thome, M. Parker, A. Glickman, C. Zhang, C. Boyle, M. Smith, J.P. Phillips, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, „The New England Journal of Medicine”, <http://doi.10.1056/NEJMs2005114> (dostęp: 20.05.2020 r.).

<sup>19</sup> Raport sporządzony przez Semicycuc Los Profesionales del Enfermo Crítico pt. *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos (SEMICYUC)*, s. 12, [www.semicycuc.org](http://www.semicycuc.org) (dostęp: 20.05.2020 r.).

<sup>20</sup> Warto zwrócić w tym kontekście uwagę na wypowiedź dr. Christiana Saloroliego, lekarza z Bergamo, udzieloną dla „Corriere Della Sera”. Stwierdził on, że jeśli dana osoba osiągnie wiek w przedziale 80–95 lat i będzie miała ciężką niewydolność oddechową, wówczas najprawdopodobniej nie zostanie ona poddana dalszemu leczeniu, [https://www.corriere.it/cronache/20\\_marzo\\_09/coronavirus-scegliamo-chi-curare-chi-no-come-ogni-guerra-196f7d34-617d-11ea-8f33-90c941af0f23.shtml?refresh\\_ce-cp](https://www.corriere.it/cronache/20_marzo_09/coronavirus-scegliamo-chi-curare-chi-no-come-ogni-guerra-196f7d34-617d-11ea-8f33-90c941af0f23.shtml?refresh_ce-cp) (dostęp: 20.05.2020 r.). Warto też dodać, że w rekomendacjach włoskiej organizacji Siaarti wskazano, że nie można wykluczyć, że przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych będzie brane pod uwagę kryterium wieku. Zaznacza się również możliwość odstępstwa od zasady udzielania świadczeń według kolejności zgłoszenia. Rekomenduje się sposób postępowania dla medycyny katastrof i przyjęcie reguły, że należy ratować przede wszystkim tych, którzy mają większe szanse na przeżycie. Rekomendacje na <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20%20Covid19%20%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> (dostęp: 20.05.2020 r.).

Z jednej strony twierdzi się, że chodzi w niej o liczebność ludzi, którzy zostaną ocaleni, z drugiej zaś – o maksymalną liczbę uratowanych lat życia (co niekoniecznie musi się przekładać na liczbę ocalonych osób). Przyjmuje się też zasadę charakterystyczną dla medycyny katastrof, aby udzielać pomocy tym, którzy mają największą szansę przeżycia<sup>21</sup>.

W naturalny sposób nasuwa się pytanie, które z wymienionych powyżej założeń można byłoby przyjąć na gruncie polskiego porządku prawnego oraz jakie byłyby dopuszczalne granice ich potencjalnej aplikacji. Niektóre z nich same w sobie nie są specjalnie kontrowersyjne. Chodzi przede wszystkim o dyrektywę w postaci nakazu dokonywania takich wyborów, by móc uratować jak najwięcej osób oraz ratować tych, którzy mają największą szansę na przeżycie. Niemniej jednak nawet przyjęcie takich, dość oczywistych, jak by się wydawało, zasad często będzie rodziło trudne do rozstrzygnięcia dylematy. Może pojawić się np. pytanie, czy można odebrać respirator starszemu człowiekowi, który kiepsko rokuje, czyniąc tak po to, by ratować młodszą osobę mającą większe szanse na wyzdrowienie. Zasadne jest również pytanie, czy w czasach pandemii lekarz jest uprawniony do nieudzielenia starszemu pacjentowi dotkniętemu licznymi chorobami współistniejącymi niezbędnemu sprzętu medycznego z uwagi na oparte na racjonalnych przesłankach przekonanie, że w niedługim czasie na jego oddziale może pojawić się wielu chorych, których uratowanie będzie o wiele bardziej prawdopodobne<sup>22</sup>. Oczywiście problemy związane z prawidłowym zastosowaniem kryteriów preferencji można mnożyć.

Nie jest wykluczone, że medyk znajdzie się w takiej sytuacji, w której możliwe będzie podjęcie co najmniej dwóch alternatywnych w stosunku do siebie decyzji mających zarówno oparcie w wiedzy medycznej, jak i w etyce. Warto w tym kontekście odwołać się do hipotetycznego przypadku, gdy na SOR trafia dwóch wymagających podłączenia do respiratora pacjentów – pierwszy młodszy i lepiej rokujący, drugi – starszy oraz w dodatku dotknięty chorobami współistniejącymi, na oddziale zaś pozostaje tylko jedno wolne urządzenie. W takiej sytuacji lekarz może zastosować się do reguły, by w stanach nadzwyczajnych pomagać najpierw ludziom mającym większe szanse przeżycia. Jeśli więc zdecyduje o udzieleniu pomocy pierwszemu z pacjentów, wówczas jego wybór będzie się w pełni mieścił w ramach akceptowalnych kryteriów preferencji. Nie będzie mu więc można przypisać odpowiedzialności karnej za ewentualną śmierć drugiego z chorych, nawet jeśli można było jej zapobiec, udzielając świadczenia zdrowotnego.

<sup>21</sup> Zob. np. rekomendacje skierowane do personelu medycznego przez brytyjski National Institute for Health and Care Excellence, <https://www.nice.org.uk/guidance/ng159/chapter/4-Clinical-decision-making> (dostęp: 20.05.2020 r.). Warto zresztą zauważyć, że intuicja ta wyrażana jest również przez polskich karnistów. Przykładowo według A. Zolla „w razie równej wartości pozostających w kolizji dóbr należy wykonać obowiązek w stosunku do tego dobra, którego szanse uratowania są większe” – A. Zoll (w:) *Kodeks...*, s. 590.

<sup>22</sup> Problemy te zostały przedstawione przez W. Wróbla podczas zebrania naukowego Katedry Prawa Karnego UJ, które odbyło się 17.04.2020 r., <https://palestra.pl/pl/e-palestra/4/2020/stan-wyzszej-koniecznosci-kolizje-obowiazkow-standardy-ostroznosci-ochrona-zdrowia-w-czasie-epidemii-nagranie-wideo-zebran-katedry-prawa-karnego-uj-z-17-i-24-kwietnia-2020-r> (dostęp: 20.05.2020 r.).

Może się jednak zdarzyć, że w przytoczonej powyżej sytuacji lekarz zdecyduje o udzieleniu pomocy starszej osobie, kierując się uzasadnionym z punktu widzenia wiedzy medycznej przekonaniem, że młodszy człowiek ma na tyle silny organizm, iż może sobie z dużym prawdopodobieństwem samodzielnie poradzić z chorobą. Spowoduje to, że wiekowy pacjent uzyska realne szanse wyzdrowienia. Wydaje się, że również tego rodzaju wybór lekarza jest racjonalny i nie budzi większych wątpliwości z punktu widzenia aksjologicznego. Powoduje to, że taki wariant obrany przez medyka także może się mieścić w akceptowalnych społecznych kryteriach preferencji. Zatem także przy dokonaniu wskazanego wyboru lekarzowi nie będzie można przypisać negatywnych skutków na zdrowiu lub życiu pierwszego pacjenta, jeśli one ostatecznie wystąpią.

Z powyższych ustaleń wynika, że lekarz może dysponować dosyć dużą granicą swobody w doborze chorych, którym zostanie udzielona pomoc medyczna w warunkach deficytu personelu i środków. Jeżeli wybór ten da się uznać za zasadny w świetle wiedzy lekarskiej i nie będzie budził wątpliwości aksjologicznych, wówczas nie dojdzie do przekroczenia normy sankcjonowanej chroniącej życie lub zdrowie. W pewnych sytuacjach może jednak dojść do tego, że – jeśli chodzi wyłącznie o kryteria medyczne – dwóch lub więcej pacjentów będzie w analogicznej sytuacji. Wówczas powstanie potrzeba wyznaczenia kryteriów etycznych, za pomocą których możliwe stanie się dokonanie sprawiedliwej i uczciwej selekcji. Na podstawie zaprezentowanych powyżej polskich regulacji należałoby stwierdzić, że w opisanych zasadach należałoby stosować zasadę „kto pierwszy, ten lepszy”. Dopiero wówczas, gdy pacjenci znajdujący się w takim samym stanie zdrowia zgłosili się do placówki medycznej jednocześnie, wybór tego z nich, który ostatecznie uzyska pomoc medyczną, może należeć do lekarza.

Warto zwrócić uwagę, że w niektórych krajach proponuje się odejście od zasady „kto pierwszy, ten lepszy” w czasie podejmowania decyzji selekcyjnych przede wszystkim z jednego istotnego powodu. Podnosi się mianowicie, że takie kryterium faworyzuje tych pacjentów, którzy mieszkają w niewielkiej odległości od placówek medycznych, natomiast dyskryminuje ludzi zamieszkujących dalej od szpitali. Używa się również argumentu, że opieranie się na zasadzie „kto pierwszy, ten lepszy” w sytuacjach, gdy z pomocy lekarskiej chce skorzystać bardzo duża liczba osób, może generować tworzenie się tłumów w placówkach, co jest zjawiskiem tym bardziej negatywnym, że następowałoby w czasie, kiedy konieczne jest zachowywanie dystansu społecznego<sup>23</sup>.

Wskazane w poprzednim akapicie twierdzenia są niewątpliwie sugestywne i – przynajmniej w pewnym zakresie – przekonujące. Zasada „kto pierwszy, ten lepszy” może być uznana za racjonalne kryterium w sytuacjach typowych. Natomiast w stanie epidemii, kiedy w tym samym czasie ze świadczeń zdrowotnych chce jednocześnie skorzystać bardzo duża liczba osób, kryterium takie może się stać destrukcyjne dla systemu ochrony zdrowia. Jego aplikacja może bowiem powodować nadmierne na-

<sup>23</sup> Zob. E.J. Emanuel, G. Persad, R. Upshur, B. Thome, M. Parker, A. Glickman, C. Zhang, C. Boyle, M. Smith, J.P. Phillips, *Fair Allocation...*

pięcia i prowadzić do szeregu negatywnych zjawisk (jak np. tłoczenie się pacjentów w placówkach i walka o pierwszeństwo uzyskania świadczeń, co może z kolei generować agresywne zachowania). Można więc twierdzić, że – biorąc pod uwagę wskaźnikowość ustawowych reguł preferencji – w nadzwyczajnym stanie pandemii można odstąpić od zasady udzielania świadczeń zdrowotnych według kolejności zgłoszenia się do placówki. W tego rodzaju sytuacjach wybór pacjentów, którym udzieli się pomocy, może nastąpić w drodze losowania. Taki sposób selekcji ma tę zaletę, że nie tylko jest uczciwy, ale również zdejmuje z lekarza trudny obowiązek dokonania wyboru.

W żadnym wypadku nie można uznawać za akceptowalne kryterium preferencji w postaci „wartości społecznej” chorego. Ochrona życia ludzkiego nie może bowiem zależeć od tego, kim jest dana osoba. Aplikacja wspomnianego kryterium, z uwagi na fakt, że prowadziłaby do uprzedmiotowienia człowieka, nie tylko w oczywisty sposób godziłaby w konstytucyjną zasadę równości, ale również w niedopuszczalny sposób naruszałaby wyrażoną w art. 30 ustawy zasadniczej zasadę ochrony niezbywalnej i przyrodzonej godności człowieka oraz zakaz dyskryminacji z art. 32 ust. 2 Konstytucji<sup>24</sup>.

Trzeba też stanowczo podkreślić, że – biorąc pod uwagę aksjologię wynikającą z naszego systemu prawnego – za niedopuszczalne powinno się uznać odebranie przydzielonego już respiratora choremu, by go udzielić innej osobie, która ma większe szanse na przeżycie. Zachowanie takie byłoby akceptowalne wyłącznie w przypadku tzw. uporczywej terapii, kiedy udzielanie pomocy medycznej jest niecelowe. Jeżeli natomiast sytuacja taka nie wystąpiłaby, to przyzwolenie na zaprzestanie leczenia stanowiłoby w istocie eutanazję. Trudno również z perspektywy konstytucyjnej zaakceptować rozwiązanie polegające na przyznaniu lekarzowi kompetencji do wykonywania działania prowadzącego do śmierci człowieka. Uzasadniając to twierdzenie, warto nawiązać do tez zawartych w wyroku TK z 30.09.2008 r.<sup>25</sup> W orzeczeniu tym uznano art. 122a ustawy z 3.07.2002 r. – Prawo lotnicze<sup>26</sup>, który zezwalał organowi dowodzenia obroną powietrzną, w przypadku stwierdzenia, że cywilny statek powietrzny został użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza, na zestrzelenie tego samolotu, za niezgodny z art. 2, art. 30 i art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W uzasadnieniu przytoczonego wyroku podkreślono przede wszystkim, że życie ludzkie nie podlega na gruncie ustawy zasadniczej różnicowaniu. Wskazano ponadto, że „Trybunał Konstytucyjny nie ma wątpliwości, że życie człowieka nie podlega wartościowaniu ze względu na jego wiek, stan zdrowia, przewidywany czas jego trwania, ani ze względu na jakiegokolwiek inne kryteria. Każdy człowiek, w tym także pasażerowie samolotu znajdującego się w przestrzeni powietrznej państwa, mają

<sup>24</sup> Zasadnie wskazuje się w dogmatyce prawa konstytucyjnego, że naruszenie zakazu dyskryminacji, które prowadzi do depersonifikacji, czyli uprzedmiotowienia człowieka, może godzić również w godność ludzką – W. Borysiak, L. Bosek (w:) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Artykuły 1–86*, Warszawa 2016, s. 839.

<sup>25</sup> Wyrok TK z 30.09.2008 r. (K 44/07), LEX nr 441911.

<sup>26</sup> Ustawa z 3.07.2002 r. – Prawo lotnicze (Dz.U. z 2006 r. nr 100 poz. 696).

prawo do ochrony życia przez to państwo. Nadanie sobie przez państwo prawa do ich zabijania, chociażby w obronie życia innych ludzi, jest zaprzeczeniem tego prawa. Należy przy tym podkreślić, że ocena zagrożenia osób znajdujących się na ziemi jest w zasadzie zawsze hipotetyczna, natomiast decyzja o zestrzeleniu samolotu oznacza dla znajdujących się na jego pokładzie osób zagrożenie jak najbardziej realne i niedające się uchylić – w istocie pewną śmierć. Świadomość pasażerów cywilnego statku powietrznego opanowanego przez terrorystów, że może on być celowo zniszczony przez siły obrony powietrznej, może przy tym osłabić ich wolę walki o ratowanie własnego życia od zagrożenia ze strony zamachowców”.

W judykacie tym zawarto wreszcie tezę, że państwo nie może decydować o pozabawieniu życia niewinnych pasażerów i traktować ich przedmiotowo do osiągnięcia innych celów (nawet gdy celem tym jest ochrona życia innych osób). Regulacje, które by na to zezwalały, naruszałyby godność człowieka.

Wydaje się, że rozważania zawarte w przytoczonym wyroku TK należy odpowiednio przenieść na grunt omawianej w tym miejscu kategorii przypadków. Nie można więc wartościować egzystencji człowieka ze względu na stan jego zdrowia i podejmować decyzji o odebraniu mu przyrzędu podtrzymującego życie, skazując go w ten sposób na pewną śmierć. Żaden lekarz nie może być uprawniony do dokonania takiego wyboru. Do decyzji takiej ma prawo jedynie pacjent, wycofując zgodę na dalsze leczenie. Zmiany zasad preferencji w czasach pandemii nie mogą sięgać tak daleko, aby można było akceptować zachowania przejawiające cechy eutanazji.

Należy też odrzucić możliwość odmowy udzielenia pomocy medycznej starszym i schorowanym pacjentom z powołaniem się na to, że w niedługim czasie w szpitalu mogą pojawić się młodsze osoby wymagające interwencji lekarskiej. Gwarant nie może bowiem odmówić ratowania dobra prawnego, powołując się na konieczność odwrócenia niebezpieczeństwa dla innej wartości, które nie ma jeszcze charakteru bezpośredniego, lecz jest jedynie abstrakcyjne. Odmowa udzielenia pomocy medycznej jest więc możliwa dopiero wówczas, gdy pojawia się skonkretyzowana potrzeba leczenia drugiego człowieka, związana z niebezpieczeństwem dla jego zdrowia lub życia.

Dopiero w przypadku uznania, że nie zastosowano się do adekwatnych w danej sytuacji zasad preferencji, powstanie możliwość stwierdzenia, iż lekarz nie wykonał ciężącego na nim obowiązku działania, co stanowi punkt wyjścia dla możliwości uznania jego zachowania za przekraczające normę sankcjonowaną i w konsekwencji dla stwierdzenia bezprawności. Oczywiście nie musi to jednak oznaczać, że medyk zostanie ukarany za niedopełnienie ciężącego na nim obowiązku. Może się bowiem okazać, że lekarz nie zrealizował adresowanej do niego powinności z uwagi na wykonanie innego zachowania ratującego dobro prawem chronione. Wówczas możliwe jest twierdzenie, że jego zaniechanie było niezawinione. Znamienne jest to, że w omawianej sytuacji medyk uratuje dobro prawne, którego w istocie nie był zobowiązany chronić. Adresowany do niego nakaz odnosił się bowiem do wykonania zupełnie innego zachowania niż to, które zostało podjęte. Pomimo to jednak czyn wykonany przez medyka okazał się na tyle istotny, że pozwolił „rozgrzeszyć” go z braku realizacji spoczywającego na nim obowiązku i uwolnić go ostatecznie od kary.

Nasuwa się pytanie, jakie warunki muszą być spełnione, by nastąpiło wyłączenie winy po stronie lekarza. Zawarte w art. 26 § 5 k.k. odesłanie do art. 26 § 1–3 k.k. sugeruje, że do wykluczenia zawinienia może dojść przede wszystkim przy spełnieniu trzech podstawowych warunków:

- 1) w konkretnej sytuacji nie doszło do oczywistej dysproporcji pomiędzy wartością ratowaną a poświęcaną;
- 2) potencjalny sprawca nie dopuścił się rażącego przełamania zasad stosowanych w procedurze selekcji;
- 3) do przekroczenia normy sankcjonowanej doszło w wyniku anormalnej sytuacji motywacyjnej.

Należy uznać, że konstrukcja z art. 26 § 5 k.k. różni się od instytucji stanu wyższej konieczności tym, że w przypadku tej pierwszej możliwe jest wykluczenie bezprawności nawet w przypadku kolizji dóbr, które są tak samo cenne (tj. o równej wartości)<sup>27</sup>. Dopiero wtedy, gdy potencjalny sprawca zdecyduje się ratować dobro o niższej wartości, co do zasady powstanie możliwość stwierdzenia, że zaktualizowały się wobec niego okoliczności wyłączające winę. Stanie się tak jednak wyłącznie wówczas, gdy wartość ratowanego dobra nie będzie oczywiście niższa niż poświęconego. Nie dojdzie więc do wyłączenia winy w przypadku, kiedy lekarz udzieli pomocy osobie, której grozi średni uszczerbek na zdrowiu, rezygnując z udzielenia świadczenia zdrowotnego pacjentowi zagrożonemu śmiercią.

W świetle twierdzeń zaprezentowanych w poprzednim akapicie trzeba jednak przywołać jedno zastrzeżenie, które jest prezentowane w literaturze. Sugeruje się mianowicie, że jeśli niebezpieczeństwo dla życia jednego pacjenta jest co prawda bezpośrednie, lecz relatywnie odległe w porównaniu z zagrożeniem ciężkiego uszczerbku na zdrowiu u innej jednostki, wówczas powinno się udzielić pomocy drugiej ze wspomnianych osób<sup>28</sup>. Mimo że lekarz zdecydował się na ratowanie dobra prawnego o mniejszej wartości, wybór taki będzie się mieścił w granicach akceptowalnych zasad pierwszeństwa. Trzeba jednak pamiętać, że układy sytuacyjne, w których dochodzi do kolizji wartości, mają charakter dynamiczny. Jeśli więc niebezpieczeństwo dla życia bardziej się zdynamizuje, wówczas nie jest wykluczone, że lekarz będzie musiał zmienić swoją decyzję i udzielić pomocy innemu podmiotowi.

Wyłączenie zawinienia może nie być możliwe również wtedy, gdy lekarz co prawda zdecydował się uratować dobro o tej samej lub niższej, lecz w nieoczywistym stopniu, wartości, niemniej jednak doszło z jego strony do rażącego przełamania adekwatnych w danej sytuacji reguł preferencji. Tytułem przykładu można wskazać sytuację, w której lekarz zdecydował się udzielić respiratora osobie mającej jedynie minimalne (znikome) szanse na przeżycie, nie przydzielając tego urządzenia pacjentowi, co do którego rokowania uniknięcia śmierci byłyby duże. W takiej sytuacji wyboru korzyści z podjęcia czynności ukierunkowanych na ratowanie jednego do-

<sup>27</sup> Zob. m.in. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2000, t. 1, s. 353–353.

<sup>28</sup> J. Kulesza, *Kolizja obowiązków pomocy (art. 162 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2007/2, s. 30–31; A. Zoll (w:) *Kodeks...*, s. 591.

bra są niewspółmiernie niskie wobec tych, które mogą powstać wskutek podjęcia decyzji o ratowaniu innej wartości.

Materialnym substratem każdej okoliczności wyłączającej winę jest istnienie tzw. anormalnej sytuacji motywacyjnej<sup>29</sup>. Warto jednak w tym miejscu jeszcze raz zwrócić uwagę na jedną z przytoczonych już w niniejszym tekście wypowiedzi, prezentowaną w doktrynie prawa karnego. Chodzi mianowicie o tę uwagę krytyczną w stosunku do brzmienia art. 26 § 5 k.k. autorstwa J. Majewskiego, który podkreśla, że przepis ten został wadliwie skonstruowany z uwagi na fakt, że nie uzależniono w nim wyłączenia winy od wystąpienia anormalnej sytuacji motywacyjnej<sup>30</sup>. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić. Sens wyłączenia zawinienia zawsze pojawia się przecież wówczas, gdy sprawca, z uwagi na oddziaływanie czynników wewnętrznych na jego proces decyzyjny, nie był w istocie wolny w swym wyborze. Oznacza to, że immanentnym materialnym pierwiastkiem art. 26 § 5 k.k., w zakresie, w jakim przepis ten dotyczy konstrukcji wykluczającej winę, musi być anormalna sytuacja motywacyjna.

Wyłączenie zawinienia następuje wtedy, gdy dana osoba, pomimo że przekroczyła adresowaną do niej normę sankcjonowaną, nie zasługuje na moralne potępienie<sup>31</sup>. Dojdzie do tego w przypadku, kiedy np. lekarz, nie stosując się do kryteriów preferencji, podejmował swą decyzję co do udzielania świadczeń zdrowotnych w warunkach stresu, zmęczenia, przymusu kompulsywnego, niedoposażenia placówki medycznej, presji wywieranej ze strony przełożonych oraz pacjentów. Można sobie oczywiście też wyobrazić inne zasługujące na usprawiedliwienie motywy. Może się np. zdarzyć, że lekarz dopuścił się naruszenia kryteriów preferencji z uwagi na fakt, iż zdecydował się udzielić pomocy medycznej znajdującemu się w bezpośrednim niebezpieczeństwie własnemu dziecku lub innemu bardzo bliskiemu członkowi rodziny.

Na art. 26 § 5 k.k. w zw. z art. 26 § 2 k.k. nie będzie się mógł powołać natomiast ten, kto, naruszając kryteria preferencji, w trakcie podejmowania decyzji o udzielaniu świadczeń zdrowotnych nie odczuwał jakiegokolwiek nacisku na sferę psychiki. Wówczas bowiem mógł on dobrowolnie dokonać trafnego wyboru co do tego, komu się powinno udzielić pomocy lekarskiej. Można w tym kontekście nawiązać do sytuacji, w której lekarz zdecydował się naruszyć obowiązujące zasady pierwszeństwa wyłącznie dlatego, że dostał łapówkę od rodziny jednego z pacjentów. Wówczas jego decyzja nie była rezultatem odczuwania presji związanej z zagrożeniem dobra prawnego, lecz wyniknęła z zupełnie innego czynnika. Jej podjęcie nastąpiło w sposób wyrachowany, w warunkach całkowitej wolności wyboru. Decyzja ta nie zasługuje więc na usprawiedliwienie, co z kolei doprowadzi do konsekwencji, że medyk będzie mógł ponieść odpowiedzialność karną za niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku.

Rozważania zawarte w niniejszym artykule dowiodły, że lekarze mają dość duże granice swobody w zakresie ustalania adekwatnych w konkretnej sytuacji reguł

<sup>29</sup> Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 398–399.

<sup>30</sup> J. Majewski, *Tak zwana...*, s. 242.

<sup>31</sup> Por. postanowienie SN z 15.02.2012 r. (II KK 193/11), LEX nr 1212351.

preferencji służących do określania, które dobro prawne ma się obowiązek ratować. Niekiedy te zasady są też umieszczane w tekście prawnym przez ustawodawcę. Wydaje się jednak, że z uwagi na stopień różnorodności sytuacji, jakie mogą wystąpić w praktyce lekarskiej, prawodawca winien być w tej kwestii powściągliwy. Chcąc zapewnić, by lekarz mógł wykonywać swą pracę w sposób efektywny i optymalny, powinno się mu zapewnić duże pole wolności decyzyjnej. To bowiem nie prawnicy, ale właśnie medycy winni, wykorzystując swą najlepszą wiedzę, ustalać, komu ostatecznie udzielenie pomocy medycznej będzie najbardziej celowe. Jeżeli natomiast pracownik systemu ochrony zdrowia naruszy te zasady preferencji, nie wykonując ciężącego na nim obowiązku, wówczas mogą zaktualizować się wobec niego okoliczności wyłączające winę, których zakres jest bardzo szeroki<sup>32</sup>.

## ABSTRACT

**dr Szymon Tarapata**

The author is an assistant professor at the Department of Executive Criminal Law at the Department of Criminal Law at the Jagiellonian University in Krakow.

### **The problem of settling of legal interest collision during the performance of medical care services**

*In the article it was proven that the construction of so-called collision of obligations excluding unlawfulness consists of priority criteria (preferences criteria) which enable to determine which legal interest should be rescued by a legal guarantor in a given situation. Potential sources of preference rules were also listed and it was indicated how they should be formulated and applied.*

*The article also refers to factors that are significant from the point of view of determining whether, in a given situation, failure to perform the obligation of action, due to the decision to save another legal good, may exclude the possibility of attributing of culpability during an act.*

**Keywords:** *collision of obligations, collision of legal interests; legal interest, preferences criteria, priority criteria*

<sup>32</sup> Nawet jednak wówczas, gdy medyk przekroczy granice tzw. kolizji obowiązków, nie jest wykluczone zastosowanie wobec niego nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia, na co pozwala art. 26 § 5 k.k. w zw. z art. 26 § 3 k.k. W literaturze wskazuje się, że z owym przekroczeniem będzie się mieć do czynienia np. wtedy, gdy ostatecznie okaże się, że obydwa obowiązki (lub więcej) były możliwe do wykonania. Podnosi się też, że „przekroczenie może być spowodowane również przez wypełnienie obowiązku w stosunku do dobra niższej wartości. Także w tym przypadku, jeżeli dysproporcja będzie znaczna, brak będzie podstaw do przyjęcia przekroczenia kolizji obowiązków” – A. Zoll (w:) *Kodeks...*, s. 591. Z art. 26 § 5 k.k. w zw. z art. 26 § 3 k.k. nie można więc skorzystać wówczas, gdy dobro uratowane okaże się w rażącym stopniu mniej cenne niż wartość poświęcona.



**dr Szymon Tarapata**

ORCID: 0000-0002-4095-8892; e-mail: [szymon.tarapata@uj.edu.pl](mailto:szymon.tarapata@uj.edu.pl)

Autor jest adiunktem w Zakładzie Prawa Karnego Wykonawczego w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

### BIBIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

**Borysiak Witold, Bosek Leszek** (w:) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz. Artykuły 1–86*, Warszawa 2016

**Emanuel Ezekiel J., Persad Govind, Upshur Ross, Thome Beatriz, Parker Michael, Glickman Aaron, Zhang Cathy, Boyle Connor, Smith Maxwell, Phillips James P.**, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of COVID-19*, „The New England Journal of Medicine” 2020/4

**Giezek Jacek**, *Recenzja książki J. Majewskiego, Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Wydawnictwo UKSW, Warszawa 2002, s. 291, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003/1, s. 251

**Kulesza Jan**, *Kolizja obowiązków pomocy (art. 162 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2007/2, s. 30

**Królikowski Michał** (w:) *System prawa karnego*, t. 4, *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013

**Lachowski Jerzy** (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2010

**Lipiński Konrad**, *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020

**Majewski Jarosław**, *Recenzentowi w odpowiedzi (na tle artykułu recenzyjnego J. Giezka dotyczącego książki Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym)*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003/2, s. 227

**Majewski Jarosław**, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002

**Pohl Łukasz**, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012

**Sroka Tomasz**, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013

**Tarapata Szymon**, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016

**Tarapata Szymon**, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019

**Wąsek Andrzej**, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2000, t. 1

**Wróbel Włodzimierz, Zoll Andrzej**, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013

**Zieliński Maciej**, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017

**Zoll Andrzej** (w:) *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016

**Zontek Witold**, *Komentarz do art. 26 Kodeksu karnego* (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Artykuły 1–116*, Warszawa 2017



# TABLE OF CONTENTS

## ARTICLES

*Piotr Kardas*

Constitutional basis for the resolution of collision of duty and conflicts of values arising in times of the epidemic ..... 5

*Jacek Giezek*

Conflicting obligations of medical staff in the age of COVID-19 pandemic .... 29

*Marek Bielski*

Limits of doctor's criminal liability for avoiding treatment. A few notes about the interpretation of the Article 26 § 4 Criminal Code ..... 51

*Tomasz Sroka*

Limitations of constitutional rights and freedoms and patient's rights in relation to the occurrence of an epidemic threat ..... 75

*Dominik Zajac*

Modification of medical practice during the COVID-19 epidemic – criminal law perspective ..... 99

*Rafał Kubiak*

Criminal liability for exposure to SARS-CoV-2 infection ..... 113

*Ewa Plebanek*

The physician-patient and nurse-patient confidential privilege and conditions of criminal liability for its disclosure ..... 137

*Katarzyna Gajowniczek-Pruszyńska, Piotr Karlik*

Limits of the right to defence from the perspective of art. 233 § 1a of the Polish Criminal Code – remarks based upon decision of the Supreme Court on January 15th 2020 (I KZP 10/19) ..... 161

*Szymon Tarapata*

The problem of settling of legal interest collision during the performance of medical care services ..... 176

## *W numerze między innymi:*

### **PIOTR KARDAS**

Konstytucyjne podstawy rozstrzygnięcia kolizji  
obowiązków i konfliktów dóbr w czasie epidemii

---

### **JACEK GIEZEK**

Kolizja obowiązków spoczywających na pracownikach  
opieki medycznej w dobie pandemii COVID-19

---

### **MAREK BIELSKI**

Granice odpowiedzialności karnej lekarza  
za uchylenie się od leczenia  
– kilka uwag o wykładni art. 26 § 4 k.k.

---

### **TOMASZ SROKA**

Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta  
w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego

---

### **DOMINIK ZAJĄC**

Modyfikacja reguł sztuki lekarskiej  
w czasach epidemii COVID-19  
– perspektywa prawnokarna

---

### **RAFAŁ KUBIAK**

Odpowiedzialność karna  
za narażenie na zakażenie wirusem SARS-CoV-2

---