



NACZELNA RADA ADWOKACKA

ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa
tel. 22 505 25 00, 22 505 25 01, fax 22 505 25 08
e-mail: nra@nra.pl www.nra.pl

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

oz. ChM-172-1/2c

Data wpływu 21.08.2020

WYDZIAŁ OBSŁUGI PREZYDIUM SEJMU

L.dz. SPS-WP-020-5(11)20

Data wpływu 24.08.2020

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2020 r.

Do druku nr 539

Pan

Chrystian Młynarek

Zastępca Szefa

Kancelarii Sejmu RP

SPS.WP.020-5(6)/20

NRA.12-SM-1.38.2020

W załączeniu uprzejmie przesyłam opinię Komisji Legislacyjnej Naczelnej Rady Adwokackiej o **poselskim projekcie ustawy - o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych**, przygotowaną przez adw. dr Michała Gałęskiego.

Adwokat prof. dr hab. Robert Zawłocki

**Przewodniczący Komisji Legislacyjnej
przy Naczelnej Radzie Adwokackiej**

Poznań, dnia 18 sierpnia 2020 r.

Opinia Komisji Legislacyjnej przy Naczelnej Radzie Adwokackiej
o poselskim projekcie ustawy – o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach
związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych
chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych

I. Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest poselski projekt ustawy – o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Projekt składa się z dwóch artykułów, a jego kluczowym elementem jest propozycja dodania w ustawie z dnia 2 marca 2020 r. – o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. poz. 374, z późn. zm.), po art. 10c, art. 10d w następującym brzmieniu:

„Art. 10d. Nie popełnia przestępstwa, kto w celu przeciwdziałania COVID-19 narusza obowiązki służbowe lub obowiązując przepisy, jeżeli działa w interesie społecznym i bez naruszenia tych obowiązków lub przepisów podjęte działanie nie byłoby możliwe lub byłoby istotnie utrudnione.”

Przedmiotem dalszych uwag jest przytoczony przepis.

II. Uzasadnienie i ogólna charakterystyka projektowanego unormowania

Potrzeba dodania w ustawie z dnia 2 marca 2020 r. – o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej: ustawa) projektowanego art. 10d nie została należycie umotywowana.

Autorzy projektu wskazują bardzo ogólnie, że: „W stanie epidemicznym powodowanym COVID-19 niejednokrotnie niezbędne staje się zatem inicjowanie nagle działań ponadstandardowych, trudnych do pogodzenia z obowiązkami służbowymi i obowiązującym stanem prawnym, a jednocześnie niezbędnych do osiągnięcia zakładanego celu”. Ta generalna refleksja przedstawia się jako niedostateczne uzasadnienie zmian w obszarze unormowań z zakresu prawa karnego. Jeżeli zaistniałe, niewątpliwie nadzwyczajne okoliczności ukazały dysfunkcjonalność określonych obowiązków służbowych czy innych unormowań prawnych, adekwatnym zabiegiem legislacyjnym byłaby ich korekta. Uznanie, że właściwym obszarem ingerencji ustawodawcy jest w takim przypadku prawo karne wynika z niedostrzeżenia subsydiarności prawa

karnego w systemie prawnym. Ta cecha prawa karnego jest szczególnie widoczna w przypadku typów czynów zabronionych konstrukcyjnie opartych na naruszeniu powinności ciężących na sprawcy w związku z pełnieniem określonej funkcji (np. art. 231 k.k. czy art. 296 k.k.). W takich przypadkach normy prawa karnego nie określają standardów korzystania przez sprawcę z przyznanego mu uprawnień czy wypełniania ciężących na nim obowiązków. Zakazują jedynie określonych zachowań (czynów) stanowiących nadużycie takich uprawnień lub niedopełnienie obowiązków. Korekta ciężących na sprawcy powinności nie może zatem polegać na zmianie normy prawa karnego. Zachodzi natomiast relacja odwrotna – zmiany w zakresie uprawnień i obowiązków wpływać będą na treść norm odczytywanych z przepisów zawierających typizację czynów zabronionych konstrukcyjnie nawiązujące do powinności ciężących na sprawcy. Dlatego poszukiwanie rozwiązania zauważonego przez Autorów projektu problemu na gruncie prawa karnego przedstawia się jako chybione. Rażąco błędne jest przy tym utożsamianie „naruszenia obowiązków służbowych” lub „naruszenia przepisów” z popełnieniem czynu zabronionego. Karnoprawną doniosłość tego rodzaju „naruszenia” rozważyć można sensownie jedynie przy sprecyzowaniu takich obowiązków lub przepisów oraz wzorca karnoprawnego (typu czynu zabronionego), który potencjalnie mógłby znaleźć zastosowanie. W przeciwnym razie niewiadomym pozostaje czy problem, którego rozwiązaniu służyć ma projektowany przepis w ogóle występuje.

Projektodawcy nie doprecyzowali obszaru, w którym proponowany kontratyp mógłby znaleźć zastosowanie. W przeciwieństwie do art. 10c ustawy, projektowany art. 10d nie odnosi się do określonych typów czynów zabronionych. Jakkolwiek zatem jego stylistyka może rodzić skojarzenia zwłaszcza z art. 231 § 1 k.k., jego zastosowanie nie byłoby ograniczone do przywołanego typu czynu zabronionego. Na działanie w ramach projektowanego kontratypu mogłaby powołać się każda osoba naruszająca normy prawne w celu przeciwdziałania COVID-19 w interesie społecznym. Formuła „naruszenia przepisów” nawiązuje do znanej z przepisów karnych formuły „wbrew przepisom”. W przypadkach przepisów zawierających typizację czynów zabronionych, takie odesłanie jest zwykle zrozumiałe, tj. z uwzględnieniem treści przepisu i jego umiejscowienia w ustawie karnej możliwe jest ustalenie jakich konkretnie przepisów dotyczy. W przypadku projektowanego art. 10d ustawy takie doprecyzowanie byłoby niemożliwe, co oznacza, że unormowany w nim mechanizm wyłączenia odpowiedzialności karnej odnosiłby się do wszelkich przepisów, w tym przepisów karnych. W takim ujęciu, legalizacji podlegałby każdy czyn zabroniony, który popełniono w celu przeciwdziałania COVID-19, jeżeli sprawca działał w interesie społecznym i bez popełnienia tego czynu zabronionego podjęte działanie nie byłoby możliwe lub byłoby istotnie utrudnione. Takie rozwiązanie uznać należy

za szczególnie niebezpieczne w sytuacji, gdy projektowany mechanizm wyłączenia odpowiedzialności karnej nie przewiduje uwzględnienia proporcji dóbr chronionego i poświęcanego. Projektowany art. 10d ustawy mógłby przy tym znaleźć zastosowanie np. obszarze opieki zdrowotnej, stanowiąc podstawę do uznania za legalne różnego rodzaju zaniechań, niezależnie od powagi ich skutków, jeżeli tylko przyczyną takich zaniechań było podjęcie działania w celu przeciwdziałania COVID-19 w interesie społecznym. Przesłanka, którą w przepisie wyrażono zwrotem „i bez naruszenia tych obowiązków lub przepisów podjęte działanie nie byłoby możliwe lub byłoby istotnie utrudnione”, a którą Projektodawcy określają zasadą subsydiarności, spełniona byłaby praktycznie zawsze. O ile bowiem podjęciu działania w celu przeciwdziałania COVID-19 obiektywnie nie mogłoby towarzyszyć wykonanie innego działania, do którego sprawca był obowiązany, przyjmując należałoby, że przesłanka ta została spełniona. Tak ujęta przesłanka, wbrew deklaracji Projektodawców, nie stanowi normatywnego ekwiwalentu warunku subsydiarności przewidzianego w art. 26 § 1 k.k. („jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć”). Projektowany art. 10d ustawy odnosi się bowiem jedynie do określonego działania **niezależnie od jego znaczenia dla ochrony dóbr prawnych w danym układzie sytuacyjnym**. Tak ujęty kontratyp nie obejmuje wymogu by niebezpieczeństwa grożącego dobru chronionemu prawem nie można było uniknąć inaczej, aniżeli poprzez podjęcie działania wykonanego przez sprawcę. Stawia jedynie wymóg by działania podjętego przez sprawcę – niezależnie do jego znaczenia dla ochrony dóbr prawnych – nie dało się pogodzić z ciężącymi na nim obowiązkami. Nie przewiduje zatem konieczności wyboru optymalnego zakresu ochrony dóbr prawnych.

Projektowany art. 10d opiera się na błędnym założeniu, że samo przeciwdziałanie COVID-19 stanowi dobro zajmujące najwyższe miejsce w hierarchii dóbr prawnych. Tymczasem, działanie takie nie stanowi dobra prawnego, lecz faktyczne narzędzie ochrony dóbr prawnych, a zwłaszcza zdrowia i życia. Z uwzględnieniem powyższego rozpatrywać należy ewentualne sytuacje kolizyjne, w których działanie podejmowane dla przeciwdziałania COVID-19 narusza równocześnie dobro prawne w sposób odpowiadający charakterystyce typizacji czynu zabronionego. Okoliczność, że działania nakierowane na przeciwdziałanie COVID-19 mogą służyć ochronie istotnych społecznie dóbr nie jest równoznaczna ustaleniu, że wszelkie dobra mogące kolidować z takimi działaniami są dobrami o niższej wartości. Różny może być też stopień narażenia dóbr prawnych na niebezpieczeństwo w związku z zagrożeniem epidemiologicznym, a tym samym ocena podejmowanych działań ochronnych. Możliwe jest zaistnienie sytuacji, w której narażenie na niebezpieczeństwo związane z COVID-19 przyjmie charakter jedynie abstrakcyjny, podczas gdy inne narażenie na niebezpieczeństwo tożsamego

rodzajowo dobra, którego ochrona pozostaje w kolizji z działaniem przeciwko COVID-19, wchodzi w fazę narażenia konkretnego. W takim układzie sytuacyjnym racjonalne z perspektywy optymalnej ochrony dóbr prawnych byłoby postąpienie zgodnie z normą nakazującą chronić dobro bardziej narażone. Projektowany przepis legalizowałby natomiast jej naruszenie i poświęcenie dobra w sytuacji, w której w ogóle nie było to konieczne. Wynika to z zastąpienia kompleksowej oceny proporcji kolidujących dóbr założeniem o szczególnym statusie czynów wykonanych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19. Adekwatną alternatywą dla uwzględnienia proporcji dóbr chronionego i poświęconego w sytuacji kolizyjnej nie jest również proponowane w przepisie odwołanie do kategorii „interesu społecznego”. Interes społeczny może uzasadniać poświęcenie wysokiej wartości dobra indywidualnego dla podjęcia działań prewencyjnych względem abstrakcyjnego niebezpieczeństwa grożącego zbiorowości, co nie oznacza, że działanie takie jest moralnie słuszne i zasługuje na legalizację.

III. Bezprawność czynu wykonanego w związku z przeciwdziałaniem COVID-19

W projekcie utożsamia się bliżej niedookreślone naruszenie obowiązków służbowych lub przepisów z popełnieniem czynu zabronionego (przestępstwa). Aby sensownie rozważać jakiegokolwiek propozycje legislacyjne należałoby ustalić jakiego rodzaju czyny zabronione (przestępstwa) są lub mogą być popełniane w ramach działań podejmowanych dla przeciwdziałania wymienionej chorobie (rozprzestrzenianiu się powodującego ją wirusa). Projektowane unormowanie jego Autorzy określają jako „kontratyp”, czyli okoliczność „wyłączającą” bezprawność czynu. By uznać, że określone uadekwatnienie treści norm odczytywanych z przepisów karnych, a tym samym wyznaczonej przez te normy płaszczyzny bezprawności jest potrzebne, należy ustalić treść takich norm w obowiązującym stanie prawnym. Dopiero wówczas możliwe jest wykazanie, że – w świetle określonych ocen – zakres zastosowania takich norm wymaga stosownego ograniczenia, by nie obejmowały one zachowań uznanych za społecznie pożyteczne czy konieczne. Takiego zabiegu dla potrzeb opiniowanego projektu nie wykonano, co uprawnia ogólny wniosek, że nie został on należycie uzasadniony. Istnieją przy tym podstawy by twierdzić, że jakikolwiek dodatkowy mechanizm legalizacji działań podejmowanych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 nie jest potrzebny.

Przy ustalaniu treści norm, których przekroczenie stanowi o bezprawności czynu przyjmuje się określone założenia, których uwzględnienie czyni je racjonalnymi instrumentami oddziaływania za zachowania ludzkie w poszczególnych kontekstach społecznych. Przyjmuje się, że: „Niezaatakowanie przez konkretny czyn dobra stanowiącego wartość społeczną bądź nie-naruszenie przez taki czyn reguły postępowania obowiązującej w związku z danym dobrem powoduje, że czyn taki nie realizuje pełnego zespołu znamion określoności czynu. Nie jest więc

zachowaniem typowym, nawet jeśli odpowiada trzonowi określoności zawartemu w przepisie ustawy karnej. Brak typowości zachowania jest warunkiem wystarczającym dla braku bezprawności czynu. Legalność takiego zachowania nie wymaga więc sięgania po konstrukcję kontratypów (okoliczności wyłączających bezprawność zachowań typowych)”¹. W nowszych wypowiedziach, odwołujących się do konstrukcji normy prawnej, wywodzi się natomiast, że: „Z uwagi na funkcję regulatywną, związaną z mechanizmami społecznego sterowania, norma sankcjonowana by sensownie pełnić przypisywane jej przez prawodawcę funkcje może zakazywać naruszenia lub narażenia dobra prawnego, ale tylko w zakresie, który przekracza wynikający z potrzeb życia społecznego stopień akceptacji lub tolerancji dla zachowań ryzykownych. Przesądza to, że elementem współokreślającym zakres normowania normy sankcjonowania są tzw. reguły postępowania z dobrem prawnym, inaczej reguły ostrożności, mające z teoretycznego punktu widzenia status dyrektyw celowościowych”². Normy prawa karnego nie stanowią oderwanego od uwarunkowań społecznych mechanizmu karania za „naruszenie obowiązków służbowych” czy „przepisów”. Uwzględnienie przytoczonych założeń, przynajmniej w niektórych przypadkach, mogłoby stanowić podstawę dla uznania wybranych działań podejmowanych dla przeciwdziałania COVID-19 za legalne. Sformułowanie bardziej kategoriowych wniosków wymagałoby choćby rodzajowego określenia stanów faktycznych, w których działania takie rodziłyby podejrzenie przekroczenia norm prawa karnego.

Kolejnym zagadnieniem wymagającym rozważenia przy ustaleniu potrzeby uadekwatnienia płaszczyzny bezprawności poprzez stosowny kontratyp jest treść znamion typów czynów zabronionych, które miałyby znaleźć zastosowanie w odniesieniu do działań podejmowanych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19. Typizacje czynów zabronionych nie stanowią normatywnych formuł karalności naruszenia „obowiązków służbowych” czy „przepisów”. Odnoszą się do naruszeń określonego rodzaju, co znajduje odzwierciedlenie w odpowiednim ukształtowaniu zespołu ich znamion. Przykładowo, czyn zabroniony z art. 231 § 1 k.k. sypizowano następująco: Funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, **działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego** [podkreślenie moje – M.G.], podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Już pobieżna lektura

¹ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 86. Zob. również: R. Dębski, *Pozastawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 178-179.

² P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2012, Nr 4, s. 39. Zob. również: J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997, s. 80. Odmiennie teoretycznie, lecz prowadzące do tożsamyh konsekwencji przy wyznaczeniu zakresu odpowiedzialności karnej ujęcie przedstawia: Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*. Poznań 2007, s. 101.

przepisu prowadzi do wniosku, że samo przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków nie implikuje popełnienia określonego w nim czynu zabronionego. Rodzi to uzasadnione podejrzenie, że w przypadku odpowiedzialności karnej na podstawie art. 231 § 1 k.k. w ogóle nie występuje problem, którego rozwiązaniu służyć miałyby projektowany kontratyp.

W kontekście podjętego przez Projektodawców zagadnienia należało również uwzględnić treść przepisów art. 26 k.k., a zwłaszcza jego § 1. Projektodawcy wskazują wprawdzie, że: „Konstrukcja proponowanego kontratypu nawiązuje do konstrukcji stanu wyższej konieczności”, lecz nie wyjaśniają, dlaczego – w ich ocenie – **art. 26 § 1 k.k.** jest niedostateczny dla adekwatnego wyznaczenia zakresu odpowiedzialności karnej w kontekście działań podejmowanych dla przeciwdziałania COVID-19. Tymczasem, **przywołany przepis, obejmujący kontratyp stanu wyższej konieczności, przedstawia się jako adekwatny instrument uadekwatnienia zakresu odpowiedzialności karnej w różnorodnych kontekstach społecznych, w tym takich, jak związane z działaniami podejmowanymi dla przeciwdziałania COVID-19.** Opierając się na właściwych przesłankach pozwala w sposób racjonalny wyważyć zakres ochrony dóbr prawnych w sytuacjach kolizyjnych z uwzględnieniem ich wagi i stopnia groźącego im niebezpieczeństwa. Przewiduje przy tym właściwie ujęty, gdyż odnoszący się do możliwości uniknięcia niebezpieczeństwa, wymóg subsydiarności działania prowadzącego do poświęcenia jednego dobra prawnego na rzecz ochrony innego. Obowiązujący kontratyp stanu wyższej konieczności posiada zatem wszystkie te cechy, których brak unormowaniu proponowanemu w projektowanym art. 10d ustawy.

IV. Konkluzja

Z podanych powyżej względów projektowany art. 10d ustawy – o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych **zasługuje na jednoznacznie negatywną ocenę.** Ustanowienie kontratypu dedykowanego działaniom podejmowanym w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 przedstawia się jako zbędne. Równocześnie, projektowane rozwiązanie stanowiłoby podstawę do legalizacji takich przypadków naruszeń norm prawnych, w których poświęcenie dobra prawnego nie byłoby działaniem optymalnym. Legalizacji podlegałoby bowiem takie poświęcenie dobra prawnego, którego można było uniknąć, poświęcenie dobra narażonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo dla ochrony dobra narażonego jedynie abstrakcyjnie, jak i poświęcenie dobra o wyższej wartości dla ochrony dobra o wartości niższej.

Autor: adw. dr Michał Gałęski