



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

Do druku nr 1846

01-797 Warszawa, ul. Powązkowska 15

• tel. 22 300 86 40 • e-mail: kirp@kirp.pl • NIP: 526-10-43-011

L.dz. 4 /2022

Warszawa, 5 stycznia 2022 r.

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

L.dz. DS. 175.15.2022

Data wpływu 10. 01. 2022

Pan

Dariusz Salamończyk

Zastępcą Szefa

Kancelarii Sejmu RP

Odpowiadając na pismo z dnia 14 grudnia 2021 r., SPS-WP.020.392.6.2021, w załączeniu przesyłam opinię prawną Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji z dnia 4 stycznia 2022 r. w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o szczególnych rozwiązaniach zapewniających możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w czasie epidemii COVID-19 (druk nr 1846).

Kierownik

Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych

(-) Prof. dr hab. Rafał Stankiewicz

WYDZIAŁ OBSŁUGI PREZYDIUM SEJMU

L.dz. SP-WP.020.392.15.2022

Data wpł. 01. 01. 2022



Warszawa, 4 stycznia 2022 r.

OPINIA PRAWNA

**w przedmiocie projektu ustawy o szczególnych rozwiązaniach
zapewniających możliwość prowadzenia działalności gospodarczej
w czasie epidemii COVID-19 (druk sejmowy Sejmu IX kadencji nr 1846)**

I. Przedmiot opinii

Przedmiotem opinii jest ocena projektu ustawy o szczególnych rozwiązaniach zapewniających możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w czasie epidemii COVID-19 (nr druku sejmowy Sejmu IX kadencji nr 1846, dalej: „Projekt ustawy”). Opinia zawiera uwagi ogólne, odnoszące się do całokształtu projektu, oraz uwagi szczegółowe dotyczące poszczególnych przepisów zawartych w projekcie ustawy. Jednocześnie, z uwagi na ograniczone ramy czasowe sporządzenia opinii, skupia się ona na wybranych, kluczowych aspektach.

II. Uwagi ogólne

1. Pozytywnie należy ocenić wyrażoną opiniowanym Projektem wolę zapewnienia dodatkowych mechanizmów ograniczania rozwoju zakażeń wirusem SARS-CoV-2, a co za tym idzie epidemii i wynikających z niej konsekwencji społeczno-gospodarczych. Taki cel koresponduje bowiem z konstytucyjnie cenioną ochroną życia i zdrowia (art. 31 ust. 3, art. 38 Konstytucji), prawem do ochrony zdrowia (art. 68 ust. 1 Konstytucji), a zwłaszcza z obowiązkiem władz publicznych zwalczania chorób epidemicznych (art. 68 ust. 4 Konstytucji).

2. Projekt przewiduje zaangażowanie do zwalczania epidemii SARS-CoV-2 przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą przez uczynienia z nich tzw. podmiotów administrujących. Podejmując decyzję o zweryfikowaniu statusu zdrowotnego danej osoby w istocie będą oni decydować o tym, czy będzie taka osoba mogła mieć zapewnione prawo do usługi czy świadczenia, w sytuacji, gdy (1) nie będzie posiadała negatywnego testu na COVID-19 z ostatnich 48 godzin albo (2) nie będzie ozdrowieńcem lub (3) osobą zaszczepioną. W szczególności

nadanie status podmiotu administrującego widoczne jest w przypadku podmiotu mającego wydawać zaświadczenia COVID – osób wykonujących zawód medycznych (art. 6 Projektu ustawy).

3. Sam mechanizm stosowania przepustek w celu uzyskania uprawnienia czy możliwości skorzystania z niego nie może być uznany za całkowite *novum*. Powszechnie stosowanym jego przykładem są wszak paszporty umożliwiające przekroczenie granicy. Reglamentowano także dostęp do dóbr specjalnych mając na względzie np. ochronę zdrowia (alkohol, lekarstwa). Nowością jest jednak wykorzystanie tego samego mechanizmu w stosunkach wewnętrznych do reglamentowania dostępu do powszechnych dóbr i usług oferowanych przez prywatnych przedsiębiorców.

3.1. Zjawisko to zostało odnotowane w nauce prawa administracyjnego. J. Lemańska wskazuje: „[o]becnie pojawia się nowa kategoria odpowiadająca w istocie zakazom – administracyjnie reglamentowane uprawnienia. Ta nowa kategoria powinna być postrzegana w istocie rzeczy jako zakaz dla osób, które uprawnień tych nie nabyły. Oczywiście dotychczas prawo administracyjne również dopuszczało możliwość reglamentowania dostępu do określonych dóbr czy korzystania z nich. Obecna zmiana polega jednak przede wszystkim na zmianie charakteru dóbr, w stosunku do których wykonujemy te uprawnienia. Od reglamentacji dóbr rzadkich czy szczególnie chronionych, względnie istotnych z punktu widzenia interesu państwa przechodzimy w dobie pandemii do reglamentacji dóbr pospolitych – przykładowo uprawnienia do korzystania z komunikacji publicznej, prawa wstępu do muzeum czy galerii handlowej” (zob. J. Lemańska, *Ekspansja prawa administracyjnego w dobie pandemii – incydent czy prawo administracyjne przyszłości*, w: *Kryzys, stagnacja, renesans? Prawo administracyjne przyszłości. Księga jubileuszowa profesora dr hab. Jacka Jagielskiego*, red. M. Wierzbowski, M. Cherka, P. Gołaszewski, J. Piecha, Warszawa 2021, s. 190).

4. Sankcja oznacza skutki prawne o ujemnym charakterze, które winny nastąpić w przypadku, gdy podmiot obowiązany nie zastosuje się do zakazu bądź nakazu ustanowionego w przepisie prawa (J. Nowacki, Z. Tabor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Kraków 2000, s. 32 i n.). Choć nie wystawia tego wprost, to komentowany Projekt ustawy w istocie wprowadza nowy rodzaj sankcji administracyjnej w postaci utraty uprawnienia przez osobę dostępu do określonych dóbr



i usług (wprowadza materialnie zakaz świadczenia takich dóbr i usług dla określonej kategorii osób). W przypadku Projektu ustawy sankcją taką objęto osoby, które nie posiadają negatywnego wyniku testu w kierunku wirusa SARS-CoV-2 z ostatnich 48 godzin, nie są ozdrowieńcem lub nie są zaszczepione przeciwko COVID-19. Biorąc pod uwagę różnice w uciążliwości między ponawianiem testu w kierunku wirusa SARS-CoV-2 co 48 godzin (zarówno czasową, jak i finansową) a byciem zaszczepionym przeciwko COVID-19 (w projekcie umożliwiającym dostęp do dóbr i usług bezterminowo), Projekt ustawy premiuje osoby zaszczepione (zakładać można, że trzecia forma – bycie ozdrowieńcem – w odróżnieniu od szczepień i testów nie jest wybierana świadomie), tym samym stanowiąc formę nacisku w kierunku szczepienia się przez obywateli przeciwko COVID-19. Choć Projekt ustawy poza przypadkiem określonym w art. 7 wprost nie wysławia obowiązku szczepień, to w praktyce (poza zaszczepionymi) dostęp do ograniczonych z uwagi na epidemię dóbr i usług zachowają wyłącznie osoby, które są wystarczająco majątne i posiadające czas, aby wykonywać test w kierunku wirusa SARS-CoV-2 nie rzadziej niż co 48 godzin. Osoby nie posiadające na to środków i czasu albo się zaszczepią albo przechorują COVID-19, a jeśli nie – zostaną pozbawione dostępu do powszechnych dóbr i usług. Można zatem rozważać, czy materialnie nie tworzy to faktycznego obowiązku szczepień przeciwko COVID-19.

Z kolei pracownicy posiadający przeciwwskazania do zaszczepienia w zakresie ich stanu zdrowia (uwzględnione przez projektodawców jedynie w art. 7 Projektu ustawy) nie będą miały możliwości zwolnić się z dolegliwości związanych z wykonywaniem testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 przez wykonanie szczepienia przeciwko COVID-19, a zatem w inny sposób niż zwolnienie z pracy.

III. Projekt ustawy a konstytucyjna zasada proporcjonalności

1. Projekt ustawy przewiduje dla ochrony życia i zdrowia ludności daleko idące ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, w szczególności wolności osobistej, prawa do ochrony danych osobowych oraz prawa do prywatności. Należy jednak zauważyć, że Konstytucja nie wyklucza wprowadzenia narzędzi administrowania takich, jak w opiniowanym Projekcie ustawy. Co więcej, proponowane środki mogą zapewnić bardzo wysoką efektywność egzekwowania oczekiwanych zachowań adresatów norm, gdyż sankcja w postaci braku dostępu do dóbr i usług

jest natychmiastowa, zasadniczo nieuchronna i nie wymaga orzeczenia. Przyrównać można skuteczność proponowanego mechanizmu do tzw. odcinkowych pomiarów prędkości na drogach, z tym zastrzeżeniem, że konsekwencje prawne następują natychmiast z chwilą niespełnienia warunków określonych w Projekcie ustawy. Te walory sprawiają, że proponowane rozwiązanie prawne może skuteczniej wymuszać oczekiwane przez prawodawcę zachowania, niż klasyczne, dotychczas stosowane sankcje np. przewidziane w ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r. poz. 1427), jak ujęta w jej art. 119 § 1 grzywna w celu przymuszenia (por. S. Czechowicz, *Efektywność sankcji za uchylanie się od obowiązkowych szczepień ochronnych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, t. 49, s. 18-19). Nie ma bowiem konieczności wydawania i doręczenia decyzji, jak też mierzenia się przez organy administracji publicznej z suspensywnym środkiem odwoławczym, co niezrządkiem prowadzi do przedłużającego się okresu egzekwowania sankcji. Co więcej, utrata dostępu do dóbr i usług, jak też dotychczasowych warunków pracy, może być uznana za faktycznie dolegliwszą od konieczności uiszczenia grzywny, częstokroć w ledwie kilkusetzłotowym wymiarze, jak ma to miejsce w przypadku niewykonywania szczepień obowiązkowych (zob. S. Czechowicz, *Efektywność sankcji...*, s. 19). Tym samym wprowadzane reglamentowanie uprawnień powszechnych, oparte w Projekcie ustawy na przepustkach elektronicznych (zaświadczenia COVID z utrwalonym wizerunkiem twarzy), należy uznać za szczególnie efektywny środek administrowania, wiążący się jednak z bardzo znaczną ingerencją w konstytucyjne prawa i wolności jednostek. Nie pozbawia on wprost siły ekonomicznej jednostki, jak ma to miejsce w przypadku grzywny w celu przymuszenia przy niewykonaniu obowiązkowego szczepienia, lecz w ogóle uniemożliwia korzystanie z części dóbr i usług (a w niektórych przypadkach może prowadzić do zmian warunków pracy). Nawet tak daleko idąca ingerencja jest jednak dopuszczalna, o ile spełnia wymogi tzw. testu proporcjonalności, ukształtowanego na gruncie zasady proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2. Termin „zasada proporcjonalności” (zwana też „zasadą współmierności”, „zasadą miarkowania”, „zasadą adekwatności” – niem. *Verhältnismäßigkeitsprinzip*) używany jest dla określenia zasad prawnych mających na celu miarkowanie działań organów władzy publicznej, przede wszystkim minimalizujących ich ingerencję w sferę praw i wolności jednostki. Wspólną ich cechą jest generalny wymóg dopasowania środków działania podejmowanych przez władzę



publiczną do założonych przez nią celów, a także konieczność dokonania wyważenia pomiędzy interesem publicznym a interesem podmiotów prywatnych (zob. J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 9). Odpowiedź na pytanie o ewentualne naruszenie zasady proporcjonalności powinna być udzielana w kontekście całej Konstytucji i uznawanego przez nią systemu wartości (tak: J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 259). W świetle doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na zasadę proporcjonalności składają się trzy elementy:

- 1) **wymóg przydatności** – środki ograniczające prawa i wolności jednostki powinny być tak dobrane, aby możliwe było zrealizowanie założonych celów w sposób skuteczny;
- 2) **wymóg konieczności** – nie istnieje inny co najmniej równie skuteczny środek, ale mniej ograniczający jednostkę;
- 3) **zakaz nadmiernej ingerencji** – konieczne jest zachowanie proporcji między ograniczeniem danego konstytucyjnego prawa lub wolności a zamierzonym celem (pozytywnym efektem) danej regulacji prawnej (zob. J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 18-31, 256-257 – i cytowane w tej publikacji orzecznictwo).

Zasadę proporcjonalności wywodzi się z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Z przepisu tego wynikają następujące, wymagające łącznego spełnienia, przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności:

- 1) ustawowa forma ograniczenia,
- 2) istnienie konieczności wprowadzenia ograniczenia w demokratycznym państwie,
- 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją co najmniej jednej wskazanej w tym przepisie wartości:
 - a) bezpieczeństwo państwa,
 - b) porządek publiczny,
 - c) ochrona środowiska,
 - d) ochrona zdrowia,
 - e) ochrona moralności publicznej,
 - f) ochrona praw i wolności innych osób,
- 4) zakaz naruszania istoty danego prawa i wolności.

Są to zatem przesłanki formalne i materialne (J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 115-116).

3. Przesłanki formalne wynikające z zasady proporcjonalności Projekt ustawy spełnia częściowo. Zachowana zostaje ustawowa forma regulacji, przy czym wciąż w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności zakłada się, iż same ograniczenia działalności gospodarczej z uwagi na zagrożenie epidemiczne będą wprowadzane w formie rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 46b pkt 2 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Projekt ustawy spełnia również wymóg tego, żeby służyć jednej z konstytucyjnych wartości – w tym przypadku w szczególności zdrowiu.

4. Nie zostało zaś dotychczas wykazane przez projektodawców spełnienie wymogu przydatności – tj. że środki ograniczające prawa i wolności jednostki są tak dobrane, aby możliwe było zrealizowanie założonych celów ustawy. Uzasadnienie projektu ustawy nie podaje weryfikowalnych danych, badań czy symulacji, z których wynikać ma prognoza, że wprowadzenie rozwiązań określonych w Projekcie ustawy pozwoli osiągnąć założone przez nią cele. Byłyby one podstawą także do kontroli po przyjęciu ustawy, czy spełnia ona pokładane w niej oczekiwania, czy powinna zostać wyeliminowana z obrotu prawnego. Ocena w tym zakresie nie opiera się na wiedzy prawniczej, lecz medycznej czy epidemiologicznej. Brak takiej argumentacji w uzasadnieniu Projektu ustawy jest tym bardziej dojmujący, że rozwiązania określone w Projekcie ustawy w zbliżonych formach są już od wielu miesięcy stosowane w innych krajach, zatem istnieje materiał do badań i analiz, czy (i kiedy) wykorzystywanie „przepustek COVIDowych” przyczynia się do ograniczenia zakażeń (stanu epidemii). Pominięcie analiz porównawczych uwzględniających doświadczenia krajów, które już stosują rozwiązania podobne (choć z pewnymi różnicami) do proponowanych w Projekcie ustawy jest tym większym niedostatkiem, że przeprowadzenie takich badań dałoby szansę na ustalenie i ustrzeżenie się ewentualnych błędów, jakie popełnili pionierzy tych rozwiązań, nieosiągając założonych skutków. Rekomendować można projektodawcom refleksję np. nad rozwiązaniami włoskimi (tzw. Green Pass). Są one zbliżone co do mechanizmu do proponowanego w Projekcie ustawy. Niestety, pomimo ich wprowadzenia Włochy notują rekordy zakażeń wirusem SARS-CoV-2. Należałoby zatem, z wykorzystaniem zwłaszcza wiedzy epidemiologicznej, rozważyć przyczyny, dla których proponowane rozwiązania nie okazały się skuteczne w innych krajach, a następnie przedstawić w uzasadnieniu Projektu ustawy, dlaczego proponowane środki mają dać odmienne, zadowalające z punktu widzenia celu ustawy, rezultaty.



4.1. W uzasadnieniu Projektu ustawy (na s. 1) wskazano, że „[i]ntencją projektodawcy jest umożliwienie pracodawcy sprawowanie rzeczywistej kontroli nad ryzykiem wystąpienia infekcji wirusa SARS-CoV-2 powodującego chorobę COVID-19 w zakładzie pracy” (pisownia oryginalna). Dalej zaś, że „intencją prawodawcy było zapewnienie maksymalnej ochrony przed zachorowaniem, a także maksymalne wyeliminowanie występowania choroby COVID-19 w społeczeństwie” (s. 4 uzasadnienia Projektu ustawy). Skoro tak, Projekt ustawy w swoim uzasadnieniu powinien wskazywać, w jaki sposób ryzyko wystąpienia takiej infekcji będzie mogło być wyeliminowane czy zmniejszone przez kontrolę ze strony pracodawcy. Brakuje w uzasadnieniu Projektu ustawy wyników badań wykazujących, o ile prawdopodobieństwo transmisji wirusa SARS-CoV-2 jest mniejsze w przypadku osoby, która (1) nie więcej niż 48 godzin wcześniej uzyskała negatywny wynik test w kierunku COVID-19, (2) jest zaszczepiona przeciwko tej chorobie lub (3) jest ozdrowieńcem. Niezbędne byłoby także przytoczenie statystyk, na ile ochronę przed zachorowaniem na COVID-19 daje zaszczepienie przeciwko tej chorobie, jak też na ile ochronę taką daje przebycie tej choroby.

5. Kolejno nie zostało wykazane w uzasadnieniu projektu spełnienie przez Projekt ustawy wymogu konieczności – tj., że nie istnieje inny co najmniej równie skuteczny środek, ale mniej ingerujący w prawa i wolności jednostki. Zdaniem projektodawców – wyrażonym w uzasadnieniu Projektu ustawy (s. 7) – takie alternatywne rozwiązanie nie istnieje. Wydaje się to twierdzeniem nazbyt pośpiesznym. Projektodawca nie zdecydował się przedstawić jako alternatywy wprowadzenia klasycznego obowiązku szczepień w kierunku wirusa SARS-CoV-2, tj. obowiązku zabezpieczonego sankcjami właściwymi dla egzekucji administracyjnej (grzywną w celu przymuszenia), który nie angażuje przedsiębiorców ani nie nakłada obowiązków na osoby zaszczepione.

5.1. Projektodawcy wskazali w uzasadnieniu Projektu ustawy, że „[w] celu zapobiegania, przeciwdziałania i zwalczania tej choroby, niezbędne jest wyposażenie pracodawcy w instrument weryfikacji statusu zdrowotnego wszystkich pracowników oraz osób pozostających w stosunku cywilnoprawnym z tym pracodawcą zatrudnionych w danym miejscu pracy” (s. 1 uzasadnienia Projektu ustawy). W żadnym jednak fragmencie nie wyjaśniono, dlaczego jest to niezbędne. Jeżeli działania to ma być niezbędne, to należy wskazać, jakie zdarzenie zaistnieje w sytuacji, gdyby nie zostało podjęte.



6. Wreszcie w uzasadnieniu projektu nie wykazano, że Projekt ustawy nie stanowi nadmiernej ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności, tj. że zachowano proporcję między ograniczeniem danego konstytucyjnego prawa lub wolności a zamierzonym celem (pozytywnym efektem) danej regulacji prawnej. Tymczasem, Projekt ustawy nakłada w nieograniczonym horyzoncie czasowym szereg obowiązków na przedsiębiorców, na których państwo przenosi ciężar działań mających na celu przeciwdziałanie epidemii, a jednocześnie naruszona zostaje wolność osobista wszystkich obywateli – także tych którzy dobrowolnie się zaszczepili – wobec nałożenia na nich faktycznego obowiązków legitymowania się przy korzystaniu z powszechnych dóbr i usług, jak też w relacjach pracowniczych. Państwo absorbuje ich czas, jak też stwarza zagrożenie ujawnienia danych osobowych.

7. Powyższe oznacza, że projektodawcy nie wykazali dotychczas, że Projekt ustawy spełnia test proporcjonalności. Do dokonania zaś takiej oceny nie wystarczy sama wiedza z zakresu dyscypliny nauki prawne, ale także potrzebna jest wiedza z zakresu medycyny czy epidemiologii. Tym samym projektodawcy powinni na etapie prac parlamentarnych uzupełnić Projekt ustawy o przedstawienia weryfikowalnych danych potwierdzających spełnienie przez Projekt ustawy wymagań zasady proporcjonalności, a zatem danych, na których oparto przewidywanie skuteczności Projektu ustawy w osiągnięciu jej celów. Potrzebne jest też precyzyjne określenie jej zakresu temporalnego, albowiem ocena proporcjonalności ingerencji w prawa i wolności obywateli może być zmienna w czasie.

8. Dalsze uwagi do Projektu ustawy są czynione przy założeniu, że projektodawcy wykażą spełnienie przez nią zasady (testu) proporcjonalności oraz określą ramy czasowe jej obowiązywania. W odmiennym przypadku ustawa byłaby sprzeczna z Konstytucją, a jej uchwalenie w kształcie zaproponowanym w Projekcie ustawy – niedopuszczalne.

9. Wskazane jest uzupełnienie projektu o specjalne rozwiązania dotyczące rozstrzygania sporów sądowych na gruncie przepisów Projektu ustawy. Spory mogą przykładowo dotyczyć dopuszczalności wymagania wykazania określonego statusu zdrowotnego, bezczynności w zakresie wydania zaświadczenia czy wadliwego określenia statusu zdrowotnego w systemie. Biorąc pod uwagę daleko idące konsekwencje faktyczne takich zdarzeń, w szczególności niemożność korzystania z określonych dóbr i usług, niezbędne jest zapewnienie szybkiej ścieżki rozpozna-



wania wskazanych sporów. Z tego względu Projekt ustawy powinien być uzupełniony o regulacje określające przyspieszony tryb sądowy rozstrzygania takich sporów (np. przez określenie, że wskazane sprawy rozstrzygane są niezwłocznie, w pierwszej kolejności, poza kolejnością wpływu).

IV. Analiza prawna – uwagi szczegółowe

Uwagi szczegółowe mają służyć zdiagnozowaniu niedostatków i poprawie poszczególnych przepisów opiniowanej regulacji prawnej oraz sformułowaniu wskazań służących zapewnieniu jej zgodności z przepisami Konstytucji.

Uwagi do art. 1 Projektu ustawy

1. Artykuł 1 ust. 1 Projektu ustawy przyznaje w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, pracownikom i osobom pozostającym w stosunku cywilnoprawnym z pracodawcą prawo do nieodpłatnego wykonania testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2.

1.1. Za dalece wadliwe uznać należy użycie w art. 1 ust. 1 Projektu ustawy kategorii „osoba pozostająca w stosunku cywilnoprawnym z pracodawcą” (wykorzystana także w art. 2 ust. 1-3, ust. 8-9, art. 3 i art. 7 Projektu ustawy). Jak można się domyślać, projektodawca miał intencję, aby objąć tworzonym prawem podmiotowym do nieodpłatnego wykonania testu diagnostycznego osoby pozostające w relacji zatrudnienia do pracodawcy na innej podstawie niż umowa o pracy. Tymczasem przyjęta konstrukcja prowadzi do sytuacji, w których prawo do nieodpłatnego wykonania testu diagnostycznego uzyska każda osoba pozostająca w jakimkolwiek stosunku cywilnoprawnym z pracodawcą, a zatem nawet osoba wynajmująca od niego mieszkanie, sprzedająca mu towary czy pozostająca z pracodawcą w stosunku małżeństwa (sic). Wydaje się, że nie jest to zamierzeniem projektodawcy. Stąd rekomendować należy zawężenie wskazanego w art. 1 ust. 1 Projektu ustawy kręgu osób do osób zatrudnionych przez pracodawcę.

1.2. Mając na uwadze powyższe zwrócić trzeba uwagę, że nie jest jasne, jaki rodzaj testu diagnostycznego ma na uwadze projektodawca Projektu ustawy. Pożądane jest sprecyzowanie, czy

idzie o szybkie testy, o których mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953, które określa ramy wydawania, weryfikowania i uznawania interoperacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19, czy o każdy rodzaj testu diagnostycznego w kierunku COVID-19.

1.3. Pożądane jest dookreślenia terminu wykonania wskazanego w art. 1 ust. 1 Projektu ustawy testu diagnostycznego. Test wykonywany ze zwłoką może bowiem uniemożliwiać zachowanie odstępu krótszego niż 48 godzin od ostatniego testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2, co jest istotne z perspektyw dalszych norm Projektu ustawy. Zwłoka może zatem czynić iluzorycznym uprawnienie gwarantowane przez ustawodawcę w art. 1 ust. 1 Projektu ustawy. Stąd rekomenduje się dodanie w art. 1 ust. 1 Projektu ustawy po słowie „nieodpłatnego” zwrotu „i niezwłocznego”. Choć termin ten ma charakter pojęcia niedookreślonego, to rodzić będzie roszczenie osób wymienionych w art. 1 ust. 1 Projektu ustawy, aby test został wykonany najszybciej, jak to możliwe.

2. Zgodnie z art. 1 ust. 2 Projektu ustawy testy, o których mowa w ust. 1, mogą być finansowane ze środków publicznych. Jednak stosownie do art. 1 ust. 3 Projektu ustawy liczba testów, o których mowa w ust. 2, może podlegać ograniczeniu, z uwagi na ich dostępność. Tak zwięzła konstrukcja normatywna nie rozwiewa zasadniczych wątpliwości.

2.1. Po pierwsze, nie jest jasna sytuacja, w której nastąpi ograniczenie dostępności testów finansowanych ze środków publicznych, o którym mowa w art. 1 ust. 3 Projektu ustawy. Systemowa wykładnia regulacji wskazuje, że niedostępność testów finansowanych ze środków publicznych nie pozbawia pracowników i „osób pozostających w stosunku cywilnoprawnym z pracodawcą” prawa do nieodpłatnego wykonania testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2. Pojęcie niedopłatności odnosi się do beneficjentów prawa, czyli pracowników i „osób pozostających z pracodawcą w stosunku cywilnoprawnym”. *Ergo*, jak można się domyślać, w takiej sytuacji testy diagnostyczne niefinansowane ze środków publicznych będą finansowane przez pracodawcę. Regulacja przepisu wskazuje bowiem, że testy są nieodpłatne w każdym przypadku, a jedynie mogą być – co nie znaczy, że muszą – finansowane ze środków publicznych. Rodzić to może konflikty między pracownikami a pracodawcą, obowiązek ponie-



sienia kosztów testu przez pracodawcę nie wynika bowiem wprost z wykładni językowej przepisu, lecz dopiero systemowej. Z tego względu pracodawcy mogą negocjować ciążący na nich obowiązek, zwłaszcza, że nie został on wysłowny wprost także w uzasadnieniu Projektu ustawy. Z tego względu rekomenduje się jednoznaczne wskazanie w art. 1 Projektu ustawy, kto ponosi koszty nieodpłatnego wykonania testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 w sytuacji opisanej w ust. 3 i 4, gdy test finansowany ze środków publicznych nie jest dostępny. Jak się wydaje, skoro zgodnie z art. 2 ust. 1 Projektu ustawy to pracodawca uzyskuje uprawnienie do żądania podania informacji o posiadaniu przez pracownika lub „osoby pozostającej w stosunku cywilnoprawnym z pracodawcą” negatywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem, to obowiązek poniesienia kosztów testu w takim przypadku powinien ponosić pracodawca. Za wyrażeniem tej zasady wprost w przepisie przemawia i to, że to pracownik jest z zasady stroną słabszą w relacji z pracodawcą. Odmienne rozwiązanie raziłoby sprzecznością, gdyż nie sposób twierdzić o prawie do nieodpłatnego wykonania testu po stronie pracownika, jeśli będzie on za ten test płacił. Przy tym wywołany Projektem ustawy po jego uchwaleniu wzrost popytu może przełożyć się na wzrost cen testów diagnostycznych.

2.2. Po drugie, nie jest dookreślony mechanizm finansowania wykonania testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2, w tym wybór – kryteria wyboru – podmiotów, które takie testy będą oferować i uzyskiwać finansowanie ze środków publicznych, o którym mowa w art. 1 ust. 2 i 4 Projektu ustawy. Nie został on też wyjaśniony w uzasadnieniu Projektu ustawy.

2.3. Po trzecie, brakuje regulacji określającej zasady reglamentacji testów finansowanych ze środków publicznych, w sytuacji określonej w art. 1 ust. 3 Projektu ustawy, a zatem gdy ich liczba podlega ograniczeniu z uwagi na dostępność. Nie jest tu dostateczna regulacja art. 1 ust. 4 Projektu ustawy upoważniająca ministra właściwego do spraw zdrowia do określenia w drodze rozporządzenia liczby testów finansowanych ze środków publicznych możliwych do wykonania w jednostce czasu. Nie jest bowiem jasne, czy idzie tu o łączną liczbę testów w skali kraju – na co wskazuje aktualne ujęcie językowe przepisu – czy o liczbę testów możliwych do wykonania przez pojedynczą osobę. Jeśli intencją jest ten drugi wariant, to wymaga on dookreślenia w treści przepisu. Jak można się domyślać, dostępność testów będzie zróżnicowana w skali kraju. Stąd rekomendować trzeba ponadto uzupełnienie przepisu o kompetencję ministra

właściwego do spraw zdrowia o regionalizowanie liczby przypadających testów (np. przez dodanie *in fine* w art. 1 ust. 4 Projektu ustawy „na danym terytorium”). Regionalizacja bez wyraźnego upoważnienia ustawowego budzić będzie bowiem wątpliwości co do zgodności z konstytucyjną zasadą równości obywateli.

2.4. Po czwarte, z uwagi na wyłaniający się z Projektu ustawy wpływ dostępności testów na funkcjonowanie gospodarki uzasadnione jest, aby minister właściwy do spraw zdrowia wydawał rozporządzenie, o którym mowa w art. 1 ust. 4 Projektu ustawy, co najmniej po zasięgnięciu opinii ministra właściwego do spraw gospodarki.

2.5. Zwrócić należy uwagę, że prawo do nieodpłatnego testu ustanowione w art. 1 ust. 1 Projektu ustawy odnosi się także do osób zatrudnionych przez pracodawcę, w przypadku którego żądanie testu nie jest niezbędne do przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się choroby COVID-19 w zakładzie pracy czy innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy, a zatem nie zachodzi przypadek z art. 2 ust. 1 Projektu ustawy. W sytuacji ograniczonego dostępu do testów finansowanych ze środków publicznych zastanawia, czy taka była intencja projektodawcy.

Uwagi do art. 2 Projektu ustawy

3. Analizowany art. 2 ust. 1 Projektu ustawy daje podstawę do żądania przez pracodawcę w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, jeżeli jest to niezbędne do przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się choroby COVID-19 w zakładzie pracy lub innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy, od pracownika lub „osoby pozostającej w stosunku cywilnoprawnym z tym pracodawcą” – podania informacji o posiadaniu negatywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem.

3.1. W komentowanej regulacji brakuje dookreślenia tego, jak pracodawca ma wykazać, że żądanie podania informacji przez osobę przez niego zatrudnioną o posiadaniu przez nią negatywnego wyniku testu diagnostycznego jest „niezbędne” do przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się choroby COVID-19 w zakładzie pracy lub innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy. Projektodawca powinien tę kwestię doprecyzować, jeżeli bowiem pracodawca



mylnie ustali, że żądanie to było niezbędne, a następnie Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych stwierdzi, że przesłanka ta nie była spełniona, to tym samym pracodawca będzie ponosił konsekwencję nieuprawnionego przetwarzania danych osobowych.

3.2. Podobnie jak kwestia podmiotu ponoszącego koszty nieodpłatnego wykonania przez pracownika testu niefinansowanego ze środków publicznych, niezbędne dla uniknięcia sytuacji konfliktowych między pracownikami a pracodawcami jest wprost określenie w Projekcie ustawy, że czas związany z wykonywaniem testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 przez pracownika czy inną osobę zatrudnioną jest czasem pracy. Odmienna konstrukcja byłaby nieuzasadniona, skoro pracownik poświęca swój czas na testy diagnostyczne w kierunku SARS-CoV-2 z tego powodu, że podawanie informacji o posiadaniu ich wyniku negatywnego pracodawca uznał za niezbędne do przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się choroby COVID-19 w zakładzie pracy lub innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy. Zgodnie z art. 2 ust. 1 Projektu ustawy pracodawca „może żądać” podania takiej informacji, ale nie ma takiego obowiązku. Jeżeli zatem decyduje się korzystać z tej kompetencji i wymagać od pracownika posiadania negatywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem, to tym samym pracownik wykonuje ten test z uwagi na wolę pracodawcy, tj. wykonuje jego dyspozycję. Jak zaś stanowi art. 128 § 1 Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1320) „[c]zasem pracy jest czas, w którym pracownik pozostaje w dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy.” Potwierdzenie, że czas związany z wykonywaniem testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 przez pracownika jest czasem jego pracy w rozumieniu art. 128 § 1 Kodeks pracy – i że taka norma znajduje odpowiednie zastosowanie do innych osób zatrudnionych przez pracodawcę niż pracownicy – sprzyjać będzie jednolitości praktyki i uniknięciu sporów.

3.3. Wyrazić należy poważną obawę, czy określony termin na wykonanie testu diagnostycznego przed jego okazaniem, podany w art. 2 ust. 1 Projektu ustawy, jest w pełni wykonalny. Należy bowiem uwzględnić, że mogą wystąpić – w szczególności na terenach peryferyjnych – trudności z wykonaniem testu w okresie soboty i niedzieli oraz świąt. W takim przypadku pracownik z przyczyn niezależnych od siebie nie będzie dysponował wymaganą w tym przepisie informacją o posiadaniu negatywnego wyniku testu diagnostycznego. Przyjęty termin może budzić też wątpliwości co do zachowania zasady równości między mieszkańcami dużych miast



a mieszkańcami wsi. Można tu odnieść *mutatis mutandis* argumentację przedstawioną przez Naczelnny Sąd Administracyjny w uchwale z dnia 15 czerwca 2011 r. o sygn. akt I OPS 1/11 (publ. ONSAiWSA z 2011 r. nr 5, poz. 95). Implikuje to konieczność wydłużenia wskazanego terminu lub przyjęcie innego rozwiązania wyłączającego konieczność (dla normalnego funkcjonowania w społeczeństwie) wykonywania testu w dni inne niż robocze.

3.4. Mając na względzie zasadę solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych (art. 20 Konstytucji) wydaje się uzasadnione dodanie, że w przypadku zakładów pracy, w których działają związki zawodowe, uznanie za niezbędne żądania danych osobowych, o których mowa w art. 2 ust. 1 Projektu ustawy, następowało będzie po zasięgnięciu opinii tych związków zawodowych.

4. Artykuł 2 ust. 2 Projektu ustawy z uciążliwości związanej z podawaniem informacji o posiadaniu negatywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem, zwalnia pracownika lub inną osobę zatrudnioną przez pracodawcę, która przebyła infekcję wirusa SARS-CoV-2 lub wykonała szczepienie przeciwko COVID-19.

4.1. W treści art. 2 ust. 2 Projektu ustawy wkradła się oczywista omyłka w postaci powtórzenia zwrotu „informację o”.

5. Artykuł 2 ust. 3 Projektu ustawy określa udostępnienie pracodawcy danych osobowych związanych z negatywnym wynikiem testu diagnostycznego, przebyciem infekcji wirusa SARS-CoV-2 czy zaszczepieniem przeciwko COVID-19. Udzielenie takich danych ma następować na każde żądanie pracodawcy, w formie oświadczenia pracownika lub „osoby pozostającej w stosunku cywilnoprawnym z tym pracodawcą”, których dane dotyczą. Pracodawca może żądać udokumentowania zadeklarowanych informacji w zakresie niezbędnym do ich potwierdzenia przez okazanie negatywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem, zaświadczenia o przebytej infekcji wirusa SARS-CoV-2 lub certyfikatu potwierdzającego zaszczepienie przeciwko COVID-19.



5.1. Artykuł 2 ust. 3 Projektu ustawy w obecnym brzmieniu jest niezgodny z zasadą równości wyrażoną w art. 32 Konstytucji w ten sposób, że pomija osoby, które mają przeciwciała charakterystyczne dla koronawirusa SARS-CoV-2, jednak nie posiadają zaświadczenia o przebytej infekcji wirusa SARS-CoV-2. Kategoria wskazana w art. 3 ust. 1 lit. c Rozporządzenia 2021/953 w sprawie ram wydawania, weryfikowania i uznawania interoperacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19 (unijne cyfrowe zaświadczenie COVID) w celu ułatwienia swobodnego przemieszczania się w czasie pandemii COVID-19 – dotyczy bowiem tylko osób, które powróciły do zdrowia po zakażeniu SARS-CoV-2 stwierdzonym na podstawie dodatniego wyniku testu z wykorzystaniem amplifikacji kwasu nukleinowego wykonanego przez pracowników medycznych lub wykwalifikowany personel testujący (otrzymują zaświadczenie o powrocie do zdrowia). Tymczasem osoby niespełniające przesłanek uzyskania tego zaświadczenia, lecz posiadające przeciwciała, podobne są ze względu na cechę relewantną dla analizowanego przepisu do osób zaszczepionych czy posiadających zaświadczenie o przebytej infekcji wirusa SARS-CoV-2. Osoby te mogły wykonać test w kierunku infekcji wirusem SARS-CoV-2 już po przebyciu choroby, w związku z czym uzyskały negatywny wynik, jednak wskutek tej choroby uzyskały odporność (przeciwciała). Nie różnią się zatem z perspektywy celów analizowanej regulacji od osób, które uzyskały zaświadczenie o powrocie do zdrowia, gdyż w świetle celów ustawy kluczowa jest odporność osoby na zakażenie wirusem SARS-CoV-2, a nie to, czy przeszła czy nie przeszła COVID-19 (czy uzyskała wynik pozytywny w trakcie choroby czy nie), o czym świadczy uwzględnienie również osób zaszczepionych. To, czy osoba zdążyła uzyskać lub nie pozytywnym wynikiem testu w kierunku SARS-CoV-2 (czy odbywała kwarantannę, izolację, izolację w warunkach domowych) jest bez znaczenia dla celów analizowanej regulacji.

5.2. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się, że zasada równości „nakazuje jednakowe traktowanie wszystkich adresatów norm prawnych charakteryzujących się w takim samym stopniu tą samą, relewantną cechą i jednocześnie dopuszcza odmienne traktowanie podmiotów, które takiej cechy nie posiadają” (zob. wyrok TK z dnia 18 lutego 2014 r., U 2/12, OTK-A, 2014, nr 2, poz. 12; wyrok TK z dnia 21 stycznia 2014 r., SK 5/12, OTK-A 2014, nr 1, poz. 2). Jak wyjaśnił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., zakaz dyskryminacji wynikający z art. 32 ust. 2 Konstytucji nie jest tożsamy z zakazem różnicowania sytuacji podmiotów prawa. Jest to natomiast zakaz nieuzasadnionego, różnego kształtowania

sytuacji podobnych podmiotów prawa, w procesie stanowienia oraz stosowania prawa. Dyskryminacja oznacza zatem nienadające się do zaakceptowania tworzenie różnych norm prawnych dla podmiotów prawa, które powinny być zaliczone do tej samej klasy (kategorii), albo nierówne traktowanie podobnych podmiotów prawa w indywidualnych przypadkach, gdy różnicowanie nie znajduje podstaw w normach prawnych. Tak więc dla oceny danej sytuacji jako dyskryminacji, albo jej braku, istotne jest określenie kryterium różnicowania, a także ocena zasadności jego wprowadzenia. W przypadku podmiotów podobnych, należących do tej samej klasy (kategorii) istotnej, domniemanie przemawia za brakiem różnicowania (zob. wyrok TK z dnia 15 lipca 2010 r., K 63/07, OTK-A 2010, nr 6, poz. 60). W świetle orzecznictwa konstytucyjnego na treść art. 32 Konstytucji niewątpliwie składa się: a) nakaz równego traktowania podmiotów podobnych; b) zakaz różnego traktowania podmiotów podobnych; c) przyzwolenie na różnicowanie podmiotów podobnych pod warunkiem relewantności, proporcjonalności i adekwatności aksjologicznej odstępstwa od równego traktowania tych podmiotów (zob. M. Ziółkowski, *Zasada równości w prawie*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 5, s. 110).

5.3. Mając powyższe na uwadze przychodzi stwierdzić, że różne traktowanie osób po przebyciu infekcji wirusa SARS-CoV-2, posiadających przeciwciała charakterystyczne dla koronawirusa SARS-CoV-2, w zależności od tego, czy uzyskały w trakcie przebycia choroby COVID-19 wynik pozytywny testu diagnostycznego czy nie, jest naruszeniem zakazu różnego traktowania podmiotów podobnych i nakazu równego traktowania podmiotów podobnych. Posiadanie bowiem tego wyniku diagnostycznego z okresu choroby nie wpływa na to, czy osoba po jej przejściu w mniejszym stopniu stwarza ryzyko zarażenia wirusem SARS-CoV-2, a przecież to jest cechą relewantną z perspektywy art. 2 ust. 1 Projektu ustawy oraz jej uzasadnienia kształtującą kategorie wymienione w art. 2 ust. 3 Projektu ustawy. Z tego względu obligowanie osoby, która posiada przeciwciała charakterystyczne dla koronawirusa SARS-CoV-2, do wykonywania testów diagnostycznych w ciągu 48 godzin poprzedzających okazanie bądź zaszczepienia się – stanowi formę niedopuszczalnej dyskryminacji, gdyż jej sytuacji zdrowotna nie różni się od osoby posiadającej zaświadczenie o przebytej infekcji wirusa SARS-CoV-2.

5.4. Warto zauważyć, że kategoria osób posiadających przeciwciała charakterystyczne dla przebycia choroby COVID-19 pozwala na otrzymanie certyfikatu COVID-19 w Szwajcarii (na



okres 90 dni od wykonania badania w kierunku przeciwciał) – zob. <https://www.bag.admin.ch/bag/en/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/covid-zertifikat/covid-zertifikat-erhalt-gueltigkeit.html#-251924489>.

5.5. Prawo unijne nie stoi na przeszkodzie uwzględnienia omawianej kategorii osób (ozdrowieńców) w regulacji krajowej takiej, jak opiniowana. Minister właściwy do spraw zdrowia mógłby określać w drodze rozporządzenia – w oparciu o aktualną wiedzę medyczną – poziom przeciwciał, który pozwalałby na udokumentowanie przebiegu infekcji SARS-CoV-2, o którym mowa w art. 2 ust. 2 Projektu ustawy. Takie rozwiązanie byłoby też korzystne z perspektywy ochrony danych osobowych, albowiem legitymujący się w ten sposób pracownik nie dawałby pewności, czy posiada przeciwciała wskutek przebiegu infekcji SARS-CoV-2 czy na skutek zaszczepienia.

5.6. Za uwzględnieniem wszystkich ozdrowieńców, a zatem także nieposiadających wyniku pozytywnego w kierunku SARS-CoV-2 z okresu choroby, przemawiają względy medyczne. Osoby takie mogą bowiem chcieć w celu uniknięcia uciążliwości związanej z wielokrotnym przeprowadzaniem testów diagnostycznych zaszczepić się na COVID-19 wcześniej, niż wynika to z zaleceń medycznych, stwarzając zagrożenie dla swojego zdrowia i zwiększając statystykę niepożądanych odczynów poszczepiennych.

5.7. Brakuje określenia w treści przepisu formy, w jakiej pracodawca może żądać udostępnienia danych osobowych. Z uwagi na charakter żądanych danych – będących danymi osobowymi szczególnie wrażliwymi – wykluczyć należy formę nieutrwaloną dla celów dowodowych, czyli formę ustną. Stosowne żądanie powinno być formułowane na piśmie, w tym dopuszczalne drogą elektroniczną.

5.8. Wydaje się zasadne uzupełnienie normy art. 2 ust. 3 Projektu ustawy o zastrzeżenie, że osoba obowiązana na mocy tego przepisu nie musi dokumentować wskazanych w nim okoliczności, jeżeli już je udokumentowała. Niezrozumiałe jest, aby mimo okazania danych potwierdzających wskazane okoliczności zdrowotne miał ponawiać tę czynność na każde żądanie pracodawcy, choć nie zaszła zmiana okoliczności. Takie wielokrotne żądanie może przekształcić się w formę mobbingu wobec pracownika.

5.9. W zdaniu drugim art. 2 ust. 3 Projektu ustawy przed słowem „danych osobowych” należy dodać słowo „tych”, aby nie było wątpliwości, do jakich danych regulacja się odnosi.

Uwagi do art. 4 Projektu ustawy

1. Zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 Projektu ustawy nie podlega czasowemu ograniczeniu w prowadzeniu działalności gospodarczej, o którym mowa w art. 46b pkt 2 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, przedsiębiorca lub podmiot niebędący przedsiębiorcą, prowadzący działalność gospodarczą, jeżeli działalność gospodarcza jest wykonywana na rzecz osoby posiadającej negatywny wynik testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem lub która przebyła infekcję wirusa SARS-CoV-2 lub osoby zaszczepionej przeciwko COVID-19.

1.1. Materia art. 4 ust. 1 i 2 Projektu ustawy w istocie przynależy do zakresu normowania ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Z tego względu wydaje się bardziej poprawne legislacyjnie, aby została unormowana w niej, nie zaś w odrębnej ustawie. Jednocześnie zasygnalizować należy, że materia ujęta w art. 46b pkt 2 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi powinna zgodnie z wymaganiami konstytucyjnymi znaleźć kompleksową regulację ustawową, nie zaś opierać się na treściach rangi rozporządzenia (szersze omówienie tego zagadnienia wykracza poza zakres niniejszej opinii).

7.2. Zakres podmiotowy art. 4 ust. 1 i 2 Projektu ustawy został określony w sposób bardzo szeroki, nieuzasadniony z perspektywy celów ustawy. Obejmuje bowiem każdy przypadek wykonywania działalności gospodarczej (np. usługi), zatem także i taki, który nie zakłada kontaktu bezpośredniego (np. wykonywanie działalności gospodarczej w postaci sprzedaży towarów w sytuacji, w której ich dostarczenie następuje za pośrednictwem firmy logistycznej). Niezrozumiałe jest też obejmowanie wskazanym przepisem usług niewymagających obecności zlecającego (np. wykonanie prac budowlanych pod nieobecność zlecającego czy naprawa samochodu). Z tego względu, aby uzgodnić zakres przepisu z intencjami projektodawców, wydaje się, że powinien on dotyczyć wyłącznie działalności gospodarczej związanej z bezpośrednim kontaktem z osobą, na rzecz której jest wykonywana.



7.3. Artykuł 4 ust. 1 i 2 Projektu ustawy wyklucza prowadzenie działalności gospodarczej podlegającej ograniczeniom, jeżeli miałyby być prowadzona na rzecz osoby, która nie jest zaszczepiona, nie przeżyła infekcji wirusem SARS-CoV-2 lub nie posiada negatywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 w ciągu ostatnich 48 godzin. Należy zatem w tym miejscu zwrócić uwagę, że regulacja taka jest zbyt daleko idąca i może doprowadzić w skrajnym przypadku do zagrożenia życia i zdrowia oraz naruszenia innych norm konstytucyjnych i ustawowych. Stanie się tak, jeśli ograniczenie działalności obejmować będzie sprzedaż towarów i usług pierwszej potrzeby, lekarstw, energii, usług medycznych czy – co istotne z perspektywy Krajowej Izby Radców Prawnych – usług prawnych. Osoba niezaszczepiona a zarażona wirusem SARS-CoV-2 nie będzie miała możliwości zakupu żywności czy leków, dostępu do lekarza niepublicznej opieki zdrowotnej – co stanowić będzie realne ryzyko dla jej życia czy zdrowia. Nie zawsze będzie miała możliwość uzyskania wsparcia osób trzecich w nabyciu potrzebnych towarów czy usług. Co więcej, nie jest wykluczone ograniczenie działalności gospodarczej polegającej na wykonywaniu testów w kierunku SARS-CoV-2 czy szczepień, co prowadziłoby do oczywistej sprzeczności i niemożliwości spełnienia przez osobę przesłanek dostępu do działalności gospodarczej, o której mowa w art. 4 ust. 1 i 2 Projektu ustawy. Z tego względu stanowczo należy rekomendować, aby przyjęcie art. 4 ust. 1 i 2 Projektu ustawy było powiązane z określeniem w tej ustawie albo w ustawie z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi – rodzajów działalności gospodarczej, które nie mogą podlegać ograniczeniu określonemu na podstawie art. 46b pkt 2 tej ustawy.

7.4. Ograniczenia związane z wejściem na teren podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą powinny być uzgodnione z art. 3 ust. 6 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953, które określa ramy wydawania, weryfikowania i uznawania interoperacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19.

7.5. Proponowany art. 4 ust. 1 Projektu ustawy rodzi ryzyko wykluczenia ekonomiczno-społecznego osób, które z uwagi na przeciwwskazania nie mogą się zaszczepić, a jednocześnie nie będą objęci nieodpłatnymi testami, o których mowa w art. 1 ust. 1 Projektu ustawy (np. nie będą pracownikami), jak też nie będzie ich stać na testy komercyjne. Dotyczy to np. emerytów i rencistów. Problematiczna – na gruncie Projektu ustawy – jest także sytuacja dzieci, które nie

są wyłączone spod przedmiotowej regulacji. Tym samym Projekt ustawy powinien być uzupełniony przykładowo o nowelizację ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2268 ze zm.) przez wprowadzenie wprost świadczenia na pokrycie kosztów testów, o których mowa w Projekcie ustawy. Zasiłek celowy nie wydaje się tutaj adekwatnym świadczeniem, gdyż z uwagi na krótki, 48 godzinny termin, nowe świadczenie powinno być przyznawane w nadzwyczaj szybkiej procedurze. Wskazane jest też wyłączenie spod reżimu Projektu ustawy osób niepełnoletnich.

8. Kluczowy dla analizowanej regulacji art. 4 ust. 3 Projektu ustawy określa, że przedsiębiorca lub podmiot niebędący przedsiębiorcą, o którym mowa w art. 4 ust. 1 lub 2 Projektu ustawy, może żądać od osoby, o której mowa w art. 4 ust. 1 lub 2 Projektu ustawy, okazania negatywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem, zaświadczenia o przebytej infekcji wirusa SARS-CoV-2 lub certyfikatu o zaszczepieniu przeciwko COVID-19.

8.1. Konstrukcja przepisu art. 4 ust. 3 Projektu ustawy prowadzi do dość paradoksalnych wniosków. Okazuje się bowiem, że skoro żądać okazania wyniku testu, zaświadczenia lub certyfikatu można od osoby, o której mowa w art. 4 ust. 1 lub 2 Projektu ustawy, to tym samym nie można ich żądać od osoby nieposiadającej testu, zaświadczenia lub certyfikatu. Wydaje się to sprzeczne z intencją projektodawcy. Zapewne zamierzeniem było wymaganie wskazanych dokumentów od wszystkich osób, na rzecz których wykonywana jest działalność gospodarcza. Odesłanie jednak w art. 4 ust. 3 do ust. 1 i 2 Projektu ustawy prowadzi do uwzględnienia osób, o których mowa w tych przepisach, a zatem które przebyły infekcję wirusa SARS-CoV-2, zaszczepionych przeciwko COVID-19 lub posiadających negatywny wynik testu na wskazaną chorobę z ostatnich 48 godzin.

8.2. Ujęcie normatywne art. 4 ust. 3 Projektu ustawy wymaga poprawy, albowiem dopuszcza wymaganie od osoby posiadającej test negatywny na COVID-19 z ostatnich 48 godzin zaświadczenia o przebyciu infekcji wirusa SARS-CoV-2 lub certyfikatu zaszczepienia przeciwko COVID-19, a od osób posiadających takie zaświadczenie czy certyfikat – wyniku wspomnianego testu. Projektodawca ujął bowiem odesłania do ust. 1 i 2 dwukrotnie i w obu przypadkach jako



alternatywę łączną. Tymczasem prawidłowa konstrukcja oddająca domniemane intencje projektodawcy powinna przewidywać, że przedsiębiorca lub inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą może żądać wyniku negatywnego testu na COVID-19, a dopiero w jego braku powinna aktualizować się możliwość żądania wspomnianego certyfikatu czy zaświadczenia.

8.3. Artykuł 4 ust. 3 Projektu ustawy w obecnym brzmieniu jest niezgodny z zasadą równości (art. 32 Konstytucji) z uwagi na pominięcie podmiotów równych wskazanym w nim cechą relevantną, tj. osób posiadających przeciwciała charakterystyczne dla koronawirusa SARS-CoV-2, ale nieposiadających certyfikatu czy zaświadczenia o przebyciu infekcji wirusa SARS-CoV-2 (argumentacja analogiczna do wskazanej w uwagach do art. 2 ust. 3 Projektu ustawy). W celu usunięcia niezgodności z konstytucyjną zasadą równości Projekt ustawy powinien być uzupełniony o możliwość przedstawienia wyniku badania na obecność przeciwciał. Powtórzyć należy, że minimalny poziom przeciwciał dopuszczający do bycia odbiorcą działalności gospodarczej mógłby określać minister właściwy do spraw zdrowia w oparciu o aktualną wiedzę medyczną. Pominięcie wskazanej kategorii osób godzi również w zdrowie publiczne, skłaniać może bowiem wskazane osoby do poddania się szczepieniu na COVID-19 w okresie po chorobie, w którym jest to przeciwwskazane. Jednocześnie nie ma żadnych przeciwwskazań, w tym z perspektywy prawa unijnego czy osiągnięcia celów ustawy, aby uwzględnić wskazaną grupę. Nie różni się ona od osób, które przebyły infekcję wirusa SARS-CoV-2 i posiadają zwiazany z tym certyfikat, za wyjątkiem tego, że osoby z tej drugiej grupy w trakcie infekcji uzyskały wynik pozytywny testu w kierunku wirusa SARS-CoV-2. Ta okoliczność formalna nie ma znaczenie dla celów wskazanej regulacji, albowiem to nie uzyskanie wyniku pozytywnego testu w kierunku wirusa SARS-CoV-2 uzasadnia z perspektywy uzasadnienia Projektu ustawy uwzględnienie posiadaczy zaświadczenia w projektowanej regulacji, lecz ochrona przed zakażeniem i ciężkim przebiegiem choroby wynikająca z posiadanych przeciwciał.

9. Artykuł 4 ust. 4 Projektu ustawy nakazuje osobie, o której mowa w art. 4 ust. 1 lub 2 Projektu ustawy, okazanie na wezwanie przedsiębiorcy lub podmiotu niebędącego przedsiębiorcą, lub osoby przez niego upoważnionej, negatywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem, zaświadczenia o przebytej infekcji wirusa SARS-CoV-2 lub certyfikatu o zaszczepieniu przeciwko COVID-19.

9.1. Przepis art. 4 ust. 4 Projektu ustawy podobnie jak art. 4 ust. 3 Projektu ustawy zawiera dwa mankamenty konstrukcyjne. Po pierwsze, zapewne przez niedopatrzenie nakaz okazania negatywnego wyniku testu, zaświadczenia lub certyfikatu dotyczy osób, o których mowa w art. 4 ust. 1 i 2 Projektu ustawy – do nich bowiem przepis odsyła – a zatem posiadających taki wynik, zaświadczenie czy certyfikat. Nie obejmuje zaś osób nieposiadających takich dokumentów, co jest – jak się wydaje – niezgodne z intencją projektodawcy. Po drugie, pozwala od osoby posiadającej negatywny wynik testu żądać zaświadczenia lub certyfikatu, od osoby posiadającej zaświadczenie żądać negatywnego wyniku testu lub certyfikatu, a od osoby posiadającej certyfikat – negatywnego wyniku testu lub zaświadczenia. Prawidłowa konstrukcja przepisu powinna zawierać przed słowem „negatywny” słowo „odpowiednio”.

9.2. Projekt ustawy nie określa, w którym momencie może być sformułowane żądanie, o którym mowa w art. 4 ust. 4 Projektu ustawy. Z perspektywy celów ustawy wydaje się, że żądanie to powinno być ograniczone do momentu poprzedzającego wykonywanie na rzecz danej osoby działalności gospodarczej. Przyjmując argumentację projektodawców idzie bowiem o to, aby w miejscu prowadzenia tej działalności ryzyko zarażenia wirusem SARS-CoV-2 było istotnie obniżone. Tytułem przykładu może być sytuacja, w której osoba zostaje wpuszczona do restauracji, a następnie zostaje negatywnie zweryfikowana już po kontakcie z innymi klientami (np. przy stoliku, po przejściu przez lokal). Czyni to odmowę świadczenia na rzecz takiej osoby działalności gospodarczej spóźnioną z perspektywy celów regulacji. Z tego względu rekomenduje się zakreślenie ram czasowych przez dodanie zwrotu „przed wykonywaniem na jej rzecz działalności gospodarczej” przed słowem „okazuje”. Zwrócić też należy uwagę na problem działalności gospodarczej o charakterze ciągłym (np. dostawa energii elektrycznej czy budowa domu) – czy również w takim przypadku osoba powinna być obowiązana do okazania dokumentów na żądanie przedsiębiorcy (np. inwestor na żądanie wznoszącego dom).

9.3. Luką art. 4 ust. 4 Projektu ustawy z perspektywy ochrony danych osobowych jest niedookreślenie formy upoważnienia, o którym mowa w tym przepisie, jak też braku wyrażenia wprost w tej normie obowiązku okazania upoważnienia przez osobę, która twierdzi, że takie upoważnienie posiada, osobie, której dokumenty mają być weryfikowane. Ponadto należy dodać normę, że okazanie informacji przez osobę zweryfikowaną następuje w warunkach zapewniających ochronę danych osobowych, o których mowa w przepisie (tzn. aby osoby postronne nie



mogły poznać tych danych osobowych - np. osoby stojące w kolejce za osobą okazującą informację).

10. Stosownie do art. 4 ust. 5 Projektu ustawy „[o]sobę, która odmawia okazania dokumentów, o których mowa w ust. 4 [art. 4], traktuje się jako osobę nieposiadającą negatywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem, nieposiadającą statusu ozdrowieńca lub niezaszczepioną przeciwko COVID-19.” Wskazany przepis rodzi trzy postulaty doskonalące.

10.1. Po pierwsze, wymaga doprecyzowania, na jakie potrzeby osobę odmawiającą okazania dokumentów traktuje się jako osobę nieposiadającą wyniku testu, statusu ozdrowieńca lub niezaszczepioną przeciwko COVID-19. Przepis nie zawęża bowiem tego traktowania tylko do przypadku wykonywania na rzecz takiej osoby działalności gospodarczej. Z uwagi na treść przepisu właściwie determinuje on takie traktowanie wskazanych osób także w innych przypadkach np. na potrzeby statystyki. Nie wydaje się, aby intencja projektodawcy była tak daleko idąca. Z tego względu rekomenduje się zastąpić zwrot „o których mowa w ust. 4” zwrotem „w przypadku o którym mowa w ust. 4”.

10.2. W art. 4 ust. 5 Projektu ustawy pojawia się nowe pojęcie „ozdrowieńca”. Zgodnie z regułami wykładni systemowej oznaczać to będzie, że jest to kategoria odmienna od osób, które przebyły infekcję wirusa SARS-CoV-2. Nie jest jednak zrozumiała różnica, jaka ma tutaj zachodzić, że projektodawca posłużył się odmiennym terminem. Stąd zasadne wydaje się ujednolicenie terminologii. Rekomendować można posługiwanie się zwrotem „ozdrowieniec”, który obejmowałby zarówno osoby posiadające zaświadczenie COVID o przebyciu infekcji wirusa SARS-CoV-2, jak i osoby posiadające przeciwciała po przebyciu takiej infekcji, lecz nie spełniające wymogów formalnych do uzyskania zaświadczenia.

11. Artykuł 4 ust. 6 Projektu ustawy określa, że czynności stanowiące realizację działalności gospodarczej, o której mowa w art. 4 ust. 1 lub 2 Projektu ustawy, mogą być wykonywane wyłącznie przez osobę posiadającą negatywny wynik testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2 wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem, po przebytej infekcji wirusa SARS-CoV-2 lub zaszczepioną przeciwko COVID-19.

11.1. Przedstawiony art. 4 ust. 6 Projektu ustawy nie określa, w jaki sposób przedsiębiorca będzie mógł ustalić, czy osoba w przedsiębiorstwie wykonująca czynności stanowiące realizację działalności gospodarczej zalicza się do kategorii podanej w tym przepisie. Regulacja ta nie w pełni bowiem koresponduje z art. 2 ust. 1 Projektu ustawy, który dopuszcza żądanie przez pracodawcę takiej informacji od pracownika tylko wówczas, gdy jest to niezbędne do przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się choroby COVID-19 w zakładzie pracy lub innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy. Tymczasem w wielu przypadkach taka konieczność nie będzie zachodzić (np. wykonawca budowlany samodzielnie wykonuje prace wykończeniowe w niezamieszkałym domu inwestora), więc pracodawca nie będzie wiedział, czy jego pracownik spełnia wymagania z art. 4 ust. 6 Projektu ustawy. W konsekwencji nie będzie miał środków ustalenia, czy narusza normę tego przepisu. Powtórzyć również należy, że podobnie jak przy art. 4 ust. 1 Projektu ustawy, zastrzeżenie z art. 4 ust. 6 Projektu ustawy powinno tylko dotyczyć działalności gospodarczej wykonywanej w bezpośrednim kontakcie z osobą, na której rzecz jest ta działalność wykonywana.

11.2. Przepis art. 4 ust. 6 Projektu ustawy ma, jak się wydaje, zapewnić odpowiednią ochronę zdrowia osoby, na rzecz której działalność gospodarcza jest wykonywana. Skoro zatem osoba ta ma obowiązek okazania przedsiębiorcy lub podmiotowi niebędącemu przedsiębiorcą, a nawet osobie przez niego upoważnionej, swoich danych osobowych dotyczących testu na COVID-19, przebytej infekcji wirusa SARS-CoV-2 lub zaszczepienia się przeciwko COVID-19, to cel ten podważa brak normy, w której osoba, na rzecz której ma być wykonywana działalność gospodarcza, byłaby uprawniona do zweryfikowania, czy istotnie osoba mająca np. świadczyć określone usługi spełnia wymagania z art. 4 ust. 6 Projektu ustawy.

12. Analizowany art. 4 Projektu ustawy powinien być uzupełniony o przepisy związane z ochroną danych osobowych, w których posiadanie wchodzi osoba, której okazywane są dane zgodnie z ust. 4 tego przepisu. Jest to tym istotniejsze przy uwzględnieniu wykładni systemowej wskazanego przepisu, zwłaszcza w powiązaniu z art. 2 Projektu ustawy. Brakuje w art. 4 ust. 2 Projektu ustawy normy analogicznej do:

- art. 2 ust. 5 Projektu ustawy określającej zasady przechowywania danych osobowych,
- art. 2 ust. 6 przewidującej objęcie udostępnianej informacji tajemnicą,



- art. 2 ust. 7 określającej obowiązek niezwłocznego usunięcia danych.

Szczególne znaczenie ma wprowadzenie tajemnicy danych okazywanych zgodnie z art. 4 ust. 4, w tym zabezpieczenie warunków, w których ono następuje tak, aby okazanie nie prowadziło do zasięgnięcia informacji o danych osobowych przez osobę postronną (np. innego klienta).

Uwagi do art. 5 Projektu ustawy

13. Przepis art. 5 ust. 1 Projektu ustawy przewiduje, że wraz z danymi zawartymi w tzw. unijnym cyfrowym zaświadczeniu COVID lub zaświadczeniu o przebytej infekcji wirusem SARS-CoV-2 może być przetwarzany wizerunek twarzy posiadacza zaświadczenia. Regulacja art. 5 ust. 1 Projektu ustawy – w świetle jej uzasadnienia – ma umożliwiać potwierdzenie istotnych na gruncie tej ustawy informacji (dot. wyniku testu, zaszczepienia czy przebycia choroby) bez konieczności udostępniania innych danych osobowych (np. imienia i nazwiska).

13.1. Odnotować należy uwzględnienie w art. 5 ust. 1 Projektu ustawy zaświadczeń o przebyciu infekcji wirusem SARS-CoV-2 innych niż unijne cyfrowe zaświadczenie COVID, co daje perspektywę do objęcia tą kategorią zaświadczeń o posiadaniu przez osobę wskazaną w zaświadczeniu przeciwciał świadczących o przebyciu choroby COVID-19. Wskazana kategoria zaświadczeń wymaga jednak doprecyzowania w pozostałych przepisach, albowiem treść tych zaświadczeń nie jest dookreślona. Wymaga także uzgodnienia z początkową treścią przepisu, który nie odnosi się do weryfikacji przejścia przez daną osobę infekcji wirusem SARS-CoV-2, lecz jedynie do tego, czy „zakończyła izolację w warunkach domowych, izolację albo hospitalizację z powodu zarażenia wirusem SARS-CoV-2”.

13.2. Artykuł 5 ust. 1 Projektu ustawy wymaga uzupełnienia o precyzyjne wskazanie przez kogo, jak długo i na jakich warunkach może być przetwarzany wizerunek twarzy posiadacza zaświadczenia. Mogą pojawić się na tle tego przepisu wątpliwości, czy np. przedsiębiorca może zachowywać pliki z wizerunkiem osób, na rzecz których prowadzi działalność gospodarczą. Istnieje również problem, czy w sytuacji weryfikacji off-line przedsiębiorca będzie miał w posiadaniu bazę danych osób wraz z ich wizerunkami, niezbędną wszak do ustalenia, czy dana weryfikowana osoba się w tej bazie znajduje. Rodzi to znaczące ryzyko dla bezpieczeństwa tych danych.

13.3. Wykorzystanie do weryfikacji wizerunku twarzy posiadacza jest nieadekwatnym środkiem, gdyż w obecnych warunkach epidemicznych twarz posiadacza zaświadczenia w trakcie jego okazywania będzie zasłonięta (maseczką) w obszarze ust i nosa. Z kolei zobowiązanie do odsłonięcia ust i nosa będzie zwiększało ryzyko infekcji i godziło w cel Projektu ustawy.

14. Artykuł 5 ust. 2 Projektu ustawy zakłada, że do weryfikacji danych zawartych w unijnym cyfrowym zaświadczeniu COVID oraz wizerunku twarzy stosować będzie się aplikację mobilną udostępnioną przez jednostkę podległą ministrowi właściwemu do spraw zdrowia właściwą w zakresie systemów informacyjnych ochrony zdrowia.

14.1. Artykuł 5 ust. 2 Projektu ustawy nakłada ustawowy obowiązek posiadania narzędzia weryfikacyjnego umożliwiającego stosowanie wskazanej w nim aplikacji (np. smartphone'u) na podmioty weryfikujące. Jednak jednocześnie nie wprowadza rekompensaty nabycia takiego środka technicznego. Tym samym w praktyce kosztami wprowadzenia systemu weryfikacyjnego obciążeni zostali przedsiębiorcy.

14.2. Artykuł 5 ust. 2 Projektu ustawy przymusza do zawarcia umowy z podmiotami zagranicznymi prowadzącymi sklepy z aplikacjami. Nawet sami projektodawcy ustawy podali dwie nazwy takich sklepów prowadzonych przez prywatne podmioty o zasięgu globalnym (s. 4 uzasadnienia Projektu ustawy), przy tym bez informacji, czy zawarte jest z nimi jakiekolwiek na to porozumienie. Projektodawcy pominęli, że pobranie aplikacji z tych sklepów wiąże się z uprzednim zawarciem umowy na korzystanie z nich (nawet w przypadku zakładanej bezpłatności). W chwili uchwalenia ustawy wskazane umowy przestaną być w swej istocie dobrowolne, lecz staną się obligatoryjne dla podmiotów dokonujących weryfikacji danych, o których mowa w przepisie. Rodzić to będzie pytania o charakter tych umów (równorzędność stron), w tym, czy zgoda na warunki usług wskazanego sklepu jest oświadczeniem woli, skoro nie wynika z woli danego podmiotu, lecz konieczności ustawowej. Co więcej, nie jest wykluczone, że tak pozyskana aplikacja będzie mogła służyć wskazanym podmiotom prywatnym do profilowania użytkownika. Aby uniknąć tego niebezpieczeństwa aplikacja powinna być możliwa do pobrania bezpośrednio ze strony podmiotu publicznego bez konieczności zawierania umowy z jakimkolwiek pośrednikiem.

14.3. Aplikacja, o której mowa w art. 5 ust. 2 Projektu ustawy, stanowi w istocie udostępniony prywatnym podmiotom środek administrowania z zakresu ochrony zdrowia związany z przetwarzaniem danych osobowych. Choć stosować będą go podmioty prywatne, to odpowiedzialnym za aplikację oraz gromadzenie i wykorzystanie zebranych w niej danych pozostaje podmiot publiczny – jednostka podległa ministrowi właściwemu do spraw zdrowia właściwa w zakresie systemów informacyjnych ochrony zdrowia (jak wynika z uzasadnienia Projektu ustawy – Centrum e-Zdrowia). Stosowanie tej aplikacji stanie się w przypadku uchwalenia Projektu ustawy faktyczną koniecznością dla wielu podmiotów. Stąd działanie aplikacji – jak każdego innego środka administrowania wobec podmiotów zewnętrznych względem podmiotów administrujących – musi być określone przepisami prawa. Jednostka podległa ministrowi właściwemu do spraw zdrowia właściwa w zakresie systemów informacyjnych ochrony zdrowia – zgodnie z art. 7 Konstytucji musi działać w granicach i na podstawie prawa. Aktualnie Projekt ustawy, choć w art. 5 ust. 2 daje podstawy do działania tej jednostki przez opracowanie i udostępnienie aplikacji, to nie wyznacza granic, w których ma się to odbywać. Z perspektywy art. 47 i art. 51 Konstytucji w szczególności niezbędne jest wyczerpujące określenie, jakie dane zbiera aplikacja, w jaki sposób i jakie są gwarancje ich bezpieczeństwa. Takie dookreślenie jest także pożądane z perspektywy celów ustawy, eliminować będzie bowiem obawy wobec stosowania aplikacji związane z wykorzystaniem jej do agregowania innych danych, niż wynikałoby to z Projektu ustawy (np. o tym, gdzie obywatel przebywał w danym czasie, choćby było to pożądane z perspektywy bezpieczeństwa publicznego celem ustalenia świadków przestępstwa). Z uwagi na specyfikę materii, dopuszczalne wydaje się przy tym, aby szczegółowe rozwiązanie normujące funkcjonowanie aplikacji określało rozporządzenie ministra właściwego do spraw zdrowia, przy czym wytyczne ustawowe winny uwzględniać potrzebę określenia sposobu wykorzystania danych osobowych i ich zabezpieczenia z uwzględnieniem potrzeb ochrony tych danych.

14.4. Wskutek braków normatywnych, w szczególności przepisów określających funkcjonowanie planowanej aplikacji (a przynajmniej delegacji do ich wydania przez właściwego ministra), następujący fragment ze strony 4 uzasadnienia Projektu ustawy nie znajduje potwierdzenia w Projekcie ustawy: „Aplikacja o nazwie Skaner Certyfikatów COVID występować będzie w dwóch wersjach systemowych. Pierwsza wersja aplikacji będzie dedykowana Straży Granicznej, druga zaś wszystkim obywatelom. [...] Wersja w pierwszym wariantcie, z której będzie

korzystać Straż Graniczna, oprócz statusu weryfikacji przetwarzać będzie również dane z zeskanowanego certyfikatu takie jak: imię i nazwisko posiadacza certyfikatu, data urodzenia posiadacza certyfikatu i identyfikator certyfikatu. Wersja druga będzie dedykowana wszystkim obywatelom. W niej prezentowany będzie jedynie status zdrowotny weryfikacji (certyfikat potwierdzony lub certyfikat niepotwierdzony) na podstawie skanowania kodu QR umieszczonego w certyfikacie.”

15. Artykuł 5 ust. 3 Projektu ustawy przewiduje, że do weryfikacji statusu zdrowotnego wystarczające jest sprawdzenie ważności unijnego cyfrowego zaświadczenia COVID oraz odczytanie kodu QR, a także wizerunku twarzy posiadacza tego zaświadczenia, jeżeli dotyczy osoby dokonującej weryfikacji uregulowanej w art. 5 ust. 2 Projektu ustawy.

15.1. W analizowanym art. 5 ust. 3 Projektu ustawy brakuje – zwłaszcza w świetle art. 10 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953 w sprawie określenia ram wydawania, weryfikowania i uznawania interoperacyjnych zaświadczeń o szczepieniu, o wyniku testu i o powrocie do zdrowia w związku z COVID-19 – regulacji określającej obowiązek niezwłocznego usunięcia danych po ich sprawdzeniu, jak też zachowania tych danych w tajemnicy. Jak wspomniano w uwagach końcowych do art. 4 Projektu ustawy, pożądana jest też norma określająca, że sposób weryfikacji statusu zdrowotnego musi uniemożliwiać zapoznanie się z danymi przez osoby nieuprawnione (np. osoby czekające w kolejce do weryfikacji). Nie jest tu wystarczająca tajemnica określona w art. 6 ust. 2 Projektu ustawy, gdyż ta została zawężona do osób wykonujących zawód medyczny, a nie wszystkich, które będą miały styczność z danymi określonymi w art. 5 Projektu ustawy.

15.2. Zwrot użyty w art. 5 ust. 3 Projektu ustawy, tj. „odczytanie” wizerunku twarzy nie jest prawidłowy. Jak się wydaje, właściwsze jest objęcie wizerunku „sprawdzeniem”, jeżeli jego przetwarzanie mimo wyżej sformułowanych uwag krytycznych zostanie zachowane. Użyty zwrot językowy rodzi obawy, czy projektodawcy przewidują zautomatyzowane „odczytywanie” wizerunku twarzy z wykorzystaniem nowoczesnych technologii (np. specjalne kamery). Potwierdza to potrzebę uregulowania funkcjonowania aplikacji, o której mowa w art. 5 ust. 2 Projektu ustawy, aby rozwiązać obawy co do takich form kontroli jednostek. Zwrot „odczytanie”



zdaje się wykluczać wydawaniem certyfikatów w formie innej niż cyfrowej, co będzie wzmocniać wykluczenie cyfrowe.

16. Regulacja art. 5 Projektu ustawy może być kwestionowana co do swojej proporcjonalności, gdyż stwarza zagrożenie związane z ochroną danych osobowych (wizerunku), wymuszając zawieranie umów z podmiotami zagranicznymi oraz zakup sprzętu do weryfikacji. Z uzasadnienia Projektu ustawy zdaje się wynikać, że konieczność przetwarzania wizerunku twarzy posiadacza zaświadczenia jest niezbędna dla uniknięcia nadużyć w sytuacji, gdy nie będą przetwarzane inne dane osobowe, tj. do przeciwdziałania wykorzystywaniu przez daną osobę zaświadczenia osoby trzeciej. Należy zatem zarekomendować zastosowanie mniej inwazyjnego środka, zwłaszcza z perspektywy ryzyka dla ochrony danych osobowych, przez stypizowanie przestępstwa polegającego na posługiwaniu się niewłasnym zaświadczeniem, o którym mowa w art. 5 ust. 1 Projektu ustawy. Możliwość osiągnięcia celów art. 5 ust. 1 Projektu ustawy regulacją karną czyni nieproporcjonalnym rozwiązanie ujęte w art. 5 Projektu ustawy. Dla uniknięcia bowiem mniejszościowego zjawiska wykorzystywania niewłasnych zaświadczeń projektodawca nakłada obciążenia na wszystkich uczestników obrotu społeczno-gospodarczego tworząc jednocześnie ryzyko dla ochrony ich danych osobowych.

17. Przyjęte w art. 5 Projektu ustawy rozwiązanie bezalternatywne przewidujące do weryfikacji statusu zdrowotnego wyłącznie użycie aplikacji mobilnej i kodów QR prowadzić będzie do wykluczenia cyfrowego, zwłaszcza seniorów. Godzić to też będzie w cele ustawy, osłabiając jej stosowanie w odniesieniu do osób mniej sprawnych technologicznie. Z tego względu proponować przychodzi wprowadzenie alternatywnego rozwiązania, zakładającego wydanie zaświadczenia w formie legitymacji przypominającej takie dokumenty jak prawo jazdy czy dowód osobisty. Zaświadczenie to mogłoby zawierać wyłącznie informację o statusie zdrowotnym, wizerunek twarzy posiadacza zaświadczenia oraz dane wystawcy zaświadczenia. Takie rozwiązanie niesie istotną korzyść z perspektywy ochrony danych osobowych, albowiem nie stosując aplikacji i nie wymagając odczytania kodu QR, podmiot weryfikujący dane osobowe posiadacza zaświadczenia nie będzie wchodził w posiadanie cyfrowe jego wizerunku, lecz jedynie zweryfikuje wizerunek rzeczywisty z tym, który został utrwalony na legitymacji. Nie będzie zatem opisanych wyżej zagrożeń związanych z przetwarzaniem przez weryfikującego

danych osobowych w postaci wizerunku osoby (np. że osoba weryfikująca utrwali ten wizerunek poza dedykowaną aplikacją np. jeżeli weryfikacja będzie dokonywana na telefonie wykonana zrzut ekranu). Z perspektywy skuteczności weryfikacji i osiągnięcia celów ustawy nie ma różnicy między taką weryfikacją, a określoną w art. 5 Projektu ustawy. Stąd postulat uzupełnienia metody podanej w tym przepisie o metodę weryfikacji analogowej.

18. Analizowany art. 5 Projektu ustawy nie zawiera rozwiązań normatywnych deklarowanych w uzasadnieniu Projektu ustawy. Stwierdzono w nim bowiem na s 4, że „Aplikacja Skaner Certyfikatów COVID nie będzie przechowywać danych z zeskanowanych kodów, które znajdują się na unijnych cyfrowych zaświadczeniach COVID. Aplikacja nie będzie przysyłać danych, które odczytała na podstawie zeskanowanego kodu QR, a tryb działania aplikacji będzie w pełni offline w zakresie weryfikacji kodów (w trybie on-line aplikacja będzie pobierała klucz do weryfikacji QR kodu)”. Brak jest w Projekcie ustawy normy, która zabrania przysyłania takich danych. Projekt ustawy nie zawiera też gwarancji, że okoliczności weryfikacji i danych z nią związanych (np. kto dokonał weryfikacji, w jakim miejscu, w jakim czasie itd.), zbędne wszak z perspektywy celu i funkcji normy, nie będą zbierane i wykorzystywane ani przez podmiot publiczny, ani przez podmiot prywatny obsługujący aplikację, czego wszak przywołane uzasadnienie Projektu ustawy nie wyklucza. Może to wzbudzać nieufność do stosowania proponowanego narzędzia. Nie dotyczy tej kwestii art. 6 ust. 5 Projektu ustawy, gdyż ten zawęża się tylko do osób wykonujących zawód medyczny. Z tego względu rekomenduje się uzgodnienie treści art. 5 Projektu ustawy z uzasadnieniem Projektu ustawy przez dodane przepisów jednoznacznie wykluczających podobne zagrożenia.

Uwagi do art. 6 Projektu ustawy

19. Zgodnie z art. 6 ust. 1 Projektu ustawy osoba wykonująca zawód medyczny będzie uprawniona do wydania unijnego cyfrowego zaświadczenia COVID wraz z odwzorowaniem wizerunku twarzy posiadacza tego zaświadczenia. Przepis ten upoważnia zatem osoby wykonujące zawód medyczny do wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej.

19.1. Artykuł 6 ust. 1 Projektu ustawy odnosi się tylko do zaświadczenia COVID. Zachodzi zatem luka wewnątrz Projektu ustawy, gdyż pominięto inne od zaświadczenia COVID zaświadczenie, o którym mowa w art. 5 ust. 1 Projektu ustawy. Co zaskakujące, oznacza to pominięcie

zaświadczenia określonego jako tzw. uproszczony certyfikat, o którym projektodawcy wspominają na s. 1 uzasadnienia Projektu ustawy. Brakuje zatem norm określających treść tego zaświadczenia oraz podmiot go wystawiający. Formę tego zaświadczenia mógłby określać minister właściwy do spraw zdrowia w drodze rozporządzenia. Pozwoli to uniknąć niejedności i nadużyć.

Uwagi do art. 7 Projektu ustawy

20. Zgodnie z art. 7 Projektu ustawy kierownik podmiotu wykonującego działalność leczniczą będzie mógł nałożyć obowiązek zaszczepienia się przeciwko COVID-19 na jego pracowników oraz osoby pozostające w stosunku cywilnoprawnym z tym podmiotem, jeżeli nie ma przeciwskażeń do szczepienia w zakresie ich stanu zdrowia.

20.1. Na wstępie należy powtórzyć uwagę krytyczną dotyczącą posługiwania się w Projekcie ustawy pojęciem „osób pozostających w stosunku cywilnoprawnym”. Należy zauważyć, że na gruncie analizowanego przepisu art. 7 Projektu ustawy oznacza to np. klientów kupujących usługi w podmiocie wykonującym działalność leczniczą. Nie wydaje się, aby było to zamierzeniem projektodawców, ale z komentowanego przepisu wynika możliwość nałożenia np. przez stomatologa kierującego kliniką dentystyczną obowiązku zaszczepienia na klientów, którym klinika świadczy usługi.

20.2. Komentowany art. 7 Projektu ustawy rodzi liczne wątpliwości wynikające z niedostatku regulacji prawnej. Po pierwsze, nie został określony termin, w jakim kierownik podmiotu wykonującego działalność leczniczą może wymagać wykonania obowiązku zaszczepienia, o którym mowa w przepisie. Tymczasem taki odpowiednio długi termin powinien być określony, aby wyeliminować ryzyko zaskoczenia adresatów obowiązku. Po drugie, norma ma charakter regulacji pozbawionej sankcji. Nie jest bowiem jasne, co w sytuacji, w której pracownik lub inna zatrudniona osoba uchybi nałożonemu obowiązkowi – czy może zostać zwolniona. Po trzecie, przepis nie określa odpowiedzialności kierownika podmiotu, który nałożył obowiązek określony w art. 7 Projektu ustawy, w sytuacji, w której adresat tego obowiązku wskutek zaszczepienia się przeciwko COVID-19 dozna niepożądanych odczynów poszczepiennych. Ich zaistnienie pozostaje w związku przyczynowo-skutkowym z decyzją kierownika podmiotu, gdyż w sytuacji braku nałożenia obowiązku pracownik lub inna osoba zatrudnienia mogłaby

się nie zaszczepić w sytuacji dobrowolności szczepień. Brak w przepisach Projektu ustawy regulacji, która by zwalniała kierownika z takiej odpowiedzialności. Po czwarte, zastrzeżenia budzi końcowa część regulacji. Nie wiadomo bowiem, w jaki sposób ma pracownik lub inna osoba zatrudniona wykazać przeciwwskazania do szczepienia w zakresie stanu swojego zdrowia. Przepis nie określa wprost, czy w tym celu pracownik musi udostępnić pracodawcy dane szczególnie wrażliwie jakimi są dane zdrowotne o tych przeciwwskazaniach. Powstaje jednocześnie obawa, czy ujawnienie tych danych pracodawcy nie będzie prowadziło do dyskryminacji wykluczonej przepisami prawa pracy. Dodanie w treści regulacji stosownych norm zabezpieczających w tym zakresie jest niezbędne wprost dla ochrony życia i zdrowia, gdyż pracownicy mając obawy przed reakcją pracodawcy lub innych pracowników mogą poddać się zaszczepieniu wbrew przeciwwskazaniom, co może prowadzić do zachwiania ich stanu zdrowia, a nawet zagrożenia dla życia.

Pozostałe uwagi (językowo-legislacyjne)

W Projekcie ustawy wkradły się dalsze drobne usterki językowo-legislacyjne:

- pożądane jest poprzedzenie zwrotu „COVID-19” słowem „choroba”, a zwrotu „SARS-CoV-2” słowem „wirus” (jak w art. 2 ust. 3 Projektu ustawy).
- można mieć wątpliwości, czy zwrot „wykonanego nie wcześniej niż 48 godzin przed jego okazaniem” (art. 2 ust. 1 Projektu ustawy) oddaje intencje projektodawcy. W jego zamyśle pojęcie wcześniej/później odnosiło się zapewne do osi czasu. W treści przepisu zwrot ten odniósł jednak do punktu w postaci podania informacji o posiadaniu negatywnego wyniku testu. Skoro tak, termin powinien być liczony względem tego punktu, a zatem test wykonany nie później (licząc od tego punktu) niż oznaczona liczba godzin. Tym samym słowo „wcześniej” powinno być zastąpione słowem „później”.
- ujednolicenie terminologii (np. w jednym przepisie art. 3 raz jest użyty zwrot „48 godzin” a następnie „48h”; ozdrowieńcy są określani różnymi terminami).
- eliminować należy niedoskonałości interpunkcyjne (np. w art. 5 ust. 1 Projektu ustawy dodać przecinek przed słowem „czy”).



V. Wnioski i rekomendacje

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że przepisy Konstytucji nie wykluczają *a limine* przyjęcia ustawy w materii, której dotyczy Projekt ustawy. Jednak dotychczas twórcy Projektu ustawy nie wykazali, że spełnia on wymagania zasady (testu) proporcjonalności. Stąd niezbędne dla przyjęcia tej ustawy jest w pierwszej kolejności wykazanie spełnienia tej zasady na etapie prac parlamentarnych przez przedstawienie stosownych danych i projekcji wskazujących, że Projekt ustawy będzie skutecznym środkiem do osiągnięcia założonych przed nim celów i funkcji.

W opinii zdiagnozowano istotne niedoskonałości Projektu ustawy – od merytorycznych, po językowe i legislacyjne – które negatywnie rzutują na osiągnięcie celów i funkcji ustawy, narażając przy tym prawa i wolności większości obywateli. Wskazane zostały także regulacje, które mogą zostać podważone co do ich zgodności z przepisami Konstytucji.

W opinii przedstawiono braki wskazanego Projektu ustawy wymagające uzupełnienia dla zapewnienia skuteczności regulacji oraz zgodności z aktami wyższego stopnia w hierarchii źródeł prawa.

Podsumowując, **szczegółowa analiza Projektu ustawy wykazała, że wymaga on dopracowania w istotnym zakresie, wobec czego nie może być przyjęty w przedłożonym kształcie.**

Opracował:

dr Aleksander Jakubowski, radca prawny

