

Opinia prawna dotycząca obowiązku szczepień przeciwko COVID – 19 dla osób wykonujących określone zawody (w tym zawody medyczne) na mocy Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2021 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii

Sporządzona przez radcę prawnego: Grzegorza Trejgela (LB-1603).

Stan faktyczny:

W dniu 22 grudnia 2021 r. Minister Zdrowia wydał Rozporządzenie z dnia 22 grudnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii, które dokonało zmiany Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz. U. poz. 491, 522, 531 i 565) poprzez dodanie rozdział 6a w brzmieniu:

„Obowiązek przeprowadzenia szczepień ochronnych

§ 12a. 1. Obowiązkowi szczepień przeciwko COVID-19 podlegają:

- 1) osoby wykonujące zawód medyczny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2021 r. poz. 711, 1773 i 2120) w podmiotach wykonujących działalność leczniczą oraz osoby wykonujące czynności zawodowe w tych podmiotach, inne niż wykonywanie zawodu medycznego;
 - 2) osoby zatrudnione oraz osoby realizujące usługi farmaceutyczne, zadania zawodowe lub czynności fachowe w aptece ogólnodostępnej lub punkcie aptecznym;
 - 3) studenci kształcący się na kierunkach przygotowujących do wykonywania zawodu medycznego, o którym mowa w art. 68 ust. 1 pkt 1-8 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. z 2021 r. poz. 478, 619, 1630, 2141 i 2232).
2. Osoby, o których mowa w ust. 1, są obowiązane poddać się szczepieniu ochronnemu, którego efektem będzie otrzymanie unijnego cyfrowego zaświadczenia w rozumieniu art. 2 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/953 z dnia 14 czerwca 2021 r. 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 (Dz. Urz. UE L 211 z 15.06.2021, str. 1), w terminie nie późniejszym niż do dnia 1 marca 2022 r.

3. Obowiązek, o którym mowa w ust. 1, ma zastosowanie także do osób, u których do dnia 1 marca 2022 r. upłyne więcej niż 6 miesięcy od uzyskania pozytywnego wyniku testu diagnostycznego w kierunku SARS-CoV-2.

§ 12b. Obowiązek, o którym mowa w § 12a ust. 1, stosuje się do osób, które nie mają przeciwwskazań do szczepienia w zakresie stanu ich zdrowia."

Z treści tego rozporządzenia w szczególności do osób wykonujących zwód medyczny oraz pozostałych osób, świadczących pracę na podstawie umowy o pracę lub umowie cywilnoprawnej podmioty lecznicze (szpitale) wywiodły, ogólny obowiązek zaszczepienia się przeciwko COVID-19 tych osób jako obowiązek pracowniczy lub obowiązek wynikający ze stosunków cywilnoprawnych, wskazując, iż osoby te mają obowiązek złożyć oświadczenie o zamiarze zaszczepienia się a następnie o zaszczepieniu do dnia 1 marca 2022 r. W przypadku braku spełnienia powyższych obowiązków osoby te tracą zatrudnienie w szczególności poprzez rozwiązanie stosunku pracy w szczególności z winy pracownika, lub zostaną skierowane na profilaktyczne badania okresowe, w których zostanie oceniony stan zdrowia przez pryzmat szczepienia lub nie przeciwko COVID-19, jako warunek zdolności do pracy. Istnieje grupa lekarzy, pielęgniarek oraz innych pracowników zatrudnionych w podmiotach leczniczych (szpitalach), które z różnych przyczyn nie chcą przyjąć szczepionki przeciwko COVID-19 (przyczyny związane z wolnością sumienia, wolnością wyboru, wiedzy o niepożądanych odczynach poszczepiennych i obawach z tym związanych itd.). W tych okolicznościach powstaje wątpliwość prawa dwojakiego rodzaju, tj. czy rzeczywiście Rozporządzenie z dnia 22 grudnia 2021 r. wprowadza zgodnie z prawem obowiązek szczepień poszczególnych osób należących do wymienionych w tym rozporządzeniu grup zawodowych; oraz czy nawet zakładając taki obowiązek podmiot leczniczy może ten obowiązek kontrolować i wywodzić jakiegokolwiek negatywne skutki wobec pracowników i osób wykonujących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych, np. zwolnienie z pracy, przeniesienie na inne stanowisko pracy itd.

Podstawa prawna:

- 1) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r, Nr.78, poz. 483), zwana dalej Konstytucją RP”;
- 2) Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2021 r., poz. 2069 tekst jednolity), zwana dalej: „ustawą o chorobach zakaźnych”;
- 3) Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 1320 tekst jednolity), zwana dalej: „Kodeks pracy” lub „K.p.”;

- 4) Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2156 tekst jednolity), zwana dalej: „ustawą o równym traktowaniu”;
- 5) Rozporządzenie 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.U.UE.L.2016.119.1), zwane dalej: „RODO”;
- 6) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2021 r., poz. 2398), zwane dalej: „Rozporządzeniem o stanie epidemii”;
- 7) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2021 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2021 r. poz. 2398), zwane dalej: „Rozporządzeniem o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19”;
- 8) Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie zakażenia koronawirusem SARS-CoV-2 z dnia 27 lutego 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 325);
- 9) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 stycznia 2012 r. w sprawie wykazu rodzajów czynności zawodowych oraz zalecanych szczepień ochronnych wymaganych u pracowników, funkcjonariuszy, żołnierzy lub podwładnych podejmujących pracę, zatrudnionych lub wyznaczonych do wykonywania tych czynności (Dz.U. z 2012 r., poz. 40), zwane dalej: „Rozporządzeniem w sprawie zalecanych szczepień dla pracowników i innych grup zawodowych”;
- 10) Komunikat Głównego Inspektora Sanitarnego z dnia 28 października 2021 r. w sprawie Programu Szczepień Ochronnych na rok 2022 (Dziennik Urzędowy Ministra Zdrowia, Poz. 85), zwany dalej: „Programem szczepień ochronnych na rok 2022”.

Opinia prawna

I. Prawny obowiązek szczepień przeciwko COVID-19 a zgodność z prawem (Konstytucja RP) jego wprowadzenia na mocy Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2021 r.

1. W pierwszej kolejności oceniając możliwość wywodzenia jakichkolwiek skutków prawnych wobec osób zatrudnionych między innymi w podmiotach leczniczych objętych obowiązkiem szczepień przeciwko COVID-19 na mocy Rozporządzenia o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19, należy ocenić zgodność z prawem w szczególności z Konstytucją RP tej regulacji prawnej a co za tym idzie skuteczność wzmiankowanego rozporządzenia. Z treści Rozporządzenia o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19 wynika, że zostało ono wydane na podstawie art. 46 ust. 2 i 4 ustawy o chorobach zakaźnych. Natomiast w świetle art. 46 tejże ustawy:

- Jeżeli zagrożenie epidemiczne lub epidemia występuje na obszarze więcej niż jednego województwa, stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii ogłasza i odwołuje, w drodze rozporządzenia, minister właściwy do spraw zdrowia w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw administracji publicznej, na wniosek Głównego Inspektora Sanitarnego (ust. 2).
- Ogłaszając stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, minister właściwy do spraw zdrowia lub wojewoda mogą nałożyć obowiązek szczepień ochronnych na inne osoby niż określone na podstawie art. 17 ust. 9 pkt 2) oraz przeciw innym zakażeniom i chorobom zakaźnym, o których mowa w art. 3 ust. 1. (ust. 3)
- W rozporządzeniach, o których mowa powyżej, można ustanowić między innymi obowiązek przeprowadzenia szczepień ochronnych, o których mowa w ust. 3, oraz grupy osób podlegające tym szczepieniom, rodzaj przeprowadzanych szczepień ochronnych uwzględniając drogi szerzenia się zakażeń i chorób zakaźnych oraz sytuację epidemiczną na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii (ust. 4 pkt 7).

Natomiast zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o chorobach zakaźnych przepisy ustawy stosuje się do zakażeń i chorób zakaźnych, których wykaz jest określony w załączniku do ustawy, oraz biologicznych czynników chorobotwórczych wywołujących te zakażenia i choroby. Co do zasady więc ustawę stosuje się jedynie do zakażeń i chorób itd. wskazanych w załączniku do rzeczonyj ustawy. Natomiast art. 3 ust. 2 ustawy o chorobach zakaźnych stanowi, że w razie niebezpieczeństwa szerzenia się zakażenia lub choroby zakaźnej innych niż wymienione w wykazie, o którym mowa w ust. 1, minister właściwy do spraw zdrowia może ogłosić, w drodze rozporządzenia, zakażenie lub chorobę zakaźną oraz, o ile jest znany, wywołujący je biologiczny czynnik chorobotwórczy, a jeżeli to konieczne, szczególny sposób postępowania świadczeniodawców i osób narażonych na zakażenie lub zachorowanie przez czas określony w rozporządzeniu. W myśl zaś Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie zakażenia koronawirusem SARS-CoV-2 z dnia 27 lutego 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 325), wprowadzonego na podstawie art. 3 ust. 2 ustawy o chorobach zakaźnych zgodnie z § 1 ogłasza się, że zakażenie koronawirusem SARS-CoV-2 zostało objęte przepisami o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi.

Z regulacji prawnych powyżej wskazanej wynika wprost, iż do COVID-19 stosuje się **regulacje ustawy o chorobach zakaźnych, ale COVID – 19 nie został wskazany w załączniku nr 2 do ustawy, do którego odwołuje się art. 3 ust 1 ustawy o chorobach zakaźnych, a także COVID-19 nie został wskazana w ogóle jako choroba czy też zakażenie.**

2. Wobec powyżej przytoczonych przepisów prawa pojawiają się dwie wątpliwości co do zgodności z prawem wydanego Rozporządzenia o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19.

- a) Pierwsza wątpliwość związana jest z treścią art. 46 ust. 3 ustawy o chorobach zakaźnych. Przepis ten określił, iż ogłaszając stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii, minister właściwy do spraw zdrowia lub wojewoda mogą nałożyć obowiązek szczepień ochronnych na inne osoby niż określone na podstawie art. 17 ust. 9 pkt 2 oraz przeciw innym zakażeniom i chorobom zakaźnym, o których mowa w art. 3 ust. 1. Pamiętać należy, iż nałożenie obowiązku szczepień godzi w wyrażoną w art. 31 ust. 1 Konstytucji RP wolność człowieka. Na mocy zaś art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. W związku z tym każdy przepis w szczególności rangi ustawowej ograniczający wolność człowieka musi być interpretowany ściśle jako wyjątek od konstytucyjnej zasady wolności człowieka (*exceptiones non sunt extendendae*). Z literalnej treści art. 46 ust. 3 ustawy o chorobach zakaźnych wynika jedynie możliwości na warunkach wskazanych w tej ustawie objęcia obowiązkiem szczepień ochronnych jedynie w rozporządzeniu, które ma na celu ogłoszenie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii. Z treści upoważnienia ustawowego nie wynika, że może dojść do nałożenia obowiązku szczepień ochronnych w drodze nowelizacji, czyli zmiany rozporządzenia o ogłoszeniu stanu epidemii, a tak postąpił Minister Zdrowia wydając Rozporządzenie o stanie epidemii, będące nowelizacją Rozporządzenia o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19;
- b) Wątpliwość druga wynika z analizy treści art. 46 ust. 3 w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o chorobach zakaźnych. Z treści tych przepisów wynika, że w drodze rozporządzenia można nałożyć obowiązek szczepień ochronnych między innymi na określone osoby, ale jedynie w zakresie tych zakażeń i chorób zakaźnych itd., które są wykazane w załączniku nr 2 do ustawy. Natomiast załącznik nr. 2 nie wymienia choroby COVID-19. Ponadto w świetle art. 2 pkt 26 ustawy o chorobach zakaźnych szczepienie ochronne tj. podanie szczepionki przeciw chorobie zakaźnej w celu sztucznego uodpornienia przeciwko tej chorobie może być obowiązkowe, o ile szczepienie takie zostało ujęte w wykazie szczepień określonych przez ministra właściwego do spraw zdrowia (art. 17 ust. 10 ustawy o chorobach zakaźnych). Szczepienie może być też objęte

wykazem tzw. zalecanych szczepień ochronnych wymaganych u pracowników, funkcjonariuszu itd. (art. 20 ust. 4 ustawy o zwalczaniu chorób zakaźnych). Należy wskazać, iż szczepienie ochronne przeciwko chorobie COVID-19 nie jest objęte wykazem szczepień obowiązkowych, ani wykazem wynikającym z Rozporządzenia w sprawie zalecanych szczepień dla pracowników i innych grup zawodowych wydanego na podstawie art. 20 ust. 4 ustawy o chorobach zakaźnych, a zatem na gruncie jej przepisów – pozostaje nieobowiązkowe tj. dobrowolne. Co więcej nawet Rozporządzenia w sprawie zalecanych szczepień dla pracowników i innych grup zawodowych reguluje jedynie zalecane szczepienia ochronne nie zaś obowiązkowe. Także Programem szczepień ochronnych na rok 2022 nie przewiduje szczepienia przeciwko COVID-19 jako szczepienia ochronnego.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż **nie jest możliwe nałożenie obowiązku szczepień przeciwko COVID-19 na pracowników (osoby wykonują pracę na podstawie umów zlecenia) oraz na jakiegokolwiek obywatela w drodze rozporządzenia, gdyż z przepisów wynika jednoznacznie, że szczepienia obowiązkowe dotyczą wyłącznie chorób i zakażeń itd. wskazanych w załączniku nr 2 do ustawy. W konsekwencji sposób wprowadzenie „szczepień” ochronnych na mocy Rozporządzenia o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19 opisany w pkt a) i b) opinii jest obarczony poważną wadą prawną i to o charakterze podstawowym. A mianowicie to rozporządzenie przekracza upoważnienie ustawowe do określenie obowiązku szczepień a co za tym idzie narusza Konstytucję RP, tj. art. 92 ust. 1. W tym miejscu wskazać należy, że z ugruntowanego orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego między innymi z wyroku z dnia 28 czerwca 2000 r. (K 34/99, OTK 2000, z. 5, poz. 142), wynika, iż „Ustawodawca nie może przekazywać do unormowania w drodze rozporządzenia spraw o istotnym znaczeniu dla urzeczywistnienia wolności i praw człowieka i obywatela zagwarantowanych w Konstytucji. Wymienione sprawy muszą być regulowane bezpośrednio w ustawie.” Z tego wywodzi się, że brak zachowania ustawowej formy dla ograniczeń wolności i praw zagwarantowanych w Konstytucji RP prowadzić musi do dyskwalifikacji danego unormowania, jako sprzecznego z art. 31 ust. 3 Konstytucji. (podobnie np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2021 r.; sygn. akt: II KK 64/21). Co więcej całkowicie zbieżne z powyżej cytowanymi orzeczeniami Sądu Najwyższego są wyroki Wojewódzkich Sądów Administracyjnych, które z racji wykonywanej kontroli nad decyzjami administracyjnymi, wcześniej zetknęły się z potrzebą skontrolowania nakładania sankcji administracyjnej na podstawie prawnej w postaci rozporządzeń „covidowych”. Sądy te oceniły zgodnie, że zawarcie całokształtu ograniczeń praw i wolności jednostki związanych**

z przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 w rozporządzeniu byłoby możliwe jedynie w przypadku ogłoszenia jednego z trzech stanów nadzwyczajnych, np. stanu klęski żywiołowej (art. 228 ust. 1 i 2 oraz art. 232 Konstytucji RP, a także art. 5 ust. 1 i 2, art. 21 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawie klęski żywiołowej; t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1897). Zważyły przy tym Sądy, że katalog konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych jest zamknięty, co jest równoznaczne z zakazem ustanawiania w drodze ustawowej innych stanów nadzwyczajnych niż wymienione w art. 228 ust. 1 (por. wyroki Wojewódzkich Sądów Administracyjnych: w Gdańsku, z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt: III SA/Gd 703/20, LEX nr 3120833; w Warszawie, z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt: VII SA/Wa 1479/20, LEX nr 3123329; w Krakowie, z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt: III SA/Kr 924/20, LEX nr 3124234). **Konsekwencją powyższego, jest jakkolwiek brak obowiązku szczepień grup zawodowych wskazanych w Rozporządzeniu o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19.**

II. Wpływ ukształtowanego „obowiązku szczepień” na mocy Rozporządzenia o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19 na inne obowiązki.

1) Prawo pracy i stosunki cywilnoprawne.

3. W pierwszej kolejności niezależnie od faktu, iż Rozporządzenie o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19, nie wywołuje swojego skutku z uwagi na niekonstytucyjność jego wydania wskazać należy, że w obecnym stanie prawnym nie istnieje żadna podstawa prawna do przetwarzania przez pracodawcę, zleceniobiorcę lub lekarza medycyny pracy danych wrażliwych w zakresie stanu zdrowia dotyczącego szczepienia na jakąkolwiek chorobę lub zakażenie. Również w orzecznictwie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym także wyrażona na prośbę pracodawcy pisemna zgoda pracownika, na pobranie i przetworzenie jego danych osobowych, narusza prawa pracownika i swobodę wyrażenia przez niego woli. Uznanie faktu wyrażenia zgody przez pracownika, jako okoliczności legalizującej pobranie od pracownika innych danych niż wskazane w art. 22¹ K.p., stanowiłoby obejście tego przepisu (np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 1 grudnia 2009 r., sygn. akt: I OSK 249/09, ONSAiWSA 2011/2/39; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 6 września 2011 r., sygn. akt: I OSK 1476/10, LEX nr 965912) (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2018 r., sygn. akt: II PK 178/17). Także ustawodawca w ten sposób rozumował, albowiem możliwość przetwarzania danych osobowych dotyczących szczepień przeciwko COVID-19 próbował nieudolnie wprowadzić na mocy ustawy o szczególnych rozwiązaniach zapewniających

możliwość prowadzenia działalności gospodarczej w czasie epidemii COVID-19 (projekt poselski, Druk nr 1846, tzw. „lex Hoc”). Ponadto w świetle treści motywu 43 RODO aby zapewnić dobrowolność, zgoda nie powinna stanowić ważnej podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych w szczególnej sytuacji, w której istnieje wyraźny brak równowagi między osobą, której dane dotyczą, a administratorem, w szczególności gdy administrator jest organem publicznym i dlatego jest mało prawdopodobne, by w tej konkretnej sytuacji zgodę wyrażono dobrowolnie we wszystkich przypadkach. Zgody nie uważa się za dobrowolną, jeżeli nie można jej wyrazić z osobna na różne operacje przetwarzania danych osobowych, mimo że w danym przypadku byłoby to stosowne, lub jeżeli od zgody uzależnione jest wykonanie umowy - w tym świadczenie usługi - mimo że do jej wykonania zgoda nie jest niezbędna. Dane dotyczące zaszczepienia są niewątpliwie „danymi dotyczącymi zdrowia”, w rozumieniu art. 9 ust. 1 RODO, a takie mogą być przetwarzane jedynie na zasadzie art. 22^{1b} § 1 Kodeksu Pracy w świetle, którego zgoda pracownika może stanowić podstawę przetwarzania przez pracodawcę danych osobowych, o których mowa w art. 9 ust. 1 rozporządzenia 2016/679, wyłącznie w przypadku, gdy przekazanie tych danych osobowych następuje z inicjatywy pracownika. Natomiast w myśl art. 22^{1b} § 2 K.p. brak zgody lub jej wycofanie, nie może być podstawą niekorzystnego traktowania osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika, a także nie może powodować wobec nich jakichkolwiek negatywnych konsekwencji, zwłaszcza nie może stanowić przyczyny uzasadniającej odmowę zatrudnienia, wypowiedzenie umowy o pracę lub jej rozwiązanie bez wypowiedzenia przez pracodawcę. Ponadto w nawiązaniu do treści motywu 43 preambuły RODO oraz treści wskazanych przepisów K.p. pozyskiwanie danych wrażliwych – dotyczących stanu zdrowia, nawet z „inicjatywy pracownika” musi być rozumiane rygorystycznie, z uwagi na nierówność podmiotów oraz możliwość wywierania presji na pracownika. To samo należy odnieść do zleceniobiorców. Taka sytuacja występuje w praktyce podmiotów leczniczych, które żądają wręcz złożenia oświadczenia o zaszczepieniu się przeciwko COVID-19 określonym osobom należącym do grup zawodowych wskazanych w Rozporządzeniu o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19.

4. Mając na uwadze powyżej wskazane przepisy prawa oraz fakt, iż Rozporządzenie o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19 z uwagi na swoją niekonstytucyjność nie może wyrzucić skutku w postaci obowiązku szczepień zarówno pracownik jak i osoba zatrudniona na podstawie umowy zlecenie nie ma obowiązku stosowania się do poleceń, które nakazywałyby udzielenie informacji o zaszczepieniu się przeciwko COVID-19 czy też nie, o posiadaniu statusu ozdrowieńca itd.

W stosunku do pracowników w myśl art. 100 ust. 1 K.p. pracownik ma obowiązek stosowania się do poleceń przełożonych jeżeli obowiązują polecenia tylko jeżeli dotyczą one pracy, a także o ile nie są sprzeczne z przepisami prawa i umową o pracę.

5. Wymaganie więc przez pracodawcę lub zleceniodawcę (placówkę medyczną) przekazania informacji o szczepieniu przeciwko COVID-19 lub zaszczepienia się przeciwko COVID-19 i okazania w związku z tym tzw. „paszportu covidowego” będzie nielegalne. Różnicowanie praw i obowiązków pracowników w oparciu o kryterium szczepienia przeciwko COVID-19 (przeniesienie do innej pracy, wypowiedzenie lub rozwiązanie stosunku pracy) będzie stanowiło dyskryminację w rozumieniu art. 11³ Kodeksu pracy, zgodnie z którym jakakolwiek dyskryminacja w zatrudnieniu, bezpośrednia lub pośrednia, w szczególności ze względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony, zatrudnienie w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy - jest niedopuszczalna. Natomiast w myśl art. 18^{3a} § 1 K.p. pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony, zatrudnienie w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Przy czym równe traktowanie w zatrudnieniu oznacza niedyskryminowanie w jakikolwiek sposób, bezpośrednio lub pośrednio, z przyczyn określonych powyżej. W przypadku działań pracodawcy niezgodnych z prawem mających charakter dyskryminacyjny pracownik może domagać się na mocy art. 18^{3d} K.p. odszkodowania (niezależnie od roszczeń przysługujących w związku z przeniesieniem na inne stanowisko pracy, wypowiedzeniem lub rozwiązaniem stosunku pracy).
6. Różnicowanie praw i obowiązków zleceniobiorców w oparciu o kryterium szczepienia przeciwko COVID-19 (przeniesienie do innej pracy, wypowiedzenie lub rozwiązanie stosunku cywilnoprawnego) będzie stanowiło dyskryminację w rozumieniu art. 3 pkt 1) ustawy o równym traktowaniu, zgodnie z którym przez dyskryminację rozumie się przez to sytuację, w której osoba fizyczna ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną jest traktowana mniej korzystnie niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji. Brak szczepienia przeciwko COVID-19 należy uznać za kryterium światopoglądu. Takie działanie jest zakazane na

mocy art. 8 ust. 1 pkt 2) ustawy o równym traktowaniu w myśl, którego zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną między innymi w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej. W konsekwencji nielegalne działanie zleceniodawcy będzie powodowało jego odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach przewidzianych Kodeksie cywilnym na mocy art. 13 ust. 2 w związku z ust. 1 ustawy o równym traktowaniu.

7. Ponadto odnosząc się do kwestii związanej z twierdzeniem podmiotów leczniczych, iż w związku z brakiem zaszczepienia pracownika lub zleceniobiorcy, jest możliwe wysłanie takiej osoby na badanie okresowe w celu stwierdzenia zdolności do pracy lub stwierdzenia, że brak szczepienia jest przeciwwskazaniem do wykonywania pracy, należy wskazać, iż będzie to także działanie niezgodne z prawem z tego samego powodu z przyczyn wskazanych powyżej. Co więcej stwierdzenie, iż szczepienie lub brak szczepienia może być uznane jako przeciwwskazanie do wykonywania określonej pracy nie może się ostać w świetle rozumowania prawniczego. Po pierwsze do tej pory nigdy lekarz medycyny pracy nie kwalifikował zdolności pracownika w oparciu o weryfikację jakiegokolwiek szczepienia lub jego braku (a w Polsce istnieją szczepienia obowiązkowe), a żaden przepis w zakresie oceny okresowej zdolności do pracy się nie zmienił. Po drugie na jakiej podstawie medycznej można stwierdzić, iż brak szczepienia może stanowić o zdolności do pracy pracownika? Raczej określone szczepienie i ewentualne powikłanie po szczepieniu może powodować pogorszenia stanu zdrowia. Po trzecie wreszcie jak wskazano powyżej także kwestia szczepienia przeciwko COVID-19 czy też nie, nie jest konieczna w celu stwierdzenia zdolności do pracy przez lekarza medycyny pracy. Tego rodzaju danych osoba podlegająca badaniu nie musi przedstawiać.

III. Podsumowanie

8. W podsumowaniu niniejszej opinii w należy wskazać, że sposób wprowadzenia „szczepień” ochronnych na mocy Rozporządzenia o obowiązku szczepień przeciwko COVID-19 jest obciążony poważną wadą prawną i to o charakterze podstawowym. A mianowicie to rozporządzenie przekracza upoważnienie ustawowe do określenia obowiązku szczepień a co za tym idzie narusza Konstytucję RP, tj. art. 92 ust. 1. Powyższe prowadzi do wniosku, iż nie jest możliwe nałożenie obowiązku szczepień przeciwko COVID-19 na pracowników (osoby wykonują pracę na podstawie umów zlecenia) oraz na jakiegokolwiek obywatela w drodze rozporządzenia, gdyż z przepisów wynika

jednoznacznie, że szczepienia obowiązkowe dotyczą wyłącznie chorób i zakażeń itd. wskazanych w załączniku nr 2 do ustawy o chorobach zakaźnych, a załącznik ten nie wymienia COVID-19. W konsekwencji każde działanie pracodawcy lub zleceniodawcy (podmiotu leczniczego) w stosunku do osób w zakresie nakazania złożenia oświadczenia o szczepieniu, „paszportu covidowego” lub określenia statusu ozdrowieńca itd. jest niezgodne z prawem. W zakresie stosunków z zakresu prawa pracy i stosunków cywilnoprawnych:

- a) przetwarzanie przez pracodawców (zleceniodawców) – podmiotów leczniczych danych pracowników lub zleceniobiorców, odnoszących się do ich zaszczepienia przeciwko COVID-19 jest niedopuszczalne i stanowi o naruszeniu przepisów K.p. i RODO.
- b) różnicowanie sytuacji prawnej lub faktycznej pracowników, z uwagi na fakt zaszczepienia przeciwko COVID-19, jest niedopuszczalne, jako sprzeczne z K.P. i ustawą o równym traktowaniu (zleceniobiorcy),
- c) jest niezgodne z prawem wysyłanie pracowników (zleceniobiorców), którzy nie poddali się szczepieniu przeciwko COVID-19 na okresowe badania lekarskie w celu potwierdzenia zdolności do pracy lub brak potwierdzenia zdolności do pracy przez przyzmat szczepienia przeciwko COVID-19 a lekarz medycyny pracy nie ma uprawnień by takie dane przetwarzać,
- d) wywieranie przez pracodawców nacisku, formalnego bądź faktycznego, w celu osiągnięcia skutku w postaci zaszczepienia się przez pracowników przeciwko COVID-19, jest zakazane.

Takie działania mogą stanowić podstawę do występowania z indywidualnymi roszczeniami przez poszczególnych pracowników (możliwość żądania przywrócenia do pracy lub odszkodowania w przypadku wypowiedzenia lub rozwiązania stosunku pracy, możliwość przywrócenia poprzednich warunków pracy lub odszkodowania w przypadku wypowiedzenia warunków pracy lub płacy, możliwości dopuszczenia do dotychczasowej pracy w przypadku powierzenia innej pracy na okres nie przekraczający trzech miesięcy w roku kalendarzowym, możliwość dochodzenia dodatkowego odszkodowania z tytułu dyskryminacji jako roszczenia niezależnego od poprzednio wskazanych – uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2016 r., sygn. akt: III PZP 3/16). W przypadku zleceniobiorców działania powyższe mogą stanowić podstawę dochodzenia odszkodowania na podstawie Kodeksu cywilnego w związku z art. 13 ust. 1 i 2 ustawy o równym traktowaniu.

W zakresie zaś oceny zdolności do pracy na podstawie badań okresowych uzależnionych od szczepienia przeciwko COVID-19 przysługuje droga postępowania administracyjnego.

(stan prawny na dzień 15 lutego 2022 r.)