

Filip Wszyński

Uniwersytet w Białymstoku
ORCID: 0000-0002-0792-5730

**RYZIKO REGULACYJNE SZTUCZNEJ INTELIGENCJI.
ANALIZA NA PRZYKŁADZIE ZAKAZU DYSKRYMINACJI
OSÓB Z NIEPEŁNOSPRAWNOŚCIAMI W SYTUACJI
TRIAGE’U PANDEMICZNEGO (PRAWO NIEMIECKIE)**

Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest analiza wyzwania regulacyjnego, jakie stanowi zastosowanie sztucznej inteligencji (*artificial intelligence* – AI) na przykładzie wykonywania triage’u (należy zakładać, że *triage* dokonywany przez AI mógłby zwiększyć efektywność tej procedury)¹, choć dostrzec należy w tym względzie szczególne ryzyko arbitralności. Jako tezę artykułu (tezę główną) formułuje się stwierdzenie, że próby normatywnego ograniczania AI są *de facto* wyzwalaczem (triggerem) dla możliwości samostanowienia przez AI autonomicznych regulacji (poza normotwórczą kontrolą człowieka)². Bowiem im bardziej

¹ W literaturze dostrzeżono ścieranie się dwóch modeli triage’u – triage’u egalitarnego, który był modelem pierwotnym, zuniwersalizowanym, z modelem efektywnym, który nie jest do pogodzenia z wyjściowymi założeniami – *fairness* i *equality*. Za: N. Zack, *Ethics for Disaster*, Lanham 2009, s. 14–16. Odnośnie do triage’u covidowego wskazano: „For COVID-19, various guiding principles have been suggested, in particular the maximization of benefit and justice, including considerations such as treating people equally, promoting instrumental value, and giving priority to the worst-off. Triage decisions thus include medical factors, such as the severity of the health condition and likely outcome, as well as fairness in resource allocations and ethical issues”. Za: S. Jöbges, R. Vinay, V.A. Luyckx, N. Biller-Andorno, *Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis*, „Bioethics” 2020, no. 34(9), s. 949.

² Pomimo kwalifikowania zagrożeń związanych z rozwojem AI. Kreowanie norm rozumieć należy szeroko. Dotyczy to również, a może w szczególności „normotwórstwa bez udziału procesu legislacji”. Określenie za: B. Gessel-Kalinowska-vel-Kalisz, *Oświadczenia i zapewnienia w umowie sprzedaży udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (w świetle zasady swobody umów)*, Warszawa 2010, s. 52.

kazuistyczne uregulowania w sytuacjach granicznych („triage’owych”), tym bardziej nieodzowne wydaje się „scedowanie” decyzyjności na AI zapewniającą większą efektywność.

Przy szacowaniu ryzyka związanego z tworzeniem ram prawnych dla AI istnieje pewna systemowość – Komisja Europejska (KE) wskazuje kolejno na ryzyko nieakceptowalne, ryzyko wysokie, ryzyko ograniczone, a także ryzyko o minimalnym poziomie zagrożenia³. Te cztery punkty mitygacji ryzyka stanowiąc będą punkty integrujące poniższe refleksje jako formalne ośrodki konsolidacji tekstu. Tym samym pierwsza część poświęcona będzie problematyce niedopuszczalnego ryzyka w kontekście „wartościowania życia”; druga – dotyczyć ma triage’u pandemicznego⁴ („segregacji”) w świetle wysokiego ryzyka; trzecia – określać będzie problematykę ograniczonego ryzyka związanego z AI w odniesieniu do niedyskryminacyjnego współistnienia w środowisku społecznym; czwarta – nawiązuje do minimalnego ryzyka, gdzie problemem jest dostępność do instrumentarium umożliwiającego współegzystowanie społeczne. Linia rozważań na temat zakazu dyskryminacji osób z niepełnosprawnościami⁵ przebiega zatem od problemu wartości życia ludzkiego (1), przez kwestię jego nieróżnicowania (2) oraz konieczność inkluzywności (3), ku narzędziom do jej realizacji (4). Tym samym określone powyżej punkty (składające się na antydyskryminacyjność) spotykają się „na przecięciu” rozważań (jako hipotezy częściowe).

Przestrzenią dla tak nakreślonego wywodu ma być perspektywa prawa niemieckiego z ześrodkowaniem rozważań ku poglądom Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (Bundesverfassungsgericht – BVerfG)⁶.

³ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_pl (2.01.2022).

⁴ E.A. Meer i in., *Design, Implementation, and Validation of an Automated, Algorithmic COVID-19 Triage Tool*, „Applied Clinical Informatics” 2021, no. 12(05), s. 1021–1028; Y. Levy, *Emergency Department Triage in the Era of COVID-19. The Sheba Medical Center Experience*, „The Israel Medical Association Journal” 2020, no. 8(22), s. 404–409.

⁵ Dostrzec należy „ewolucję pojęcia niepełnosprawności”. Istnieje pogląd, wedle którego niepełnosprawność jest „zespołem barier np. architektonicznych, społecznych, prawnych utrudniających funkcjonowanie tej osoby”, a nie cechami biologicznymi osoby. Za: A. Kowalczyk, *Bezrobocie a niepełnosprawność. Rehabilitacja zawodowa jako przejaw aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych – wybrane zagadnienia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego, Seria Prawnicza” 2017, nr 21, s. 49.

⁶ Niekiedy mówi się, że BVerfG w świecie polityki przemawia językiem sprawiedliwości, a w świecie sprawiedliwości językiem polityki. FTK w Niemczech jako niezależny organ konstytucyjny pełni istotną rolę w kształtowaniu kierunku polityki państwa. Znacząco wpłynął na umocnienie mechanizmów demokracji w Niemczech przez ostatnie 70 lat, a przy tym zyskał estymę i zaufanie społeczne. Za: O. Lepsius, *Die politische Funktion des Bundesverfassungsgerichts*, „Zeitschrift der Bundeszentrale für politische Bildung” 2021, no. 37, s. 13–18. Postanowienie dotyczące triage’u należy postrzegać przez ten pryzmat.

Ad 1

Konieczne wydaje się zwrócenie uwagi na zasadę nieróżnicowania życia ludzkiego⁷ w związku z godnością człowieka, tj. art. 1 ust. 1 GG. BVerfG w wyroku z 15 lutego 2006 r. w sprawie nieważności upoważnienia do zestrzeliwania samolotów zawartego w ustawie o ochronie lotnictwa (Luftsicherheitsgesetz – LuftSiG)⁸ wskazał: „§ 14 ust. 3 LuftSiG jest niezgodny z podstawowym prawem do życia oraz z zawartą w GG gwarancją godności ludzkiej, ponieważ użycie sił zbrojnych dotyczy osób znajdujących się na pokładzie samolotu, które nie są bezpośrednio zaangażowane w operację wojskową. Poświęcając życie pasażerów jako środek do ratowania innych, państwo traktowałoby osoby podróżujące samolotem jak zwykle przedmioty; w ten sposób pozbawiłoby ich «wartości» (godności), która przynależy istotom ludzkim ze względu na nie same”⁹. T. Gutmann na kanwie tego wyroku trafnie zauważa, że logika wskazanego orzeczenia „akceptuje śmierć tysięcy osób, nie godząc się na śmierć setek ludzi, oraz że to samo dotyczy pozornie radykalnego odrzucenia przez GG celu, jakim jest dobro wszystkich pacjentów w szpitalu w zakresie przydziału łóżek czy racjonowania ograniczonych dóbr medycznych”¹⁰.

W tym miejscu pojawia się bowiem problem „wartościowania” życia ludzkiego, który dobrze oddaje filozoficzna konstrukcja *trolley problem*¹¹, zestawiana z triage^{em}¹², również podczas pandemii COVID-19¹³. Konstrukcja filozoficzna *trolley problem* został zaproponowany przez Ph. Foot w 1967 r. i polega on na następującym dylemacie: które zachowanie będzie etyczne w sytuacji bez wyjścia – potrącenie pięciu osób, w których kierunku zmierza pociąg, czy ocalenie tych osób poprzez spowodowanie śmierci jednej osoby po przestawieniu zwrot-

⁷ Wyrok w sprawie triage’u został skomentowany w dzienniku „Die Zeit” tytułowymi słowami: „Żadne życie nie jest lepsze od innego”. Za: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2021-12/triage-bv-g-urteil-menschen-mit-behinderung> (2.01.2022). W stanach nadzwyczajnych dochodzi do konstatacji takiej formuły np. poprzez przydanie pierwszeństwa na szalupie ratunkowej określonej grupie osób. Jednak badania nie potwierdzają, że uprzywilejowane byłyby w tym względzie kobiety i dzieci (*women and children first* – WCF). Zasada WCF znana jest z przypadku zatonięcia „Titanica”, jednak zasadniczo nie znajdowała ona odzwierciedlenia w innych przypadkach. Za: M. Elinder, O. Erixson, *Gender, social norms, and survival in maritime disasters*, „Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America” 2012, no. 109(33), s. 13220–13224.

⁸ Luftsicherheitsgesetz vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 78).

⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 -, Rn. 1-156.

¹⁰ T. Gutmann, *Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff*, „Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics” 2010, no. 7, s. 16.

¹¹ J. Turner, *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Cham 2019, s. 69.

¹² W. Keane, *Ethical Life. Its Natural and Social Histories*, Princeton 2016, s. 7.

¹³ G.E. Pence, *Pandemic Bioethics*, Peterborough 2021, s. 136; D. Helbing, *Next Civilization. Digital Democracy and Socio-Ecological Finance – How to Avoid Dystopia and Upgrade Society by Digital Means*, Cham 2021, s. 123.

nicy na boczny tor?¹⁴ Niemiecka Komisja (Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren) mająca określić ramy etyczne dla regulacji dotyczącej pojazdów autonomicznych¹⁵ wskazała w Zaleceniu 7, że „w sytuacjach wypadkowych, których nie da się uniknąć, kwalifikacja na podstawie cech osobistych (wiek, płeć, kondycja fizyczna lub psychiczna) jest surowo zabroniona”¹⁶, co zatem wyraźnie obejmuje zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność. Na tym etapie takie wyznaczniki jak powyższe (wiek, płeć czy kondycja) mają pozostać neutralne, jednak w kolejnym stadium („triage’u”) kwestie te nie są już neutralne *per se*, ich „neutralność” staje się względna; innymi słowy – znaczenie powyższych określników staje się przedmiotem władzy dyskrecyjnej („szanse przeżycia”)¹⁷.

Ad 2

W tym miejscu kluczowe staje się postanowienie BVerfG z 16 grudnia 2021 r.¹⁸ w zakresie triage’u. Na początek warto prześledzić drogę historyczną triage’u. Piśmiennictwo podaje, że pojęcie medyczne *triage* wywodzi się z sortowania ziaren kawy (około 1830 r.) bądź z koncepcji przerzedzania gorszej jakości włókien wełnianych w manufakturach w Wielkiej Brytanii (1727 r.), przy czym tematyczne zastosowanie pojęcia *triage* w medycynie (początkowo na polu bitwy)¹⁹ pochodzi raczej z selekcji znanej w przemyśle kawowym niż z wytwórczości przędzalniczej²⁰. Etymologicznie wyraz *triage* jest rezultatem rozwoju języka francuskiego, będąc czasownikową formą *triange*²¹, wywodzo-

¹⁴ S.B. Levin, *Posthuman Bliss? The Failed Promise of Transhumanism*, Oxford 2021, s. 47.

¹⁵ Ustawa o zmianie ustawy o ruchu drogowym oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych – ustawa o autonomicznym prowadzeniu pojazdów (*Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes – Gesetz zum autonomen Fahren*) jest w Niemczech procedowana, choć póki co nie została przyjęta.

¹⁶ Deutscher Bundestag 19. Wahlperiode, *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes – Gesetz zum autonomen Fahren*, „Drucksache” 2021, no. 19 (27439), s. 22.

¹⁷ *Überlebenschance*. Za: V. Mayer, *Operatives Krisenmanagement Grundlagen, Methoden und Werkzeuge des ganzheitlichen Risk Management*, Wiesbaden 2003, s. 154.

¹⁸ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2021 – 1 BvR 1541/20 -, Rn. 1-131.

¹⁹ L. Birg, B.A. Kuchinke, *Was heißt Gerechtigkeit in der medizinischen Versorgung? – Ein ökonomischer Überblick [w:] Gerech sorgen – Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*, red. G. Duttge, M. Zimmermann-Acklin, Göttingen 2013, s. 123.

²⁰ H. Nakao, I. Ukai, J. Kotan, *A review of the history of the origin of triage from a disaster medicine perspective*, „Acute Medicine & Surgery” 2017, no. 4(4), s. 1.

²¹ Wyraz obecny w języku szwedzkim, oznaczający „trójkąt”. Zaś wyraz pochodny *triangle* znany jest w języku angielskim, z tożsamym desygnatem. Za: C. Deleen, *Swedish and English Pocket-dictionary*, Örebro 1829, s. 496.

ną z XII-wiecznego²² galo-romantycznego wyrazu *triare*²³. Źródło francuskie jest nie tylko etymologiczne. Napoleoński chirurg J.D. Larrey jako pierwszy zastosował system triage'u na polu bitwy około 1800 r., podkreślając, że jego wykorzystanie jest cechą nowoczesnej chirurgii wojskowej²⁴, choć zastosowanie triage'u we francuskiej chirurgii wojennej na dużą skalę miało miejsce podczas I wojny światowej pod Verdun, gdzie od 31 maja do 7 czerwca 1918 r. skategoryzowano w ten sposób 7631 obrażeń²⁵. Natomiast w historii brytyjskiej za prekursora triage'u uważa się chirurga marynarki wojennej, J. Wilsona (1834–1885)²⁶. Jednak pod względem historycznoprawnym pierwowzorem triage'u wydaje się być system grupowania rannych statuowany w Konstytucji Sanitarnej Armii (Heeres-Sanitäts-Verfassung – H-SVerf)²⁷. Wydana za czasów cesarza Maksymiliana I Habsburga (1493–1513), ustanawiała podstawowe zasady priorytetyzacji udzielania pomocy na polu walki, które na znaczną skalę na ziemiach niemieckich zostały zastosowane w 1565 r. przez L. Fronspergera²⁸, najważniejszego niemieckiego (bawarskiego)²⁹ pisarza wojskowego XVI w.³⁰ Natomiast normatywne doprecyzowanie zasad triage'owych na ziemiach niemieckich znalazło odzwierciedlenie w Regulaminie Królewsko-Pruskiego Lazaretu Polowego (Königlich-Preußisches Feldlazareth-Reglement – K-PF-R) w 1787 r.³¹ Wydany zostały on przez Fryderyka Wilhelma II Pruskiego i stano-

²² Według filologów XII w. jest okresem krytycznym w rozwoju języka francuskiego. Za: F.G. Henry, *Beginnings. An Introduction* [w:] *Beginnings in French Literature*, red. F.G. Henry, Lejda 2002, s. ix.

²³ *Ibidem*. Bądź *trier*, co oznacza „rozdzielać”. Za: J.B. Thayer, *The Jury and Its Development*, „Harvard Law Review” 1892, no. 5(6), s. 268. Można dodać, iż wyraz *triare* pochodzi z łaciny, oznacza „przesiewanie”, „sortowanie” (*to sift, to sort out*). Za: P. O'Neill, *Transforming Kafka: Translation Effects*, Toronto 2014, s. 145.

²⁴ S. Rigal, F. Pons, *Battlefield Triage* [w:] *Orthopedics in Disasters. Orthopedic Injuries in Natural Disasters and Mass Casualty Events*, red. N. Wolfson, A. Lerner, L. Roshal, Berlin–Heidelberg 2016, s. 166.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ E. Barnard, J. Vassallo, *History of Triage* [w:] *Ballistic Trauma. A Practical Guide*, red. J. Breeze, J.G. Penn-Barwell, D. Keene, D. O'Reilly, J. Jeyanathan, P.F. Mahoney, Cham 2017, s. 64.

²⁷ F. Brefeld, *Der Fortschritt in der Sanitäts-Verfassung Preussens, auf der Basis des Prinzips der Standes-Selbst-Regierung*, Münster 1848, s. 177.

²⁸ N. Ellebrecht, *Organisierte Rettung. Studien zur Soziologie des Notfalls*, Freiburg 2019, s. 233.

²⁹ H. Blosen, H. Pors, *Von Kriegß-Befehl und Ämptern. Leonhard Fronspergers Kriegsämter-Beschreibung in Versen von 1573 mit Holzschnitten von Jost Amman. Band I*, Bad Langensalza 2013, s. 28.

³⁰ B.D. Rostker, *Providing for the Casualties of War. The American Experience Through World War II*, Santa Monica 2013, s. 23.

³¹ A. May, *Konzepte der Rettungsmedizin im Wandel der Zeit* [w:] *Medizingeschichte im Rheinland. Beiträge des „Rheinischen Kreises der Medizinhistoriker”*, red. D. Groß, A. Karenberg, Kassel 2009, s. 308.

wił charakterystyczny akt prawny oparty na szeregu przysiąg dla lekarzy polowych, felczerów i wędrownych „opatrzycieli ran” (Ober-Wundarztów)³².

Należy pamiętać, że lingwistyczne skojarzenie sugerujące francuską proweniencję triage’u jest tylko częściowo zasadne, gdyż patrząc chronologicznie, *triage* był pierwotnie koncepcją wypracowaną i normatywnie umocnioną na ziemiach niemieckich, a jego zastosowanie we francuskiej armii wynikało z ogólnoeuropejskiego rozwoju tej idei oraz jej przejmowania przez kolejne państwa³³. W historii dokonywano również „triage’u cywilnego” (poza polem walk wojennych), który rozwinął się w drugiej połowie XX w.³⁴ Trzeba pamiętać, że *triage* na polu bitwy odznaczał się prawdopodobnie większym potencjałem dyskryminacyjnym (zasadniczy podział przechodził choćby przez algorytmizację rozróżnienia cywilów i wojskowych)³⁵.

Nie ulega wątpliwości, że instytucja triage’u stosowana była także podczas epidemii, m.in. podczas epidemii „dżumy”³⁶. Ów fakt historyczny może dowodzić, że *triage* (choć „w prymitywnej formie”)³⁷ stosowany był już w klinicyście epidemiologicznej XIV w.³⁸ Nie dziwi zastosowanie triage’u również w czasie pandemii COVID-19, mimo że jest on identyfikowany jako ostateczność i nie jest wolny od etycznych wątpliwości, głównie w aspekcie wypracowania standardów proceduralnych, a nie istoty triage’u³⁹.

Światowa Organizacja Zdrowia (World Health Organization – WHO), proponując algorytm do przeprowadzania triage’u w czasie pandemii COVID-19,

³² <https://berlingeschichte.de/bms/bmstxt97/9701deta.htm#seite42> (2.01.2022). Słowo *Ober-Wundarzt* używane było w dawnym niemieckim na określenie lekarzy polowych, „majorów chirurgii”. Za: H. Ravatons, *Ober-Wundarzes der Königl. Armeen und des Hospitals zu Landau, Oberaufsehers der Hospitäler von Bretagne Correspondenten der Königl. Akademie der Wundärzte, Ritters von St. Roch, und besoldeten Königlichen Wundarzes Abhandlungen von Schuß- Hieb- und Stichwunden*, Strasburg 1767, s. 605.

³³ T. Luiz, *Sichtung [w:] Medizinische Gefahrenabwehr. Katastrophenmedizin und Krisenmanagement im Bevölkerungsschutz*, red. T. Luiz, C.K. Lackner, H. Peter, J. Schmidt, München 2010, s. 56.

³⁴ C.A. Kahn, E. Brooke Lerner, D.C. Cone, *Triage [w:] Koenig and Schultz’s Disaster Medicine. Comprehensive Principles and Practices*, red. K.L. Koenig, C.H. Schultz, Cambridge 2016, s. 208.

³⁵ M. Toursarkissian, D. Oldenburg, M. Benker, *Triage – aus militärärztlicher Sicht*, „Die Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen” 2010, no. 104(5), s. 407–410; *iidem*, *Die Unterschiede zur zivilen Variante liegen in der etablierten Triage durch nicht ärztliches Personal sowie die Triage und Versorgung unter Beschuss. Diese Besonderheiten haben ihren Einzug in eigenen Algorithmen gefunden*.

³⁶ J.P. Byrne, *Encyclopedia of the Black Death*, Santa Barbara 2012, s. 272.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Jako że apogeum choroby przypada na połowę XIV w. Za: J. Aberth, *The Black Death. The Great Mortality of 1348–1350. A Brief History with Documents*, Bedford 2005, s. 2.

³⁹ K. Orfali, *What Triage Issues Reveal. Ethics in the COVID-19 Pandemic in Italy and France*, „Journal of Bioethical Inquiry” 2020, no. 17(4), s. 675–679.

wskazuje, że w oparciu o obecne szacunki⁴⁰ blisko 80% pacjentów i pacjentek z potwierdzonym zakażeniem COVID-19 może być leczonych ambulatoryjnie, do 20% wymaga hospitalizacji, a dla 5% wymagana jest intensywne terapia, zaś proponowany algorytm grupujący kohorotowo przypadki osób przechodzących chorobę COVID-19 ma przedstawiać ogólne wskazówki dotyczące triage'u i kierowania objawowych przypadków COVID-19 na odpowiednie poziomy ośrodków służby zdrowia (podstawowy, średni bądź trzeciorzędowy), czym ma pomagać krajowemu systemowi planowania reakcji i zapewnić wsparcie oraz bezpieczeństwo w radzeniu sobie z falowym napływem pacjentów⁴¹. O ile *triage* jest pożądaną i uzasadnioną procedurą niwelującą zachwianą efektywność służby zdrowia w „wąskim gardle opieki zdrowotnej”, jakim są „oddziały covidowe”⁴², przekierowując niezbędne zasoby medyczne do miejsc natychmiastowo krytycznych, a przy tym mitygującą ryzyko ciężkiego bądź śmiertelnego przebiegu choroby, o tyle warta namysłu wydaje się jego systemowa odporność na generowanie działań dyskryminacyjnych⁴³.

Badając potencjał dyskryminacyjny triage'u medyków BVerfG orzekł, iż naruszono art. 3 ust. 3 zd. 2 Ustawy Zasadniczej (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – GG)⁴⁴, nie podejmując środków ostrożności w celu zapewnienie

⁴⁰ Na 22 marca 2020 r.

⁴¹ <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331915/COVID-19-algorithm-referral-triage-eng.pdf> (2.01.2022).

⁴² W Polsce często mówi się o „oddziałach covidowych”, mając na uwadze oddziały intensywnej terapii. W Niemczech powszechnie używanym określeniem jest „oddział intensywnej terapii” (*Intensivstation*). Tak m.in. L. Bödefeld, *Ethik und die Covid-19-Pandemie in den Krankenhäusern. Ein Widerspruch?*, München 2021, s. 3. Tłumaczenie *Intensivstation* jako „oddział intensywnej terapii” jest tłumaczeniem sugerowanym słownikowo. Za: A. Flaczyńska-Kaczmarek i in., *Intensivstation* [w:] *Duży słownik. Niemiecko-polski, polsko-niemiecki*, red. K. Petelenz, Stuttgart 2006, s. 271. Natomiast w słowniku niemiecko-niemieckim wyraz *Intensivstation* definiowany jest opisowo jako: „eine Abteilung im Krankenhaus, in der Patienten liegen, deren Leben in Gefahr ist (z.B. nach einer Operation)” (co można przetłumaczyć jako: „oddział w szpitalu, w którym leżą pacjenci, których życie jest w niebezpieczeństwie (np. po operacji)”). Za: S. Billes i in., *Intensivstation* [w:] *Langenscheidt Großwörterbuch. Deutsch als Fremdsprache*, red. D. Götz, München 2015, s. 598.

⁴³ Należy odnieść się do Ogólnej ustawy o równym traktowaniu (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 3. April 2013 (BGBl. I S. 610) geändert worden ist. – AGG i wskazać, że § 20 ust. 1 AGG ustanawia wyjątki od zakazu dyskryminacji, „jeżeli istnieje obiektywny powód odmiennego traktowania ze względu na religię, niepełnosprawność, wiek, tożsamość seksualną lub płeć. Może to mieć miejsce w szczególności w przypadku, gdy różne traktowanie: 1) służy unikaniu niebezpieczeństwa, zapobieganiu szkodom lub innym celom o podobnym charakterze; 2) uwzględnia potrzebę ochrony prywatności lub bezpieczeństwa osobistego; 3) przyznaje specjalne korzyści, a brak jest interesu w wyegzekwowaniu równego traktowania; 4) jest związana z religią danej osoby i jest uzasadniona w odniesieniu do korzystania z wolności religijnej lub prawa do samostanowienia wspólnot religijnych”.

⁴⁴ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 und 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048).

nia, że nikt nie znajdzie się w gorszej sytuacji ze względu na niepełnosprawność w kontekście ochrony zdrowia na oddziałach intensywnej terapii, które są gwarantem przeżywalności dla chorych na COVID-19, lecz ze względu na ograniczone możliwości służby zdrowia nie są w pełni dostępne dla każdego.

Skarżącymi wyżej wymieniony przepis GG były osoby niepełnosprawne (w stopniu znacznym lub umiarkowanym, których przeżycie zależało od pomocy osób trzecich). W skardze konstytucyjnej domagały się skutecznej ochrony przed dyskryminacją osób niepełnosprawnych w zakresie decydowania o kierowaniu ich na oddziały intensywnej terapii w sytuacjach niewystarczającej liczby łóżek. Skarżący wyrażali obawę, że w przypadku przepełnienia oddziałów intensywnej terapii personel medyczny może odmówić im udzielenia pomocy ze względu na zajęte łóżka i stanowiska aparatury podtrzymującej oddychanie, preferując pacjentów niedotkniętych niepełnosprawnością. Wskazywali na brak ochrony ich praw w tak określonym stanie faktycznym. Konkretnym problemem jurystycznym było określenie, czy ustawodawca jest zobowiązany do wprowadzenia skutecznych przepisów gwarantujących, że nikt nie będzie dyskryminowany ze względu na niepełnosprawność w przypadku przepełnienia szpitali. Skarżąc art. 3 ust. 3 zd. 2 GG, wychodzono z założenia, że zakaz dyskryminacji niepełnosprawnych⁴⁵ płynący z dyspozycji tej normy nakazuje legislatorowi aktywność w tym zakresie (środki prawne poczynione na rzecz przeciwdziałania dyskryminacji, a nie wyłącznie normatywne zabezpieczenie praw w przypadku naruszeń). BVerfG wskazuje na „polecenie i obowiązek konkretnego działania”: „Aus dem Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergibt sich ein Auftrag, Menschen wirksam vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung zu schützen, der sich in bestimmten Konstellationen zu einer konkreten Handlungspflicht des Gesetzgebers verdichtet”. W tym sensie normatywna ochrona niepełnosprawnych na wypadek dyskryminacyjnego przeprowadzenia procedury triage’u powinna zostać uprzedzona przez ustawodawcę, a ryzyko dyskryminacyjne zmiętkowane interwencją legislacyjną, która dotychczas nie miała miejsca, jako że pandemia COVID-19 jest stosunkowo nowym zjawiskiem⁴⁶.

Art. 3 ust. 3 zd. 2 GG stanowi: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden” („Nikt nie może być dyskryminowany ze względu na swoją niepełnosprawność”). Tłumaczenie za: A.-M. Sadowski, E. Haase-Nowocień, *Ustawa Zasadnicza dla Republiki Federalnej Niemiec*, Berlin 2021, s. 14.

⁴⁵ Jak precyzuje BVerfG, „poprzez „niepełnosprawność” rozumie się trwale ograniczoną zdolność osoby do prowadzenia indywidualnego i niezależnego życia, zaś przyczyna niepełnosprawności jest nieistotna”.

⁴⁶ Pytanie jednak, czy rzeczywiście pandemię COVID-19 można charakteryzować jako zjawisko nowe pod względem periodyzacji legislacyjnej, gdyż w *continuum* pandemicznym przyjmowano wiele aktów rangi ustawowej i podustawowej w celu zwalczania rozprzestrzeniania wirusa SARS-CoV-2 czy bardziej efektywnego leczenia osób chorujących na COVID-19.

Istotne wydają się trzy reżimy normatywne. Po pierwsze, chodzi o ochronę życia ludzkiego wynikającą z dyspozycji art. 2 ust. 2 zd. 1 GG⁴⁷. Po drugie, ochronie rangi konstytucyjnej podlega godność człowieka wyakcentowana hierarchicznie najwyżej ze względu na kwestie zaszczości historycznej. Na uwadze mieć zatem należy w tym miejscu art. 1 ust. 1 GG⁴⁸. Po trzecie zaś, prawodawca niemiecki obowiązany jest do zapewnienia skutecznego zapobiegania wszelkiej dyskryminacji (również ze względu na niepełnosprawność) w odniesieniu do art. 25 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych (UN-Behindertenrechtskonvention – BRK)⁴⁹ (aktywna rola ustawodawcy zmierzająca do inkluzji).

BVerfG podkreślił, że osoby niepełnosprawne są szczególnie zagrożone pandemią koronawirusa, zarówno w aspekcie ryzyka zakażenia (wizyty osób trzecich, opiekunów i opiekunek, medyków, rehabilitantów, odwiedziny rodzin), jak i ze względu na miejsce przebywania (znaczna część osób niepełnosprawnych korzysta z pomocy ośrodków i instytucji) oraz stan zdrowia wymagający pomocy.

W orbicie rozważań BVerfG znalazła się także wielowymiarowość ochrony praw osób niepełnosprawnych. Prawo podstawowe zakazu dyskryminacji niepełnosprawnych, biorące swoje źródło z art. 3 ust. 3 zd. 2 GG, oprócz elementarnej, systemowej funkcji ochronnej ze strony państwa (przesłanka wartościująca tworzenie prawa we wszystkich obszarach) ma wymiar obowiązku konkretnego działania w sytuacji realnego zagrożenia dyskryminacyjnego, nawet jeśli występuje ono potencjalnie („obowiązek ochrony skondensowany do konkretnego działania”).

BVerfG podkreślił, że ustawodawca niemiecki niejednokrotnie dokonywał ingerencji legislacyjnej w zakresie sfery chroniącej osoby niepełnosprawne przed dyskryminacją w kontekście art. 3 ust. 3 zd. 2 GG. Uprzednio trzeba jednak poczynić krótką wzmiankę historycznoprawną, że art. 3 ust. 3 zd. 2 GG dotyczący zakazu dyskryminacji osób niepełnosprawnych został dodany do GG dopiero

⁴⁷ Podobnie Niemiecki Bundestag w: Deutscher Bundestag, *Verfahren zur Triage vor dem Bundesverfassungsgericht*, „Wissenschaftliche Dienste. Sachstand” 2020, no. 246(20), s. 3.

⁴⁸ Art. 1 ust. 1 GG stanowi, co następuje: „Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona są obowiązkiem wszelkich władz państwowych”. Tłumaczenie za: A.-M. Sadowski, E. Haase-Nowocien, *Ustawa Zasadnicza...*, s. 14.

⁴⁹ Art. 25 BRK stanowi, co następuje: „Państwa Strony uznają, że osoby niepełnosprawne mają prawo do osiągnięcia najwyższego możliwego poziomu stanu zdrowia, bez dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność. (...) W szczególności Państwa Strony: (a) zapewnią osobom niepełnosprawnym taki sam jak w przypadku innych osób zakres, jakość i standard bezpłatnej lub zapewnianej po przystępnych cenach usług opieki zdrowotnej i programów zdrowotnych, w tym w zakresie zdrowia seksualnego i prokreacyjnego oraz adresowanych do całej populacji programów w zakresie zdrowia publicznego (...) (e) zakazą dyskryminacji osób niepełnosprawnych w zakresie ubezpieczenia zdrowotnego, a także ubezpieczenia na życie, jeśli takie ubezpieczenie jest dozwolone przez ustawodawstwo krajowe, zaś ubezpieczenia będą zapewniane w sposób sprawiedliwy i rozsądny, (f) będą zapobiegać przypadkom odmowy udzielenia, ze względu na niepełnosprawność, opieki zdrowotnej lub usług zdrowotnych albo pożywienia i płynów”. Tłumaczenie za: <https://bip.brpo.gov.pl/index.php/pl/content/konwencja-onz-o-prawach-osob-niepelnosprawnych> (2.01.2022).

w 1994 r.⁵⁰, stąd charakterystyczna budowa przepisu, tj. art. 3 ust. 3 GG stanowi: „Nikt nie może być dyskryminowany ani uprzywilejowany ze względu na płeć, pochodzenie społeczne, rasę, język, kraj i pochodzenie narodowe, wyznanie, poglądy religijne i polityczne”⁵¹; dopiero zaś zd. 2 wskazywanego przepisu dodaje: „Nikt nie może być dyskryminowany ze względu na swoją niepełnosprawność”⁵². W Niemczech dodanie tego przepisu oceniane jest jako wielki sukces w drodze ku równouprawnieniu i zakazie dyskryminacji, jednak pojawiały się głosy oceniające nowelizację jako niewystarczającą. V. Bentele, sprawująca funkcję Behinderertenbeauftragte der Bundesregierung (pełnomocniczki rządu federalnego ds. osób niepełnosprawnych) w latach 2014–2018, wskazywała, że efekt sygnału antydyskryminacyjnego płynącego z nowelizacji nie może być wystarczająco wysoko oceniany⁵³. Jak słusznie dostrzega K. Hamsen, wcześniej porównywalne (konstytucyjne) normy ochronne na rzecz osób niepełnosprawnych istniały wyłącznie w Brandenburgskiej Konstytucji Landowej z 1992 r. (Verfassung des Landes Brandenburg – BbgVerf)⁵⁴. Artykuł 12 ust. 2 BbgVerf przewiduje zakaz dyskryminacji m.in. ze względu na niepełnosprawność⁵⁵.

Należy uwypuklić, że w przypadku triag'u pandemicznego lekarze na oddziałach covidowych mogą być zmuszeni przez okoliczności do decydowania o pierwszeństwie ratowania życia, przy czym ogólności normy rangi konstytucyjnej nie precyzują zalecenia Niemieckiego Stowarzyszenia Interdyscyplinarnego Inten-

⁵⁰ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3146).

⁵¹ Tłumaczenie za: A.-M. Sadowski, E. Haase-Nowocień, *Ustawa Zasadnicza...*, s. 14.

⁵² Tłumaczenie za: *ibidem*.

⁵³ <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/menschen-mit-behinderung-nicht-be-nachteiligen-409764> (2.01.2022).

⁵⁴ Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. August 1992 (GVBl.I/92, S.298) zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. Mai 2019. Za: <https://www.grin.com/document/110151> (2.01.2022). Wskazuje się, że dodanie art. 3 ust. 3 GG zainspirowane było pracą organizacji na rzecz osób niepełnosprawnych w Stanach Zjednoczonych, dzięki którym przyjęto Americans with Disabilities Act uchwalony w 1990 r. Zgodnie z tą ustawą obiekty użyteczności publicznej i transport powinny być dostosowane do potrzeb osób niepełnosprawnych. Podobne organizacje społeczne działały na rzecz sprecyzowania zakazu dyskryminacji niepełnosprawnych w Niemczech w GG jako art. 3 ust. 3 GG, choć według części opinii publicznej było to ryzykowne, gdyż obawiano się, że wiele innych grup społecznych również wysunie żądania „uzupełnienia” GG o ich bezpośrednio wskazane prawa przeciwdziałające dyskryminacji. Ważne było stanowisko H. Kohla, który wsparł postulaty stowarzyszeń osób niepełnosprawnych. Ostatecznie zmiana GG została uchwalona poprzez przyjęcie ustawy 30 czerwca 1994 r. Za: *ibidem*.

⁵⁵ A także „pochodzenie, narodowość, język, płeć, tożsamość seksualną, pochodzenie społeczne lub pozycję społeczną, przekonania religijne, ideologiczne lub polityczne lub z powodów rasistowskich”. Ponadto art. 12 ust. 4 BbgVerf nakazuje „landowi, gminom i związkom komunalnym zapewniać równe warunki życia osobom niepełnosprawnym i pełnosprawnym”. Przejawy prawa antydyskryminacyjnego bądź opiekuńczego względem osób niepełnosprawnych widoczne są także w art. 26 ust.1, art. 29 ust. 3, art. 35, art. 45 ust. 1 i 3 oraz art. 48 ust. 4 BbgVerf. Pokazuje to wielość odniesień w BbgVerf, w odróżnieniu do GG, gdzie opisywaną sferę reguluje bezpośrednio wyłącz- nie art. 3 ust. 3 zd. 2.

sywnej Terapii i Medycyny Ratunkowej (Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin e.V. – DIVI) na wypadek procedury związanej z niedoborami personelu medycznego lub środków medycznych. BVerfG wskazuje, że „zalecenia nie są prawnie wiążące i nie są też synonimem standardu medycznego w prawie zawodowym, a jedynie jego wskazaniem. Co więcej, nie można wykluczyć, że zalecenia w obecnej wersji mogą stać się furtką dla dyskryminacji osób niepełnosprawnych. Prawdą jest, że wyraźnie stwierdzono w nich, iż nie jest dopuszczalne ustalanie priorytetów na podstawie chorób lub niepełnosprawności”. Brak ścisłych regulacji widziany jest tutaj jako wada systemowa, co w dalszej części opracowania (z perspektywy rozwoju AI) należy zakwestionować.

Ad 3

BVerfG trafnie wywiódł zakaz dyskryminacji w przypadku triage'u. Jednak reżim antydyskryminacyjny idzie o krok dalej, statuując konieczność inkluzywności (włączania do społeczeństwa osób z niepełnosprawnościami)⁵⁶. Swoją wymowę ma w tym miejscu postanowienie Pierwszego Senatu BVerfG z 8 października 1997 r. dotyczące edukacji integracyjnej⁵⁷. Wówczas BVerfG rozważał pytanie, czy „przeniesienie niepełnosprawnego ucznia do szkoły specjalnej wbrew woli jego i jego rodziców stanowi samo w sobie zakazaną dyskryminację w rozumieniu art. 3 ust. 3 zd. 2 GG”. Wyrok odnosi się do kwestii odseparowania osoby niepełnosprawnej (ponadto BVerfG badał stan faktyczny na podstawie tożsamego przepisu GG co w przypadku „postanowienia triage'owego”). BVerfG wskazał: „taka niekorzystna sytuacja ma miejsce, gdy uczeń jest kierowany do szkoły specjalnej, mimo że możliwe jest zapewnienie kształcenia specjalnego w szkole ogólnodostępnej, wymagane w tym celu zasoby kadrowe i materialne mogą być pokryte z istniejących zasobów kadrowych i materialnych, a trudności organizacyjne i godne ochrony interesy osób trzecich nie stoją na przeszkodzie kształceniu integracyjnemu”. „Potencjał separacyjny”⁵⁸ przedstawionego przypadku, choć nie tożsamy, wskazuje, że władze publiczne powinny dążyć do inkluzywności.

Ad 4

Orzecznictwo BVerfG jasno dąży do inkluzywności osób z niepełnosprawnościami, które nie powinny napotykać problemów faktycznie utrudniających im

⁵⁶ K. Lahoda, *Arbeitsalltag in Werkstätten für behinderte Menschen. Zur Bedeutung von Arbeit, sozialen Interaktionen und rechtlichen Rahmenbedingungen*, Münster–New York 2018, s. 55.

⁵⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 8. Oktober 1997 – 1 BvR 9/97.

⁵⁸ Jako zastępnik „segregacji” nacechowanej konotacjami protestacyjnymi.

życie w społeczeństwie, które prawnie i faktycznie różnicują. Do procesów integrujących potrzebne są jednak „narzędzia dostępu” („instrumentarium inkluzji”).

Ważnym wyrokiem w zakresie inkluzywności jest postanowienie z 30 stycznia 2020 r., gdzie BVerfG, powołując się na art. 3 ust. 3 zd. 2 GG, wskazał, że osoba niepełnosprawna nie może być dyskryminowana przez instytucję ochrony zdrowia, która nie godziła się na przechodzenie skarżącej (osoby z niepełnosprawnością) korytarzami przychodni wraz z psem-przewodnikiem⁵⁹. Instytucja ochrony zdrowia żądała, by skarżąca zostawiała psa-przewodnika na zewnątrz budynku, gdyż przechodzenie korytarzami z psem miało rzekomo negatywnie wpływać na warunki higieniczne placówki. BVerfG wskazał na dyskryminację i stwierdził, że konieczne jest zapewnienie pełnego i skutecznego uczestnictwa w integracji społecznej osób z niepełnosprawnościami. Pies-przewodnik stał się w podanym stanie faktycznym czynnikiem integrujących, i to nie tylko spajającym decyzyjność osoby niepełnosprawnej fizycznie z nieodseparowanym (niegrupowanym) światem zewnętrznym (światem szkoły integracyjnej z poprzedniego przypadku, bez podziału na osoby z niepełnosprawnościami oraz bez niepełnosprawności), ale więcej – zagwarantował możliwość kreatywnego, czynnego uczestniczenia w życiu społecznym; „wprowadził” w życie społeczne osobę z niepełnosprawnością.

Przy tak rozumianym pojęciu *inkluzywność* ogniskują się dwa ośrodki przeciwnych autonomii – autonomia sztucznej inteligencji jako przejaw kreacji pożądaných schematów postępowania⁶⁰ oraz autonomia osób z niepełnosprawnościami jako zjawisko „równouprawniającej inkluzji”, wynikającej z samodecydowania oraz partycypacji⁶¹. W przypadku AI oznacza to potencjał utworzenia oprogramowania mającego zdolność zakładania własnych ośrodków decyzyjnych, zaś w przypadku społeczeństwa – możliwość kreowania systemów normatywnych, w ramach których jednostki będą mogły samodecydować o sobie⁶². Jednak role te zaczynają się zamieniać (jak w przypadku triage'u). AI, wprowadzona bezpośrednio⁶³ do systemu prawnego uformowanego przez ludzi, dostaje możliwość decydowania o ich życiu i zdrowiu. Przypomina w tym sensie pojazd autonomiczny, który pod względem filozoficzno-prawnym znajduje się w sytuacji bez wyjścia (*hard case, trolley problem*).

⁵⁹ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Januar 2020 – 2 BvR 1005/18 -, Rn. 1-50.

⁶⁰ *Notabene* figura „psa-przewodnika” istnieje jako *der rote Faden* jednej z koncepcji dotyczącej unormowania AI. Za: F. Wyszynski, *Czy prawo powinno być neutralne moralnie? Uwagi na temat unormowania sztucznej inteligencji*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2021, nr 127, s. 125–126.

⁶¹ K. Neuhoff, *Freiheit, Gleichheit, Inklusion* [w:] *Ethische Fragen der „Behinderung”. Ethical Challenges of Disability*, red. M.-J. Thiel, Zürich 2014, s. 113.

⁶² C. Haagen, *Verantwortung für Künstliche Intelligenz. Ethische Aspekte und zivilrechtliche Anforderungen bei der Herstellung von KI-Systeme*, Würzburg 2021, s. 50–52.

⁶³ Za formę „pośrednią” mogłaby być uznana przykładowo „piaskownica regulacyjna” dla AI. Za: J. Truby i in., *A Sandbox Approach to Regulating High-Risk Artificial Intelligence Applications*, „European Journal of Risk Regulation” 2021, no. 12(4), s. 4–7.

Podsumowanie

W Niemczech (podobnie jak w wielu innych państwach europejskich) obowiązuje czteroszczeblowy system triage'u⁶⁴. Wyróżnia się kolor czerwony dla oznaczenia dużego zagrożenia życia (wymaga natychmiastowej pomocy), kolor żółty jako oznaczenie ciężkich obrażeń (natychmiastowa pomoc jest odroczone względem pierwszego szczebla), kolor zielony charakteryzujący lekkie obrażenia (późniejsza pomoc medyczna) oraz kolor granatowy, który ma wskazywać na przypadki bez szans przeżycia (odroczone opieka)⁶⁵.

Czteroszczeblowy system triage'u można byłoby zderzyć z czterema punktami szacowania ryzyka regulacyjnego AI zaproponowanymi przez KE (wedle konieczności i ryzyka ingerencji). Kolor granatowy związany byłby z brakiem konieczności ingerowania; wyznacznikiem koloru czerwonego byłoby wysokie ryzyko regulacyjne związane z prawem i medycyną, czego ilustratywnym przykładem jest *triage* klinicystyczny, zwłaszcza w dobie pandemii, gdzie w grę wchodzi dodatkowe czynniki separatywne, jak choćby status szczepionkowy; kolor żółty identyfikowałby ograniczone ryzyko, jak w przypadku replikacji zachowań ludzkich (środowisko do współzystowania), natomiast kolor zielony wiązałby się z nabyciem narzędzi do efektywnego współlistnienia w tym środowisku (inkluzja).

Na obecnym etapie należy skupić się na drugim obszarze (z tego względu poświęcono mu najwięcej miejsca), do którego BVerfG kieruje legislacyjny punkt przyłożenia, co oznacza aprobatę zdekoncentrowanego samostanowienia regulacji przez AI (jako kształtowania się procedury wyboru, autonomii). O ile podczas pandemii dostrzega się progresję interwencjonizmu państwowego⁶⁶, przyjmować można, że w przypadku rozwoju nowych technologii istnieje zjawisko przeciwne, gdyż na przedpolu regulacyjnym konstytuują się niezależne ośrodki programowania norm prawnych na wzór uchwalania ustaw, będące sednem autonomiczności, co pozwoli AI przybrać rolę samodzielnego dostarczyciela norm („pana”), a nie ich wyłącznego odbiorcy⁶⁷.

Faktem jest, że AI wykorzystywana jest w prawie⁶⁸ i medycynie⁶⁹, jednak jak słusznie zauważa B. Oręziak, przestrzeganie praw człowieka powinno być kryte-

⁶⁴ Schutzkommission beim Bundesministerium des Innern, *Katastrophenmedizin – Leitfaden für die ärztliche Versorgung im Katastrophenfall*, München 2010, s. 86.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ H. Izdebski, *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2021, s. 55; P. Ledwoń, *Wybrane krajowe i unijne instrumenty prawne jako stymulatory mikroprzedsiębiorczości i konieczny interwencjonizm w okresie pandemii COVID-19*, „Ekonomia Społeczna” 2020, nr 2, s. 107–108.

⁶⁷ K. Mainzer, *Künstliche Intelligenz – Wann übernehmen die Maschinen?*, Berlin–Heidelberg 2019, s. 274.

⁶⁸ K. Gaede, *Plädoyer für eine Regulierung künstlicher Intelligenz jenseits ihrer reinen Anwendung*, Baden-Baden 2019, s. 67.

⁶⁹ M. Wałachowska, *Sztuczna inteligencja a zasady odpowiedzialności cywilnej* [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, s. 58–62.

rium „dopuszczalności zastosowania AI do użytku praktycznego”⁷⁰. Aby uzyskać ów poziom „dopuszczalności”, należy przewidywać stopniowe „przemieszczenie” ośrodka normotwórczego ku legislatorowi „sztucznie autonomicznemu” (AI) (w tym sensie poruszana problematyka mogłaby skłaniać do szerszego spojrzenia na kwestie „skalowania aktów prawnych” standaryzujących rozwój AI). Zgodnie ze wskazaniem BVerfG (1 BvR 1541/20 -, Rn. 1-131) legislacyjne działanie zapobiegawcze względem triage’u potencjalnie dyskryminującego osoby niepełnosprawne uznaje się za kierunkowo pożądane, a ustawodawca niemiecki zostaje zobligowany do regulacji tej materii. Jednak próba unormowania triage’u otwiera raczej drogę do samoregulacji AI w przyszłości. Mogą potwierdzać to wątpliwości medyków, którzy wskazują na niejasność tego, „w jaki sposób ustawodawca mógłby stworzyć regulację, która nie jest obciążona ryzykiem niewłaściwego stosowania triage’u”, oraz że „ryzyko szczątkowe jest nieuniknione, ponieważ tam, gdzie ludzie działają pod presją czasu, popełniają błędy”⁷¹. Tym samym poprzez tworzenie prawa uszczegóławiającego legislator paradoksalnie przyspieszy przyznanie AI „zdolności normotwórczej”, która – choć jest klasyfikowana jako zdolność „wysokiego ryzyka” (KE) i wysokiej konieczności („obszar czerwony”), jednocześnie staje się efektywnym sprzymierzeńcem człowieka w zakresie ochrony życia i zdrowia.

Bibliografia

- Aberth J., *The Black Death. The Great Mortality of 1348–1350. A Brief History with Documents*, Bedford 2005.
- Barnard E., Vassallo J., *History of Triage [w:] Ballistic Trauma. A Practical Guide*, red. J. Breeze, J.G. Penn-Barwell, D. Keene, D. O’Reilly, J. Jeyanathan, P.F. Mahoney, Cham 2017.
- Billes S. i in., *Intensivstation [w:] Langenscheidt Großwörterbuch. Deutsch als Fremdsprache*, red. D. Götz, München 2015.
- Birg L., Kuchinke B.A., *Was heißt Gerechtigkeit in der medizinischen Versorgung? – Ein ökonomischer Überblick [w:] Gerech sorgen – Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende*, red. G. Duttge, M. Zimmermann-Acklin, Göttingen 2013.
- Blosen H., Pors H., *Von Kriegß-Befehl und Ämptern. Leonhard Fronspergers Kriegsämter-Beschreibung in Versen von 1573 mit Holzschnitten von Jost Amman. Band 1*, Bad Langensalza 2013.
- Bödefeld L., *Ethik und die Covid-19-Pandemie in den Krankenhäusern. Ein Widerspruch?*, München 2021.
- Brefeld F., *Der Fortschritt in der Sanitäts-Verfassung Preussens, auf der Basis des Prinzips der Standes-Selbst-Regierung*, Münster 1848.
- Byrne J.P., *Encyclopedia of the Black Death*, Santa Barbara 2012.
- Deleen C., *Swedish and English Pocket-dictionary*, Örebro 1829.

⁷⁰ B. Oręziak, *Prawa człowieka jako determinanta sztucznej inteligencji? Propozycja kryteriów i dyrektyw zastosowania sztucznej inteligencji do użytku praktycznego [w:] Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, s. 204.

⁷¹ <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/ist-das-triage-urteil-eine-niederlage-fuer-aerzte-17705712.html> (2.01.2022).

- Deutscher Bundestag, *Verfahren zur Triage vor dem Bundesverfassungsgericht*, „Wissenschaftliche Dienste. Sachstand“ 2020, no. 246(20).
- Deutscher Bundestag 19. Wahlperiode, *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes – Gesetz zum autonomen Fahren*, „Drucksache“ 2021, no. 19 (27439).
- Elinder M., Erixson O., *Gender, social norms, and survival in maritime disasters*, „Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America“ 2012, no. 109(33).
- Ellebrecht N., *Organisierte Rettung. Studien zur Soziologie des Notfalls*, Freiburg 2019.
- Flaczyńska-Kaczmarek A. i in., *Intensivstation [w:] Duży słownik. Niemiecko-polski, polsko-niemiecki*, red. K. Petelenz, Stuttgart 2006.
- Gaede K., *Plädoyer für eine Regulierung künstlicher Intelligenz jenseits ihrer reinen Anwendung*, Baden-Baden 2019.
- Gessel-Kalinowska-vel-Kalisz B., *Oświadczenia i zapewnienia w umowie sprzedaży udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (w świetle zasady swobody umów)*, Warszawa 2010.
- Gutmann T., *Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff*, „Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics“ 2010, no. 7.
- Haagen C., *Verantwortung für Künstliche Intelligenz. Ethische Aspekte und zivilrechtliche Anforderungen bei der Herstellung von KI-Systeme*, Würzburg 2021.
- Helbing D., *Next Civilization. Digital Democracy and Socio-Ecological Finance – How to Avoid Dystopia and Upgrade Society by Digital Means*, Cham 2021.
- Henry F.G., *Beginnings. An Introduction [w:] Beginnings in French Literature*, red. F.G. Henry, Lejda 2002.
- Izdebski H., *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2021.
- Jöbges S., Vinay R., Luyckx V.A., Biller-Andorno N., *Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis*, „Bioethics“ 2020, no. 34(9).
- Kahn C.A., Brooke Lerner E., Cone D.C., *Triage [w:] Koenig and Schultz's Disaster Medicine. Comprehensive Principles and Practices*, red. K.L. Koenig, C.H. Schultz, Cambridge 2016.
- Keane W., *Ethical Life. Its Natural and Social Histories*, Princeton 2016.
- Kowalczyk A., *Bezrobocie a niepełnosprawność. Rehabilitacja zawodowa jako przejaw aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych – wybrane zagadnienia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego, Seria Prawnicza“ 2017, nr 21.
- Lahoda K., *Arbeitsalltag in Werkstätten für behinderte Menschen. Zur Bedeutung von Arbeit, sozialen Interaktionen und rechtlichen Rahmenbedingungen*, Münster–New York 2018.
- Ledwoń P., *Wybrane krajowe i unijne instrumenty prawne jako stymulatory mikroprzedsiębiorczości i konieczny interwencjonizm w okresie pandemii COVID-19*, „Ekonomia Społeczna“ 2020, nr 2.
- Lepsius O., *Die politische Funktion des Bundesverfassungsgerichts*, „Zeitschrift der Bundeszentrale für politische Bildung“ 2021, no. 37.
- Levin S.B., *Posthuman Bliss? The Failed Promise of Transhumanism*, Oxford 2021.
- Levy Y., *Emergency Department Triage in the Era of COVID-19. The Sheba Medical Center Experience*, „The Israel Medical Association Journal“ 2020, no. 8(22).
- Luiz T., *Sichtung [w:] Medizinische Gefahrenabwehr. Katastrophenmedizin und Krisenmanagement im Bevölkerungsschutz*, red. T. Luiz, C.K. Lackner, H. Peter, J. Schmidt, München 2010.
- Mainzer K., *Künstliche Intelligenz – Wann übernehmen die Maschinen?*, Berlin–Heidelberg 2019.
- May A., *Konzepte der Rettungsmedizin im Wandel der Zeit [w:] Medizingeschichte im Rheinland. Beiträge des „Rheinischen Kreises der Medizinhistoriker“*, red. D. Groß, A. Karenberg, Kassel 2009.
- Mayer V., *Operatives Krisenmanagement Grundlagen, Methoden und Werkzeuge des ganzheitlichen Risk Management*, Wiesbaden 2003.
- Meer E.A. i in., *Design, Implementation, and Validation of an Automated, Algorithmic COVID-19 Triage Tool*, „Applied Clinical Informatics“ 2021, no. 12(05).

- Nakao H., Ukai I., Kotan J., *A review of the history of the origin of triage from a disaster medicine perspective*, „Acute Medicine & Surgery” 2017, no. 4 (4).
- Neuhoff K., *Freiheit, Gleichheit, Inklusion [w:] Ethische Fragen der „Behinderung”. Ethical Challenges of Disability*”, red. M.-J. Thiel, Zürich 2014.
- O’Neill P., *Transforming Kafka: Translation Effects*, Toronto 2014.
- Oręziak B., *Prawa człowieka jako determinanta sztucznej inteligencji? Propozycja kryteriów i dyrektyw zastosowania sztucznej inteligencji do użytku praktycznego [w:] Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020.
- Orfali K., *What Triage Issues Reveal. Ethics in the COVID-19 Pandemic in Italy and France*, „Journal of Bioethical Inquiry” 2020, no. 17(4).
- Pence G.E., *Pandemic Bioethics*, Peterborough 2021.
- Ravaton H., *Ober-Wundarzte der Königl. Armeen und des Hospitals zu Landau, Oberaufseher der Hospitäler von Bretagne Correspondenten der Königl. Akademie der Wundärzte, Ritters von St. Roch, und besoldeten Königlichen Wundarzte Abhandlungen von Schuß- Hieb- und Stichwunden*, Strassburg 1767.
- Rigal S., Pons F., *Battlefield Triage [w:] Orthopedics in Disasters. Orthopedic Injuries in Natural Disasters and Mass Casualty Events*, red. N. Wolfson, A. Lerner, L. Roshal, Berlin–Heidelberg 2016.
- Rostker B.D., *Providing for the Casualties of War. The American Experience Through World War II*, Santa Monica 2013.
- Sadowski A.-M., Haase-Nowocień E., *Ustawa Zasadnicza dla Republiki Federalnej Niemiec*, Berlin 2021.
- Schutzkommission beim Bundesministerium des Innern, *Katastrophenmedizin – Leitfaden für die ärztliche Versorgung im Katastrophenfall*, München 2010.
- Thayer J.B., *The Jury and Its Development*, „Harvard Law Review” 1892, no. 5(6).
- Toursarkissian M., Oldenburg D., Benker M., *Triage – aus militärärztlicher Sicht*, „Die Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen” 2010, no. 104(5).
- Truby J. i in., *A Sandbox Approach to Regulating High-Risk Artificial Intelligence Applications*, „European Journal of Risk Regulation” 2021, no. 12(4).
- Turner J., *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Cham 2019.
- Wałachowska M., *Sztuczna inteligencja a zasady odpowiedzialności cywilnej [w:] Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020.
- Wyszyński F., *Czy prawo powinno być neutralne moralnie? Uwagi na temat unormowania sztucznej inteligencji*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2021, nr 127.
- Zack N., *Ethics for Disaster*, Lanham 2009.

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest problematyka regulacji sztucznej inteligencji w ujęciu koncepcyjnym. Tezą jest sformułowanie, że ustawodawca, tworząc kazuistyczne normy prawne, daje sztucznej inteligencji pole do kreowania własnych norm jako procedury autonomicznego wyboru (teza główna). Tłem dla rozważań jest reguła zakazu dyskryminacji osób niepełnosprawnych w sytuacji triage’u pandemicznego (COVID-19). Rozważania zostały podzielone na cztery części wywiedzione z klasyfikacji przez Komisję Europejską zagrożeń dotyczących regulacji sztucznej inteligencji. Każda z czterech części rozważań ilustrowana jest tezą z czterech wyroków Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, po jednym wyroku na każdą z części rozważań. Ramami dla rozważań jest niemiecki porządek prawny. Artykuł podsumowany jest wnioskami końcowymi.

Słowa kluczowe: sztuczna inteligencja, triage, zakaz dyskryminacji, Niemcy, COVID-19

**REGULATORY RISK OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE.
ANALYSIS BASED ON THE EXAMPLE OF THE PROHIBITION
OF DISCRIMINATION AGAINST PERSONS WITH DISABILITIES
IN A PANDEMIC *TRIAGE* SITUATION (GERMAN LAW)**

Summary

The subject of the article is the problem of regulation of artificial intelligence in conceptual terms. The thesis is the formulation that the legislator creating casuistic legal norms gives artificial intelligence room to create its own norms as a procedure of autonomous choice (main thesis). The background for the consideration is the rule prohibiting discrimination against persons with disabilities in a pandemic triage situation (COVID-19). The considerations are divided into four parts, derived from the European Commission's classification of risks regarding the regulation of artificial intelligence. Each of the four parts of the deliberations is illustrated by a thesis from four judgments of the Federal Constitutional Court, one judgment for each part of the deliberations. The framework for the deliberations is the German legal order. The article is summarised with final conclusions.

Keywords: artificial intelligence, triage, prohibition of discrimination, Germany, COVID-19