



RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 9 sierpnia 2013 r.

PG VIII TK 74/13

dot. sygn. akt U 5/13

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCLARIA	
wpl. dnia	13. 08. 2013
L.dz.	L.zaf.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności:

1) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 lipca 1991 r. w sprawie właściwości i trybu postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych (Dz. U. z 1991 r. Nr 79, poz. 349, z 1992 r. Nr 83, poz. 425, z 1995 r. Nr 146, poz. 712, z 2009 r. Nr 202, poz. 1568) w zakresie, w jakim powoduje uznanie funkcjonariusza Policji za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu zachorowania na przewlekłe zapalenie wątroby oraz zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS) bez względu na stan zdrowia, z art. 30 oraz z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

2) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do rozporządzenia, o którym mowa w pkt 1, w zakresie, w jakim powoduje uznanie funkcjonariusza pożarnictwa za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu stwierdzenia nosicielstwa wirusa HIV, zachorowania na przewlekłe zapalenie wątroby oraz zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS) bez względu na stan zdrowia, z art. 30 oraz z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

- na podstawie art. 27 pkt 5 w zw. z art. 33 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.)

przedstawiam następujące stanowisko:

1) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 lipca 1991 r. w sprawie właściwości i trybu postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych (Dz. U. Nr 79, poz. 349 ze zm.) w zakresie, w jakim powodują uznanie policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu przewlekłego zapalenia wątroby oraz zespołu nabytego upośledzenia odporności (AIDS) bez względu na stan zdrowia, są niezgodne z art. 30 oraz z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;

2) § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do rozporządzenia, o którym mowa w pkt 1, w zakresie, w jakim powodują uznanie funkcjonariusza pożarnictwa za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu nosicielstwa wirusa HIV, przewlekłego zapalenia wątroby oraz zespołu nabytego upośledzenia odporności (AIDS) bez względu na stan zdrowia, są niezgodne z art. 30 oraz z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Uzasadnienie

Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 5 załącznika nr 2, a także § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i 5 załącznika nr 3 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 lipca 1991 r. w sprawie właściwości i

trybu postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych (Dz. U. z 1991 r. Nr 79, poz. 349, z 1992 r. Nr 83, poz. 425, z 1995 r. Nr 146, poz. 712, z 2009 r. Nr 202, poz. 1568), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie komisji lekarskich”- z art. 30 oraz z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Wniosek ten został wniesiony w związku ze sprawą, podjętą przez Rzecznika Praw Obywatelskich z urzędu, dotyczącą funkcjonariusza zwolnionego ze służby w Policji na podstawie orzeczenia komisji lekarskiej. Policjant został uznany za niezdolnego do służby w Policji z uwagi na stwierdzenie przewlekłego zapalenia wątroby (WZW) typu C, bez objawów niewydolności wątroby. Konsekwencją stwierdzenia całkowitej niezdolności do służby jest uruchomienie postępowania w przedmiocie zwolnienia ze służby, w szczególności na podstawie art. 41 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o Policji”, który sformułowany jest kategorycznie i nie daje możliwości uznaniowego potraktowania sprawy, w zależności od rzeczywistego stanu zdrowia i kondycji psychofizycznej policjanta.

Rzecznik Praw Obywatelskich wskazuje, że skutkiem orzeczenia stwierdzającego przewlekłe zapalenie wątroby (§ 44 pkt 6 załączników nr 2 i 3 do rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich), nosicielstwa wirusa HIV (§ 57 pkt 4 załącznika nr 3 do rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich) czy zespołu nabytego upośledzenia odporności AIDS (§ 57 pkt 5 załączników nr 2 i 3 do tego rozporządzenia) jest automatyczne uznanie, że zakażona osoba jest całkowicie niezdolna do służby, co budzi Jego wątpliwości, schorzenia te mogą bowiem przez wiele lat przebiegać bezobjawowo.

W oparciu o udzielone wyjaśnienia w kwestiach medycznych, Rzecznik Praw Obywatelskich podnosi, że z medycznego punktu widzenia przewlekłe zapalenie wątroby, nosicielstwo wirusa HIV czy zespół nabytego upośledzenia odporności AIDS nie czyni żadnego funkcjonariusza *per se* całkowicie

niezdolnym do służby. Potrzebna jest indywidualna ocena stanu zdrowia, która, w zależności od aktualnego stanu zdrowia badanego, powinna ostatecznie decydować o przydatności funkcjonariusza do służby.

Wnioskodawca podnosi nadto, że problem "automatycznego" zwalniania ze służby na skutek stwierdzenia nosicielstwa wirusa HIV, bez względu na stan zdrowia i kondycję psychofizyczną policjanta, był badany przez Trybunał Konstytucyjny, który, wyrokiem z dnia 23 listopada 2009 r. (sygn. akt P 61/08), uznał, że § 57 pkt 4 załącznika nr 2 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 lipca 1991 r. w sprawie właściwości i trybu postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych (Dz. U. Nr 79, poz. 349 ze zm.) w zakresie, w jakim powoduje uznanie policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu nosicielstwa wirusa HIV bez względu na stan zdrowia, jest niezgodny z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W uzasadnieniu Trybunał zasygnalizował, że podobne wątpliwości konstytucyjne budzi także § 57 pkt 5 załącznika nr 2, powodujący automatyczne uznanie niezdolności do służby w Policji osób chorych na AIDS. Choroba ta może bowiem mieć różny przebieg, także łagodny, a występujące w jej ramach dolegliwości nie w każdym wypadku przesądzają o całkowitej niezdolności do służby w Policji. Aktualny sposób traktowania AIDS prowadzi np. do tego, że występujące na jej skutek zapalenie płuc powoduje zwolnienie ze służby nawet w wypadku, gdy zostało całkowicie wyleczone i nie pozostawiło trwałych śladów, podczas gdy takie same problemy w wypadku osób niebędących nosicielami wirusa HIV są traktowane tylko jako przejściowa przeszkoda w pełnieniu funkcji (por. dział IX załącznika nr 2 do rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich).

Wnioskodawca przypomina także, iż podobne stanowisko zaprezentowało Krajowe Centrum ds. AIDS w odpowiedzi udzielonej Rzecznikowi Praw Obywatelskich w sprawie dotyczącej policjanta będącego

nosicielem wirusa HIV, którego sprawa, w związku z pytaniem prawnym Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku, była przedmiotem rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny.

Nadto, Rzecznik Praw Obywatelskich podnosi, że niewątpliwie kwestionowane rozporządzenie przewiduje ostrzejsze wymagania zdrowotne dla kandydatów do Policji i Państwowej Straży Pożarnej niż dla funkcjonariuszy tych służb, bowiem w wielu przypadkach komisje lekarskie mają możliwość oceny, czy wystąpienie określonego schorzenia stanowi ograniczenie zdolności do pełnienia służby (kategoria C).

Powołując się na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Wnioskodawca wskazuje na specyfikę statusu pracowniczego kategorii umundurowanych funkcjonariuszy służb publicznych, których stosunki służbowe nie są stosunkami pracy, lecz mają charakter stosunków administracyjno - prawnych, powstających w drodze powołania, w związku z dobrowolnym zgłoszeniem się do służby. Kandydat do publicznej służby mundurowej od momentu powołania poddać się musi regułom pełnienia służby, nacechowanej istnieniem specjalnych uprawnień, ale też szczególnych obowiązków. Przykładowo, wśród szczególnych warunków uzasadniających korzystniejsze zasady nabywania przez funkcjonariuszy służb mundurowych uprawnień emerytalno - rentowych Wnioskodawca wymienia pełną dyspozycyjność i zależność od władzy służbowej, wykonywanie zadań w nielimitowanym czasie pracy i trudnych warunkach, związanych nierzadko z bezpośrednim narażeniem życia i zdrowia (np. w czasie udziału w obronie kraju lub ochronie bezpieczeństwa obywateli), wysoką sprawność fizyczną i psychiczną wymaganą w całym okresie jej pełnienia, niewielkie możliwości wykonywania dodatkowej pracy i posiadania innych źródeł utrzymania, ograniczone prawo udziału w życiu politycznym i zrzeszania się. Specyfikę pracy w służbach mundurowych uznaje się za przesłankę uzasadniającą dopuszczalność wprowadzania z jednej strony wyższych wymagań

personalnych, kwalifikacyjnych czy charakterologicznych wobec kandydatów do służby, z drugiej zaś - odmiennego i bardziej rygorystycznego, niż w przypadku pozostałych profesji, ukształtowania zasad utraty statusu pracowniczego.

Jednocześnie charakter takiej służby wymusza wykazanie się szczególnymi predyspozycjami do służby w formacji uzbrojonej i oceny przydatności funkcjonariusza do służby. Określenie kryteriów oraz dokonywanie oceny warunków psychofizycznych niezbędnych do pełnienia służby w Policji nie stanowi tylko materii prawnej, lecz jest przedmiotem wiedzy specjalistycznej.

Rzecznik Praw Obywatelskich zwraca uwagę, że zgodnie z aktualnymi badaniami naukowymi podstawową metodą profilaktyki HIV nie jest ani zwalnianie nosicieli tego wirusa ze służby/pracy, ani ich izolowanie od społeczeństwa. Przeciwnie - uważa się, że dobra integracja społeczna zarażonych (podobnie jak w wypadku innych chorób, np. wirusowego zapalenia wątroby) pozwala na bardziej optymistyczne prognozy co do rozwoju AIDS i minimalizuje prawdopodobieństwo zachowań ryzykownych, tzn. świadomego lub nieświadomego rozprzestrzeniania wirusa. Obecny stan prawny może prowokować zachowania ryzykowne po stronie funkcjonariuszy, albowiem ujawnienie zakażenia wiąże się z automatycznym zwolnieniem ze służby. Dlatego też policjanci czy strażacy mogą, w obawie przed zakończeniem swojej kariery - do pewnego etapu - ukrywać ten fakt, stwarzając tym samym ryzyko zakażenia innych osób (realizując zadania służbowe w bezpośrednim kontakcie z obywatelem). W tym kontekście mechanizm automatycznego zwalniania z Policji/Państwowej Straży Pożarnej, wynikający z § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 załącznika nr 2 i nr 3 oraz z § 57 pkt 4 załącznika nr 3 do rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich, nie jest najmniej uciążliwym środkiem zapobiegania przypadkowym epidemiom.

O ile nosicielstwo wirusa HIV, jak podnosi Wnioskodawca, uznać należy za niepożądane w wypadku służby patrołowo - interwencyjnej czy jednostki ratowniczej (wypadkowej) Państwowej Straży Pożarnej, o tyle pozostaje wiele stanowisk, na których nie ma ono większego znaczenia. W służbę patrołowo - interwencyjną czy ratowniczą jest bowiem z założenia wpisane statystycznie większe ryzyko kontaktu z zakażoną krwią niż w wypadku typowych prac umysłowych (np. urzędniczych). Co więcej, można nawet - w ocenie Wnioskodawcy - postawić tezę, że prace te mają charakter prac "cywilnych", od których różnią się tym, że są wykonywane w ramach uzbrojonej i umundurowanej Policji/Państwowej Straży Pożarnej.

Dlatego, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, nie ulega wątpliwości, że minimalizacja ryzyka zakażenia wirusem HIV/HBV/HCV może zostać osiągnięta - przynajmniej w niektórych wypadkach - mniej drastycznymi środkami niż zwolnienie ze służby, a mianowicie przeniesieniem na odpowiednio inne, "bezpieczniejsze" stanowisko w Policji/Państwowej Straży Pożarnej.

W ocenie Rzecznika, wystarczającą gwarancją ochrony zdrowia publicznego i praw osób trzecich byłoby pozostawienie możliwości oceny przydatności do służby policjantów/strażaków komisjom lekarskim, które powinny uwzględniać zarówno aktualny stan zdrowia danego funkcjonariusza, jak i zakres czynności związanych ze stanowiskiem, na którym do tej pory pełnił on służbę. Komisje te, jak wskazuje § 12 ust. 1 rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich, dysponują odpowiednimi instrumentami oceny stanu psychofizycznego osób zainteresowanych: mają prawo i obowiązek dokonać wszechstronnego zbadania policjantów, uwzględniającego wyniki badań specjalistycznych (np. psychiatrycznych, psychologicznych i dodatkowych), a gdy zachodzi potrzeba - także obserwacji szpitalnej. To, czy dany nosiciel wirusa HIV lub chorujący na WZW/AIDS jest całkowicie niezdolny do służby w Policji czy Państwowej Straży Pożarnej na jakimkolwiek stanowisku

(kategoria zdrowia D), czy też mógłby być efektywnym pracownikiem na stanowiskach niewiążących się ze zwiększonym ryzykiem kontaktu z krwią (kategoria zdrowia C), jest decyzją medyczną i powinna być ona podejmowana przez lekarzy. Tymczasem, o czym świadczy zrównanie przez zaskarżone rozporządzenie HIV i AIDS (w obu wypadkach rozporządzenie przewiduje orzeczenie o całkowitej niezdolności do służby), prawne regulowanie tego typu kwestii może prowadzić do zmuszania lekarzy do orzekania w sposób sprzeczny z ich wiedzą medyczną.

Z tego względu Rzecznik Praw Obywatelskich krytycznie ocenia zaskarżone przepisy z punktu widzenia braku konieczności i zakazu nadmiernej ingerencji, albowiem w nieprawidłowy sposób wyważają proporcję między ochroną zdrowia publicznego, jako wartością ogólnospołeczną, a indywidualnym prawem dostępu do służby publicznej. Kwestionowane przepisy opierają się bowiem na błędnym założeniu, że ryzyko zakażenia jest w wypadku każdego policjanta/strażaka (nosiciela HIV, chorującego na AIDS/WZW) tak duże, że należy uznać go za całkowicie niezdolnego do służby na jakimkolwiek stanowisku w Policji/Państwowej Straży Pożarnej, zamiast dążyć do możliwie największej realizacji obu wartości.

Tym samym, w ocenie rzecznika Praw Obywatelskich, zaskarżone przepisy rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich są niezgodne z art. 60 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Nadto kwestionowane rozwiązania, w ocenie Wnioskodawcy, pozostają w rażącej sprzeczności z podstawową wartością konstytucyjną, jaką jest godność człowieka, rozumiana jako "prawo osobistości", obejmująca te wszystkie wartości, które określają podmiotową pozycję jednostki w społeczeństwie i które składają się, według powszechnej opinii, na szacunek należny każdej osobie.

W uzasadnieniu tego zarzutu Rzecznik wskazuje, że diagnoza lekarska stwierdzająca zakażenie wirusem HIV/HCV/AIDS prowadzi do mechanicznego

wykluczania takich osób, bez względu na ich przydatność do służby, stan zdrowia, a także niezależnie od okoliczności zarażenia, godząc tym samym w status zawodowy funkcjonariusza. W sposób szczególnie dotkliwy i krzywdzący dotyka ono osoby, które zarażyły się takim wirusem w związku z pełnioną służbą. Zamiast podlegać szczególnej ochronie jako "ofiary" służby wykonywanej w interesie społecznym, są one usuwane z Policji/Państwowej Straży Pożarnej nawet wtedy, gdy są w stanie w dalszym ciągu pełnić służbę i nie wykazują nawet najmniejszych objawów AIDS/WZW. Paradoksalnie, omawiane rozwiązania prawne mogą mieć także negatywne skutki uboczne, jeżeli chodzi o zapobieganie zakażeniom. Automatyczne usuwanie z Policji/Państwowej Straży Pożarnej wszystkich osób z HIV/AIDS/WZW powoduje, że w miarę możliwości będą się one starały ukryć fakt zakażenia, żeby możliwie najdłużej pozostać w służbie. Brak wiedzy o zakażeniu stwarza zaś zdecydowanie większe zagrożenie dla zdrowia publicznego niż praca na określonych stanowiskach w Policji czy Państwowej Straży Pożarnej.

Sformułowane we wniosku wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich co do konstytucyjności § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 2, a także § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i 5 wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 3 do rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich, wydają się uzasadnione.

Zasadniczy zarzut podnoszony we wniosku odnosi się do naruszenia zasady równych szans w dostępie do służby publicznej, określonej w art. 60 Konstytucji RP, w powiązaniu z zasadą proporcjonalności (art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej), a także naruszenia gwarantowanej w art. 30 Konstytucji RP ochrony godności ludzkiej.

Ustawa o Policji normuje - między innymi - stosunek służbowy policjanta, w tym określa wymagania stawiane osobom kandydującym do służby w tej formacji uzbrojonej oraz pełniącym służbę w Policji. Podobnie ustawa

z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz. U. z 2009 r. Nr 12, poz. 68 ze zm.).

W myśl art. 25 ust. 1 ustawy o Policji, służbę w Policji może pełnić obywatel polski o nieposzlakowanej opinii, niekarany, korzystający z pełni praw publicznych, posiadający co najmniej średnie wykształcenie oraz zdolność psychiczną i fizyczną do służby w formacjach uzbrojonych, podległych szczególnej dyscyplinie służbowej, której gotów jest się podporządkować, a także dający rękojmię zachowania tajemnicy stosownie do wymogów określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Stosownie też do art. 28 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej, służbę w tej formacji może pełnić obywatel polski, niekarany za przestępstwo lub za przestępstwo skarbowe, korzystający z pełni praw publicznych, posiadający co najmniej średnie wykształcenie oraz zdolność fizyczną i psychiczną do pełnienia tej służby.

Wśród określonych ustawowo wymagań, od spełnienia których uzależnione jest pełnienie służby w Policji i Państwowej Straży Pożarnej, znajduje się zatem posiadanie zdolności fizycznej i psychicznej do służby w takich formacjach, stwierdzonej orzeczeniem komisji lekarskiej, podległej ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych (art. 26 ust. 1 ustawy o Policji, art. 29 ust. 1 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej).

Zdolność fizyczna i psychiczna do danej służby jest tym samym jednym z warunków przyjęcia do służby, a w przypadku orzeczenia przez komisję lekarską trwałej niezdolności do służby policjanta albo strażaka zwalnia się ze służby (odpowiednio art. 41 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 43 ust. 1 ustawy o Policji i art. 43 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 45 ust. 1 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej).

Wskazane przepisy, dotyczące zdolności fizycznej i psychicznej do danej służby, odnoszą się odpowiednio do wszystkich kandydatów do służby w Policji i Państwowej Straży Pożarnej oraz do policjantów i strażaków.

Zgodnie z powołanymi wyżej przepisami, zdolność fizyczną i psychiczną do służby ustalają komisje lekarskie podległe ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych. Na podstawie, między innymi, art. 26 ust. 2 ustawy o Policji i art. 29 ust. 2 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej, wydane zostało rozporządzenie w sprawie komisji lekarskich, określające zasady oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby, a także tryb orzekania o tej zdolności oraz właściwość i tryb postępowania komisji lekarskich w tych sprawach.

Stosownie do § 1 ust. 1 tego rozporządzenia, badaniom lekarskim, przeprowadzanym w celu oceny zdolności fizycznej i psychicznej do pełnienia służby, podlegają kandydaci do służby w Policji i Państwowej Straży Pożarnej oraz policjanci i strażacy Państwowej Straży Pożarnej. Stosownie do § 6 ust. 1 - 3 omawianego rozporządzenia, do komisji lekarskich kieruje się z urzędu lub na prośbę osoby ubiegającej się o wydanie orzeczenia lekarskiego.

Z § 11 rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich wynika, że stopień zdolności do służby, z zastrzeżeniem § 10, ustala się przez zaliczenie osoby badanej do jednej z następujących kategorii:

1) kategoria A - zdolny do służby, co oznacza, że stan zdrowia nie budzi żadnych zastrzeżeń albo że stwierdzone schorzenia lub ułomności nie są przeszkodą do pełnienia służby,

2) kategoria C - zdolny do służby z ograniczeniem, co oznacza, że u osoby badanej stwierdzono przewlekłe schorzenia lub ułomności fizyczne albo psychiczne, które trwale lub czasowo zmniejszają sprawność fizyczną lub psychiczną do służby, ale nie stanowią przeszkody do pełnienia służby na określonych stanowiskach,

3) kategoria D - całkowicie niezdolny do służby, co oznacza, że stwierdzone u osoby badanej schorzenia lub ułomności fizyczne albo psychiczne uniemożliwiają jej pełnienie służby.

W myśl § 12 omawianego rozporządzenia, w zakresie odnoszącym się do Policji, orzeczenie o stanie zdrowia i stopniu zdolności do służby komisje lekarskie wydają na podstawie wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 2, a w stosunku do kandydatów do służby w Państwowej Straży Pożarnej oraz strażaków - załącznik nr 2a do rozporządzenia (prawdopodobny błąd w oznaczeniu załącznika - brak załącznika 2a), zwanego dalej wykazem, po wszechstronnym zbadaniu przez członków komisji, z uwzględnieniem wyników badań specjalistycznych, w tym badań psychiatrycznych, psychologicznych i dodatkowych, a gdy zachodzi potrzeba - po przeprowadzeniu obserwacji szpitalnej w zakładzie służby zdrowia resortu spraw wewnętrznych, zakładzie służby zdrowia podległym Ministrowi Obrony Narodowej lub zakładzie społecznym służby zdrowia.

Zasady orzekania o zdolności do służby określają przede wszystkim § 1 i § 13 ust. 1 omawianego rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich.

Zgodnie z § 13 ust. 1 tego rozporządzenia, orzeczenie komisji lekarskiej powinno zawierać następujące określenia: "zdolny do służby" (pkt 1), "zdolny do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku" (pkt 4), "trwale" (pkt 2) lub "czasowo niezdolny do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku" (pkt 3) albo "całkowicie niezdolny do służby" (pkt 5).

O całkowitej niezdolności do służby orzeka się, jeżeli w stanie zdrowia badanego stwierdzono schorzenia, które nie pozwalają na pełnienie służby.

Natomiast niezdolność do służby na zajmowanym stanowisku może mieć charakter trwały lub czasowy. Za trwale niezdolnego do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku uznaje się badanego, u którego stwierdzone schorzenia zmniejszają jego sprawność fizyczną lub psychiczną i nie pozwalają na pełnienie służby na zajmowanym stanowisku, jednak schorzenia te nie stanowią przeszkody do dalszego pełnienia służby na innym stanowisku. Określenia "czasowo niezdolny do pełnienia służby na zajmowanym

stanowisku" używa się zaś wtedy, gdy w stanie zdrowia badanego stwierdzono schorzenia, które czasowo zmniejszają jego sprawność fizyczną lub psychiczną, ale które mogą rokować poprawę jego stanu zdrowia oraz odzyskanie pełnej sprawności i zdolności do służby na zajmowanym stanowisku.

Z powyższych przepisów wynika, że o treści orzeczenia komisji lekarskiej decyduje ocena stopnia i trwałości niezdolności do służby.

W tym zakresie istotne znaczenie ma stopień naruszenia sprawności organizmu badanego i możliwość pełnienia służby na dotychczasowym albo innym stanowisku, jak również możliwość przywrócenia w drodze leczenia sprawności niezbędnej do dalszego pełnienia służby. Jeżeli stwierdzone schorzenia jedynie zmniejszają sprawność fizyczną i psychiczną policjanta/strażaka, ale pozwalają na dalsze pełnienie służby na innym, niż dotychczas zajmowane, stanowisku służbowym lub rokują poprawę stanu zdrowia i w konsekwencji odzyskanie przez policjanta zdolności do pełnienia służby na dotychczasowym stanowisku służbowym, to komisja lekarska podejmuje orzeczenia przewidziane w § 13 ust. 1 pkt 2 i 3 omawianego rozporządzenia, to jest o trwałej lub czasowej niezdolności do służby na zajmowanym stanowisku, wskazując jednocześnie, jakie warunki służby są przeciwwskazane dla badanego policjanta, lub wyznacza termin powtórnego badania i wydania ostatecznego orzeczenia o zdolności badanego do służby na zajmowanym stanowisku. Jeżeli natomiast nie ma takich pozytywnych ocen lub prognoz co do stanu zdrowia, gdyż stwierdzone u badanego schorzenia nie pozwalają w ogóle na pełnienie służby, to uznaje się go za całkowicie niezdolnego do służby, zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich. Całkowita niezdolność do służby dowodzi braku niezbędnej sprawności fizycznej i psychicznej oraz wyklucza w ogóle możliwość pełnienia służby w danej formacji. Ma tym samym charakter trwały.

W niniejszej sprawie wskazać przede wszystkim należy na wyrok Trybunału Konstytucyjnego, który powołuje we wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich, z dnia 23 listopada 2009 r., w sprawie o sygn. P 61/08, stwierdzający niezgodność § 57 pkt 4 wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 2 do rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich, w zakresie, w jakim powoduje uznanie policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby z powodu nosicielstwa wirusa HIV bez względu na stan zdrowia, z art. 60 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Uznany za niezgodny z Konstytucją RP przepis powodował, że stwierdzenie u policjanta nosicielstwa wirusa HIV było równoznaczne z uznaniem tego policjanta za całkowicie niezdolnego do pełnienia służby (kategoria zdrowia D). Rola komisji lekarskiej ograniczona była zatem do zdiagnozowania policjanta, a skutek diagnozy był automatyczny (analogicznie jest w wypadku kwestionowanych przepisów tego rozporządzenia w niniejszej sprawie). Skutek taki następuje na mocy przedmiotowego przepisu rozporządzenia, który przesądza, że nosicielstwo wirusa HIV powoduje zawsze, w każdym wypadku, tylko całkowitą niezdolność do służby.

Tymczasem zdolność fizyczna i psychiczna do służby w Policji nie jest bezwzględna, gdyż oprócz osób, których stan zdrowia nie budzi żadnych zastrzeżeń albo stwierdzone schorzenia lub ułomności nie są przeszkodą do pełnienia służby, mogą ją pełnić także osoby zdolne do służby z ograniczeniem. Dlatego, w wielu innych przypadkach, kiedy możliwe jest rozróżnienie nasilenia choroby lub wpływu choroby na stan zdrowia osoby badanej, prawodawca dopuszcza możliwość ustalenia różnych kategorii zdrowia (C lub D).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, zaskarżone rozwiązanie stanowiło nieproporcjonalne ograniczenie prawa dostępu do służby publicznej w Policji. Dążenie do minimalizacji ryzyka zarażenia wirusem HIV znajduje uzasadnienie w takich wartościach konstytucyjnych, jak ochrona zdrowia oraz

wolności i praw innych osób. Cel ten można jednak osiągnąć mniej radykalnymi środkami, np. przeniesieniem policjanta na inne stanowisko służbowe. Nosiciele wirusa HIV nie powinni pracować w służbie patrolowo - interwencyjnej, gdzie stosunkowo duże jest ryzyko urazu i kontaktu innych osób z zakażoną krwią policjanta, nic jednak nie stoi na przeszkodzie, aby owi nosiciele pracowali w administracji policyjnej, szkolnictwie, pionach analitycznych czy laboratoriach policyjnych.

W omawianym wyroku w sprawie P 61/08 Trybunał Konstytucyjny stwierdził także, iż „pozornie ochrona zdrowia publicznego jako wartość ogólnospołeczna wydaje się być wartością cenniejszą niż indywidualne prawo dostępu do służby publicznej, to jednak zaskarżony przepis w nieprawidłowy sposób wyważa proporcje między ochroną tych wartości. Opiera się on bowiem na błędnym założeniu, że ryzyko zakażenia jest w wypadku każdego policjanta-nosiciela HIV tak duże, że należy uznać go za całkowicie niezdolnego do służby na jakimkolwiek (nawet biurowym) stanowisku w Policji. Tym samym statystycznie niewielkie zwiększenie zdrowia publicznego jest uważane za wartość cenniejszą niż umożliwienie kontynuacji pełnienia służby publicznej osobie, która jest bezobjawowym nosicielem wirusa HIV. Takie rozwiązanie pozostaje w rażącej sprzeczności z podstawową wartością konstytucyjną: przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka, która jest nienaruszalna (art. 30 Konstytucji). Prowadzi ono bowiem do mechanicznego wykluczania nosicieli wirusa HIV bez względu na ich przydatność do służby, stan zdrowia, a także niezależnie od okoliczności zarażenia. W sposób szczególnie dotkliwy dotyka ono osoby, które zaraziły się wirusem HIV w związku z pełnioną służbą (np. na skutek wstrzyknięcia krwi przez narkomana - nosiciela podczas interwencji policyjnej). Zamiast podlegać szczególnej ochronie jako "ofiary" wykonywanej w interesie społecznym pracy, są one bez żadnych skrępowań usuwane z Policji nawet wtedy, gdy są w stanie w dalszym ciągu pełnić służbę i nie wykazują nawet najmniejszych objawów AIDS. Tym samym zaskarżony

przepis wydaje się w maksymalny sposób chronić zdrowie publiczne (które w wypadku policjantów pracujących na stanowiskach biurowych w istocie nie jest nadmiernie zagrożone) kosztem konkretnego konstytucyjnego prawa do służby nosicieli wirusa HIV, zamiast dążyć do możliwie największej realizacji obu wartości. Paradoksalnie, może on mieć także negatywne skutki uboczne, jeżeli chodzi o zapobieganie zakażeniom. Automatyczne usuwanie z Policji wszystkich nosicieli wirusa HIV powoduje, że w miarę możliwości będą się oni starali ukryć fakt zakażenia, żeby możliwie najdłużej pozostać w służbie. Jest to prawdopodobne zarówno z medycznego, jak i praktycznego punktu widzenia: wirus HIV może nawet przez kilkanaście lat nie powodować żadnych objawów, a komisje lekarskie badające policjantów zlecają wykonanie testów na obecność wirusa tylko w wypadku, kiedy skłania ich do tego stan zdrowia funkcjonariusza lub okoliczności jego służby. Brak wiedzy o zakażeniu stwarza zaś zdecydowanie większe zagrożenie dla zdrowia publicznego niż praca w Policji - na określonych stanowiskach - bezobjawowych nosicieli HIV. Biorąc pod uwagę rangę konkurujących wartości, nie ma większego znaczenia, że pozostawianie w Policji nosicieli wirusa HIV może stwarzać problemy kadrowe i organizacyjne, wynikające z konieczności przenoszenia takich osób na "bezpieczne" stanowiska. Niezależnie od niewielkiej skali tego zjawiska, związane z tym koszty należy bowiem uznać za znacznie mniejsze niż korzyści, które wynikałyby z możliwości dalszego zatrudniania bezobjawowych nosicieli wirusa HIV i korzystania z ich doświadczenia zawodowego" [OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 150].

Argumenty podniesione przez Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. P 61/08 pozostają w pełni aktualne w odniesieniu do oceny przepisów kwestionowanych we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich w niniejszej sprawie.

W § 44 pkt 6 i § 57 pkt 5 wykazu chorób i ułomności, stanowiącego załącznik nr 2, a także § 44 pkt 6 oraz § 57 pkt 4 i 5 wykazu chorób i ułomności,

stanowiącego załącznik nr 3 do rozporządzenia w sprawie komisji lekarskich, ustalono sztywną normę prawną, nakazującą automatyczne uznanie policjantów, u których stwierdzono przewlekłe zapalenie wątroby lub zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS), a także strażaków, będących nosicielami wirusa HIV oraz tych, u których stwierdzono przewlekłe zapalenie wątroby lub zespół nabytego upośledzenia odporności (AIDS) - za całkowicie niezdolnych do służby. W takich przypadkach to nie komisja lekarska, dysponująca wiedzą specjalistyczną, tylko kwestionowane przepisy, rozstrzygają o treści orzeczenia komisji lekarskiej oceniającego zdolność fizyczną i psychiczną tych funkcjonariuszy do służby.

Treść orzeczenia komisji lekarskiej rzutuje niewątpliwie na prawo dostępu do służby publicznej, gdyż jest podstawą do przyjęcia lub zwolnienia ze służby w Policji lub Państwowej Straży Pożarnej albo z zajmowanego stanowiska.

Rozstrzygnięcie, na mocy kwestionowanych przepisów, o uznaniu funkcjonariusza, u którego stwierdzono określone przewlekłe schorzenia, za całkowicie niezdolnego do służby, bez możliwości oceny faktycznego stanu zdrowia funkcjonariusza i zaliczenia go do jednej z kategorii zdolności do służby, zależnie od rzeczywistego stanu jego zdrowia, prowadzi do nierównego i nieuzasadnionego ograniczenia prawa dostępu do służby publicznej.

Wydaje się, że, tak samo jak to zostało uznane w wypadku policjanta - nosiciela wirusa HIV, przyjęte w kwestionowanych przepisach ograniczenie jest nieproporcjonalne i nadmiernie restrykcyjne, a także nieuwzględniające aktualnego stanu wiedzy specjalistycznej w tym zakresie, na co wskazuje Wnioskodawca w niniejszej sprawie. Automatyczne konsekwencje stwierdzenia zakażenia schorzeniami przewlekłymi mogą natomiast powodować chęć unikania przez funkcjonariuszy przeprowadzania badań wykrywających te schorzenia lub zatajania wyników takich badań w celu zapewnienia

kontynuowania stosunku służby. Może to prowadzić do większego zagrożenia możliwością zakażenia innych osób, niż w przypadku wyznaczenia funkcjonariuszowi stanowiska, niezwiązanego z ryzykiem doznania urazu w kontakcie z innymi osobami.

Taki stan rzeczy prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach, przez co narusza art. 60 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Prowadzi on również do mechanicznego wykluczania ze służby funkcjonariuszy zakażonych schorzeniami przewlekłymi bez względu na ich przydatność do służby, stan zdrowia, a także niezależnie od okoliczności zarażenia. Takie rozwiązanie, z powodów przedstawionych przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. P 61/08, pozostaje również w sprzeczności z konstytucyjnymi standardami ochrony godności człowieka, przyjętymi w art. 30 Konstytucji RP.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Marzena Kowalska
Zastępca Prokuratora Generalnego